

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL**

KELLY KIEFER

**TUTELA DE EVIDÊNCIA SANCIONATÓRIA SOB A PERSPECTIVA
DO JUIZ**

**VITÓRIA
2018**

KELLY KIEFER

**TUTELA DE EVIDÊNCIA SANCIONATÓRIA SOB A PERSPECTIVA
DO JUIZ**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em direito processual do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual.

Orientador: Prof. Manoel Alves Rabelo.

**VITÓRIA
2018**

Dados Internacionais de Catalogação-na-publicação (CIP)
(Biblioteca Central da Universidade Federal do Espírito Santo, ES, Brasil)
Bibliotecária: Sônia Regina Costa – CRB-6 ES-000315/O

Kiefer, Kelly, 1978-

K47t Tutela de evidência sancionatória sob a perspectiva do juiz /
Kelly Kiefer. – 2018.
132 f.

Orientador: Manoel Alves Rabelo.

Dissertação (Mestrado em Direito Processual) –
Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências
Jurídicas e Econômicas.

1. Tutela. 2. Tutela antecipada. 3. Abuso de direito. 4. Má-fé
(Direito). 5. Juízes. I. Rabelo, Manoel Alves. II. Universidade
Federal do Espírito Santo. Centro de Ciências Jurídicas e
Econômicas. III. Título.

CDU: 340

KELLY KIEFER

**TUTELA DE EVIDÊNCIA SANCIONATÓRIA SOB A PERSPECTIVA
DO JUIZ**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em direito processual do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual.

Aprovada em ____ de _____ de 2018

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof.º Manoel Alves Rabelo
Universidade Federal do Espírito Santo
Orientador

Marcelo Abelha Rodrigues
Universidade Federal do Espírito Santo

Marcelo Pacheco Machado
Faculdade de Direito de Vitória

DEDICATÓRIA

À minha família, agraciada com sua mais nova integrante – a senhorita Ana, amor desta sua tia. E ao Adelson, minha outra metade.

AGRADECIMENTOS

A Deus, que sempre me honrou com esta sua palavra: “nem olhos viram, nem ouvidos ouviram, nem jamais penetrou em coração humano o que Deus tem preparado para aqueles que o amam” (1 Co. 2. 9).

Ao professor Manoel Rabelo, cuja admiração trago comigo desde que me tornei sua aluna no curso de Direito da UFES. Inspiram-me, na profissão, seu saber jurídico e seu caráter, de extremo senso prático. Sob sua orientação norteiei os meus passos para chegar até aqui. Da minha parte, ainda falta muito, eu sei! Mas esta busca está alicerçada nos mais firmes princípios que de ti recebi.

Aos professores Marcelo Abelha e Marcelo Pacheco devo, de saída, externar a mais pura gratidão porque suas valiosas contribuições é que deram a esta pesquisa o norte definitivo. Agradeço, em especial, as leituras e críticas – ou leituras críticas – feitas incansavelmente pelo professor Marcelo Abelha.

Sou muito grata, ainda, à minha revisora Tharcilla, aos desvelados servidores das bibliotecas da USP, da UFES e da USP, bem como à Kláudia e ao professor Thiago Siqueira, pelas obras que tão carinhosamente me disponibilizaram.

Muito obrigada!

EPÍGRAFE

“Um povo vale a justiça que tem, a independência que dá a essa justiça e a responsabilidade a que submete os seus juízes”. (Pontes de Miranda, p. 371, Comentários ao Código ao Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1973, t. 1, arts. 1º-45)

RESUMO

Estuda, sob a ótica do magistrado, a aplicabilidade do art. 311, I do CPC/15, que trata da concessão da tutela de evidência na hipótese do abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu. O objetivo é identificar os entraves para a aplicação da norma e, a partir de uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, propor medidas idôneas para garantir a efetividade da norma, pressuposta uma concepção publicística do processo em que afloram elementos éticos plasmados nos princípios da boa-fé objetiva e lealdade processual. Desenvolve o tema a partir da análise histórica da tutela de evidência até os dias atuais e faz uma abordagem do tratamento conferido ao instituto tanto pelo ordenamento, quanto pela doutrina e pelos tribunais pátrios para encontrar as razões pelas quais a norma tem pouca aplicabilidade. Em seguida, correlaciona o assunto ao abuso de direito processual e aos poderes do juiz. Conclui pela necessidade de conferir maior atenção ao comportamento dos sujeitos processuais a fim de prevenir e inibir condutas abusivas, eventualmente concedendo de imediato o bem da vida à parte lesada, contanto que presente a probabilidade do direito alegado.

Palavras- chave: Tutela de evidência. Abuso de defesa. Propósito protelatório. Boa-fé. Poderes do juiz. Litigância de má-fé.

ABSTRACT

It studies, from the point of view of the magistrate, the applicability of art. 311, I of CPC / 15, which deals with the grant of protection of evidence in the hypothesis of abuse of the right of defense or manifest protelatory purpose of the defendant. The objective is to identify the obstacles to the application of the norm and, based on a bibliographical and jurisprudential research, propose suitable measures to guarantee the effectiveness of the norm, presupposing a publicist conception of the process in which ethical elements emerge based on objective good faith principle and procedural loyalty. It develops the subject from the historical analysis of the protection of evidence up to the present day and makes an approach to the treatment conferred on the institute in both the ordering, the doctrine and the patriotic courts to find the reasons why the norm has little applicability. It then correlates the issue with the abuse of procedural law and the judge's powers. It concludes by the need to give greater attention to the behavior of the procedural participants in order to prevent and inhibit abusive conduct, possibly granting immediately the good of life to the injured part, as long as it presents the probability of the alleged right.

Keywords: Evidence protection. Abuse of defense. Protelatory purpose. Good faith. Judge's powers. Litigation of bad-faith.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 PERFIL HISTÓRICO DA TUTELA DE EVIDÊNCIA: DOS INTERDICTA AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	14
2.1 PERÍODOS HISTÓRICOS DO DIREITO ROMANO.....	15
2.2 DO DIREITO ROMANO AO DIREITO COMUM.....	19
2.3 O ANTIGO REGIME LUSITANO.....	23
2.4 DO DIREITO LUSO-BRASILEIRO AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1939.....	26
2.5 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1939 AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973.....	27
2.5.1 As reformas setoriais do Código de Processo Civil de 1973	30
2.6.O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.....	32
2.7 A PERCEPÇÃO DA EVIDÊNCIA AO LONGO DO TEMPO.....	33
3 A TUTELA DE EVIDÊNCIA NA ATUALIDADE E SUAS MANIFESTAÇÕES	45
3.1 TUTELA DE EVIDÊNCIA COMO TÉCNICA ANTECIPATÓRIA.....	52
3.2 ESPECIFICAMENTE A TUTELA DE EVIDÊNCIA SANCIONATÓRIA.....	57
3.2.1 Premissas	57
4 ABUSO DE DIREITO PROCESSUAL	64
4.1 ASPECTOS GERAIS.....	64
4.1.1 O dever de lealdade das partes	68
4.2 ASPECTOS ESPECIFICOS: DEBATE ACERCA DO ELEMENTO SUBJETIVO..	72
4.3 ASPECTOS ESPECIFICOS: DEBATE ACERCA DO RESULTADO DANOSO....	74
4.4 ABUSO DE DIREITO DE DEFESA E MANIFESTO PROPÓSITO PROTRELATÓRIO COMO REQUISITOS À CONCESSÃO DA TUTELA DE EVIDÊNCIA.....	76
4.5 A QUESTÃO DO RETARDAMENTO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.....	79
5 O CAMPO DE APLICAÇÃO DA TUTELA DE EVIDÊNCIA SANCIONATÓRIA	82
5.1 A TUTELA DE EVIDÊNCIA SANCIONATÓRIA EM PROL DO RÉU.....	86
6 PODERES DO JUIZ NA TUTELA DE EVIDÊNCIA SANCIONATÓRIA	90
6.1 PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ. A QUESTÃO DO PRINCÍPIO DISPOSITIVO.....	92
6.2 OS PODERES ÉTICOS DO JUIZ E O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO.....	95

6.3 À GUISA DE SUGESTÕES NO QUE TANGE À AVALIAÇÃO, PELO MAGISTRADO, DOS PEDIDOS DE TUTELA DE EVIDÊNCIA SANCIONATÓRIA....	97
7CONCLUSÃO.....	101
REFERÊNCIAS.....	106

1 INTRODUÇÃO

A tutela de evidência consiste num importante instrumento para superar a morosidade característica dos procedimentos ordinários e atender aos anseios da parte que demonstra de plano o seu direito. Trata-se de técnica que redistribui o tempo do processo em detrimento daquele que não tem razão.

As primeiras noções acerca da tutela de evidência são originárias do direito romano e do direito canônico que, embora autônomos, formavam um sistema unitário de normas universais que se convencionou chamar de direito comum. As mais importantes contribuições do direito canônico são referentes à disciplina, formalização e racionalização do processo. Entretanto, o procedimento ordinário, naquela época, era excessivamente formal, moroso e custoso. Com efeito, já no ano de 1.306, com a edição da constituição papal de Clemente V, foi externada a aspiração por um trâmite mais abreviado.

O direito comum assumiu relevante papel de suprir lacunas nos direitos específicos e se refletiu na formação do direito lusitano. Dada a conquista dos portugueses em solo sul-americano, a experiência lusitana, sob a forma de Ordenações, exerceu notória influência nas fontes jurídicas do Direito Brasileiro.

Somente após a instauração da República no Brasil e a edição da Constituição da República de 1891 é que foi outorgada competência legislativa aos Estados em tema de “direito processual comum”. Surgiram, assim, os Códigos de Processo Civil de 1939 e o de 1973.

Muito embora tivesse aprimorado diversos institutos, o Código de Processo Civil de 1973 não representou um rompimento com o de 1939 e replicou as ideias de um Estado liberal. O individualismo, o patrimonialismo e a valorização da segurança jurídica não mais atendiam às necessidades da sociedade urbana de massa, imediatista, e da ascensão de um modelo de Estado social. Em consequência, as dificuldades no acesso à justiça e a morosidade da prestação jurisdicional clamaram por mudanças a fim de adequar o processo às novas realidades sociais e ao Estado Democrático de Direito.

Tal contexto desencadeou sucessivas reformas legislativas, em especial o advento da Lei 8.950, de 13 de dezembro de 1994, que introduziu no ordenamento a antecipação de tutela – art. 273 do CPC/73 –, desburocratizando o procedimento e permitindo execuções no curso do processo.

Mais uma vez, as novas exigências sociais careciam de normas adequadas a uma conjuntura acostumada à constitucionalização do processo, a exigir a superação de um modelo positivista para um pós-positivista. Editou-se, então, o Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15), que a par de outras inovações, dispensou tratamento especial à tutela de evidência no art. 311.

Dentre as hipóteses de concessão da tutela de evidência, este trabalho se aterá a tratar das circunstâncias do art. 311, I, do CPC/15, em que, evidenciado o direito de uma das partes e caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da outra parte, aquela fará jus a uma tutela provisória.

Assim, além de pretender garantir a efetividade de um futuro julgamento, esta técnica tem nítido propósito de combater os abusos de direitos processuais pelos sujeitos do processo.

Em consonância com os demais dispositivos do CPC/15 que regulamentam e reprimem as condutas de litigância de má-fé (art. 80 do CPC/15) e atos atentatórios à dignidade da justiça (arts. 77, §2º, e 774 do CPC/15), o art. 311, I, prestigia os deveres de lealdade processual, a boa-fé, a probidade, a celeridade e a duração razoável do processo que, com outros princípios constitucionais, norteiam a obediência ao devido processo legal.

Entretanto, em que pesem todos os estudos dispensados à necessidade de construção de um processo ético, isento de condutas maliciosas, temerárias e de má-fé, e apesar, também, de previsões legislativas nesse sentido, o que se afere, na prática, é a pouca aplicabilidade dos institutos sancionatórios de tais comportamentos.

Assim, a resistência dos magistrados e dos tribunais em aplicar multas por litigância de má-fé e em conceder tutelas de evidência com fulcro no art. 311, I, do CPC, despertaram o interesse para a produção da presente dissertação, que tem o escopo de identificar as razões que obstaculizam a aplicabilidade da norma e, propor, a partir

de uma pressuposta concepção publicística do processo e sob a ótica do magistrado, que dispõe de poderes decisórios, ordinatórios, instrutórios, executivos, éticos e geral de cautela, um novo olhar acerca dessa norma.

Tudo isso, é claro, sem perder de vista que, assim como as partes, os auxiliares da justiça e todos os sujeitos processuais, os magistrados também devem se abster de cometer abusos dos direitos processuais, cumprindo seus deveres e obrigações para o justo, efetivo e tempestivo deslinde do feito, bem como atendendo às obrigações de fundamentação idônea e de respeito ao princípio do contraditório.

Assim, para atingir o desiderato proposto, abordar-se-á o perfil histórico da tutela de evidência, encartando-a no ordenamento jurídico atual, em suas manifestações, destacando-se, ao após, o estudo do abuso de direitos processuais, ao lado de reflexões acerca dos poderes do juiz.

2 PERFIL HISTÓRICO DA TUTELA DE EVIDÊNCIA: DOS INTERDICTA AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

É conhecida a noção de que onde há sociedade há direito: *ubi societas ibi jus*. Direito e sociedade, essas duas realidades “ético-sociais” a que se refere Ayres Britto¹, são interdependentes e necessariamente complementares, de modo que também o oposto é verdadeiro: onde há direito há sociedade – *ubi jus ibi societas*.²

Naturalmente, no seio social há interesses os mais diversos, a propiciar multiformes e complexas relações intersubjetivas, cuja regulação pode advir de muitas fontes, das quais são sempre lembradas a moral, a religião, as convenções sociais e o direito. E, dado que apenas as regras do ordenamento jurídico reúnem atributos de heteronomia, coercibilidade e bilateralidade-atributiva³, dispensando a adesão dos indivíduos ao comando por elas expresso, assoma a importância do direito como pilar em que se arrima o corpo social, sobretudo “quando se leva em conta que o valor específico das normas jurídicas é a Justiça, valor fundamental que promove a convivência livre e harmônica das pessoas”⁴ e sem o qual, na concepção kantiana⁵, a existência humana nem sequer faria sentido.⁶

¹ AYRES BRITTO, Carlos. A sociedade e o direito. In: TEPEDINO, Gustavo (org.); FACHIN, Luiz Edson (org.). *Doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun.2011, p. 51-56. Versão eletrônica.

² ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. 23 ed. rev. e atual. até 15.2.2007. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 25.

³ Apenas para reforçar a lição: as regras jurídicas são editadas pelo Poder Público, que, para assegurar a observância delas, dispõe da autoridade e do aparato administrativo do Estado. Assim é que, ao prescrevem deveres, as regras jurídicas também atribuem direitos, garantidos por ação e pela estrutura de poder responsável pelo cumprimento de seus enunciados.

⁴ “As contribuições trazidas pela sociologia acabaram demonstrando que o direito – qualquer que seja a definição teórica que se lhe dê – funciona objetivamente, no campo das relações sociais, como um instrumento de convivência humana, condicionado segundo o tipo e as exigências de cada comunidade social, determinado pelos valores e contingências históricas dominantes”. Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, v. 1, p. 114-115.

⁵ Em adição: “Kant, o profundo philosopho representante da escola racionalista, definiu o direito como – o conjunto de condições em virtude das quaes o arbitrio de cada um se harmoniza com o arbitrio dos outros, de accordo com um principio geral de liberdade.” (PORCHAT, Reynaldo. *Curso elementar de direito romano*. 2. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1937, v. 1, p. 84, com a grafia da época.)

⁶ Em sentido conforme, lê-se em GUIMARÃES, Mário. *O juiz e a função jurisdicional*. Rio de Janeiro, Forense, 1958, p. 33: “o fim do Direito é propiciar o máximo de felicidade aos homens, assegurando-lhes a paz e a harmonia na vida social.”

É claro que os critérios de justo e de equitativo atrelam-se às convicções prevalentes em determinado momento histórico e local.⁷ É sob este viés que nos interessa tomar contato, ainda que não exaustivo, com os institutos que mais tarde viriam a conformar as chamadas cautelares satisfativas, a antecipação de tutela e a tutela de evidência.

Com efeito, a inspiração deste tipo de provimento advém dos interditos romanos, “remédios céleres mas que inegavelmente protegiam o direito material da parte e não interesses meramente processuais”.⁸

Neste capítulo, veremos de que maneira o direito romano nos legou as noções essenciais à compreensão da tutela de evidência – e de que modo essas noções sobreviveram ao tempo, durante a evolução da história do direito.

2.1 PERÍODOS HISTÓRICOS DO DIREITO ROMANO

Os romanos experimentaram três sistemas de processo civil: o das ações da lei (*legis actiones*), utilizado no período pré-clássico (ou antigo), que, historicamente, data das origens de Roma à edição da Lei *Aebutia*, em marco temporal impreciso, mas compreendido entre 149 e 126 antes de Cristo; o formulário (*per formulas*), no direito clássico (da Lei *Aebutia* ao término do reinado de Diocleciano, no ano 305 já da era cristã) e, por fim, o período extraordinário (*cognitio extraordinaria*), no direito pós-clássico (de 305 d. C. a 565 d. C.)⁹, em que já se vislumbrava um sistema de justiça pública.¹⁰

⁷ No sentido: “a lógica, a história, o costume, a utilidade e os *standards* aceitos de comportamento correto são as forças que, separadamente ou em combinação, impulsionam o progresso do direito. Qual dessas forças dominará em um caso concreto, eis o que dependerá largamente, da importância ou do valor comparado dos interesses sociais que, em consequência, serão promovidos ou prejudicados”. Cf. CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo e a evolução do direito*. Tradução de Lêda Boechat Rodrigues. São Paulo: Ed. Nacional de Direito Ltda., 1956, p. 63, com a grafia da época.

⁸ FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência: fundamentos da tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 164.

⁹ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. 2. ed., rev. e acres. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967, t. 1, p. 10, 78 e 195/196; CHAMOUN, Ebert. *Estudos de direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, p. 3-4. LIMA LOPES, José Reinaldo. *O direito na história: lições introdutórias*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 29.

¹⁰ MOREIRA ALVES, op. cit., p. 196; CHAMOUN, op. cit., p. 131. Este lineamento é feito para fins didáticos, com a ressalva de que “dentro de cada um destes períodos, é possível encontrar fases ou mesmo ulteriores sistemas particulares. Ademais, em certos momentos, coexistiram sistemas

Tanto no período das ações da lei, quanto no formulário, a organização da instância é feita de acordo com a *ordo iudiciorum privatorum*, havendo duas fases sucessivas: *in iure* e *apud iudicem* (ou *in iudicio*): a primeira, desenvolvida perante um magistrado; a segunda, perante um particular, o *iudex* ou juiz popular, que não é funcionário estatal.¹¹

Durante o procedimento *in iure*, averiguava-se se a ação solicitada pela parte era admitida em direito (*ius civile*¹²). Caso se entendesse que sim – e apenas nesta hipótese afirmativa –, a ação era concedida.¹³

Em linhas gerais, pode-se dizer que o direito romano pré-clássico foi marcado pelo formalismo.¹⁴ No entanto, ainda naquele período nasceu a figura do pretor peregrino com funções judiciárias, cabendo-lhe dirimir conflitos de interesses entre estrangeiros ou entre estes e os romanos.¹⁵ Assim é que coexistiram pretores urbanos e peregrinos, dotados dos poderes de *imperium*, o que incluía a faculdade de deter e punir os cidadãos culpados, bem como administrar a justiça nos assuntos privados.¹⁶

processuais diferentes.” Cf. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 30.

¹¹ CHAMOUN, op. cit., p. 110; MOREIRA ALVES, op. cit., p. 196 e 197. Este último autor observa (p. 202) que nem sempre a fase *apud iudicem* acontecia diante do *iudex privatus*, porquanto, em certos processos, havia, no lugar dele, tribunais permanentes. Mais adiante (p. 203), o romanista aponta que, em alguns textos, o termo *arbiter* aparece em lugar de *iudex*, aventando, com base nas leituras que fez, a hipótese de que o árbitro teria poderes mais amplos que os do *iudex*, sobretudo por ter de se deslocar à cena do litígio.

¹² O *ius civile* era um direito aplicável apenas aos romanos, cidadãos (não aos estrangeiros); seu núcleo se constituía das matérias relacionadas a sucessão, propriedade, casamento, enfim, “tudo aquilo que ajuda a preservar a cidade tradicional” (LIMA LOPES, op. cit., p. 33). Em sentido conforme: PORCHAT, op. cit., p. 160.

¹³ SANTOS, Moacyr Amaral. *Ações cominatórias no direito brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1958, t. 1, p. 41.

¹⁴ Esse formalismo é frequentemente ilustrado pelo conhecido exemplo do sujeito que, ao ingressar com ação de perdas e danos contra outrem que lhe havia decepado videiras do terreno, perde a demanda apenas pela circunstância de usar o termo *vites* (videiras), em lugar de *arbores* (árvores), palavra que a lei previa para a ação relativa a árvores cortadas (*actio de arboribus succisis*) – em que pese o corte ter atingido justamente videiras. Em sentido semelhante: CRETELLA JÚNIOR, J. *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro*. 15. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 413-414.

¹⁵ LIMA LOPES, op. cit., p. 32. Em sentido conforme: CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 35: “Igualmente, importante fator de avanço do direito de época republicana foi a instituição do pretor urbano (*leges Liciniae* – 367 a.C.) e, em seguida, do pretor peregrino, em 242 a.C., entre os quais havia uma competência exclusiva na própria esfera de atuação, determinada pelo estado pessoal dos litigantes.”

¹⁶ MOREIRA ALVES, op. cit. p. 25 e 26. LIMA LOPES, op. cit., p. 32, enuncia que “os pretores participavam do poder geral de mando (*imperium*) de uma forma particular: detinham os poderes considerados civis de *coercitio* (disciplina) e *iurisdictio* (dizer o direito). Não eram os poderes que hoje dizemos judiciais propriamente: eram mais parecidos com poderes policiais e de segurança e manutenção da ordem e por isso eram encarregados de ‘administrar a justiça’, isto é, fazer com que os

Ademais, os magistrados podiam proclamar editos (*ius edicendi*), tocando àqueles investidos de função judiciária elencar, no início do ano de desempenho da magistratura, todos os meios passíveis de emprego, pelo particular, para salvaguarda de seus direitos.¹⁷

Aí reside a singular importância dos editos, ordens que, advindas do poder de *imperium*, objetivavam consertar, complementar ou mesmo refutar a aplicação do *ius civile*, quando este, no entender do magistrado judiciário, se mostrasse injusto.¹⁸

Nas palavras do Desembargador Affonso Cláudio, em lição centenária,

os edictos dos antigos pretores, quasi sempre conservados por seus sucessores, compilados e complementados pelos mais habéis juristas, chegaram a constituir um corpo de decisões de tanta respeitabilidade, que, conforme pondera um jurisconsulto dessa idade, todo mundo acreditava que era naquela fonte e não na Lei das Doze Taboas que se devia haurir o conhecimento jurídico.¹⁹

Por esta razão, enfatiza-se que o edito era considerado fonte do direito, em especial quando se destinava à tutela de direitos ao largo do *ius civile*: as situações que assim ganhavam eficácia jurídica conformavam o *ius honorarium*²⁰ ou *praetorium*²¹, em contraposição ao *ius civile*. Por meio do *ius honorarium*, eram concedidas ou denegadas ações – o que, na prática, equivalia à criação de direitos.²²

Por isso é que tantas vezes já se afirmou que “o sistema das ‘ações da lei’ era nitidamente processual, no sentido de que as partes não invocavam ‘seus direitos’,

conflitos fossem resolvidos ordenada e pacificamente por um juiz (*iudex*) a pedido das partes envolvidas. Neste sentido, os pretores não julgavam (no sentido moderno estrito) as controvérsias.”

¹⁷ PORCHAT, op. cit., p. 194, 197-199; MOREIRA ALVES, op. cit., p. 33; CHAMOUN, op. cit., p. 22.

¹⁸ PORCHAT, op. cit., p. 200, preservada a grafia de época: “Dotados de grande faculdade no exercício de sua jurisdição, com os poderes da *jurisdictio* e do *imperium*, os pretores tinham a ampla faculdade não só de auxiliar e de suprir, mas também a de corrigir o direito civil (...). E eis ahi como, sem a qualidade de legisladores, puderam elles introduzir as grandes reformas que deram nova feição ao *ius civile*, abrandando o rigor severo da legislação das Doze Táboas.”

¹⁹ CLÁUDIO, Affonso. *Estudos de direito romano*. Rio de Janeiro: Typ. do Jornal do Commercio, 1916, v. 1, p. 28.

²⁰ *Ius honorarium* é locução que alude ao poder dos magistrados, à sua honra/honorabilidade de agentes da cidade (povo) e seu império. É o que pontua LIMA LOPES, op. cit., p. 37-38. Em sentido semelhante: PORCHAT, op. cit., p. 196; CRUZ E TUCCI, 2004, p. 39.

²¹ Quadra salientar que, para a maior parte dos romanistas, as expressões são sinônimas ou equivalentes. Cf. CRETELLA JUNIOR, J., op. cit., p. 29-30.

²² MOREIRA ALVES, op. cit., p. 34, 35, 47 e 81. Os interditos, como veremos, são espécies de editos, ou, em outras palavras, derivam exatamente do poder, atribuído ao magistrado, de expedir editos. E, como explica o doutrinador (p. 81), “os magistrados com funções judiciárias não podiam, no direito romano, atribuir direitos a alguém, mas, sim, conceder ou negar ações, o que, na prática, equivalia à criação de direitos”.

mas suas ações. *Ius* e *Actio* eram consideradas duas faces da mesma moeda”.²³ Em abono dessa assertiva, diz-se, que na fase das *legis actiones*, as ações originavam os direitos, não o contrário.²⁴

Gradualmente, o formalismo e o materialismo do período pré-clássico foram cedendo lugar à boa-fé (*fides*)²⁵, à lealdade e à palavra empenhada pelos contratantes, conceitos bastantes usuais no comércio internacional – Roma, à altura já agora do período formulário, era um importante centro mercantil.²⁶

Assim é que, na esfera de jurisdição do pretor peregrino, desenvolveu-se o *ius gentium*, aplicável tanto a estrangeiros quanto a romanos.²⁷ Sem embargo, também os pretores urbanos contribuíram para que o processo (formular) se tornasse mais ágil.²⁸

Paulatinamente, sobreveio a última fase do direito romano: o *ius extraordinarium*, em que os imperadores, por meio de constituições, começam a estabelecer normas jurídicas cujos preceitos são sancionados por um novo processo – a *cognitio extra ordinem*²⁹ –, em que restaram suplantadas as antigas fases *in iure* e *apud iudicem*, já

²³ FUX, op. cit., p. 157, com itálico no original. Em sentido conforme: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 28-29: “Para os juristas de então, direito subjetivo material e ação se confundiam. O conteúdo do direito evidenciava-se pela ótica da ação, que o tutelava contra eventuais ofensas. A titularidade da ação implicava a titularidade do direito material. (...) Os romanos viviam sob um sistema de ações, não de direitos. E a razão principal era, além de seu senso prático, o grande poder conferido ao magistrado de decidir até mesmo contra a lei. Importava o que ele dizia, não o que constava do direito objetivo; a pretensão precisava estar amparada por uma *actio* dada pelo magistrado que exercia jurisdição”. Cf, ainda, YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: DPJ, 2006, p. 60.

²⁴ Em razão de não se distinguirem os planos material e processual do ordenamento, diz-se que, àquela altura, vigorava o sincretismo jurídico. Cf. BEDAQUE, op. cit., p. 29.

²⁵ CRUZ E TUCCI, 2004, p. 42: “Delineia-se ainda possível individual, no âmbito do sistema do *ordo*, especialmente do processo *per formulas*, uma liberdade de interpretação facultada aos juízes nos *iudicia bona fidei*, originados de contratos consensuais, nos quais, em virtude da redação da *intentio* na fórmula, mais ampla e flexível, possibilitava-se dilatada valoração do direito subjetivo em litígio, nas demandas, e.g., *pro socio*, *mandati* e *negotiorum gestio*. Anote-se que a construção dos quatro importantes contratos consensuais – compra e venda, arrendamento, sociedade e mandato – no ordenamento romano deveu-se à praxe das ações de boa-fé.”

²⁶ MOREIRA ALVES, op. cit., p. 80 e 81; LIMA LOPES, op. cit., p. 38-39.

²⁷ LIMA LOPES, op. cit., p. 37; MOREIRA ALVES, op. cit., p. 80; PORCHAT, op. cit., p. 159.

²⁸ MOREIRA ALVES, op. cit., p. 81. Com efeito, durante o período formulário, a atividade do magistrado é bem mais intensa que no período anterior, o das ações da lei, em que ele, o magistrado, estava bastante adstrito à fiscalização da observância das formalidades. É o que informa o autor, à p. 226.

²⁹ Há um motivo para que este período seja chamado *extra ordinem*: ele não obedecia ao *ordo iudiciorum privatorum*, estava fora (*extra*) desta ordem: daí a expressão *extra ordinem iudiciorum privatorum*, depois reduzida às duas primeiras palavras (cf. MOREIRA ALVES, op. cit. p. 264; LIMA LOPES, op. cit., p. 41).

que todo o processo passou a se desenrolar em instância única, diante do juiz, funcionário do Estado.³⁰ E não apenas isso: está-se diante do germen do que viria a ser a jurisdição, pois “o juiz passa a exercer a *iurisdictio*, função pública destinada à realização do direito constante do *corpus iuris civilis*”.³¹

Por fim, deve-se ressaltar que, nesta última fase do direito romano, vedava-se aos magistrados criar ações para tutelar situações não protegidas pelo direito objetivo.³²

2.2 DO DIREITO ROMANO AO DIREITO COMUM

Depois da derribada do Império Romano do Ocidente, em 476 da era cristã, até aproximadamente o ano 1000, seguiu-se um período em que, sob o ponto de vista da cultura jurídica ocidental – que será a única enfocada neste ensaio –, pouco se evoluiu. Fala-se, aliás, no oposto, porquanto teria havido regressão nos costumes, nas leis, na vida civil, na arte, da demografia e mesmo na religiosidade.³³

Recobre-se que, no século V, os bárbaros já haviam dominado a Gália, a Espanha e a África. Ao após, provocaram a queda do Império Romano do Ocidente, mediante a “deposição de Rômulo Augusto pelos hérulos (povo bárbaro) que, admitidos no exército romano, se revoltaram e proclamaram Odoacro rei da Itália.”³⁴ Depois dos hérulos vieram os ostrogodos e, em que pese uma breve retomada da Itália (com a vitória do exército bizantino de Justiniano em 533), a península itálica voltou a ser dos bárbaros – estava-se, agora, sob o jugo dos lombardos.³⁵

Como se observa, “os invasores não formavam uma nação, porém um punhado de tribos”.³⁶ Seu direito, considerado primitivo, não se amoldou imediatamente ao direito romano (mesmo porque os bárbaros admitiam que cada pessoa fosse regida pelo direito da própria etnia, numa espécie de personalidade do direito ou personalidade das leis)³⁷.

³⁰ CHAMOUN, op. cit., p. 112, 131-132; MOREIRA ALVES, op. cit. p. 197 e 198.

³¹ FUX, op. cit., p. 159.

³² PORCHAT, op. cit., p. 36-37; MOREIRA ALVES, op. cit., p. 267.

³³ LIMA LOPES, op. cit., p. 50-56, *passim*.

³⁴ MOREIRA ALVES, op. cit., p. 67.

³⁵ Id., *ibid*.

³⁶ PRATA, Edson. *História do processo civil e sua projeção no direito moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 82.

³⁷ PRATA, op. cit., p. 82-83; LIMA LOPES, op. cit., p. 53; PORCHAT, op. cit., p. 18-19.

O evoluir dos tempos, porém, fez com que surgisse um novo tipo de processo, “misto de germânico e romano, em que as instituições germânicas se recompunham sob a influência dos princípios do direito romano. É o processo conhecido por *romano-barbárico*, que se desenvolveu especialmente na Lombardia”.³⁸ Assim é que o processo romano-barbárico teve três fases principais, sucessivamente: longobarda (de 568 a 774), franca (de 774 a 900) e feudal (de 900 a 1100, aproximadamente), marcada, esta última, pela crescente importância da jurisdição eclesiástica.³⁹

As culturas jurídicas representadas pelo direito romano (a que Cruz e Tucci nomina direito imperial ou *ius civile*) e pelo direito canônico viriam a se aproximar no âmbito dos estudos da Universidade de Bolonha – e isso “não como uma ocorrência histórica casual, mas, sim, como parte de um movimento cultural mais amplo e geral”⁴⁰, a impactar o pensamento jurídico da Idade Média a partir da releitura de manuscritos da época do Império Romano, conservados pelos religiosos em seus mosteiros e abadias.

Com efeito, a formação do *studium civile* bolonhês, no correr do século XI, é considerada o marco inaugural da Escola dos Glosadores. Esta fase, cujo precursor foi Irnério (*Irnerius*), atingiu seu ápice nos séculos XII e XIII.⁴¹ Deve-se destacar, neste aspecto, o prestigioso trabalho de Acúrsio (ou Acúrcio, ou Accursio, ou, ainda,

³⁸ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*: volume 1. 23. ed. rev. e atual. por Aricê Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 2004, v.1, p. 45.

³⁹ ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Manual de direito processual civil*. 11. ed. rev., ampl. e atual. com a reforma processual 2006/2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 52-53. Cumpre anotar que as palavras canônico e eclesiástico não são, para todos os autores, sinônimas, pois “o direito eclesiástico tem por finalidade reger o relacionamento da Igreja enquanto considerada Estado, nos assuntos políticos de natureza diplomática (*direito público externo*), bem como nas relações jurídicas (civis e penais) com os habitantes do Vaticano (*direito público interno*). O moderno Código de Processo Civil do Vaticano, por exemplo, constitui lei de direito eclesiástico... O direito canônico, a seu turno, considerando a Igreja como instituição puramente religiosa, visa a disciplinar o relacionamento entre ela e seus subordinados pela fé, uma vez que professam a doutrina do cristianismo. O escopo precípua do direito canônico, portanto, é a salvação das almas.” Cf. CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de processo civil canônico*: (história e direito vigente). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 14.

⁴⁰ CRUZ E TUCCI, 2004, p. 105, onde também se lê: “a restauração da ideia de uma sociedade disciplinada por meio de regras mais eruditas surge no momento em que os europeus voltaram a ter hegemonia sobre o mar mediterrâneo e teve início um extraordinário período de efervescente renascimento artístico e econômico.”

⁴¹ MOREIRA ALVES, op. cit., p. 68-69. Em adição, pode-se afirmar, com PORCHAT, op. cit., p. 6, que “foi no século XII que o precioso descobrimento de um exemplar das *Pandectas Florentinas* e de um exemplar do *Código* fizeram como que ressuscitar o direito romano conservado por Justiniano, e que até então estivera completamente perdido.”

Accursius), que compôs a Grande Glosa⁴² – glosas, não é demais amentar, nada mais eram que anotações, interlineares ou marginais, lançadas à codificação de Justiniano⁴³, inclusive com características de ineditismo em seu conteúdo.⁴⁴

Aos glosadores se seguiram os pós-glosadores, dos quais os mais ilustres foram Bártolo (*Bartholus*)⁴⁵ e seu discípulo Baldo. Os esforços dos pós-glosadores tiveram por base os preceitos trazidos à luz pelos glosadores. A estes coube clarificar o sentido das normas jurídicas romanas, ao passo que aos pós-glosadores incumbiu adaptá-las à necessidade da época, encadeando o direito romano com as normas jurídicas então vigentes.⁴⁶

Demais, o estudo conjunto do direito romano e do direito canônico sedimentou as bases do que se convencionou chamar de direito comum – *utrumque ius*, locução que traduz, sob diversos vieses, a noção de unidade. Em primeiro, porque faz convergir as várias fontes do direito (romano, canônico e direitos locais) e, uma vez concluída esta suma, constitui um objeto comum de todo o saber jurídico do Velho Continente. Este saber, tratado segundo os métodos de uma comum ciência do direito, engendrada num ensino universitário do direito que era comum por toda a Europa, foi difundido numa língua também comum, o latim.⁴⁷

Condensando estas premissas, tem-se que “o conceito de *direito comum* encerra um fenômeno cultural dinâmico e complexo que não conheceu fronteiras étnicas ou territoriais.”⁴⁸

No entanto, como não era de todo imprevisível, “a tensão dialética e a ingerência recíproca entre os poderes temporal e eclesiástico caracterizaram, com acentuada

⁴² PORCHAT, op. cit., p. 7.

⁴³ PRATA, op. cit., p. 100-101; CRUZ E TUCCI, 2004, p. 103.

⁴⁴ CRUZ E TUCCI, 2001, p. 50, registra que “os juristas desse momento histórico partiram da leitura atenta da compilação de Justiniano, mas, diferentemente dos intérpretes da alta Idade Média, não apenas aprenderam o significado dos textos, como também imprimiram atualidade à toda (sic) problemática que deles emergia, cotejando-a com a experiência do cotidiano, embora não hesitassem, em determinadas hipóteses, em elaborar, mesmo sob aparente fundamento desta ou daquela norma, conceitos e regras novos.”

⁴⁵ PORCHAT, op. cit., p. 8. Este tratadista, ao se referir a Bártolo, diz que foi “jurisconsulto de tão grande renome, que, na H Espanha e em Portugal, os tribunaes respeitavam como se fossem leis as suas opiniões.” (Grafia original.)

⁴⁶ MOREIRA ALVES, op. cit. p. 70.

⁴⁷ CRUZ E TUCCI, 2001, p. 51.

⁴⁸ CRUZ E TUCCI, 2004, p. 104.

constância, as vicissitudes políticas da Idade Média.”⁴⁹ Assim, conquanto inseparáveis e combinados, os direitos romano e canônico configuravam dois conjuntos normativos diferentes, formando um sistema unitário de normas universais (*unum ius*).⁵⁰

Neste contexto, “uma das mais importantes contribuições do direito canônico foi a disciplina do processo, visto que havia a necessidade de fixar normas dos atos a serem praticados em toda a Igreja Romana”⁵¹, sem se descurar de que o recurso poderia ensejar que a revisão fosse feita em Roma, que, obviamente, nem sempre era o local de origem do processo. Pode-se, com acerto, atribuir ao processo canônico a disseminação de uma nova maneira de resolução de controvérsias, caracterizada pelo espírito formalizador e racionalizador (em oposição ao anterior sistema de provas irracionais, os ordálios), pelo uso da palavra escrita (em detrimento da oralidade) e pela organização clara das fases processuais.⁵²

Contudo, “as fontes jurídicas revelam que o procedimento ordinário (*solemnis ordo iudiciarius*), aperfeiçoado nesta época, era lento, custoso e extremamente formal.”⁵³

É desta fase a constituição papal de Clemente V, editada em 1306 – *Clementina Saepe* –, por meio da qual o pontífice externava a preocupação de diminuir as formalidades do processo, para que se decidisse *simpliciter et de plano ac sine strepitu et figura iudicii*.⁵⁴ Estabelecia-se, assim, o chamado processo sumário, de cognição completa, mas de trâmite abreviado, como tentativa de diminuir os termos e atos do processo, hipertrofiados por influência do procedimento canônico.⁵⁵

⁴⁹ CRUZ E TUCCI, 2004, p. 107.

⁵⁰ CRUZ E TUCCI, 2004, p. 109.

⁵¹ LIMA LOPES, op. cit., p. 28.

⁵² LIMA LOPES, op. cit., p. 89-93. Em sentido conforme, embora sem a menção expressa ao espírito formalizador, v. CRUZ E TUCCI; AZEVEDO, op. cit., p. 160-163, autores que ainda acrescem outros elementos, como a conciliação, a arbitragem, os *advocati pauperum*, nomeados para a defesa de viúvas e pobres.

⁵³ CRUZ E TUCCI, 1997, p. 33. Em sentido conforme: FUX, op. cit., p. 161: “o processo comum, sob o ângulo procedimentalista, era considerado moroso, excessivamente formal e complicado.”

⁵⁴ ARRUDAALVIM, op. cit., p. 54; CRUZ E TUCCI, 1997, p. 34; FUX, op. cit., p. 161.

⁵⁵ NEVES, Celso. Classificação das ações. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, volume 70, 1975. Disponível em: http://www.obrasraras.usp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/3165/Revista_FD_vol70_1975.pdf?sequence=1 > Acesso em 26 mar. 2018. Em sentido conforme, esclarecendo, em especial, que a sumariedade refere-se ao procedimento, não à cognição, v. CRUZ E TUCCI, 1997, p. 34.

Aos poucos, com a organização dos reinos e Estados nacionais e a criação de direitos particulares de um local ou grupo, o direito comum passou a assumir papel de subsidiariedade, sendo aplicável se lacunoso o direito específico.⁵⁶

O conhecimento dos pós-glosadores distendeu-se da Itália para outros países, notadamente França e Alemanha, em movimento que se convencionou chamar jurisprudência culta (de 1400 a 1500).⁵⁷

Na sequência, em contexto histórico agitado por eventos relevantíssimos, como a Reforma protestante, a chegada dos europeus à América, o desenvolvimento capitalista do mercado e a formação dos Estados Nacionais, as ideias jurídicas do século XVI ao século XVII trouxeram reflexões sobre o direito natural.⁵⁸ “O jusnaturalismo racionalista e o Iluminismo são duas correntes que confluem no espírito de clareza e sistematização a impulsionar o movimento de codificação do direito.”⁵⁹

Considerando, no entanto, a conquista dos portugueses em solo sul-americano, bem como as peculiaridades ínsitas à história da Península Ibérica, a elas dedicaremos o tópico a seguir, dada a notória implicação das fontes jurídicas do reino no Direito Brasileiro.

2.3 O ANTIGO REGIME LUSITANO

Já mencionamos (3, supra) a invasão bárbara havida na Europa, no século V.

Muito embora tais povos não tivessem um ordenamento jurídico sofisticado, vieram a editar algumas leis, das quais duas são as mais evocadas, especificamente por seu reflexo naquilo que viria a ser Portugal: a primeira, de 506, chamada *Lex Romana Visigothorum*, Breviário (ou Código) de Alarico, Breviário de Aniano, ou *Breviarium Alaricianum* (ou *Breviarium Alarici* ou *Aniani*) ou *Corpus legum*; a outra, de 654, denominada *Lex Wisigothorum*, *Liber Iudicium*, *Codex Legum* ou Livro dos

⁵⁶ FUX, op. cit., p. 161.

⁵⁷ ARRUDA ALVIM, op. cit., p. 54.

⁵⁸ LIMA LOPES, op. cit., p. 166-168.

⁵⁹ LIMA LOPES, op. cit., p. 168.

Juízes, *Forum Iudicium* (ou *Juditium*), ou, ainda, *Fuero Juzgo* (ou *El libro de los Jueces*).⁶⁰

Em resumo, o breviário foi uma recopilação de algumas leis romanas; a *Lex Wisigothorum*, a par de revogar a anterior, também estava fortemente embasada no direito romano.⁶¹

A importância desses diplomas reside na sua longa sobrevivência, mesmo após o Condado Portucalense ter-se destacado, em 1139, da Península Ibérica, formando, desde então, a base político-geográfica do que veio a ser Portugal – isso sem contar que, em 711, os árabes haviam invadido o mesmo território, o que, no entanto, não trouxe alterações significativas no âmbito da cultura jurídica.⁶²

Portugal solidificou-se precocemente como nação (em 1139) e, após sua independência, regeu-se pelo *Forum Iudicium*, sem prejuízo da edição, pelos reis, de cartas forais, que se propunham à regulação de problemas locais.⁶³

A finalidade de firmar a monarquia portuguesa em bases consistentes inspirou a unificação do direito nacional, tarefa que resultou na publicação das primeiras leis gerais, em 1211. O conhecimento jurídico também foi alavancado pela criação da Universidade de Lisboa, em fins do século XIII.⁶⁴

Todas essas condições se conjugaram para o advento das Ordenações, as quais, em suma, “são o resultado da ideia de agrupamento sistemático das leis (tratado, por alguns, como verdadeiro processo de codificação)”.⁶⁵

⁶⁰ PRATA, op. cit., p. 84 e 88-89; ARRUDA ALVIM, op. cit., p. 55; CRUZ E TUCCI, 2004, p. 95; PORCHAT, op. cit., p. 19-20.

⁶¹ ARRUDA ALVIM, op. cit., p. 55; PORCHAT, op. cit., p. 19; FUX, op. cit., p. 163.

⁶² ARRUDA ALVIM, op. cit., p. 56; PORCHAT, op. cit., p. 20-21, onde se lê: “O espírito de tolerância dos árabes, com a sua feição poética e inventiva, fêz-os benignos para todos os que não lhes oppuzeram resistência, resultando dahi o facto, interessante para a historia juridica da Iberia, de continuarem os vencidos a reger-se pelos seus usos e costumes, mantendo as suas instituições e as suas leis.” (Grafia original.)

⁶³ ARRUDA ALVIM, op. cit., p. 56; PORCHAT, op. cit., p. 22-23; FUX, op. cit., p. 163.

⁶⁴ ARRUDA ALVIM, op. cit., p. 56; PORCHAT, op. cit., p. 23-24.

⁶⁵ Cf. MAZZEI, Rodrigo. Breve história (ou ‘estória’) do Direito Processual Civil brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo Civil de 1973. In: DIDIER JR, Fredie (coord. geral). *Novo CPC doutrina selecionada*. Salvador: JusPodvm, 2015, cap. 1, p. 35-63. O autor enuncia as diferenças entre codificação, compilação e consolidação, bem como traz referências de escritores que sustentam a aproximação das Ordenações com cada um desses modelos.

Referido agrupamento sistemático teve seu começo no reinado de Dom João I e se estendeu por mais de cinquenta anos, culminando com a promulgação das Ordenações Afonsinas em 1446, mesmo ano em que Dom Afonso ascendeu ao poder.⁶⁶

As Ordenações Afonsinas vigoraram dali até 1521, quando foram superadas pelas Ordenações Manuelinas⁶⁷, as quais, por seu turno, foram aplicadas até 1603, com o advento das Ordenações Filipinas.⁶⁸

A última dessa tríade – as Ordenações Filipinas –, vigorou no Brasil por longo tempo, até o início da codificação moderna, tendência que tomou fôlego a partir do fim do século XVIII e no século XIX,⁶⁹ quadrante em que o direito civil – direito material – norteava o estudo do direito processual, dado supostamente precedê-lo. É que se entendia, então, que, se o direito material fosse violado, ele próprio granjearia a robustez necessária para, em juízo, buscar a recomposição do dano havido – e isso era feito através da ação.⁷⁰

⁶⁶ PORCHAT, op. cit., p. 25 (mantidos todos os caracteres originais): [a] “o abrir-se a gloriosa 2ª dynasthia com o famoso D. João I, *Mestre de Aviz*, (...), as Côrtes reclamaram a organização de um código unico para pôr fim á confusão resultante das muitas leis esparsas. D. João, accedendo ao pedido das Côrtes, que traduzia uma necessidade nacional, encarregou da ingente tarefa da compilação ao grande jurisconsulto Dr. João Mendes, corregedor da Côrte. Assim como o rei, que lhe dera a incumbencia, fallecêra o jurisconsulto primeiro que estivesse terminada a sua importante obra. Subindo ao throno D. Duarte, nomeou para continuar a obra ao Dr. Ruy Fernandes. Mas não teve esse rei ainda a fortuna de a ver concluida, porque só foi ella apresentada como prompta em 1446, quando reinava em Portugal, D. Affonso V, sob a regencia do principe D. Pedro, que no mesmo anno a promulgou com o nome de – *Ordenações Affonsinas*.”

⁶⁷ PORCHAT, op. cit., p. 26-27 (preservada a forma original: [a] “s *Ordenações Affonsinas* estiveram em vigor durante setenta e cinco annos, até serem revogadas por D. Manuel, o *Venturoso*”. (...) D. Manuel não resistiu ao desejo de mandar rever aquellas Ordenações, com o fim de substituil-as por um novo código. (...) o resultado desse trabalho, approved pelo rei, foi publicado como lei permanente, em 11 de março de 1521, com o nome de – *Ordenações Manuelinas*.”

⁶⁸ PORCHAT, op. cit., p. 27-28, sempre atento aos aspectos históricos, registrou: [a] “s grandes transformações politicas, que se deram em Portugal após a extinção da Casa de Aviz com o fallecimento do cardeal D. Henrique, puzeram a nação debaixo do dominio de Philippe II da Hespanha, que agora galgava o throno portuguez com o nome de Philippe I. Coube a este monarcha a tarefa de iniciar o movimento legislativo para a promulgação de um novo código. (...) Em quasi oito annos de trabalho, em que tomaram parte os conspicuos jurisconsultos Pedro Barbosa, Paulo Affonso, Damião de Aguiar e principalmente Jorge de Cabêdo, estava preparada a nova codificação, que foi decretada e publicada no dia 11 de janeiro de 1603, já no reinado de Philippe II, para todo o reino de Portugal, onde ficou vigorando com o nome de – *Ordenações Philippinas*.”

⁶⁹ MOREIRA ALVES, op. cit. p. 70-71.

⁷⁰ Era a fase imanentista da ação. Cf CARRILHO LOPES, Bruno Vasconcelos. *Tutela antecipada sancionatória*: (art. 273, inc. II, do Código de Processo Civil). São Paulo: Malheiros, 2006, p. 14.

2.4 DO DIREITO LUSO-BRASILEIRO AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1939

Para efeito de orientação temporal, cumpre anotar que, do descobrimento, em 1500, até a independência, em 1822, o Brasil esteve na condição de colônia portuguesa, o que importa dizer que o direito aqui aplicável era aquele do reino de Portugal, em forma de Ordenações.

Logo, as Ordenações Filipinas ainda serviram, por muitos e muitos anos, à regulação dos processos cíveis no Brasil independente⁷¹ – embora viessem elas a sofrer substanciais alterações.⁷²

Em 25 de novembro de 1850, editou-se o Regulamento 737, cujo propósito era o de regradar as relações comerciais/mercantis. Permanecia, no entanto, o vácuo na regulação das relações civis, situação que se remediava com a aplicação das Ordenações Filipinas e das leis que as modificaram.⁷³

Seguiu-se a elaboração da chamada consolidação Ribas, mecanismo que, a par de reunir sistematicamente o material, promoveu verdadeiros acréscimos legislativos, dentre os quais importa destacar as disposições acerca dos poderes do juiz no processo.⁷⁴

Contudo, com a instauração da República, restaurou-se, por força do Decreto 763, de 16 de setembro de 1890, o uso do Decreto 737 para as causas cíveis.⁷⁵

Mais adiante, em 1891, a Constituição da República outorgou competência legislativa aos Estados, em tema de “direito processual comum” – daí a edição dos Códigos de processo civil estaduais.⁷⁶ À União guardou-se apenas o espaço

⁷¹ A propósito, ensina PORCHAT, op. cit., p. 13, mantidos a grafia original e o uso de itálico: “proclamada a independência política do Brasil, em 1822, a assembléa constituinte decretou logo, pela lei de 20 de outubro de 1823, art. 1º, que continuavam em vigor, enquanto se não organisasse um novo código, ou não fossem revogadas, as ordenações, leis, regulamentos, alvarás, leis, decretos, e resoluções promulgadas pelos reis de Portugal e pelas quaes o Brasil se governou até o dia 25 de abril de 1821. (...) No meio de todas essas leis occupam, porém, o primeiro lugar as *Ordenações Phillipinas*”.

⁷² LIMA LOPES, op. cit., p. 221; SANTOS, 1958, p. 27.

⁷³ FUX, op. cit., p. 180.

⁷⁴ LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro: (de acordo com o novo CPC)*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Castro Lopes, 2016, p. 26.

⁷⁵ FUX, op. cit., p. 180, com o acréscimo de que apenas os procedimentos especiais e os de jurisdição voluntária, não previstos no Regulamento 737, ainda seguiam regidos pelas Ordenações.

⁷⁶ Quem não os editava, ensina MAZZEI, op. cit., p. 44, permanecia sob o pálio do Regulamento 737. No sentido: FUX, op. cit., p. 181.

legislativo acerca do direito processual que se haveria de aplicar no âmbito da Justiça Federal.

Em 1934, com a promulgação da Carta Magna, alocou-se à União a competência legislativa sobre direito processual, situação que não se alterou na Constituição de 1937. Tal medida esvaziou as codificações estaduais e, “por meio do Decreto-lei nº 1.608/39, foi instituído o primeiro Código de Processo Civil no Brasil, com franco objetivo federativo de uniformizar a legislação processual”.⁷⁷

Na abalizada visão de Cândido Rangel Dinamarco⁷⁸, o Código de 1939 simbolizou o tentame de sobrepujar os problemas de uma legislação atrelada, até então, às Ordenações. Contudo, esse esforço não foi completamente exitoso. Se, de um lado, o Código de 1939 aperfeiçoou o sistema, seguindo tendências publicizadoras do processo, a exemplo da busca pela oralidade e do reforço dos poderes inquisitoriais do juiz⁷⁹, por outro lado a codificação já nasceu em descompasso com os avanços científico-processuais emanados desde a edição da obra de Oskar von Bülow, que teve o mérito de atestar a autonomia entre a relação processual e a material – o que conduziu o direito processual ao *status* de ramo autônomo do direito e instaurou a chamada postura ou fase autonomista.⁸⁰ Ilustram essa dessintonia o tratamento destinado a matérias como a competência, os recursos e a execução, em que se diferenciava o procedimento conforme o título fosse judicial (a desafiar ação executória) ou extrajudicial (a ensejar ação executiva).

2.5 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1939 AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973

Após aproximadamente trinta anos de vigência do Código de 1939, editou-se, em 1973, um novo Código de Processo Civil – o Código Buzaid.

⁷⁷ MAZZEI, op. cit., p. 44.

⁷⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*: Leis 8.455, de 24.8.92; 8.637, de 31.3.93; 8.710, de 24.9.93; 8.718, de 14.10.93; 8.898, de 29.6.94; 8.950, de 13.12.94; 8.951, de 13.12.94; 8.952, de 13.12.1994; 8.953, de 13.12.94. São Paulo, Malheiros, 1995, p. 21.

⁷⁹ LOPES, op. cit., p. 27.

⁸⁰ BEDAQUE, op. cit., p. 29; CARRILHO LOPES, op. cit., p. 14-15

De acordo com a exposição de motivos da novel codificação, havia sido feito um esforço para adequar o direito pátrio à nova orientação legislativa dos “povos civilizados” – países em que, a exemplo da Itália e da Alemanha, um considerável número de processualistas já havia alçado o direito processual à sua fase de autonomia científica.

Importa sublinhar que o movimento que esteou a elevação do direito processual como ramo autônomo da ciência jurídica estava inserto no amplo contexto histórico do liberalismo capitalista do século XIX europeu, a serviço de suas proposições teóricas fundamentais, o que, no âmbito processual, retratava a “exigência de que a jurisdição fosse confiada a juízes desprovidos de qualquer poder de império, passivos e inertes, cuja única missão deveria ser a mera aplicação do direito legislado”.⁸¹

É de se realçar que, do ponto de vista evolutivo, o Código de 1.973 não significou o rompimento da tradição anterior. Tampouco significou revolução em termos de metodologia, estrutura ou ideologia em relação ao Código precedente. Muito embora, na codificação nova, diversos institutos tivessem sido aprimorados e outros tantos fossem admitidos expressamente, “o Código Buzaid foi ainda o retrato do pensamento jurídico-processual tradicional e, nesse plano, não havia tanto a modificar então como em 1.939”.⁸² Neste aspecto, “a reforma de 1.973 não se caracterizou como repúdio a uma velha estrutura, ou aos seus pressupostos, com opção por uma nova, inspirada em novas e substanciais conquistas”.⁸³

Daí considerar-se que tal Código é, no geral, “individualista, patrimonialista, dominado pela ideologia da liberdade e da segurança jurídica, pensado a partir da ideia de dano e preordenado a prestar tão somente uma tutela jurisdicional repressiva”.⁸⁴

⁸¹ SILVA, op. cit., p. 113.

⁸² DINAMARCO, op. cit., p. 22. Como exemplos de institutos novos, elencam-se o julgamento antecipado do mérito, o chamamento ao processo, a repressão ao *contempt of court*, o recurso adesivo. Inscrevem-se entre os institutos repaginados o despacho saneador e a denúncia da lide. O mesmo autor também tratou do assunto na obra Instituições de Direito Processual Civil, v. I, p. 34-35.

DINAMARCO, op. cit., p. 21.

⁸³ DINAMARCO, op. cit., p. 21.

⁸⁴ MITIDIERO, Daniel Francisco. O processualismo e a formação do Código Buzaid. *Revista de processo*, São Paulo, ano 35, v. 183, p. 165-194, mai. 2010.

Não por acaso a doutrina assinala que, ao assentar a dicotomia entre os processos de conhecimento e de execução, iniciados, cada qual, por sua respectiva petição inicial e subsequente citação pessoal do réu/executado, o Código de Processo Civil de 1973 replicou os ideais do Estado liberal⁸⁵, que acenava ao cidadão a garantia, frente ao próprio Estado, de uma gama de direitos como “propriedade, igualdade, liberdade de crença, de manifestação de pensamento, direito à vida”⁸⁶, entre outros.

Idealmente, “na trilha do direito liberal, o processo deveria conter somente um julgamento, realizado apenas após a elucidação dos fatos componentes do litígio. O julgamento posterior à cognição sempre foi associado à ideia de ‘busca da verdade’”⁸⁷. Neste aspecto, “a execução é uma atividade necessariamente posterior à cognição ou, pelo menos, à atividade que deu lugar à formação do título executivo”.⁸⁸

Contudo, sob a redação original do CPC/73, o processo ordinário não era adequado à tutela de todas as situações de direito substancial, de modo que sua universalização, a par de refletir indiferença em relação à nova realidade social, fez sobejar o uso das liminares (tutelas sumárias) obtidas em processo cautelar.⁸⁹

Esse fenômeno, a que Luiz Fux denominou vulgarização ⁹⁰ do processo cautelar, refletia uma nova realidade: as formas tradicionais de tutela eram demasiado morosas para uma sociedade urbana de massa, marcada pelo dinamismo e pela ideia de imediatidade ⁹¹, em que avultou a busca por melhores condições de vida e de trabalho, aspecto coincidente com a ascensão de um modelo de Estado social, associado a direitos de mesmo naipe: saúde, educação, moradia, enfim, direitos que

⁸⁵ ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 18 e ss.

⁸⁶ MALHEIRO, Edson Penha; CUNHA, Renata Silva. História, classificação e as gerações ou dimensões de direitos fundamentais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 106, v. 978, p. 39-54, abr. 2017. Os direitos antes reportados se classificam como de primeira *dimensão*, preferindo os autores essa terminologia ao uso da palavra *geração*, a qual “pressupõe a ideia de que a criação de uma nova geração exclui a existência da anterior. No entanto, o que ocorre com as dimensões dos Direitos Fundamentais é justamente o contrário, observado que elas acrescentam direitos sem eliminar os anteriores”.

⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência: soluções processuais diante do tempo da justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 55.

⁸⁸ MITIDIERO, op. cit.

⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 14.

⁹⁰ FUX, op. cit., p. 34-35 e 53.

⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 18.

assegurassem a fruição do que se define como bem-estar social – os chamados direitos de segunda dimensão.⁹²

É de se sublinhar, mais, que o afloramento desses novos direitos, cuja tutela não se mostrava adequada pelas vias convencionais, aliado a fatores como as dificuldades no acesso à justiça, a morosidade da prestação jurisdicional, tudo isso confluía para que a ciência processual avançasse para outra fase metodológica: a fase teleológica ou instrumentista, marcada pelo viés da procura de resultados substancialmente justos, via processo.⁹³

Descortinava-se, assim, o panorama para o advento de diversas reformas legislativas, que sinalizavam tendência de, por via legal – e, nas palavras de Arruda Alvim, dado que “a lei pode realmente constituir-se numa variável em favor da celeridade do processo, especialmente com vistas à satisfação do autor –, engendrarem-se institutos com esta finalidade de precipitar no tempo a satisfação da pretensão.”⁹⁴

Neste contexto é que se inserem as reformas do Código Buzaid adiante explanadas.

2.5.1 As reformas setoriais do Código de Processo Civil de 1973

Sucessivos reclamos de celeridade e de maior eficiência ecoavam como prognósticos de uma justiça civil em crise.

Conquanto a expressão “crise da Justiça” não seja unívoca, é possível associá-la a uma crise de meios (falta de funcionários, orçamento muito baixo) e também a uma

⁹² A eles sucederam-se, conforme ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2. ed. rev., ampl. e alt. São Paulo: Atlas, 2014, p. 107-108, os direitos fundamentais de terceira dimensão (“conquistas da solidariedade e da comunidade, direitos difusos e coletivos, como o meio ambiente e os direitos dos consumidores, que são também as conquistas da sociedade civil organizada”) e de quarta dimensão (“a dimensão da participação na formulação das decisões políticas, em senso amplo”). MALHEIRO e CUNHA, op. cit., enumeram o direito autônomo à paz como direito fundamental de quinta dimensão.

⁹³ CARRILHO LOPES, op. cit., p. 15; BEDAQUE, op. cit., p. 17.

⁹⁴ ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Tutela antecipatória – Algumas noções – Contrastes e coincidências em relação às medidas cautelares satisfativas. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre liminares*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 12-50.

crise de significado. Afirma-se que a crise da sociedade e a desintegração dos laços sociais se refletem no sistema de justiça que, sem recursos suficientes, deve restabelecer esses vínculos.⁹⁵

Embora escape aos objetivos deste estudo deslindar os matizes sociológicos da crise da Justiça, não se podem deixar de apontar, como fatores indissociáveis ao quadro, a morosidade processual, a falta de eficiência, de estrutura e de autogestão do Poder Judiciário, bem como a inadequação do método de resolução de conflitos.^{96 e 97}

Ademais, sob o influxo da Constituição da República, promulgada em 1988, ganhou força a ideia de que “a visão moderna e privatista do processo deve ser completamente abandonada, em prol da efetividade e da realização dos ideais constitucionais do Estado Democrático de Direito”.⁹⁸

Nesse contexto, voltaram-se as atenções aos modelos de entrega de prestação jurisdicional lastreados em cognição sumária, deslocando-se a finalidade da prestação jurisdicional da declaração do direito fundada em verdade quase absoluta e com alto grau de estabilidade da decisão, para a solução material e efetiva da controvérsia a partir da célere entrega de decisão apta a atuar faticamente no bem da vida objeto do processo e, assim, promover a almejada paz social.⁹⁹

Essas circunstâncias desaguarão em sucessivas reformas no antigo Código de Processo Civil, muitas efetuadas na década de 90 do século passado. Foram promovidas, por exemplo, modificações na prova pericial, no regime do agravo de instrumento, incluiu-se no sistema a ação monitória etc.

⁹⁵ JEULAND, EMMANUEL. *Droit processuel général*. 3. ed. Paris: LGDJ, 2014, p. 86. Tradução livre.

⁹⁶ ABELHA, 2015, p. 28-32, *passim*.

⁹⁷ Barbosa Moreira advertia ser falsa a ideia de que o mau desempenho da Justiça, sobretudo sua morosidade, tanto no Brasil quanto no exterior, devesse ser atribuído apenas às leis processuais e por elas magicamente solucionado. De acordo com suas ponderações, numerosos outros fatores confluem para o quadro de insatisfação com a máquina judiciária, “em função da variedade do contexto institucional, econômico, social, cultural em que ela é chamada a trabalhar”, valendo citar, em rol apenas exemplificativo, o deficitário número de servidores e magistrados, a divisão irracional da força de trabalho, a (falta de) gestão de cada unidade judiciária, a ausência de dados estatísticos confiáveis, a falta de diagnóstico pormenorizado dos problemas, a importação açodada de institutos alienígenas etc. Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. *Revista de processo*, São Paulo, ano 26, v. 102, p. 228-238, abr.- jun. 2001.

⁹⁸ ZANETI JÚNIOR, op. cit., p. 11.

⁹⁹ PEREIRA, Alex Costa. *Tutela sumária – a estabilização da tutela antecipada e sua adequação ao modelo constitucional do processo civil brasileiro*. 2012. 184 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

Para as finalidades deste trabalho, cumpre enfatizar a reforma advinda da Lei 8.950, de 13 de dezembro de 1994, que introduziu no cenário legislativo a antecipação de tutela, com o que se possibilitava, sem o concurso do processo cautelar, outorgar ao autor, antes do trânsito em julgado, o bem da vida perseguido no processo de conhecimento, com isso redistribuindo-se o ônus temporal do processo, até então suportado exclusivamente pelo autor.¹⁰⁰

Algo de muito grandioso ocorreu aí: generalizou-se a antecipação de tutela, de modo que, a partir de então, atividades executivas passaram a ser realizadas no corpo do processo de conhecimento, sem relação processual autônoma.¹⁰¹

Foi a maneira concebida para “operacionalizar o sistema, desburocratizá-lo ou deformalizá-lo tanto quanto possível, com vista a facilitar a obtenção dos resultados justos que dele é lícito esperar”.¹⁰²

Mais recentemente, já no limiar do século XXI, outras alterações importantes foram implantadas. A título exemplificativo: dispensou-se nova citação para o cumprimento da sentença, substituindo-se, também, os embargos à execução em favor da impugnação ao cumprimento de sentença; houve mudanças na execução de títulos extrajudiciais, foram introduzidas as súmulas vinculantes e a súmula impeditiva de recurso, além de terem sido disciplinados os processos repetitivos.

2.6 O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

As inegáveis conquistas obtidas com as sucessivas reformas ao CPC/1973 não foram capazes de conferir um tratamento sistemático àquela legislação, que passou a ostentar diversas antinomias, já não mais passíveis de sanção através de enxertos legislativos.¹⁰³

Em verdade, as reformas setoriais embaçaram a unidade do sistema processual, comprometendo, sobretudo, sua harmonia, porquanto, como expõe João Batista

¹⁰⁰ ASSIS, Araken de. Antecipação de tutela. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 14, cap. II.

¹⁰¹ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 59-60.

¹⁰² DINAMARCO, op. cit., p. 20, com itálico no original.

¹⁰³ ABELHA, op. cit., p. 22-31, *passim*.

Lopes, “*sistema* não é simples reunião ou soma de elementos, mas um conjunto ordenado que deve atender a alguns requisitos como a *unidade*, a *organização* e a *interação*”.¹⁰⁴

A esse problema se adicionava outro, não menos grave: a desarmonia do CPC/1973 com a realidade social, agora já acostumada à constitucionalização do direito, a exigir a superação de um modelo positivista para um pós-positivista, este marcado pela noção de que as normas jurídicas têm seu nascedouro a partir da Constituição Federal, a qual também deve servir de filtro à aplicação dessas mesmas normas.

Assim, deslindado o ambiente de edição do Código de Processo Civil de 2015, é oportuno indagar acerca do tratamento que se dispensou aos direitos evidentes, não sem antes perquirir sobre a forma como os ordenamentos antes mencionados os regularam.

2.7 A PERCEPÇÃO DA EVIDÊNCIA AO LONGO DO TEMPO

Cunhada pelo Ministro Luiz Fux, a expressão “tutela da evidência” está relacionada “àquelas pretensões deduzidas em juízo nas quais o direito da parte releva-se evidente, tal como o direito líquido e certo que autoriza a concessão do *mandamus* ou o direito documentado do exequente”.¹⁰⁵ São situações, acrescenta o processualista, em que há mais do que fumaça do bom direito: há probabilidade de certeza desse direito, que não deve aguardar, para sua satisfação, todo o trâmite do processo comum ordinário. Por isso a inferência de que “a tutela do direito evidente pertence ao campo da ‘justiça’, e não estritamente ao campo do direito”.¹⁰⁶

Ainda no escopo de deslindar a noção de direito evidente, acrescentou:

Os fatos, como sabido, são levados ao juízo através das provas, razão pela qual quando se fala em direito evidente, diz-se direito evidenciado em juízo através das provas. Esse caráter é um misto de atributo material e processual. Sob o ângulo civil, o direito evidente é aquele que se projeta no âmbito do sujeito de direito que postula. Sob o prisma processual, é evidente o direito cuja prova dos fatos sobre os quais incide revela-os incontestáveis ou ao menos impassíveis de contestação séria.¹⁰⁷

¹⁰⁴ LOPES, op. cit., p. 34, com destaques no original.

¹⁰⁵ FUX, op. cit., p. 305.

¹⁰⁶ FUX, op. cit., p. 306.

¹⁰⁷ FUX, op. cit. p. 311.

Logo, os direitos escorados em alto grau de verossimilhança, eficazmente roborados pela parte que os evoca, autorizam entrever a diminuta chance de vitória da contraparte.

Embora as expressões “tutela de evidência” e “direitos evidentes” tenham surgido há bem pouco tempo, a ideia que se pretende por elas exprimir não é nova.

Assim é que, já no direito romano, em especial desde o período formulário, o réu poderia, diante do pretor, curvar-se à pretensão da outra parte. “A *confessio in iure* era o reconhecimento positivo por parte do réu dos fatos e razões aduzidos pelo autor”¹⁰⁸, o que ensejava o término do litígio assim que satisfeita a pretensão. Importante frisar que, caso persistisse a insatisfação, “se se tratasse de crédito de quantia certa, a *confessio in iure* equivaleria a julgamento, e, decorrido o prazo de trinta dias para cumpri-lo, o autor poderia proceder à execução sobre a pessoa ou os bens do réu.”¹⁰⁹ Perceba-se que essa potencialidade – equivaler a julgamento – viria a inspirar o *processus executivus* do direito intermédio e o próprio surgimento dos títulos executivos extrajudiciais.¹¹⁰

Contudo, caso o réu rejeitasse a pretensão do demandante e o processo chegasse a uma sentença condenatória, a execução, promovida pelo autor, exigia o manejo da *actio iudicati*.¹¹¹ Daí por que “durante toda a evolução do direito romano, a sentença de natureza condenatória, proferida em processo de conhecimento, era o único título que possuía eficácia executiva.”¹¹²

Remonta a essa mesma época das fórmulas o primeiro esboço de tutela antecipada¹¹³: os interditos, requeridos ao magistrado com base nos poderes que

¹⁰⁸ CHAMOUN, op. cit., p. 118. Em sentido conforme: MOREIRA ALVES, op. cit., p. 238.

¹⁰⁹ MOREIRA ALVES, op. cit., p. 238.

¹¹⁰ NEVES, Celso. Classificação das ações. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, volume 70, 1975. Disponível em: <http://www.obrasraras.usp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/3165/Revista_FD_vol70_1975.pdf?sequence=1> Acesso em 26 mar. 2018.

¹¹¹ CHAMOUN, op. cit., p. 122; MOREIRA ALVES, op. cit., p. 279.

¹¹² CRUZ E TUCCI, 1997, p. 32. No sentido: THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de execução*. 14 ed. atual. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1990, p. 3-4. Ainda, FUX, op. cit., p. 159: “o processo extraordinário extingue-se através de sentença, agora recorrível no duplo efeito, e a *actio iudicati* timbra de força coativa estatal a decisão condenatória.”

¹¹³ LOPES, João Batista. Aspectos da ação monitória. *Revista de processo*, São Paulo, ano 21, v. 83, p. 18-26, jul.-set. 1996, onde se lê: “Já no Direito Romano, conquanto inadmissível a execução sem prévia cognição (*nulla executio sine titulo*) existiam situações particulares em que se admitia a antecipação da tutela (v.g. interditos).”

eram da própria essência do *imperium* (não da *iurisdictio*)¹¹⁴, sobretudo em situações em que se quisesse conjurar eventuais injustiças provenientes da estrita observância do *ius civile* ou mesmo suprir-lhe as lacunas.¹¹⁵

Em suma, “os interditos constituem um meio para garantir, com processo rápido, a proteção jurídica; têm caráter administrativo e visam manter as coisas no estado em que se achem tutelando assim a ordem pública e a paz social”,¹¹⁶ o que era feito mediante a expedição de ordens ou comandos específicos e orais¹¹⁷, que podiam ter conteúdo positivo, redundando em fazer alguma coisa, especialmente exhibir coisa ou pessoa livre (*exhibeas*) ou restituir (*restituas*), ou conteúdo negativo, a indicar uma proibição ou abstenção (*interdicta*, em sentido estrito – interdito proibitório).¹¹⁸

“Da exposição, e dos elementos de informação que a instruíam, ou não raro, após prévia produção de provas, tinha o magistrado uma formal e sumária *causae cognitio*, donde resultava a sua decisão, denegando o interdito (...) ou concedendo-o (...)”.¹¹⁹

E aqui reside outra característica que resistiu ao tempo: nesta espécie de provimento, identifica-se a sumariedade da cognição, a permitir o exame apenas dos pressupostos de fato antes da prolação da decisão, a partir da verossimilhança das alegações do postulante.¹²⁰

Uma vez deferido o interdito, caso a ordem fosse acatada, evitava-se o processo; sua inobservância – que podia decorrer de diversas posturas do réu (não reconhecer a existência das condições narradas pelo autor; opor exceções;

¹¹⁴ CRUZ E TUCCI, 1997, p. 30: “No direito romano de época clássica, dois poderes vinham outorgados ao pretor: o *imperium*, que era um poder geral e indefinido, e a *iurisdictio*, que, ao contrário, era específica e determinada, emanada do *imperium* do magistrado.”

¹¹⁵ SANTOS, 1958, p. 42. Em sentido conforme: MOREIRA ALVES, p. 258 e ss.; CHAMOUN, op. cit. p. 128; CRUZ E TUCCI, 1997, p. 30.

¹¹⁶ CORRÊA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 88.

¹¹⁷ CHAMOUN, op. cit., p. 128; SANTOS, op. cit., p. 42-43. Acerca da oralidade dos interditos: MOREIRA ALVES, op. cit., p. 258.

¹¹⁸ CHAMOUN, op. cit., p. 128.

¹¹⁹ SANTOS, 1958, p. 45-46.

¹²⁰ TALAMINI, Eduardo. *Tutela monitoria*: a ação monitoria – Lei 9.079/95. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 37. No sentido: SANTOS, 1958, p. 44 e 47; GANDOLFI, Giuseppe *apud* CRUZ E TUCCI, 1997, p. 31.

recusar-se a obedecer; afirmar falsamente haver cumprido a ordem) – é que ensejava o nascimento da ação e a instauração do processo, fundados na desobediência do preceito.¹²¹

Igualmente, na última fase do processo romano (o *ius extraordinarium*), o juiz tinha a faculdade de, antes de julgar, fazer um exame superficial, limitado àquilo se apresentasse *prima facie* – e, em assim agindo, proferia sua ordem com base em conhecimento sumário do feito (*summatim cognoscere*).¹²² Já aludimos à impossibilidade de criação de direitos no período do *ius extraordinarium*. E o que isso significou? Na prática, o desaparecimento da diferença entre os interditos e as ações: no processo extraordinário, o interdito é uma ação que se concede nos casos em que, no processo formulário, se utilizaria um interdito.¹²³

Quanto ao âmbito material de incidência dos interditos, os estudos indicam que era bastante amplo, porquanto poderiam eles assegurar relações de ordem pública, de natureza profana ou sagrada, como derivação de procedimentos administrativos ou de polícia, a exemplo do que se dava nas hipóteses em que eram manejados com intuito de proteção e bom uso de praças, rios e demais bens públicos.¹²⁴

Esta forma de emprego dos interditos dilatou-se, de modo a atingir também direitos privados, como a defesa da posse e as relações de vizinhança.¹²⁵

No que se refere particularmente aos interditos possessórios, embora de início tivessem por objeto terras públicas concedidas, é possível vislumbrar seu emprego em socorro do interesse privado das partes contendentes.¹²⁶ Assim, o

¹²¹ SANTOS, 1958, p. 46. Igualmente, MOREIRA ALVES, op. cit., p. 259; CHAMOUN, op. cit., p. 129, que acrescenta (mantida a grafia original): “parece que, originariamente, antes mesmo do aparecimento do processo *per formulas*, o interdito era uma decisão pura e simples do magistrado, sancionada diretamente. Mais tarde se tornou um comando condicional, pois exigia a obediência do destinatário apenas na hipótese de serem verdadeiros os fatos alegados por quem o pleiteara. Assim, para saber se o interdito fôra cumprido ou violado, devia o juiz saber se as condições estabelecidas pelo pretor foram violadas ou não. Com esse caráter, os interditos tornaram-se muito frequentes na época clássica, sendo mais importantes os que defendiam a posse.”

¹²² CRUZ E TUCCI, 1997, p. 31.

¹²³ MOREIRA ALVES, op. cit., p. 282; CORRÊA; SIASCIA, op. cit., p. 88, donde se extrai: “no direito justiniano os interditos se equiparam às ações, pois, desaparecendo o processo formular, a distinção entre meios baseados na *jurisdictio* ou no *imperium* do magistrado perdeu seu valor. Assim, o interdito se encara apenas como um meio rápido e sumário para eliminar as lides.”

¹²⁴ SANTOS, 1958, p. 50.

¹²⁵ *Interdictum quod vi aut clam, interdictum de itinere actuque privato, interdictum de aqua cottidiana et aestiva, interdictum de cloacis, interdictum de rivis*. Cf. SANTOS, 1958, p. 51.

¹²⁶ SANTOS, 1958, p. 62-63.

procedimento interdital era utilizado para tutelar as relações atinentes aos bens imóveis, notadamente os ligados à fruição da terra e de suas utilidades – *interdicta uti possidetis, unde vi* – assim como bens móveis, ainda que presos à terra, ou inerentes à produção, como animais e escravos – *interdictum utrubi*.¹²⁷

Esses interditos (*uti possidetis* e *utrubi*) foram-se perpetuando ao longo dos séculos – e um dos fatores decisivos para essa longevidade foi a mudança no conceito de posse, alargado que foi para proteger não mais (apenas) os estados de fato possessórios, mas também estados de fato patrimoniais. Essa ampliação reverberou no uso dos remédios possessórios “a direitos de governança e de primazias, a direitos concernentes a ofícios e dignidades, a direitos de família e matrimoniais e até a direitos de obrigações”.¹²⁸

Com a dilatação do conceito de posse, passou-se a atribuir a nomenclatura “interditos” também aos instrumentos que preservavam interesses apenas excentricamente ditos possessórios. Assim é que, no direito germânico medieval, as *inhibitiones* foram sucedâneos dos interditos romanos e tutelavam tanto interesses genuinamente possessórios quanto interesses de outra natureza, cujo exercício pudesse ser turbado ou violado.¹²⁹

Os interditos teriam sugestionado, ainda, o nascimento dos *iudiculi commonitorii* do processo franco, que tinham por objetivo, se não atendida a pretensão do autor, submeter o réu ao Tribunal do Rei e seus agentes (em oposição aos Tribunais Populares). No entanto, à míngua da formação de título executivo, categoria desconhecida pelos francos, o *iudiculus commonitorius* “não visava a extrair vantagens processuais decorrentes da inércia do demandado. Buscava-se apenas ordenar ao réu o cumprimento da pretensão e citá-lo para comparecer perante o tribunal que emitiu a ordem”.¹³⁰

Também na Idade Média surgiu a execução *per officium iudicis*, “tida como simples prosseguimento ou complemento do ato de prolação da sentença”¹³¹ – isso

¹²⁷ SANTOS, 1958, p. 51 e 55; MOREIRA ALVES, op. cit., p. 301.

¹²⁸ CICCAGLIONE, Federico, *apud* SANTOS, 1958, p. 65.

¹²⁹ SANTOS, 1958, p. 62; FUX, op. cit., p. 164 (em nota de rodapé).

¹³⁰ TALAMINI, op. cit., p. 41.

¹³¹ THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 5; SICA, op. cit., p. 37-38.

quando a condenação fosse em quantia ou coisa certas.¹³² Tal sistema diferia da *actio iudicati*, na medida em que esta “ensejava a reabertura de nova disputa judicial, com grandes percalços e inconvenientes”¹³³, dentre os quais “discussões infundáveis e possibilidade de novas e sucessivas execuções”.¹³⁴ Em comum, ambas as concepções não prescindiam da sentença condenatória; a diferença é que na execução *per officium iudicis* bastava ao credor requerer ao juiz a prática dos atos necessários a garantir a execução da sentença por ele mesmo proferida, ao passo que a *actio iudicati* descortinava um novo procedimento contraditório.¹³⁵

Esse novo conceito, engendrado pelos juristas medievais, criou a *executio parata*, através da qual, após a sentença condenatória, iniciava-se a execução forçada, sem necessidade, repita-se, de novo descerramento da discussão entre as partes.

Em seguida, ainda no contexto da Idade Média, advieram os títulos executivos extrajudiciais, mercê de se promover mais rapidamente a recuperação de créditos.¹³⁶ Desta forma, permitia-se que “a atividade executiva se realizasse diretamente, sem a necessidade de prévio desenvolvimento de atividade cognitiva plena, que teria lugar apenas em caráter eventual, por meio da técnica da ‘inversão do contraditório’”.¹³⁷ Os títulos executivos “eram chamados *instrumenta guarentigiata* ou *confessionata* (espécies de escritura pública de confissão de dívida), dos quais se dizia que tinham eficácia de *execução aparelhada*”¹³⁸ – e aqui se retoma a importância da confissão do devedor, solenemente expressada, à semelhança do que acontecia na *confessio iure* dos romanos.¹³⁹

¹³² Esta ressalva deflui da leitura de LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito processual civil brasileiro*. 2. ed., rev., aum. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. IV, p. 49-50.

¹³³ THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 4.

¹³⁴ Id., ibid. Em sentido conforme: LOPES DA COSTA, op. cit., em que se explica que, se por força da *actio iudicati*, o réu fosse levado à presença do magistrado e alegasse nulidade da sentença, pagamento etc. ou opusesse outra exceção, “instaurava-se outra ação. Se o devedor a perdesse, seria condenado no duplo da importância primitiva. E, para execução dessa segunda sentença, recorria-se ao mesmo procedimento” (p. 49).

¹³⁵ THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 4.

¹³⁶ SICA, op. cit., p. 38-39.

¹³⁷ SICA, op. cit., p. 39.

¹³⁸ THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 5. No original, há negrito em local do itálico.

¹³⁹ Cf. LOPES DA COSTA, op. cit., p. 50: “o tabelião, como o juiz, exercia uma função pública. A confissão perante êle devia, assim, ter o mesmo valor que a confissão em juízo. O direito romano ensinava que *confessus pro iudicato habetur*, aproximando-se da condenação a confissão.”

Daí teria nascido a distinção entre execução de sentença (execução aparelhada) e ação executiva, com base em títulos negociais (extrajudiciais).

Contudo, antes de enredar por este tema tão rico, cumpre acompanhar, no fio da história – como até aqui temos buscado fazer, em certa cronologia – os antecedentes do processo monitório, na época medieval.

Sim, pois, a despeito do expressivo avanço que foi a execução baseada em *instrumenta guarentigiata*, “esse processo executivo era reservado exclusivamente às obrigações que preenchessem formalidades previamente determinadas”¹⁴⁰, restando às demais o processo ordinário. Essa a razão pela qual se concebeu o *mandatum de solvendo cum clausula iustificativa*, destinado àqueles credores que ainda não estivessem munidos de título executivo, mas que, por motivos óbvios, gostariam de obter um mandato executivo. Assim, iam eles a juízo e, se o magistrado considerasse verossímil a alegação, expedia o *mandatum*, que, se não ensejasse pagamento e nem oposição do réu, tornava-se definitivo e desencadeava imediata execução. Porém, caso o réu se opusesse, o processo seguia pelo rito ordinário.

Outro antecedente e modalidade de tutela de evidência podia ser encontrada no *processus executivus*, cuja origem é coeva ao período histórico do *mandatum de solvendo cum clausula* e dos primeiros títulos executivos extrajudiciais. Tratava-se de procedimento cambiário, documental, fundado em atos públicos, ou, por vezes, em escritos particulares, dos quais podia advir sentença, “que só tomava em consideração exceções de prova imediata e fácil, e, na falta desta, ordenava a execução, com ressalva ao devedor de fazer valer em seguida outras exceções”.

141

Pondo foco, agora, nas Ordenações Manuelinas e Filipinas, verifica-se que ambas previram a ação de assinação de dez dias, também chamada ação decendiária. Por meio dela, levavam-se a juízo obrigações instrumentalizadas por meio de

¹⁴⁰ TALAMINI, op. cit., p. 39.

¹⁴¹ CHIOVENDA, Giuseppe *apud* TALAMINI, op. cit., p. 41. Em sentido conforme: NEVES, Celso. Classificação das ações. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, volume 70, 1975. Disponível em: <http://www.obrasraras.usp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/3165/Revista_FD_vol70_1975.pdf?sequence=1> Acesso em 26 mar. 2018.

“escrituras públicas, alvarás particulares de pessoas privilegiadas e as sentenças a que não competiam procedimento executivo.”¹⁴² A essas categorias eram equiparados “os termos judiciais e os escritos particulares, sendo reconhecidos pessoalmente pela parte ou em caso de revelia”.¹⁴³ Eram, enfim, obrigações líquidas e exigíveis, que deveriam ser prontamente cumpridas, porquanto roboradas em consistente prova escrita.¹⁴⁴ À vista delas – presentes os requisitos –, “o juiz assinava prazo ‘peremptório’ de dez dias (daí o nome da ação) para que o réu pagasse ou, embargando, desse prova da quitação ou ainda alegasse e provasse outras defesas que tivesse.”¹⁴⁵

Nas mesmas Ordenações (e mesmo nas Afonsinas, que as antecederam) há previsões, que, em suma, traduzem a regra de que “*se alguém receia ser por outrem agravado, poderá requerer ao juiz, a fim de que proveja para que lhe não seja feito agravo*”.¹⁴⁶ Um exemplo de sua aplicação: “*se alguém se sentir ameaçado injustamente, na sua pessoa ou coisas, requererá ao juiz que o segure, ou as suas coisas, sendo-lhe dada segurança*”.¹⁴⁷

Por isso é que se infere, à vista dos preceitos cominatórios acima indicados, que tais disposições contêm duas ações: uma de natureza possessória, cuja fonte emana do interdito romano *uti possidetis*, de natureza *retinendae possessionis*, e outra de natureza pessoal, destinada a tutelar o cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer, a ação de preceito cominatório, também denominada “embargos à primeira”.¹⁴⁸

¹⁴² CARREIRA ALVIM, José Eduardo. Ação monitória. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 20, v. 79, p. 77-103, jul.-set. 1995. Para um detalhamento acerca das específicas regras aplicáveis às ações decendiárias nas respectivas Ordenações, no Regulamento 737, na Consolidação Ribas e mesmo nos Códigos Estaduais, v. TALAMINI, op. cit., p. 43-56.

¹⁴³ CARREIRA ALVIM, op. cit.

¹⁴⁴ TALAMINI, op. cit., p. 43-44.

¹⁴⁵ TALAMINI, op. cit., p. 45.

¹⁴⁶ SANTOS, 1958, p. 75. O itálico consta no original.

¹⁴⁷ Id., ibid. O itálico consta no original.

¹⁴⁸ TALAMINI, op. cit., p. 58. Em sentido conforme: SANTOS, 1958, p. 87, que prossegue (p. 88, com grafia da época e itálico na expressão destacada): “De qualquer modo, porém, considerados quanto ao conteúdo das relações pelos preceitos cominatórios protegidas, bem como quanto ao seu procedimento, apresentavam eles grandes semelhanças com os *interditos proibitórios romanos*. Não eram os próprios interditos romanos, mas destes tinham o espírito, a força, a eficácia e a presteza, esta graças a um procedimento que relembra o daqueles.”

Essas duas ações a que aludimos no parágrafo acima eram, em princípio, ambas ataviadas em caracteres interditais, desenvolvendo-se mediante estrutura monitória, pois o juiz, se presentes os requisitos de lei e se a pretensão fosse reputada “verossímil e razoada”, expedia mandado, com a cominação, ao réu, de uma pena (o preceito cominatório). Em geral, era ínsita ao mandado a cláusula justificativa, porque o réu poderia comparecer à audiência designada e nela opor embargos (donde o nome embargos à primeira, subentendida primeira audiência).¹⁴⁹

Em que pese certa mudança de perspectiva na ação de preceito, que foi perdendo sua força interdital (mantida, porém, nos interditos possessórios), subsistiu ela – a ação de preceito, no Código de 1939 – como forma de apressar a obtenção de um título executivo “naquelas causas em que sobram motivos que fazem prever a inexistência de oposição, ou de oposição séria, à pretensão do demandante por parte do demandado”.¹⁵⁰

A estrutura da ação cominatória, no Código de 1939, manteve-se fiel aos seus antecedentes, dada a possível expedição liminar de mandado, termo que, aí, tem o sentido de comando, expedido pelo juiz, a pedido do autor e “*inaudita altera parte*, para que o réu, no prazo legal, cumpra a obrigação ou ofereça a defesa que tiver (...), ocorrendo, com a preclusão do prazo, sem que aquilo ou isto haja acontecido, a confirmação do mandado” – confirmação esta que se daria por sentença.¹⁵¹

Bem por isso, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda afirmava que o “cominatório, – *a incompleta cognição*, tida como suficiente para esse resultado, possui o que faz o mandado conter algo de sentencial. O adiantamento, que se opera, como que faz o mandado ser metade mandado e metade sentença”.¹⁵²

A aplicação principal do preceito cominatório era destinada ao adimplemento das obrigações de fazer ou de não fazer.

¹⁴⁹ TALAMINI, op. cit., p. 58.

¹⁵⁰ SANTOS, 1958, p. 151. Perceba-se que esta espécie de processo era reservada às causas em que “a lide, no geral dos casos, é apenas aparente, visto que o réu, pela natureza da relação de direito material em que se funda a pretensão do autor, é antes disposto a reconhecê-la do que a contestá-la.”

¹⁵¹ SANTOS, 1958, p. 144, com a grafia da época.

¹⁵² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, t. 4., p. 265, com destaque no original.

Noutras palavras, pode-se dizer, com Barbosa Moreira, que havia, no Código de 1939, “uma figura *genérica* de tutela do credor, em matéria de obrigação de fazer e de não fazer, construída sobre o esquema de preceito *initio litis*, com aplicação imediata da sanção cominada, no caso de descumprimento: a ação cominatória do art. 302, n. XII”.¹⁵³

A despeito da relevância deste mecanismo, ao processo cominatório poderia suceder um processo de execução, na hipótese de o réu não cumprir a condenação imposta, porquanto o processo cominatório não deixava de ser processo de conhecimento, ainda que, por conta de sua função preponderantemente executiva, fosse tido como um processo de conhecimento especial.¹⁵⁴

Ademais, a natureza do título – se judicial ou extrajudicial – era determinante para que se definisse como seria feita a execução: aos títulos judiciais reservava-se futura ação executória (execução de sentença ou execução forçada); os títulos executivos extrajudiciais, desafiavam outra ação: a ação executiva.¹⁵⁵

O Código Buzaid, a par de fazer desaparecer mencionada distinção, sujeitando títulos executivos judiciais e extrajudiciais ao processo de execução, constituiu, no que se refere à tutela dos direitos evidentes, significativo retrocesso. E isso não apenas por causa da eliminação do processo cominatório, mas também – e sobretudo – porque a tutela dos direitos evidentes, além de apenas implícita, ficava restrita a alguns procedimentos,¹⁵⁶ como a liminar possessória (art. 928, CPC/1973) e a liminar nos embargos de terceiro (art. 1.051).

¹⁵³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A tutela específica do credor nas obrigações negativas. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 41.

¹⁵⁴ Cf. SANTOS, 1958, p. 185-186.

¹⁵⁵ As ações executivas iniciavam-se com a citação do réu para que pagasse a dívida em vinte e quatro horas, sob pena de penhora. Concretizada esta, o réu tinha dez dias para contestar a ação, que prosseguia sob rito ordinário – e cujo desfecho era a formação de um título executivo judicial. A propósito, leciona Marcelo Abelha: “o que era diferente nesta demanda era a possibilidade de se ter um título executivo instrumental (penhora) no início de uma ação cognitiva que visava à obtenção de um título executivo judicial. Tratava-se de procedimento diferenciado reservado a algumas situações de vantagem hauridas do direito material que, regra geral, estavam representadas em documentos”. Cf. ABELHA, 2015, p. 493.

¹⁵⁶ RODRIGUES, Marco Antônio dos Santos; RANGEL, Rafael Calmon. A tutela da evidência como técnica de atuação judicial. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 42, v. 271, p. 257-276, set. 2017, versão eletrônica.

Na legislação extravagante, é algo frequente a possibilidade de concessão de liminar sem comprovação do requisito da urgência ou de comportamento processual abusivo pela contraparte. Esta é a ideia que permeia, com efeito, a liminar nas ações de despejo, nas hipóteses tratadas pelo art. 59, § 1º, da Lei 8.245/91; em mandados de segurança (originariamente, Lei 1.533/51, art. 7º, II); nas obrigações contratuais garantidas mediante alienação fiduciária (art. 3º do Decreto-lei 911, de 1º de outubro de 1969), na liminar destinada a tornar indisponíveis os bens dos acusados de improbidade administrativa (art. 7º da Lei 8.429/92), na fixação dos alimentos provisórios (art. 4º da Lei 5.478/68).

Com as reformas setoriais do Código de 1973, ampliou-se o número de exemplos de tutela de direitos evidentes, valendo citar a decisão que ordenava a expedição do mandado de pagamento ou de entrega de coisa na ação monitória (art. 1.102-B) e o incremento dos poderes do relator (art. 557).

Sobreleva notar que, na reforma perpetrada pela Lei 8.952/94, a redação dada ao art. 273 do CPC/73 autorizava concluir que se inseriu, no inciso II do mencionado artigo, uma espécie indelével de tutela da evidência. Com efeito, previu-se então que o juiz poderia, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convencesse da verossimilhança da alegação e restasse caracterizado o “abuso de direito de defesa” ou o “manifesto propósito protelatório do réu”. Desta feita, dispensado o requisito da urgência¹⁵⁷, o proceder inconsistente e/ou procrastinatório evidenciava ainda mais o direito do autor,

¹⁵⁷ Calha registrar que, no direito comparado, especificamente na França, “os modelos do *référé provision* e do *référé injonction* constituem a evolução mais recente do instituto em que a urgência é eliminada e o pressuposto básico para a obtenção da medida é a existência de uma obrigação que não seja seriamente contestável, situação em que o juiz pode deferir a tutela provisória do direito do credor no âmbito de obrigações de entrega de coisa e de dinheiro (*référé provision*) ou no âmbito de obrigação de fazer (*référé injonction*). Os modelos do *référé provision* e do *référé injonction* traduzem procedimentos simples que impedem que o devedor de má-fé ou que queira se valer do processo para fins meramente protelatórios se valha de todos os artifícios do processo de cognição plena para evitar que a obrigação seja rapidamente acertada pelo juízo, de modo que com a decisão do *référé* se economizam recursos da própria Justiça, que se concentra na busca de uma solução rápida para o litígio. E, como aponta a doutrina francesa: o devedor condenado no âmbito do *référé* só usa o processo de cognição plena se realmente existe motivo sério para contestar a obrigação.” Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no projeto de CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 37, v. 206, p. 13-59, abr. 2012.

entendendo, o legislador, que, nestas hipóteses, o direito invocado provavelmente seria confirmado *a posteriori*, com a decisão final.¹⁵⁸

E, com a novel codificação, não há como deixar de revisitar o tema, na medida em que “a tutela antecipada fundada na evidência não é uma novidade trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, mas a sistematização dessa categoria em termos amplos e genéricos certamente o é”.¹⁵⁹

¹⁵⁸ CARRILHO LOPES, op. cit., p. 39, aduz que, com o dispositivo em análise – art. 273, II, do Código de Processo Civil de 1973 – criou-se, em verdade, novo instituto, sem precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que “a probabilidade de existência do direito do demandante, aliada ao comportamento desleal do demandado, tornam extremamente injusta a satisfação da pretensão somente depois de cumpridos todos os trâmites inerentes ao procedimento ordinário.” Ademais, ressalta que o fito desta previsão legal foi “aprimorar a *efetividade* e a *tempestividade da tutela jurisdicional*, o *acesso à ordem jurídica justa (...)*, com a *inversão do ônus do tempo do processo* em face da injustiça, ante a conduta desleal do demandado” a atribuir ao demandante o ônus de “suportar o *dano marginal*”. (Itálico no original). Também ressaltando que o art. 273, II, do CPC/73 redistribui o ônus do tempo no processo, cf. BERTOLDI, Marcelo M. Tutela antecipada, abuso do direito e propósito protelatório do réu. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 309-331, cap. XV., p. 323.

¹⁵⁹ CINTRA, Lia Carolina Batista. Tutela antecipada fundada na evidência no novo Código de Processo Civil. In: _____; BEDAQUE, José Roberto dos Santos; EID; Elie Pierre (coord.). *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 41-83.

3 A TUTELA DE EVIDÊNCIA NA ATUALIDADE E SUAS MANIFESTAÇÕES

A noção de que há procedimentos judiciais que contemplem a possibilidade de concessão de tutela de evidência, quando vista como método hábil a conferir proteção jurídica a direitos comprovados apenas a título superficial que se encontrem fora de situação de urgência, permite identificar, no ordenamento jurídico atual, algumas de suas manifestações.¹⁶⁰

Sem nenhuma pretensão de esgotar seu rol – e sem deixar de mencionar institutos a que já aludimos, mas que persistem no ordenamento¹⁶¹ –, pensamos ser o momento de tecer algumas considerações acerca dos títulos executivos extrajudiciais, do mandado de segurança, da decretação liminar da indisponibilidade de bens nos casos de improbidade administrativa, da técnica monitória, dos poderes do relator, dos provimentos concedidos com base no art. 311 do CPC/15, da improcedência liminar, da decisão liminar nos embargos de terceiro, da liminar possessória, e mesmo do julgamento antecipado parcial de mérito (art. 356, CPC/15).

Embora não seja possível, nesta sede, aprofundarmos o estudo de cada uma dessas categorias, cumpre tangenciar, ainda que de maneira muito sucinta, em primeiro, os *títulos executivos extrajudiciais*, construção legislativa por meio da qual cristaliza-se, num documento, a evidência do direito. Com eles, os títulos, procede-se imediatamente à execução, sem prévia cognição prévia e exauriente.¹⁶²

¹⁶⁰ Aliás, por ocasião da análise da proposta do Projeto de novo Código de Processo Civil – e à luz, portanto, do CPC/73 –, Marcelo Pacheco Machado registrou que “embora toda tutela de urgência deva ser uma tutela sumária, nem toda tutela sumária é tutela de urgência. Há pois tutelas sumárias sem urgência. Exemplo disso encontramos nas tutelas monitórias (não embargadas), nas execuções fundadas em título extrajudicial e não embargadas, no julgamento antecipado da lide fundado na revelia, na tutela antecipada sancionatória (art. 273, II, do CPC) e na tutela antecipada da parte incontroversa da demanda (art. 273, § 6º, do CPC).” (MACHADO, Marcelo Pacheco. Simplificação, autonomia e estabilização das tutelas de urgência: análise da proposta do Projeto de novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 36, v. 202, p. 233-266, dez. 2011. A citação encontra-se em nota de rodapé da pág. 238.)

¹⁶¹ Rememoremos, dessarte, as liminares (i) nas ações de despejo, nas hipóteses tratadas pelo art. 59, § 1º, da Lei 8.245/91, (ii) nas obrigações contratuais garantidas mediante alienação fiduciária (art. 3º do Decreto-lei 911, de 1º de outubro de 1969) e (iii) na fixação dos alimentos provisórios (art. 4º da Lei 5.478/68).

¹⁶² SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Teoria da ação cautelar. *Revista de processo*, São Paulo, ano 15, v. 59, p. 187-200, jul.-set. 1990. Ali se lê, em excerto que permite compreender a menção à tutela da aparência com o mesmo sentido que antes emprestamos à tutela da evidência: “O que é o título executivo senão um instrumento a que a ordem jurídica outorga proteção pela aparência que ele reflete? O título executivo, cuja elaboração durou alguns séculos, e que poderia ser escolhido como o

No Brasil, é profusa a lista de títulos executivos extrajudiciais, previstos até mesmo na Constituição Federal¹⁶³, além de no Código de Processo Civil (art. 784) e em diversas leis extravagantes (por exemplo, a que trata da cédula de crédito bancário – Lei 10.931/2004).

Porque há tantos *e tão diferentes títulos executivos, criados em escala quase que industrial*, é acertado ponderar que se arreesou o efeito executivo em detrimento do conteúdo desses documentos, o que também importará que cresça em importância a acurada análise dos embargos do executado – esse, porém, é tema *de outro debate, proposto pelo professor Marcelo Abelha, em artigo cuja leitura recomendamos vivamente*.¹⁶⁴

De outra banda, já agora mudando de temática, Luiz Fux há muito defendia a possibilidade de aplicar, *mutatis mutandis*, à evidência a doutrina da liquidez e certeza que informa o mandado de segurança¹⁶⁵: “é evidente o direito demonstrável *prima facie* através de prova documental que o consubstancie líquido e certo”.¹⁶⁶

Quanto à decretação liminar de indisponibilidade de bens nos casos de improbidade administrativa, providência prevista no art. 7º da Lei 8.429/92, o Superior Tribunal de

símbolo da civilização industrial moderna, é uma forma genial que os processualistas inventaram de proteger a aparência. Não há nada de extraordinário, portanto, e nem de errado na tutela jurisdicional da aparência. O que, na verdade, não passa de uma ideologia equivocada é imaginar que o procedimento ordinário é feito para a descoberta da verdade. Ora, a busca de verdade é um ideal inatingível mesmo nas denominadas ciências exatas. As verdades científicas são sempre provisórias. Como disse um filósofo francês, toda descoberta científica é sempre a reforma de uma ilusão anterior. Os grandes mestres da doutrina da prova sempre disseram que a função probatória desenvolvida no processo tem por fim estabelecer, não os fatos verdadeiros, e sim os fatos *tidos por verdadeiros*”. (O destaque consta do original.)

¹⁶³ Art. 71, § 3º: As decisões do Tribunal [de Contas da União] de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

¹⁶⁴ ABELHA, Marcelo. Atum, ameixas, ervilhas e títulos executivos extrajudiciais. Disponível em: “<www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI274537,61044-Atum+ameixas+ervilhas+e+títulos+executivos+extrajudiciais>”. Acesso em 20.02.2018. Do artigo, destacamos: “não é o *efeito (executivo)* que a lei empresta ao documento que deveria ser o fator de agregação dos títulos, *mas sim a robustez da evidência do conteúdo nele revelado*. A *substância* e não o *efeito*, é que deveria justificar, com seriedade e cautela, a criação dos títulos executivos extrajudiciais. Bem, venhamos e convenhamos, se algum dia esta foi o genuíno critério de criação dos títulos executivos extrajudiciais, outorgando a estes documentos a mesma eficácia executiva que antes era restrita aos títulos judiciais, então, esse dia já ficou no passado; já não existe mais. (...) Logo, por mais incrível que possa parecer, ao longo do tempo, e, desde as minirreformas processuais de 1994, para o nosso incôscio legislador, a *eficácia executiva* passa a ser, patologicamente, a ‘causa e o efeito’ para que um documento revelador de um crédito possa ser um título executivo. (...) Essa proliferação descuidada e incauta de títulos executivos extrajudiciais, implica, por outro lado, e de modo inversamente proporcional, a necessária valorização dos embargos do executado.”

¹⁶⁵ FUX, op. cit., p. 312.

¹⁶⁶ FUX, op. cit., p. 313. Como é cediço, hoje o mandado de segurança é regido pela Lei 12.016/09.

Justiça já externou, por diversas vezes, o entendimento de que constitui hipótese de tutela de evidência, porquanto é bastante a verossimilhança das alegações trazidas na inicial, não se exigindo, por conta da valia dos interesses a resguardar, demonstração de um concreto risco de dano.¹⁶⁷

No que tange à *técnica monitoria*,¹⁶⁸ antes regulada nos artigos 1.102-A a 1.102-C do Código de Processo Civil de 1973 e agora disciplinada nos arts. 700 a 702 da novel codificação, sua função é tutelar prontamente o direito do credor que não possui um título executivo, agilizando sua formação, “nos casos em que, cumulativamente, (a) há concreta e marcante possibilidade de existência do direito do autor (aferida mediante cognição sumária) e (b) há inércia do réu”.¹⁶⁹

Nesse modelo, caracterizado pela ausência de contraditório inicial, caso o demandado não apresente resistência, constitui-se, de pleno direito, o título executivo (o que está a indicar a intensidade da força preclusiva conferida à inação do réu). E não apenas isto: desloca-se para o requerido o ônus de instaurar o processo de cognição exauriente, não havendo coisa julgada material.¹⁷⁰

No que tange aos *poderes do relator*, fato é que, no nosso direito, vêm sofrendo acréscimos, com o que se tenciona evitar o congestionamento das pautas de

¹⁶⁷ Em consulta ao sítio eletrônico do referido Tribunal, recuperam-se dezenas de arestos em que se aplicou a tese explanada, inclusive com menção à ideia de que o *periculum in mora* estaria implícito no comando legal (STJ, 1ª Seção, REsp 1.366.721/BA, Rel. para acórdão: Min. Og Fernandes, j. 26 fev. 2014, DJe 19 set. 2014) ou que prescindiria de demonstração, “por se tratar de tutela de evidência, tendo em vista a natureza do bem protegido” (STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp 1.364.445/DF, Rel. Min. Regina Helena Costa, j. 01 dez. 2016, DJe 19 dez. 2016).

¹⁶⁸ Em que pesem as variantes porventura identificadas nos países de tradição romano-germânica, adotaremos como paradigma, neste ensaio, apenas o modelo brasileiro. Para um estudo mais aprofundado do tema no direito comparado, consultar GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 30, v. 121, p. 11-37, mar. 2005.

¹⁶⁹ TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 37, v. 209, p. 13-34, jul. 2012. Considerando a possibilidade de oposição de embargos, os quais, independentemente de seu conteúdo, suspendem a eficácia da decisão liminar, é alvo de crítica a inclusão da técnica monitoria no rol da tutela de evidência – cf., a propósito, CINTRA, op. cit., p. 43.

¹⁷⁰ Essa, segundo Eduardo Talamini, 2012, a exata conformação da estabilização da tutela urgente, razão por que o próprio título do artigo científico refere-se à “monitorização” do processo civil brasileiro. Especificamente acerca da ausência de coisa julgada, justifica o articulista: “Mas se paga um preço pelo emprego da cognição superficial. A contrapartida razoável consiste na impossibilidade de que a decisão adquira o mesmo grau de estabilidade atribuível ao resultado da cognição exauriente. Adota-se solução de compromisso: sacrifica-se a profundidade e se produz um pronunciamento urgente e apto a gerar os resultados concretos desejados, mas que não constitui decisão definitiva.”

votação do(s) órgão(s) colegiado(s). Desta forma, concedeu-se ao relator, no art. 1.012, § 4º, do CPC/15, o poder de suspender a eficácia da sentença (dotada, em regra, de efeito suspensivo), se o apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso, hipótese que traduz o que se convencionou chamar de tutela da evidência recursal.¹⁷¹

Noutro giro, o artigo 311, que se aninha sob o título “da tutela da evidência”, tem a seguinte redação:

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

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

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;

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.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

Como já dito, tem-se, nesse dispositivo, uma espécie de regramento geral, a consagrar a possibilidade de, inobstante a fase do processo – privilegiando-se o fator tempo – conceder a tutela pretendida, geralmente mediante cognição

¹⁷¹ Em texto escrito sob a égide do antigo CPC, mas cuja tônica não se perdeu, Bruno G. Redondo assinalou: “Assim é que, sempre que inexistir, na instância inferior, uma decisão indeferindo a medida pleiteada pelo recorrente, a única forma de ser obtida, no tribunal, a providência desejada – ainda que em caráter liminar e temporário – será por meio da *antecipação dos efeitos da tutela em sede recursal*, pela qual o relator defere a medida que foi negada na decisão recorrida, e não por meio de obtenção ou de retirada de *efeito suspensivo*, incapazes de ensejar o deferimento da providência desejada. *Antecipação de tutela em sede recursal*, portanto, é a nomenclatura atualmente técnica para a tutela de urgência satisfativa que consista no deferimento, pelo relator, de uma providência pela primeira vez no curso daquela demanda, tratando-se de verdadeira aplicação do art. 273 do CPC em grau recursal. Antes da difusão da expressão ‘antecipação de tutela’, fruto da reforma da Lei 8.952/1994 – que alterou o art. 273 – era comum encontrar-se as expressões ‘efeito ativo’ ou ‘efeito suspensivo ativo’ para identificar essa atividade pela qual o relator nem ‘suspendia’, nem ‘deixava de suspender’ a decisão recorrida, mas verdadeiramente concedia a medida indeferida pelo órgão *a quo* (vê-se que o adjetivo ‘ativo’ buscava indicar uma conduta positiva, de concessão de uma providência indeferida).” Cf. GARCIA REDONDO, Bruno. Tutela de urgência (“efeito suspensivo” e “tutela antecipada”) em grau recursal e deveres-poderes do relator. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 37, v. 209, p. 55-71, jul. 2012.

incompleta.¹⁷² Os *provimentos advindos da aplicação do art. 311 do CPC/15* constituem, pois, medidas pautadas não no fenômeno da urgência, mas atreladas à própria ideia de justiça.¹⁷³

Se confrontada com a regra do art. 311, a *improcedência liminar*, prevista no art. 322 do NCPC¹⁷⁴, é como o reverso da moeda, constituindo, também, hipótese de direito evidente – mas em prol do réu. Com efeito, se, diante da evidência do direito do autor, o legislador valorizou técnicas adiantamento da tutela e de julgamento imediato da lide, “também o fez quando, ao inverso, *mostra-se evidente* a ausência de direito do autor, sendo *prima facie* improcedente o seu pedido.”¹⁷⁵

Também se consideram arquétipos de tutela de direitos evidentes a decisão que reconhecer suficientemente provado o domínio ou a posse, quando se determinará a suspensão das medidas constritivas sobre os bens litigiosos objeto dos embargos de terceiro (art. 562, CPC/15), bem como a manutenção ou a reintegração provisória da posse, se o embargante a houver requerido (art. 678 do CPC/15). Em que pese obtemperar-se que essas não seriam hipóteses de evidência pura, “pois há um elemento de urgência pressuposto pelo legislador”¹⁷⁶, justificamos nossa opção não

¹⁷² O advérbio “geralmente” foi empregado para ressaltar a possibilidade de concessão de tutela de evidência na sentença, quando a cognição será completa (exauriente). O tema será melhor debatido oportunamente.

¹⁷³ No sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 120, com itálico no original: “Entretanto, ainda que nenhuma situação anômala possa colocar em risco o direito do autor, a *simples duração do processo*, eliminando a possibilidade de o autor poder ver realizado imediatamente o seu direito, é fonte de injustiça.” Iguualmente, a citação de FUX, op. cit., p. 306, já referida noutra passagem desta monografia: “a tutela do direito evidente pertence ao campo da ‘justiça’, e não estritamente ao campo do direito”.

¹⁷⁴ Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;
 II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
 III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;
 IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

§ 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição.

§ 2º Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença, nos termos do art. 241.

§ 3º Interposta a apelação, o juiz poderá retratar-se em 5 (cinco) dias.

§ 4º Se houver retratação, o juiz determinará o prosseguimento do processo, com a citação do réu, e, se não houver retratação, determinará a citação do réu para apresentar contrarrazões, no prazo de 15 (quinze) dias.

¹⁷⁵ ABELHA, Marcelo. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 485, com itálico no original.

¹⁷⁶ CINTRA, op. cit., p. 42-43.

apenas com base na reconstrução histórica desenvolvida em tópicos anteriores, mas também com apoio nas lições de Dinamarco, para quem “em vez dessa ficção o que se tem é a consideração do direito mais forte como elemento valorativo para a concessão de antecipações”.¹⁷⁷

Por fim, e a pretexto de se provocar alguma reflexão, pensamos ser caso de se acrescentarem aos direitos evidentes aqueles que conduzem ao *juízo antecipado parcial de mérito*, seja porque um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles se mostre incontroverso¹⁷⁸, seja porque incidiram ao réu revel os efeitos substanciais da revelia¹⁷⁹ – que farão presumidas verdadeiras as alegações de fato feitas pelo autor – e não houve requerimento de prova (art. 356, CPC/15).

É de se registrar que grassam intensos debates acerca da natureza jurídica da tutela de pedidos incontroversos, inflamados (os debates), ainda, pela circunstância de que o legislador alocou tal hipótese em capítulo diverso do inicialmente projetado, fazendo a mudança sob a justificativa de que a decisão que confere tutela ao pedido incontroverso é definitiva (fruto de um juízo de certeza), ao contrário dos provimentos que advêm do art. 311. Embora não nos seja possível expor minudentemente os argumentos de parte a parte, temos que, ao menos no que se refere à alteração topográfica feita pelo legislador, a tese de que se está

¹⁷⁷ DINAMARCO, Instituições, 2017, p. 883. Vale esclarecer que, antes de abordar a noção de direito mais forte, o autor expõe a ideia de juízo do mal maior. Em síntese, assere que, ao meditar sobre a urgência da medida e a verossimilhança como grau de convencimento, o juiz deve levar em conta (p. 877, com itálico no original) “os males a que o interessado na medida se mostre exposto e também os males que poderão ser causados à outra parte se ela vier a ser concedida. Tal é o *juízo do mal maior*”(…). As cautelas a serem adotadas pelo magistrado devem ser diretamente proporcionais à intensidade da “atuação da medida sobre a esfera de direitos da parte contrária”. A este juízo – do mal maior (p. 877/878, mantida a grafia original) – “associa-se o *juízo do direito mais forte*, que deve aconselhar o juiz a ponderar adequadamente as repercussões da medida que concederá, redobrando cuidados antes de determinar providências capazes de atingir valores de tão elevada expressão econômica, política, ou humana que somente em casos extremos devem ser sacrificados”. (...) E arremata (p. 878): “É mais forte o direito do autor quando, por sua própria natureza, expressa valores particularmente caros ao Estado como sociedade, entre os quais o direito de posse, que tradicionalmente recebe uma tutela diferenciada” (...)

¹⁷⁸ Tratando desta hipótese, porém à luz do diploma processual anterior, escreveu Marinoni: “é injusto obrigar o autor a esperar a realização de um direito que não se mostra mais controvertido. Foi exatamente por esta razão que foi instituído o § 6º do art. 273” (MARINONI, *Abuso de defesa...*, p. 149). Esta mesma ideia é reforçada, com variegados argumentos, às páginas 202-208 da mesma obra.

¹⁷⁹ Em abono desta posição, confira-se: “A *improcedência liminar do pedido*, o *juízo antecipado da lide em razão dos efeitos da revelia*, o julgamento imediato da parte incontroversa, as hipóteses de tutela provisória da evidência são todos exemplos da técnica do julgamento imediato do direito evidente.” (ABELHA, 2016, p. 397, com itálico no original.)

diante de evidência do direito mais é confirmada que infirmada pela redação final do Código.

No que tange à hipótese remanescente, de reconhecimento de efeitos substanciais da revelia ao réu revel que não tenha requerido produção de provas, logicamente é muito provável que o resultado do julgamento seja favorável ao autor. Contudo, não necessariamente será assim, sobretudo porque nem sempre a consequência jurídica a se extrair dos fatos é aquela dita pelo autor – e, nesse aspecto, incumbirá ao juiz aquilatar, à luz das normas do direito objetivo, bem como, à vista do conjunto probatório, se está configurado o suposto direito subjetivo do autor.¹⁸⁰

Aliás, a constatação da revelia não faz nascer direitos inexistentes; tampouco o processo cria direitos, mas, antes, declara os que já estão por aí.¹⁸¹

Assentadas, pois, essas noções iniciais, será intuitivo perceber que, na realidade social, há direitos evidentes e outros não evidentes. A ambos não se pode dispensar o mesmo tratamento, sob pena de restar malferido o princípio do devido processo legal, sobretudo em sua dimensão substantiva.¹⁸²

Neste contexto, tendo em conta que, idealmente, o processo deveria entregar resultado idêntico, em forma e substância, “àquele resultante da atuação

¹⁸⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*: volume III. 7. ed. rev. e atual. segundo o Código de Processo Civil/2015, de acordo com a Lei 13.256, de 4.2.2016, e a Lei 13.363, de 25.11.2016. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 619-620.

¹⁸¹ ABELHA, Marcelo. *Elementos de direito processual civil*: volume 2. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 342-344, trecho em que se distinguem os fenômenos da presunção e da ficção jurídica, os quais, embora tenham uma nascente comum – a lei –, são inconfundíveis, pois, “enquanto a ficção jurídica se tem como verdade algo que não é verdadeiro, na presunção tem-se por verdade o que ainda não é certo, mas verossímil (sic). Aquela não é a verdade, mas a lei diz que é. Esta é quase verdade, mas a lei considera como tal” (p. 342). A regra em questão – artigo 319 do CPC/73, equivalente, na essência, ao art. 344, do CPC/15 –, estatui uma ficção jurídica. E, por meio dela, objetiva-se a aceleração processual, mediante a facilitação da prova (dispensada), “reduzindo com isso a cognição a cargo do juiz e podendo desaguar na possibilidade do julgamento antecipado do mérito” (cf. DINAMARCO, 2017, p. 626).

¹⁸² CARRILHO LOPES, op. cit., p. 26; SILVA, 1993, p. 154, em que se lê: “o ‘devido processo legal’ é um privilégio processual reconhecido apenas aos demandados? Ou, ao contrário, também os autores terão direito a um processo igualmente ‘devido’, capaz de assegurar-lhes a real e efetiva realização prática – não apenas retórica – de suas pretensões? Um processo capenga, interminável em sua exasperante morosidade, deve ser reconhecido como um ‘devido processo legal’, ao autor que somente depois de vários anos logre uma sentença favorável, enquanto se assegura ao réu, sem direito nem mesmo verossímil, que demanda em procedimento ordinário, o ‘devido processo legal’, com ‘plenitude de defesa’?”

espontânea das regras substanciais”¹⁸³, mas, que, de outro lado, na prática os prejuízos da morosidade recaem sobre o autor (que, em regra, pretende a modificação da realidade empírica) e beneficiam o réu que não tem razão (e que, grosso modo, almeja que tudo se mantenha como está)¹⁸⁴, veremos de que maneira a tutela de evidência serve para a regulação do tempo no processo.

3.1 TUTELA DE EVIDÊNCIA COMO TÉCNICA ANTECIPATÓRIA

O encadeamento da argumentação até aqui desenvolvida autoriza concluir que não tratamos, até agora, de hipóteses em que se exige uma decisão premente, aquela que, se não proferida – e logo –, pode acarretar o perecimento do próprio direito ou a infrutuosidade das providências aptas a satisfazê-lo.

Essas medidas, nascidas sob o signo de uma urgência que deflui da periclitante situação do requerente, a envolver a sobrevivência ou a utilidade de sua pretensão, foram engendradas a partir do poder geral de cautela do juiz¹⁸⁵ e formatadas para conjurar o *periculum in mora*.¹⁸⁶

Assim – e aqui se retoma o fluxo das ideias que informaram os itens precedentes –, nesta dissertação parte-se do pressuposto de que não se está diante de qualquer urgência. Almeja-se, isto sim, o exame dos provimentos antecipatórios que se despreguem, totalmente, das situações de perigo. Nesta medida, não serão cogitados os riscos de danos excepcionais, causados por qualquer fator que esteja a ameaçar a efetividade da decisão final¹⁸⁷ – lidar-se-á apenas com a pendência do processo e o fluir da vida.

¹⁸³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 34.

¹⁸⁴ MARINONI, 2011, p. 16-18; ABELHA, 2016, p. 427.

¹⁸⁵ Para a fundamentação deste poder invocava-se, além da cláusula pétrea do art. 5º, XXXV, da Constituição da República (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”), o disposto no art. 798 do Código de Processo Civil de 1973: “Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medias provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.”

¹⁸⁶ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 155-156, com itálico no original: “é o *perigo ligado à espera*, que pode acarretar a ocorrência, a reiteração ou a continuação tanto de um ato ilícito como de um fato danoso capaz de frustrar a frutuosidade do direito.”

¹⁸⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 329.

Mais ainda: já delineados, em tópicos anteriores, os contornos do que se entende, em geral, como tutela de evidência – coroada pelo advento da chamada tutela antecipada sancionatória (CPC/73, art. 273, II; CPC/15, art. 311, I), que será mais detidamente analisada em momento oportuno – pretende-se, por ora, integrar o estudo do instituto ao fenômeno da distribuição do tempo no processo.

É cediço que todas as soluções judiciais demandam tempo. Este, que até então era considerado elemento neutro no processo¹⁸⁸, passou a ser percebido como um bem – e dos mais escassos¹⁸⁹ –, sobretudo depois que essa ordem de reflexões passou a ser iluminada pelo princípio da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).¹⁹⁰

Nesta medida, sabendo-se que “todo processo se desenvolve com prejuízo à parte que tem razão”¹⁹¹ – aspecto ligado ao conceito de dano marginal em sentido estrito ou dano marginal¹⁹² de indução processual¹⁹³ –, uma das estratégias eleitas pelo

¹⁸⁸ MARINONI, 2011, p. 33, onde se lê: “o tempo já foi visto como algo neutro ou cientificamente não importante para o processo e, certamente por isto, foi jogado nas costas do autor, como se a demora fosse problema seu.” No mesmo sentido: BODART, Bruno Vinícius da Rós. *Tutela de evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito e comentários sobre o novo CPC*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 74, que, depois de ponderar que o autor já terá adiantado as despesas processuais (inclusive honorários de advogado, verba da qual não será a parte ressarcida) e que, em regra, já inicia o processo sob o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito, questiona: “Até que ponto o tempo do processo deve ser outro fardo que o autor deve carregar, sem que isso constitua violação ao princípio do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF/1988)?”

¹⁸⁹ BODART, op. cit., p. 72 e 156.

¹⁹⁰ MITIDIERO, 2017, p. 157.

¹⁹¹ MITIDIERO, 2017, p. 156. Alerta-se, no entanto, que não se preconiza uma celeridade a qualquer custo, pois “se uma justiça lenta demais é decerto uma justiça má, daí não se segue que uma justiça muito rápida seja necessariamente uma justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser *melhor* do que é. Se para torná-la melhor é preciso, acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço” (BARBOSA MOREIRA, 2001, p. 232).

¹⁹² “Consta que a expressão dano marginal foi utilizada pela primeira vez por Enrico Finzi e popularizada por Piero Calamandrei” (ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 124, em nota de rodapé).

¹⁹³ Atribui-se, no entanto, a Italo Andolina, na obra “*Cognizione*” ed “*esecuzione forzata*” nel sistema della tutela giurisdizionale, o desenvolvimento do conceito de dano marginal, que, embora se ligue sempre ao fator tempo, pode ser entendido em termos amplos ou estritos. No primeiro caso, o dano marginal se aproxima da concepção de que “o passar do tempo é a ‘ocasião propícia’ para um evento do qual surge ‘a séria causa produtiva do dano’, a exemplo do processo de depauperamento do credor e do correspondente desfacelamento da garantia patrimonial do credor”. Esta é a explicação de Daniel Penteado de Castro, para quem “o ‘dano marginal *stricto sensu*’ prescinde da comprovação de dano ou iminência de sua consumação e decorre da inevitável demora do processo, o tempo consumido do jurisdicionado para gozar do bem da vida pretendido, à espera do exaurimento de todo o *iter* procedimental, até imprimir efetividade à pretensão deduzida em juízo.” (PENTEADO DE CASTRO,

ordenamento jurídico pátrio para enfrentar o problema da demora processual é encontrada no próprio âmago do processo.

Trata-se de estratégia de natureza estrutural e técnica, porque se liga, de modo indelével, “às formas destinadas a acelerar e a concentrar o curso dos procedimentos jurisdicionais, a diminuir a sua duração global, a controlar com rigor seu ritmo. É o que se busca com a adoção de modelos e ritos processuais diferenciados.”¹⁹⁴

Bem de ver que referida diferenciação decorre da própria cláusula geral de adequação, oriunda do aspecto substancial do *due process of law* inscrito na Constituição Federal, o que autoriza o legislador a

(...) criar e adaptar métodos e procedimentos judiciais em consideração a diversos fatores, como a preponderância da celeridade sobre a certeza, a natureza do direito material que objetivam tutelar, a profundidade e amplitude da cognição a ser desenvolvida, a maior ou menor concentração dos atos processuais, a necessidade ou não de que determinados sujeitos nele participem, enfim, valências diversas com o objetivo de que a tutela possa ser prestada e efetivada de forma mais adequada à realidade de direito material.¹⁹⁵

Nessa linha, o professor José Roberto dos Santos Bedaque salienta que, ao regulamentar o processo – por excelência, mecanismo voltado a debelar as crises de direito material, desde quando o Estado chamou a si a tarefa de solucionar os litígios, proibindo, em regra, a autotutela¹⁹⁶ ou a vingança¹⁹⁷ – o legislador busca meios aptos ao atingimento de suas finalidades (do processo). Daí decorre a criação da técnica processual, que deve ser arquitetada à luz dos princípios que regem o sistema jurídico do país, especialmente aqueles de natureza

Daniel. *Antecipação de tutela sem o requisito da urgência: panorama geral e perspectivas no novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 148-149.)

¹⁹⁴ BODART, op. cit., p. 70.

¹⁹⁵ RODRIGUES; RANGEL, op. cit. Em sentido semelhante, BEDAQUE, 2010, p. 74, afirma que a técnica pode ser tratada a partir de muitos ângulos: oralidade, cognição, iniciativa probatória do juiz – mais ampliadas ou mais restritas, conforme o caso –, liberdade ou legalidade das formas, fungibilidade de meios, regime de preclusões, recorribilidade de decisões, requisitos de admissibilidade do julgamento de mérito etc.

¹⁹⁶ Esta é uma lição basilar quando se inicia o estudo do processo e muitíssimos autores já se dedicaram a elucidá-la. Cf., por todos, ARAÚJO CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, op. cit., p. 28-29.

¹⁹⁷ COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao estudo do processo civil*. 3. ed. Tradução de Mozart Victor Russomano. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 13: “Só graças a enormes esforços sociais se tornou possível substituir na alma humana a ideia de justiça realizada com as próprias mãos pela ideia de justiça a cargo da autoridade. A ação civil vem a ser, pois, em última essência, o substitutivo civilizado da vingança.”

constitucional. De conseguinte, “as especificidades procedimentais constituem aspecto da técnica.”¹⁹⁸

Portanto, grosso modo, “técnica é a predisposição ordenada de meios destinados a obter certos resultados preestabelecidos”.¹⁹⁹ Esta definição, neutra – ou seja, não aplicável apenas ao direito, tampouco capaz de adjetivar de boa ou de má a técnica – é coincidente com a do professor Kotaro Tanaka: “há um fim em cada técnica. Esta só (sic – *rectius*: não) se apresenta como um fim em si mesma, mas está destinada a ser simplesmente um meio para chegar-se a um fim.”²⁰⁰ Após elencar espécies de técnica (individual, social, intelectual, real), prossegue asseverando que todas “têm como caráter comum a natureza dos meios para alguns objetivos pressupostos”. Daí que a técnica “não é uma força natural cega: começa a existir quando o homem a utiliza.”²⁰¹

Transpondo estas lições para o ambiente processual, notadamente após o florescimento da ideia de que o processo não se aparta do direito material, mas, antes, serve-lhe – e por ele é servido, de acordo com a teoria circular dos planos ²⁰² –, diz-se que a técnica está imbuída de dois grandes objetivos: primeiro, proporcionar aos sujeitos do processo real oportunidade de interferência no resultado (e, nessa medida, conferir segurança ao processo); segundo, garantir que a tutela jurisdicional seja, dentro do possível, “idêntica à atuação espontânea da regra de direito material, quer do ponto de vista da justiça da decisão, que (sic) pelo ângulo da tempestividade.”²⁰³

¹⁹⁸ BEDAQUE, 2010, p. 73-74.

¹⁹⁹ DINAMARCO, 2016, p. 123.

²⁰⁰ TANAKA, Kotaro. O direito e a técnica. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 45, volume 119, p. 36-39, set. 1948.

²⁰¹ Id., *ibid.*

²⁰² ZANETI JÚNIOR, op. cit., p. 58, enfatiza que, no Estado Democrático Constitucional, a relação entre direito material e direito processual “só pode ser dialética, de complementariedade, ou seja, uma teoria circular dos planos do direito material e do direito processual, de maneira que o direito material sirva ao processo e, por sua vez, seja servido por ele.”

²⁰³ BEDAQUE, 2010, p. 78-79. Contudo, sabe-se que a tarefa em questão pertence ao campo de uma Justiça ideal, pois “a esperança de Chiovenda de criar-se um processo dotado de tal perfeição que desse, sempre, ao autor vitorioso tudo aquilo que lhe viesse a ser reconhecido como seu direito, na realidade é um sonho inatingível. Resta, portanto, o consolo de sabermos que o processo civil, em sua história milenar, concebeu e plasmou institutos e técnicas capazes, se não de reparar de todo as inevitáveis injustiças que ele próprio produza, ao menos idôneas para reduzi-las a limites toleráveis.” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. A “plenitude de defesa” no processo civil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figlioredo. *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 149-167.)

É importante frisar: a técnica constitui, simplesmente, o meio apto a que o processo atinja suas finalidades, ligadas, claro, ao concertamento do direito material,²⁰⁴ o que, em última análise, remete ao escopo social de pacificação.²⁰⁵

Barbosa Moreira afirmava, por isso, que o diligente emprego da técnica, longe de exaltar “o velho e desacreditado formalismo” associado a um tempo em que “a visão do processo era restrita à contemplação superficial de ritos e formalidades”, pode, no estágio atual, “constituir instrumento precioso a serviço da própria efetividade”, cujo ideário consiste, em síntese, em, com o mínimo dispêndio de tempo e de energias, assegurar à parte vitoriosa do processo o gozo pleno da específica utilidade a que, segundo o ordenamento, faz jus – isso pressupondo-se que o processo tenha “instrumentos de tutela adequados” aos direitos ou às posições jurídicas de vantagem que se objetive proteger, que tais instrumentos sejam praticamente utilizáveis pelos titulares dos direitos de cuja preservação ou reintegração se cogita e que ao juiz sejam asseguradas condições “propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes”, para que seu convencimento (do juiz) corresponda, o mais possível, à realidade.²⁰⁶

Logo – e, à guisa de alinhar todas estas premissas –, a tutela de evidência está incluída no rol das técnicas processuais antecipatórias.

Mais: com ela se pretende a “distribuição dos ônus decorrentes do tempo do processo, consistente na concessão imediata da tutela jurisdicional com base no alto grau de verossimilhança das alegações do autor, a revelar improvável o sucesso do réu”²⁰⁷ em fase mais adiantada do processo.

²⁰⁴ BEDAQUE, 2010, p. 39. Igualmente, MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 147: “como o direito à efetividade da tutela jurisdicional deve atender ao direito material, é natural concluir que o direito à efetividade engloba o direito à pré-ordenação de técnicas processuais capazes de dar respostas adequadas às necessidades que dele decorrem.”

²⁰⁵ DINAMARCO, 2016, p. 123, refere-se à eliminação de conflitos mediante a realização da justiça.

²⁰⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Efetividade do processo e técnica processual. *Revista Forense*, São Paulo, ano 91, v. 329, p. 97-103, mar. 1995.

²⁰⁷ BODART, op. cit., p. 111. No sentido: RODRIGUES; RANGEL, op. cit.: “A tutela da evidência, por seu turno, encerra uma técnica. Uma técnica de abreviação dos efeitos do tempo sobre o processo, pois permite que o órgão julgador entregue provisoriamente o bem da vida postulado àquele que muito provavelmente possua razão no litígio, e por isso faça jus a recebê-lo.”

É deste específico cenário que recortaremos, para estudo mais aprofundado, a tutela de evidência “sancionatória”, aquela que se funda no abuso do direito de defesa ou no manifesto propósito protelatório do réu e que, no enfoque de se evitar uma tutela meramente ressarcitória (traduzida em indenização por perdas e danos²⁰⁸), “reafirma a tendência atual de nossa legislação processual de resguardar, sempre que possível, à parte que ostensivamente detém maior probabilidade de ganho, o seu direito *in natura*.”²⁰⁹

3.2 ESPECIFICAMENTE A TUTELA DE EVIDÊNCIA SANCIONATÓRIA

3.2.1 Premissas

Doravante, investigaremos a tutela antecipada pura²¹⁰, punitiva²¹¹ ou sancionatória²¹², que é aquela inserta, pioneiramente, no art. 273, II, do Código de Processo Civil de 1973, por força da Lei 8.952/94, que conferiu ao dispositivo a seguinte redação: 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 fique caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

À nomenclatura sancionatória, punitiva, pura justapõe-se outra – mista ou assecuratória –, esta última relacionada ao inciso I do art. 273 do CPC/1973 (com a redação que lhe foi dada pela Lei 8.952/94), em que se previa que a tutela antecipatória poderia ser concedida, na hipótese de existência de prova

²⁰⁸ Sem contar que as condenações judiciais são reajustadas por índices inferiores aos praticados pelas instituições bancárias, como lembra SCARPINELLA BUENO, Cássio. *Tutela antecipada*. 2. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com a EC n. 45/2004, e com as Leis n. 11.187 e 11.232/2005, 11.276, 11.277, 11.280 e 11.382/2006. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 46.

²⁰⁹ BERTOLDI, op. cit., p. 311.

²¹⁰ Esta denominação tem a preferência de Teresa Arruda Alvim Wambier, em palestra referida no artigo de BERTOLDI, op. cit., p. 313. É empregada, ainda, em CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela no processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 33.

²¹¹ É o termo utilizado por diversos autores, a exemplo de ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 77; BERTOLDI, Marcelo M. Tutela antecipada, abuso do direito e propósito protelatório do réu. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 309-331, cap. X.

²¹² É a terminologia de CARRILHO LOPES, no título de sua obra já referenciada. No mesmo sentido: DINAMARCO, 2017, p. 884; MACHADO, p. 238.

inequívoca, à vista de verossimilhança da alegação, se houvesse fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (art. 273, I).²¹³

São bastante comuns as críticas à denominação punitiva e às demais a ela associadas, já que “a possível punição que venha a sofrer o réu que faz uso malicioso ou temerário de seu direito de defesa com intuito protelatório nada mais é senão consequência natural do processo”²¹⁴, na medida em que se adiantam ao autor os efeitos da tutela que, de ordinário, somente seria concedida ao fim do processo. E isto – a antecipação com base neste fundamento – guarda relação direta com a evidência do direito²¹⁵ do autor, a par de, também, racionalizar o tempo do processo.²¹⁶

Qual o móvel, então, da escolha da palavra sancionatória (ou de seus termos equivalentes)? A “semelhança, no que diz com as respectivas causas determinantes, com as penalidades impostas a quem põe obstáculos à seriedade e à celeridade da função jurisdicional”.²¹⁷

Tais penalidades são, em geral, elencadas nos artigos que tratam da litigância de má-fé²¹⁸ (inserida no cenário da responsabilidade das partes por dano processual) e dos atos atentatórios à jurisdição ou à dignidade da justiça.

²¹³ Portanto, à vista da reforma de 1994, ficou clara a existência de duas espécies de liminares (tutela antecipada acautelatória e cautelar propriamente dita), permeadas, ainda, de fungibilidade, já que, caso o autor, a título de antecipação de tutela, houvesse requerido providência cautelar, poderia o juiz, à vista dos respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental (§ 7º do art. 273 do Código de Processo Civil de 1973). Extrapolaria os escopos desta pesquisa delinear as características de cada uma das espécies, sobretudo porque, no caso, “as distinções nem sempre refletem contraposições” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 21, v. 81, p. 198-211, jan.-mar. 1996).

²¹⁴ BERTOLDI, op. cit., p. 312.

²¹⁵ ARRUDA ALVIM, op. cit., p. 12: “no caso do art. 273, II, a carência de sentido e de seriedade de defesa são circunstâncias congruentes e corroboradoras dos requisitos do art. 273, *caput.*, i. e., essa falta de sentido e seriedade da defesa há de ser somada à verossimilhança da juridicidade de que se reveste a pretensão do autor.”

²¹⁶ MARINONI, 2004, p. 183-184: “a técnica antecipatória baseada em abuso de direito de defesa ou em incontrovérsia de parcela da demanda possui o objetivo fundamental de dar tratamento racional ao tempo do processo, permitindo que decisões sobre o mérito sejam tomadas no seu curso, desde que presentes o abuso do direito de defesa ou a incontrovérsia de parcela da demanda.”

²¹⁷ ZAVASCKI, op. cit., p. 78.

²¹⁸ No sentido de que todas as hipóteses de litigância de má-fé configuram, em tese, o abuso de direito previsto na tutela antecipada sancionatória: BERTOLDI, op. cit., p. 321; CARREIRA ALVIM, op. cit., p. 104.

Logo, se, em linhas gerais, a tutela de evidência é técnica propícia à agilização dos resultados do processo, mediante tratamento mais racional do tempo, esta singular hipótese agrega um fator em especial: a eticidade.²¹⁹

No revogado CPC, a verosimilhança da alegação, fundada – dizia então o legislador – em prova inequívoca, conduziu a doutrina ao refinamento do conceito de probabilidade como uma espécie de estágio intermediário entre verosimilhança e prova inequívoca.²²⁰ Assim, cabível a antecipação de tutela se, além de provável o direito do autor, estivessem presentes, alternativamente, o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (inciso I) ou o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu (inciso II).

Embora, no atual Código, não tenha havido alusão à verosimilhança, à prova inequívoca, à probabilidade do direito, ao *fumus boni iuris* ou a qualquer outra locução de significado próximo, sustenta-se que este requisito não desapareceu do sistema – e é assim, também, que nos posicionamos.²²¹ Há, então, subentendida, a exigência de que o requerente da tutela de evidência esteja secundado por um bom direito, sob pena de se prestigiar uma interpretação irrazoável.²²²

²¹⁹ DINAMARCO, 2017, p. 884: O inc. I do art. 311 do CPC/15 “constitui um culto à ética no processo e ao dever de lealdade das partes.”

²²⁰ É o que aponta BERTOLDI, op. cit., p. 313, com base em farta literatura. Mais recentemente, BODART, op. cit., p. 44-49, tratando dos graus de verossimilhança, associou o juízo de probabilidade à cognição sumária. Conquanto o tema mereça a devida atenção, não será possível fazê-lo nos limites desta pesquisa.

²²¹ Encontramos a adoção desta específica diretriz no seguinte julgado: TJMG, 14ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento 1.0470.13.006128-1/004, Rel. Des. Cláudia Maia, j. 13 out. 2017, DJe 20 out. 2017, p. 303, em cujo voto condutor se levou em conta a doutrina de Daniel Assumpção Neves, segundo a qual é “extremamente temerário, como simples forma de sanção processual, conceder a tutela da evidência sem que haja probabilidade de o autor ter o direito que alega.” Deve-se esclarecer, porém, que a decisão colacionada confirmou, com base no art. 311, I, do NCPC, tutela de evidência de mesmo fundamento, em hipótese de ação de reivindicação de posse em que a agravada pretendia a imissão em área delimitada em prévia ação divisória já transitada em julgado. O terreno, segundo constou no voto, vinha sendo ocupado – circunstância comprovada mediante prova pericial – pelos agravantes, que em sua tese sustentaram usucapião.

²²² No sentido: CINTRA, op. cit., p. 62: “Com isso, uma leitura desavisada do *caput* e do inc. I do art. 311 dá a falsa impressão de que basta a verificação do abuso de defesa ou do manifesto propósito protelatório para que a tutela seja antecipada com base na evidência. Obviamente, isso não pode prevalecer. Em se tratando de hipótese de tutela antecipada fundada na evidência, a despeito da má técnica legislativa, deve-se continuar entendendo que é necessária a demonstração da probabilidade do direito da parte que busca se beneficiar dessa antecipação, a despeito de a interpretação literal indicar indesejável conclusão diversa.

Não nos parece seja este um grande entrave a superar, senão que, como já mencionado desde que nos lançamos nesta empreitada, mais difícil tem sido o reconhecimento do abuso do direito de defesa e do manifesto propósito protelatório.

Rara é a tutela de evidência concedida com base neste requisito²²³ – pressuposta, insistimos, a verossimilhança do direito do autor –, assim como incomum era, sob a égide do CPC anterior, o deferimento da tutela antecipada sancionatória, em que pese, em ambos os casos, a doutrina ter excogitado algumas hipóteses em que a previsão poderia ser utilizada.

No Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, não identificamos – desde os conhecidos acórdãos²²⁴ que, ainda no final da década de 90, versaram sobre reajustes de vencimentos em 28,86% a servidores públicos – outros julgados cujo fundamento para a antecipação de tutela tivesse sido o abuso do direito de defesa ou o propósito protelatório.

Em extensa pesquisa que realizamos no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, com alcance de quatro anos – de março de 2014 a março de 2018 – não encontramos nem sequer um único acórdão em que tenha sido concedida ou confirmada a concessão da tutela antecipada quando caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. Considerando que até a primeira metade do intervalo pesquisado vigorou o CPC/73, em muitos resultados assegurava-se a necessidade de atendimento aos requisitos do art. 273; contudo, o enquadramento sempre recaía no inciso I.²²⁵

²²³ É o que apontam diversos autores, a exemplo de BODART, op. cit., p. 113 e CINTRA, op. cit., p. 62.

²²⁴ STJ, 5ª Turma, REsp 187.665/RJ, Rel. Min Gilson Dipp, j. 24 nov. 1998, DJ 18 dez. 1998, p. 393; STJ, 5ª Turma, REsp 194.193/CE, Rel. Ministro Gilson Dipp, j. 25 mar. 1999, DJ 19 abr. 1999, p. 166.

²²⁵ É vasta a quantidade de acórdãos em que se verificou o fenômeno apontado. Para não tornar enfadonha a leitura, bem como para que não se alargue em demasia esta problematização, que, afinal, é tema relacionado ao trabalho, mas não constitui seu cerne, limitamo-nos a apontar dois acórdãos, suficientemente representativos: Agravo de Instrumento 48159004455, 3ª Câmara Cível, Relator: Telêmaco Antunes de Abreu Filho, j. 15 dez. 2015, DJe 22 jan. 2016; Agravo de Instrumento 24159009752, 4ª Câmara Cível, Relator: Jorge do Nascimento Viana, Relator substituto: Marcelo Pimentel, j. 03 ago. 2015, DJe 17 ago. 2015.

A despeito da sistematização, no art. 311 do CPC/15, da expressa possibilidade de se conceder uma tutela antecipada sem o requisito da urgência, ao menos por enquanto esta perspectiva parece representar, no Tribunal capixaba, grande mudança paradigmática.²²⁶

Nos pouquíssimos casos em que se analisou a incidência do atual art. 311, I, da lei processual civil, houve, na maioria deles, menção conglobada a todos os incisos atinentes à tutela de evidência. Em dois casos que ora apresentamos, a tutela antecipada não foi acolhida por falta de requisitos²²⁷; no terceiro, reformou-se decisão concessiva, porquanto sua fundamentação teria sido deficiente. Isso porque, conforme constou, “impede a controlabilidade do ato decisório apenas invocar o art. 311 do CPC/2015 sem justificar o preenchimento no caso concreto dos requisitos necessários à concessão da tutela de evidência”.²²⁸

No último caso que conseguimos identificar, examinou-se abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório em conjunto com a tese de que a inicial teria sido instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não teria oposto prova capaz de gerar dúvida razoável. Nenhum desses argumentos vingou:

APELAÇÃO CÍVEL RESCISÃO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL POR CULPA DO COMPRADOR PERCENTUAL DE RETENÇÃO PELA CONSTRUTORA LIMITADO A 25% DO VALOR PAGO PELOS ADQUIRENTES E 10% DO VALOR DO CONTRATO JURISPRUDÊNCIA DO STJ PRECEDENTES TUTELA DE EVIDÊNCIA INCIDENTAL AUSENTES OS REQUISITOS PARA O SEU DEFERIMENTO

²²⁶ Assim é que, no processo nº **0014270-32.2017.8.08.0035**, o magistrado concedeu liminar com características de tutela de evidência fundada no inciso II do art. 311 (“as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”). Contra a decisão foi tirado recurso de agravo de instrumento, a que inicialmente se concedeu efeito suspensivo. Mas, no voto condutor do acórdão, que acabou por manter a decisão agravada, uma ponderação do Desembargador relator é que deu a tônica do julgamento: “após melhor refletir sobre a hipótese tratada nos autos, verifiquei que a decisão recorrida tratou de conferir às autoras tutela da evidência, que é uma ‘tutela provisória, de natureza satisfativa, cuja concessão prescinde do requisito urgência (art. 311). Trata-se, então, de uma tutela antecipada não urgente, isto é, de uma medida destinada a antecipar o próprio resultado prático final do processo, satisfazendo-se na prática o direito do demandante, independentemente da presença do *periculum in mora*.’” (TJES, 3ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento 0023764-18.2017.8.08.0035, Relator: Dair José Bregunce de Oliveira, j. 20 fev. 2018, DJe 02 mar. 2018.)

²²⁷ TJES, 3ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento 35179005182, Relator: Samuel Meira Brasil Júnior, j. 27 fev. 2018, DJe 09 mar. 2018; TJES, 2ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento 21179000720, Relator: Namyr Carlos de Souza Filho, j. 06 mar. 2018, DJe 14 mar. 2018.

²²⁸ TJES, 3ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento 35179001926, Relator: Samuel Meira Brasil Júnior, j. 16 mai. 2017, DJe 26 mai. 2017.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1) Aos contratos de promessa de compra e venda de imóvel são aplicáveis as disposições do diploma consumerista, vez que a construtora do empreendimento consiste em fornecedora de produtos, nos ditames do art. 3º caput e §1º, do CDC.

2) Com relação ao percentual de retenção por parte da apelante em razão da rescisão contratual requerida pelo adquirente, é cediço que tal retenção de parcela do valor já adimplido pelo promitente comprador visa compensar o promitente vendedor dos gastos suportados com despesas administrativas (principalmente com divulgação e comercialização), pagamentos de impostos, bem como remunerá-lo pela eventual utilização do bem pelo adquirente.

3) O c. Superior Tribunal de Justiça, autoriza, a depender do caso concreto, que a retenção seja de até 50% (cinquenta por cento) do valor pago pelo comprador, a teor do REsp 1067141/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 07/05/2009. O direito é dinâmico e, como tal, não pode ser aplicado genericamente a todos os casos indistintamente. Para além do simples percentual fixado pela jurisprudência majoritária entre 10% e 30% do valor adimplido, deve-se considerar que posicionamento do STJ se dá no sentido de que o percentual deve observar a razoabilidade (STJ, AgRg no Ag em REsp nº 730.520 DF). Assim sendo, pondera-se que nas hipóteses em que o valor adimplido pelo consumidor apresenta-se ínfimo em relação ao valor contratado, não há como simplesmente aplicar o percentual de 25%, por exemplo, porquanto, a quantia monetária que ficará em posse da construtora, nesses casos, não chegará a representar 5% do valor total do contrato, sendo que os custos operacionais da vendedora, em regra, giram em torno de 5% a 10% do valor do imóvel.

4) *In casu*, o valor do contrato era de R\$ 122.418,63, ao passo que o recorrido afirma ter adimplido R\$ 49.443,76, ou seja, quitou aproximadamente 40% do valor contratado. A sentença, ao ordenar a devolução de 85% do valor pago, determinou o ressarcimento ao recorrido no valor de R\$ 42.027,19, enquanto que à construtora restará o valor de R\$ 7.416,57, equivalente a aproximadamente 6% do valor do contrato, percentual este que se afigura ínfimo.

5) Por considerar que o corte para retenção deve respeitar o limite aproximado de 10% do valor do contrato, tem-se que a construtora apelante possui direito a reter a quantia de R\$12.241,86, que corresponde ao percentual aproximado de 25% do valor adimplido pelo comprador e 10% do valor total do contrato.

6) *No tocante ao requerimento de tutela de evidência para que a construtora apelante depositasse em juízo o valor que entendia incontroverso, salienta-se que o próprio julgamento do apelo denotou a inexistência de valor incontroverso e determinado à luz dos parâmetros jurisprudenciais. Outrossim, não foi observada a presença do abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da apelante com a interposição do apelo (inciso I, art. 311, CPC), da mesma forma que não restou verificada a instrução do requerimento de tutela com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que a ré não opusesse prova capaz de gerar dúvida razoável (inciso IV, art. 311, CPC). Isto posto, indeferido o requerimento de concessão de tutela de evidência.*

7) Relativamente aos ônus sucumbenciais, as partes sucumbiram na mesma proporção, devendo ser aplicado o art. 86, CPC, no que se refere aos encargos impostos na r. sentença.

8) Recurso conhecido e provido.²²⁹

²²⁹ TJES, 2ª Câmara Cível, Apelação 24160077996, Relator: Fernando Estevam Bravin Ruy, j. 17 out. 2017, DJe 25 out. 2017.

Assim, antes de avançarmos propriamente na investigação e no estudo das possíveis causas para esse acanhamento, convém sintetizar as principais diretrizes do instituto, pois, como dizia Barbosa Moreira, “combater enfermidades que não se conhecem bem é desferir às cegas golpes na escuridão. Para saber em que direção nos devemos mover, cumpre ter uma imagem tão exata quanto possível da situação atual.”²³⁰

Esta imagem, acreditamos, não dispensa um acurado exame conceitual do instituto, a partir do que refletiremos nos usos – ou nos desusos – que lhe reserva o Judiciário.

Iniciemos, assim, pelo estudo dos demais requisitos da tutela de evidência sancionatória: abuso de direito de defesa e manifesto propósito protelatório, não sem deixar de abordar a matéria onde está plasmada: o terreno do abuso de direito, especificamente no âmbito do processo.

²³⁰ BARBOSA MOREIRA, O futuro..., p. 238.

4 ABUSO DE DIREITO PROCESSUAL

4.1 ASPECTOS GERAIS

Embora o tratamento do abuso de direito no processo²³¹ seja diverso e complexo, comportando variantes não somente entre as tradições de *common law* e de *civil law*²³², mas também de país a país, é possível identificar, nos mais diferentes ordenamentos, “uma aspiração comum a uma justa e correta administração da justiça.”²³³

Com a aceitação do caráter público do processo – a que já nos referimos ao traçar o panorama da evolução do direito processual – identificou-se, com acerto, que os interesses envolvidos numa demanda processual não são meramente privados.

Daí por que não tardou a conclusão: “realmente, enquanto que, no direito privado, o abuso atingia tão-somente a outra parte, ou terceiros, no processo atinge também o Estado.”²³⁴

O sentido de abuso de direito processual – ou, na terminologia de Helena Abdo²³⁵, abuso do processo – hauriu-se, contudo, inicialmente do direito material,²³⁶ donde

²³¹ Faremos, de início, uma abordagem unitária dos fenômenos inerentes ao abuso do processo, pois, apesar de eventual diferenciação quanto ao manifesto propósito protelatório – tema será tratado oportunamente, tais fenômenos integram uma mesma realidade, como expõe ABDON, op. cit., p. 19.

²³² Não se ignora, também, a aproximação entre essas duas tradições, sobretudo no ordenamento jurídico brasileiro. Para aprofundamento no tema, consultar ZANETTI, op. cit., p. 16-20 e 48-52.

²³³ TARUFFO, Michelle. Abuso dos direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral). Traduzido por Lorena Miranda Santos Barreiros. *Revista de processo*. São Paulo, ano 34, v. 177, p.153-183, nov. 2009. Esclarece-se, no início do artigo, que o original foi publicado em Boston (EUA), no ano de 1999, sob o título *General report* na obra *Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*. Tal artigo é o resultado de relatório final do simpósio organizado pela *Tulane University* e patrocinado pela Associação Internacional de Direito Processual sobre o tema Abuso dos direitos processuais. Os relatórios específicos, no caso da América Latina e da Espanha, foram agrupados em livro próprio, com o escopo de divulgar a produção científica de seus membros, integrantes do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, presidido, à época da publicação da obra, por José Carlos Barbosa Moreira. Aspectos importantes desses relatórios foram ou serão apresentados, em notas próprias, adequadamente referenciadas.

²³⁴ CASTRO FILHO, José Olímpio. *Abuso do direito no processo civil*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 54, com a grafia original. Aliás, também por outra vertente pode-se vislumbrar o quanto o abuso de direito processual impacta o próprio Estado: o dispêndio de recursos financeiros e humanos para movimentação inútil da máquina judiciária. É o que consta no relatório de TARUFFO, op. cit., p. 167.

²³⁵ ABDON, op. cit., p. 47-51.

²³⁶ CASTRO FILHO, op. cit., p. 83-84, com a grafia original: (...) “em virtude da promulgação do Cód. Civil, em 1916, durante todo esse período de autonomia dos Estados, a teoria do abuso do direito perdurou incorporada no nosso sistema jurídico, eis que, à base do disposto nos arts. 160 e 159 da lei

foram angariados conceitos como a aparência de legalidade do ato, a relatividade dos direitos²³⁷ e, sobretudo, o desvio de finalidade.²³⁸

Na Pátria, com a edição do Código Civil de 1916, que tratava do abuso de direito como fonte de responsabilidade civil, o Código de Processo Civil Nacional de 1939 transplantou a teoria do abuso de direito do direito privado para o direito processual, culminando com a categorização do abuso em classes de amplo significado, como dolo, temeridade, fraude, emulação, capricho, erro grosseiro, violência, protelação do feito, falta ao dever de dizer a verdade, anormal uso do poder de disposição do processo.²³⁹

É, portanto, no bojo da relação jurídica processual – composta, sabe-se, de diversas situações ou posições jurídicas²⁴⁰ –, que nos convém estudar o abuso de direito, na medida em que os que dela tomem parte utilizem-se de suas faculdades, poderes, deveres e ônus “*não para seus fins normais, mas para protelar a solução do litígio ou para desviá-la da correta apreciação judicial, embaraçando, assim o resultado justo da prestação jurisdicional.*”²⁴¹

substantiva, tal como no sistema francês, foi construída a sua noção, notadamente por obra da doutrina, entre nós vigorante até o Código processual unitário [menção ao CPC/39]. (...) Assim, o Cód. Civil deu entrada, indiretamente, a essa teoria, que é uma das manifestações dos intuítos éticos do direito moderno, preponderando sobre os elementos egoísticos. (...) Finalmente, com o Cód. de Processo nacional (...) voltou o abuso do direito a ser expressamente cuidado.”

²³⁷ Quanto à relatividade dos direitos, confira-se a bela – e, ousamos dizer, algo poética – exposição de Pontes de Miranda: “O estudo do exercício lesivo do direito é a pesquisa dos encontros, dos ferimentos, que os direitos se fazem. Se pudessem ser exercidos sem outros limites que os da lei escrita, com indiferença, se não desprezo, da missão social das relações jurídicas, os absolutistas teriam razão. Mas, a despeito da intransigência deles, fruto da crença a que se aludiu, a vida sempre obrigou a que os direitos se adaptassem entre si, no plano do exercício. Conceptualmente, os seus limites, os seus contornos, são os que a lei dá, como quem põe objetos na mesma maleta, no mesmo saco. Na realidade, quer dizer – quando se lançam na vida, quando se exercitam, têm de coexistir, conformar-se uns com os outros” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense; 1973, t. 1, arts. 1º-45, p. 379).

²³⁸ ABDO, op. cit., p. 99.

²³⁹ A síntese foi feita à luz dos artigos 3º e 63 do CPC/39. Para definição de cada uma destas espécies, consulte-se THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos (coord.). *Abuso dos direitos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 93-129.

²⁴⁰ ABELHA, 2016, p. 214: “Uma vez definido que o conteúdo da relação processual é uma soma sucessiva de situações jurídicas processuais resultantes de posições ativas e passivas criadas a partir de cada ato processual realizado e em cadeia evolutiva, verifica-se que a prática de abusos e ilícitos processuais pode se dar ao longo de toda a relação jurídica processual. É que, conquanto seja unitária, a relação jurídica processual é assim identificada em razão do fato de que nenhuma situação jurídica que a compõe tem um fim isolado. Cada situação jurídica ativa e passiva que surge no processo pode ser identificada autonomamente, porém todas servem para um mesmo fim e desde que sejam vistas em conjunto.”

²⁴¹ THEODORO JÚNIOR, 2000, p. 113, sem itálico no original.

A prática abusiva, não resta dúvida, tem no desvio de finalidade seu principal (embora não único) critério de caracterização.²⁴²

Como se vê, a *anormalidade* a que tanto se referem os estudiosos reside na disparidade existente entre os meios de que o sujeito se utiliza e os fins por ele almejados. Ou melhor: a discrepância (ou o desvio) existe em relação aos *fins previstos* pelo sistema para determinados meios e os *fins efetivamente pretendidos* pelo agente com a prática do ato, no *livre* exercício das *situações subjetivas* de que é titular.²⁴³

No processo, diante do caso concreto, além do desvio de finalidade, e, contextualizados muitos elementos circundantes à prática do ato, como “sujeitos, forma do ato, lugar em que realizado, circunstâncias temporais, modo com que praticado o ato, fase processual, fatores externos ao processo etc.”,²⁴⁴ outros fatores também podem ser úteis à individualização do abuso. São eles “*a falta de seriedade do ato, a ilicitude e ilegitimidade do escopo visado pelo agente, a lesividade causada à administração da Justiça e a presença de dolo ou culpa.*”²⁴⁵

Sinteticamente, o “comportamento incorreto” das partes, expressão propositalmente genérica, pode ser desviante sob duas óticas principais: (i) o conteúdo das alegações – conteúdo esse que, no trilho ideal, deve observar o dever de lealdade – e (ii) à forma como elas, as partes, se conduzem, pessoalmente ou por seus procuradores, respeitando as regras do jogo, o que diz com a obediência aos direitos processuais da parte contrária e com a “abstenção de embaraçar, perturbar ou frustrar a atividade do órgão judicial, ordenada à apuração da verdade e à realização concreta da justiça”.²⁴⁶

Por ora, pretextando o encerramento destes aspectos gerais, deve-se deixar claro que tanto autor quanto o réu e – sob a égide do NCPC, também o interveniente – podem cometer abuso de direito processual.

²⁴² ABDO, op. cit., p. 87.

²⁴³ Id., p. 91. O mesmo excerto, suprimida apenas a locução “a que tanto se referem os estudiosos”, consta à p. 101 da obra referenciada.

²⁴⁴ Id., p. 98.

²⁴⁵ Id., p. 94, com itálico no original. A listagem é reiterada à fl. 101 da mesma obra.

²⁴⁶ BARBOSA MOREIRA, 1978, p. 16. No sentido: ABELHA, 2016, p. 217: “A litigância de má-fé e o abuso dos direitos processuais, figuras componentes dos ilícitos processuais que atentam contra a boa-fé processual e o dever de cooperação, podem ser categorizados em dois tipos: (a) no conteúdo das alegações feitas em juízo; (b) quanto à forma como atuam no processo.”

Neste ponto, diz Couture, se, durante o curso processual, “reina a incerteza” que, a final, será dissipada pela sentença e se esta “declara que o autor não tem razão, que a demanda é infundada, as coisas voltam ao estado primitivo. Mas o drama já está consumado.”²⁴⁷ Imagine-se, então, no caso de o autor abusar de seu direito de ação, como, aliás, já reconheceu a jurisprudência nas hipóteses de fatiamento de pretensões interligadas num mesmo contexto fático – isso como estratégia para obter maior ganho²⁴⁸ –, potencializada, a estratégia, pela circunstância de se desprezarem as soluções extrajudiciais postas ao alcance dos interessados.²⁴⁹

Não seria exagero registrar, porém, que são mais comuns os abusos do processo cometidos pelo réu – fenômeno de alta percepção nos fóruns, inclusive nas Cortes Superiores²⁵⁰, e observado, também, na produção doutrinária²⁵¹, que tantas vezes alude à criação de todo o tipo de embaraço para evitar que o processo siga a sua marcha e chegue a seu final.

Insista-se: subjazem ao atuar dos atores processuais “uma série de regras entrosadas, mediante as quais se traçam limites socialmente aceitáveis de

²⁴⁷ COUTURE, op. cit., p. 13.

²⁴⁸ TJMS, Apelação 0817463-16.2017.8.12.0001, 2ª Câmara Cível, Relator: Des. Paulo Alberto de Oliveira, j. 29/11/2017, DJ 30/11/2017; TJRS, 19ª Câmara Cível, Apelação 70069885036, Relator: Marco Antonio Angelo, j. 19 out. 2017, DJe 24 out. 2017; TJMG, 18ª Câmara Cível, Apelação Cível 1.0672.11.025777-7/001, Relator: Des. Mota e Silva, j. 14 fev. 2017, publicação da súmula em 16 fev. 2017.

²⁴⁹ TJRS, 17ª Câmara Cível, Apelação 70076096940, Relator: Giovanni Conti, j. 22 fev. 2018, DJe 28 fev. 2018.

²⁵⁰ Em voto bastante emblemático, o Ministro Celso de Mello, relator dos Embargos de Declaração em Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 246.564-0/RS, consignou que o principal fator de congestionamento do Poder Judiciário “reside, inquestionavelmente, na oposição (muitas vezes infundada) e na resistência estatal (nem sempre justificável) a pretensões legítimas manifestadas por cidadãos de boa-fé que se veem constrangidos, em face desse inaceitável comportamento governamental, a ingressar em juízo, gerando, desse modo, uma desnecessária multiplicação de demandas contra o Poder Público. (...) É preciso reconhecer – e lamentar – que o Poder Público, muitas vezes, tem assumido, em alguns casos, a inaceitável posição de *improbis litigator*”, incidindo, com essa inadequada conduta processual, em atitudes caracterizadoras de litigância temerária, intensificando, de maneira verdadeiramente compulsiva, o volume das demandas múltiplas que hoje afetam, gravemente, a regularidade e a celeridade na efetivação da prestação jurisdicional pelo próprio Estado.” (STF, 2ª Turma, j. 19/10/1999, DJ 26/11/1999, Ementário nº 1973-13.)

²⁵¹ No sentido: ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Resistência injustificada ao andamento do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 5, v. 17, p. 13-24, jan.-mar. 1980, p. 15-16 (“Todavia, se a atividade dos litigantes deve concretizar o princípio do contraditório, salvo se perderem as oportunidades que se lhes enseje o sistema processual (ônus), não poderiam abusar, na prática mais comumente o réu, no sentido de opor ao andamento do processo uma resistência que seja injustificável”); DINAMARCO, Cândido Rangel; CARRILHO LOPES, Bruno Vasconcelos. *Teoria geral do novo processo civil: de acordo com a Lei 13.256, de 4.2.2016*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 169, com itálico no original: “É, no entanto, mais frequente na prática que o *demandado* utilize abusivamente de seu direito de defesa, e isso geralmente ocorre com a utilização de expedientes empregados com o objetivo de procrastinar o desfecho do processo.”

comportamento” – o qual, de seu turno, deve ser “compatível com as finalidades de justiça e do Direito.”²⁵²

Têm-se, aí, nesse conjunto de regras, o chamado princípio da lealdade ou probidade²⁵³ (expressões que, para as finalidades desta pesquisa, serão tomadas como equivalentes) e que a seguir serão objeto de breve análise.

4.1.1 O dever de lealdade das partes

O processo, além de ser técnico, jamais pode ser desvestido de sua natureza ética: se ele visa “à incidência da norma primária e se é da essência dessa um resultado ético, impossível conceber-se a preservação do seu preceito se necessária a invocação coativa, sem postulados informativos também éticos”.²⁵⁴

Não se pode negar ao processo certa simetria com uma disputa ou um jogo, em que, naturalmente, cada um dos polos quer para si a vitória. No entanto, esta não pode ser obtida mediante jogo sujo, com armas como o falseamento da verdade, as chicanas, a deturpação de fatos.²⁵⁵ É que, se agirem desta forma, as partes estarão “iludindo o juiz, que formará falsa convicção e, conseqüentemente, proferirá sentença que se afaste da realidade do caso e da solução que seria a verdadeira.”²⁵⁶

Assim, mantida a metáfora do jogo processual, intui-se que, em lugar de armas, empregar-se-ão palavras, sob a forma de teses e argumentos. “Há de vencer quem

²⁵² ARRUDA ALVIM, 1993, p. 10.

²⁵³ MENDONÇA LIMA, Alcides de. O princípio da probidade no Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de processo*, São Paulo, ano 4, v. 16, p. 15-42, out.-dez. 1979., 1979, p. 16, complementa: “o processo não é um meio isolado, mas, junto com o direito material, forma o conjunto da ordem jurídica, em sua unidade e em seus fins. Como integrante deste conjunto, todo ele sob a égide da moral, o processo não pode permitir que os elementos que nele atuem, de qualquer modo, ajam fora dos limites da probidade, quer por atos comissivos, como omissivos.”

²⁵⁴ MENDONÇA LIMA, 1979. O excerto consta à p. 16.

²⁵⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A responsabilidade das partes por dano processual. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 3, v. 10, p. 15-31, abr.-jun. 1978.

²⁵⁶ MENDONÇA LIMA, 1979, p. 17. Em acréscimo (p. 27), expende que, com o princípio da probidade, tenciona-se evitar que as partes e seus procuradores transformem o processo em “meio de entrechoque de interesses escusos, com o emprego de toda a sorte de embustes, artifícios, atitudes maliciosas e, sobretudo, a mentira. Com isso, as partes não pleiteiam, em última análise, o reconhecimento de um ‘direito’, mas, sim, de um falso ‘direito’, que se transmudaria em injustiça e em ilegalidade, burlando o juiz, que poderia terminar sendo cúmplice inocente e involuntário de nociva solução.”

tiver razão, ou quem puder dissuadir o julgador de que tem razão”, salientando-se, por ora, que “as características da disciplina legal adotada influirão poderosamente no desfecho”²⁵⁷ – isso, porém, será objeto de outro item.

Voltando à tônica proposta neste tópico, é certo afirmar que “a atuação dos contendores deve estar disciplinada por regras de lealdade e honestidade, as quais constituem o verdadeiro *fair play* e legitimam o resultado final.”²⁵⁸

Desta sorte, em que pese a dificuldade de precisar o sentido exato do dever de lealdade, a partir dele foram elencados, no Código Buzaid, uma série de deveres aplicáveis aos sujeitos (e, em sentido amplo, aos intervenientes) do processo, complementando-se o rol com a previsão de comportamentos passíveis de repressão e de sancionamento, na medida em que configurem litigância de má-fé ou atos atentatórios à dignidade da justiça.²⁵⁹

Listou o legislador processual de 1973, no art. 14, os seguintes deveres dos partícipes do processo: expor os fatos em juízo conforme a verdade; proceder com lealdade e boa-fé; não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento; não produzir provas nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito; cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de quaisquer provimentos judiciais, antecipatórios ou finais – ressalva-se que este último dever foi inserido pela Lei 10.358/2001.

Sob a égide do Código de Processo Civil de 2015, somaram-se a tais deveres outros dois: declinar, na primeira oportunidade, o endereço residencial ou profissional de intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva; não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso.²⁶⁰

²⁵⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Duelo e processo. *Revista de processo*, São Paulo, ano 28, v. 112, p. 177-185, out.-dez. 2003. As expressões aspeadas constam, respectivamente, às fls. 178 e 179. Conforme será visto, de acordo com a maior ou a menor liberdade no uso de armas e, conseqüentemente, com a maior ou menor atuação do magistrado como fiscal deste embate, estaremos diante de um ou de outro modelo de processo.

²⁵⁸ ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 128.

²⁵⁹ THEODORO, 2000, p. 100-102. No sentido: DINAMARCO, *Instituições*, 2009, p. 267.

²⁶⁰ Esta última adição foi bastante significativa. É que, embora prevista no revogado CPC, esta hipótese, de ato atentatório à dignidade da justiça, desafiava o manejo da ação de atentado, no bojo da qual

A faceta mais precisa do dever de lealdade está representada no dever (ou princípio) de veracidade²⁶¹, cuja extensão não exige, como de início se poderia supor, que um litigante deduza elementos que lhe sejam integralmente desfavoráveis e que, em compensação, beneficiem apenas o adversário.²⁶² Não é este o sentido do princípio, senão que, embora escolhendo as opções que lhe pareçam mais convenientes de um ponto de vista estratégico, o litigante, em sua conduta, não se aparte das “exigências éticas e sociais inerentes à significação do processo como instrumento de função essencial do Estado.”²⁶³ Neste alarimo, aflora a dimensão do proceder ético também por parte dos advogados, primeiros a conhecerem a causa e, a partir daí, esquadriharem a melhor forma de exporem, em Juízo, o que se passou com o cliente.²⁶⁴

Não constituem violações ao dever em tela as situações em que o direito é duvidoso; vedada, no entanto, é a postulação de um direito sabidamente falso.²⁶⁵

podiam ser impostas sanções. O novo diploma, além de permitir a tomada de medidas mesmo sem a respectiva provocação – o que representa, neste ponto, a publicização do sistema –, estendeu a possibilidade de sancionamento a todos os sujeitos do processo, o que antes ficava limitado às partes. No sentido: ABELHA, 2016, p. 223.

²⁶¹ “O dever de veracidade contém em si o dever de completitude (Pflicht zur Vollständigkeit). As partes têm de narrar o ocorrido, expor os fatos, de modo que não omitam o que fundamentaria objeção, exceção, ou réplica, ou outra contra-exceção do adverso, salvo se os fatos de que provieram ou provêm são outros, sem ligação jurídica, ou se a exceção é independente. O credor por dívida prescrita não precisa manifestar que se deu o fato da prescrição: ao devedor é que toca opor a exceção. Nem a regra de direito privado concernente a cobrança de dívida extinta é invocável a respeito de cobrança de dívidas prescritas (= dívidas a que prescreveu a pretensão. Por isso mesmo que a exigência de completitude apenas é parte da exigência de veracidade, somente consiste em ter a parte de manifestar o que conhece” (PONTES DE MIRANDA, 1973, p. 368).

²⁶² THEODORO JÚNIOR, 2000, p. 101; CASTRO FILHO, op. cit., p. 106, MENDONÇA LIMA, op. cit., p. 17.

²⁶³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A responsabilidade das partes por dano processual. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 3, v. 10, p. 15-31, abr.-jun. 1978. Em sentido semelhante: LEÃO, Adroaldo. *O litigante de má-fé*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 16: “A verdade e a lealdade não são incompatíveis com o direito de defesa. Este poderá ser plenamente exercido sem a conotação abusiva. A amplitude da defesa não pode postergar o aspecto publicista e social que caracteriza o processo, sob pena de se restaurar, com evidente prejuízo, o individualismo jurídico que serviu de esteio ao abuso de direito.”

²⁶⁴ Citamos, aqui, uma das obras de referência sobre o tema: GARÇON, Maurice. *O advogado e a moral*. Tradução de António de Sousa Madeira Pinto. Coimbra: Arménio Amado, 1963. Dela extraímos o seguinte excerto (p. 27-28, com a grafia original): “Muito se rebaixaria quem, traindo a própria consciência, pusesse a sua autoridade ao serviço da mentira. Esta consideração – sem embargo de ser incontestável que a mentira, a dissimulação e a fraude são atentados contra a moral – aparece com evidência quando se analisa a actuação do defensor. Os interesses que defende são tão somente os do seu cliente, mas tem de esclarecer ao tribunal e de cooperar para que seja feita justiça. Se engana os juizes, o advogado pratica um acto condenável pois concorre voluntariamente para falsear a sua missão confiada aos tribunais.”

²⁶⁵ THEODORO JÚNIOR, 2000, p. 100.

Para que o dever de lealdade não se transformasse em carta de intenções, estabeleceu o legislador a responsabilidade das partes por dano processual²⁶⁶, seção em que se enumeram condutas hábeis à configuração da litigância de má-fé.

Na experiência nacional, anotou Humberto Theodoro Júnior à vista da codificação de 1973, “não há um conceito sintético, mas uma descrição analítica de seis²⁶⁷ situações reputadas como configuradoras do abuso no exercício dos direitos e faculdades processuais”²⁶⁸ – aí fazendo invidiosa referência ao rol das condutas cujo cometimento impõe a pecha de litigante de má-fé àqueles que nelas incidem.

A lista elaborada pelo CPC/1973 foi mantida pelo legislador de 2015, ficando, pois, assim constituída:

- Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:
- I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;
 - II - alterar a verdade dos fatos;
 - III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
 - IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
 - V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
 - VI - provocar incidente manifestamente infundado;
 - VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

Nestes incisos, porém, podem ser encontradas “muitas *áreas de superposição*”, o que torna assaz dificultosa a tentativa de subsumir a apenas um deles (com exclusão dos outros)²⁶⁹ a conduta desviante, sobretudo ante as controvérsias reinantes acerca de dois aspectos específicos: a necessidade ou a desnecessidade de (i) elemento subjetivo à caracterização do abuso e de (ii) efetivo dano, consistente no retardamento do feito, como resultado da conduta abusiva. Estes dois aspectos são e estão imbrincados. Contudo, para melhor fluidez da exposição, serão apontados em itens distintos.

²⁶⁶ ABDO, op. cit., p. 133-134.

²⁶⁷ Em verdade, a partir de meados de 1998, o rol passou a elencar sete – não seis – tipos caracterizadores de litigância de má-fé, em virtude do acréscimo promovido pela Lei 9.668/98 (inciso VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório).

²⁶⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto, 2000, p. 105.

²⁶⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*: vol. II. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 270, com itálico no original.

4.2 ASPECTOS ESPECIFICOS: DEBATE ACERCA DO ELEMENTO SUBJETIVO

O elemento subjetivo que, como visto, pode ser, junto ao desvio de finalidade do ato, um dos fatores a se considerar para a caracterização do abuso do processo, é fonte interminável de dissenso, mercê, também, de falta de sistematização, inicialmente na própria lei, acerca de sua prescindibilidade ou de sua imprescindibilidade. De fato, a primitiva redação de quatro dos seis tipos que cuidavam da litigância de má-fé era, em 1973, recheada de expressões a denotar total subjetivismo (“não possa razoavelmente desconhecer”; “intencionalmente” – positivado em dois incisos –, “com o intuito de”).

Um importante passo foi dado com a edição da Lei 6.771, de 27 de março de 1980, que suprimiu deliberadamente tais palavras, com isso eliminando, aparentemente, o elemento intencional. A legislação também foi modernizada pelo advento da Lei 9.668, de 23 de junho de 1998, que adicionou aos tipos caracterizadores de litigância de má-fé a interposição de recurso com intuito manifestamente protelatório.

Mesmo assim, continuava-se cultivando a tese de restrição da responsabilidade por abuso processual às hipóteses em que o agente estivesse imbuído de dolo ou culpa grave, exceto nas hipóteses I, V e VI do artigo 17 do CPC/73, equivalentes aos mesmos incisos do art. 80 NCPC (deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso, proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato processual e provocar incidentes manifestamente infundados), quando, então, bastaria a má-fé objetiva.²⁷⁰

²⁷⁰ No sentido: THEODORO JÚNIOR, 2000, p. 115 e 125. Muitos são os doutrinadores que já se manifestaram acerca da necessária presença de elemento subjetivo à caracterização da litigância de má-fé: “Apesar da tendência em se configurar mais objetivamente as condutas de litigância de má-fé, a responsabilidade do litigante de má-fé é de natureza subjetiva, pressupondo a ocorrência do dolo ou da culpa grave” (MAIA, Valter Ferreira. *Litigância de má-fé no Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 73); “Cuida-se de responsabilidade subjetiva, decorrente de dolo processual, que não se confunde com a responsabilidade pelo manejo indevido da ação cautelar de que trata o art. 811 do CPC, de caráter objetivo. A má-fé caracteriza-se, essencialmente, pela intenção de prejudicar e, por isso, *não se presume, isto é, incumbe à parte prejudicada o respectivo ônus da prova*” (LOPES, João Batista. O juiz e a litigância de má-fé, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 86, v. 740, p. 129, com itálico no original); “Mas essa intenção dolosa é indispensável para a caracterização da litigância de má-fé, inexistindo esta e não se impondo sanção alguma em caso de *mera culpa* (DINAMARCO, 2009, p. 272, com itálico no original).

A partir da Constituição Federal, o ordenamento adotou uma cláusula geral de boa-fé objetiva,²⁷¹ plasmada, sobretudo, no art. 187 do Código Civil (“Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”).

A despeito disso, a jurisprudência costuma exigir a presença de dolo²⁷² para a caracterização da litigância de má-fé. Com a devida vênia, pensamos que não é caso de se enredar por elucubrações acerca do que se passou na mente do litigante de má-fé, mas de avaliar objetivamente, a partir de sua ação, o desvalor do ato. Noutras palavras: “o dolo processual é aferido objetivamente a partir da exteriorização do ato processual, das circunstâncias em que praticado, e não da aferição da psique do agente.”²⁷³

Notável a lição de Jorge Americano, antes mesmo da edição do Código de Processo Civil de 1939:

a presumpção de boa fé que assiste ao litigante destrói-se independente da verificação subjectiva do dolo e da má-fé, pela existencia, em concreto, de outras presumpções que nascem da propria natureza do litigio. Quando a demanda ou defesa é tão infundada que tal se mostra a qualquer, e ao mesmo litigante, tendo-se embora em conta a cegueira que gera o interesse, ha temeridade, pois fórma-se a presumpção de que está no pleito sciente de não ter razão.²⁷⁴

Esta lição é secundada na obra de Maria Carolina Silveira Beraldo: à vista da concretização de qualquer das hipóteses previstas no art. 80 do CPC/15, o litigante que nela(s) incidir “terá o ônus de desconstituir a tipificação e afastar de forma expressa a má-fé na execução do ato processual.”²⁷⁵

²⁷¹ Acerca da adoção de uma cláusula geral de boa-fé objetiva em nosso ordenamento: ABELHA, 2016, p. 210, 212 e 219; ABDO, op. cit., p. 118-119, CARRILHO LOPES, op. cit., p. 128-129; CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de processo*, São Paulo, ano 30, v. 126, p. 59-81, ago. 2005, versão eletrônica.

²⁷² É muito extensa a quantidade de julgados em que, sob o fundamento de falta de dolo ou de intenção do agente, se deixou de reconhecer ou se afastou a litigância de má-fé. Não nos sendo possível elencá-los todos, colacionamos, apenas a título ilustrativo, dois julgados, um do STJ (3ª Turma, REsp 906.269, Relator Min. Gomes de Barros, j. 16 out. 2007, DJU 29 out. 2007) e outro do TJES: (2ª Câmara Cível, Apelação 30130113043, Relator: Carlos Simões Fonseca, j. 13 mar. 2018, DJe 21 mar. 2019, julgado este em que se exige, também, a ocorrência de prejuízo como consequência da conduta supostamente desvaliosa).

²⁷³ BERVALDO, Maria Carolina Silveira. *O comportamento dos sujeitos processuais como obstáculo à razoável duração do processo*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 93-94.

²⁷⁴ AMERICANO, Jorge. *Do abuso do direito no exercício da demanda*. 2. ed. muito melhorada. São Paulo: Saraiva, 1932, p. 55-56, com a grafia original.

²⁷⁵ BERVALDO, op. cit., p.94. No sentido: CABRAL, op. cit., item 6 (O carnaval procedimental. Boa-fé x ampla defesa).

Ressalta-se que, além das já aludidas disposições constitucional e material, o novo CPC – preservando, sob a descrição dos mesmos tipos, a caracterização da litigância de má-fé –, alçou à condição de normas fundamentais do processo civil os deveres de boa-fé e cooperação entre as partes, dispondo os arts. 5º e 6º, respectivamente, que “aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé” e que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

A análise sistemática desses dispositivos prenuncia – ou talvez reforce – que, no Direito brasileiro, os instrumentos processuais devem ser manejados à luz dos princípios da razoabilidade e da boa-fé objetiva. Subentende-se, no âmago desses princípios, um componente ético a esculpir e a demarcar o campo da garantia processual invocada pela parte, de modo a evitar a sua utilização abusiva e indevida, e que seria capaz de desnaturar a real finalidade para a qual foi idealizada. Assim, a teoria do abuso do direito, serve, no processo, para evitar a deturpação e o vilipêndio dos próprios direitos processuais: ^{276e 277}.

4.3 ASPECTOS ESPECIFICOS: DEBATE ACERCA DO RESULTADO DANOSO

Outro questionamento frequente reside na (des)necessidade de ocorrência de dano como resultado do abuso de direito processual. De uma banda, diz-se que é possível reconhecer a litigância de má-fé – que, já vimos, está intimamente ligada ao abuso de direito, não sendo demais lembrar a noção de que todas as hipóteses hoje previstas no art. 80, NCP, podem configurá-lo (o abuso) – diante de mera tentativa²⁷⁸ de sua prática, ou, ainda, independentemente da superveniência de dano.²⁷⁹

²⁷⁶ Entendimento expresso no bojo deste julgado: TJMS, Apelação 0817463-16.2017.8.12.0001, 2ª Câmara Cível, Relator: Des. Paulo Alberto de Oliveira, j. 29 nov. 2017, DJ 30 nov. 2017.

²⁷⁷ Defendem o critério objetivo, na doutrina estrangeira, SOSA, Gualberto Lucas de derechos procesales. In: BARBOSA MOREIRA, 2000, p. 52-53; PEYRANO Jorge W. Abuso de los derechos procesales. In: BARBOSA MOREIRA, 2000, p. 72-73. OTEIZA, Eduardo. Abuso de los derechos procesales em América Latina. In: BARBOSA MOREIRA, 2000, p. 7-31. especialmente à p. 21.

²⁷⁸ Neste sentido: MEIRELLES DE OLIVEIRA, Ana Lúcia lucker. *Litigância de má-fé*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 53: “A mera tentativa também há de caracterizar a litigância de má-fé.”

²⁷⁹ No sentido de que não se exige qualquer dano, “culpa ou prejuízo material a ser comprovado” decorrente da litigância de má-fé, v. LEÃO, op. cit., p. 94.

De outro lado, argumenta-se que “o dano é *pressuposto* do ato abusivo, pois, sem a produção de *consequências negativas* (...), toda a teoria do abuso do processo não teria razão de ser, nem qualquer utilidade prática.”²⁸⁰

Na verdade, pensamos que talvez o problema seja de outra ordem: a maior ou menor extensão conceitual do dano. Sim, pois, a partir do momento em que se admita que abarque categorias tão diversas quanto os prejuízos patrimoniais, a potencialização do dano marginal, o advento de dano moral e mesmo o prejuízo à administração da justiça, não se consegue excogitar alguma hipótese em que o dano esteja ausente ²⁸¹, de modo que, colocados nesta perspectiva, ambos os posicionamentos convergem a um mesmo ponto.

A questão é tanto mais tormentosa quando se dirige ao estudo do retardamento da prestação jurisdicional como específico resultado danoso advindo da conduta lesiva. Some-se a isso a circunstância de que, frequentemente, o requerimento levado à apreciação do juiz nada tem de anormal. Imagine-se, assim, que a parte peça a oitiva de uma testemunha em Comarca distante: somente após o resultado²⁸² da diligência é que se constatará se a providência era inútil ou protelatória.

Pensamos que uma resposta acerca da questão do retardamento como pressuposto à caracterização do abuso e, conseqüentemente, do preenchimento de requisito para a concessão da tutela de evidência sancionatória, não estará completa se prescindir da análise dos argumentos de parte a parte, pelo que descortina-se o horizonte propício ao estudo do abuso do direito de defesa e do manifesto propósito protelatório.

²⁸⁰ ABDO, op. cit., p. 123.

²⁸¹ ABDO, op. cit., p. 122-126, *passim*. À p. 126, conclui: “por qualquer ângulo que se analise a questão, o abuso do processo *sempre* provoca danos, tanto de caráter patrimonial como moral, quer em relação ao particular ou ao próprio Estado” (com itálico no original).

²⁸² MEIRELLES DE OLIVEIRA, op. cit., p. 53: “A despeito de dirigir o processo, muitas vezes as diligências são deferidas em atenção à amplitude de defesa, e posteriormente constata-se que foram infrutíferas e frutos de manobras para retardar o feito, quando não para impedir o seu andamento. Somente após a constatação do resultado o juiz vê a configuração da conduta temerária, impondo-se, assim, a pena pelo mau procedimento.”

4.4 ABUSO DE DIREITO DE DEFESA E MANIFESTO PROPÓSITO PROTRELATÓRIO COMO REQUISITOS À CONCESSÃO DA TUTELA DE EVIDÊNCIA

Ao longo de toda esta dissertação, muito se buscou sedimentar a ideia de que “o processo deixou de ser visto como instrumento meramente técnico, para assumir a dimensão de instrumento ético voltado a pacificar com justiça.”²⁸³

As noções éticas e morais, já se tentou demonstrar, se irradiaram no ordenamento jurídico como um todo e, em especial, no processo civil, cuja publicização determinou que se adotassem *standards* de conduta definidos como princípios de lealdade, boa-fé e probidade, que revelam verdadeiras normas de justiça processual de acordo com as quais as atividades dos partícipes do processo devem fluir.²⁸⁴

Também as técnicas processuais estão indelevelmente marcadas pelo tracejamento ético²⁸⁵, pelo que convém examinar melhor os conceitos – vagos ou indeterminados²⁸⁶ – de abuso do direito de defesa e de manifesto propósito protelatório, mantidos, aliás, na redação do art. 311, I, do Código de Processo Civil de 2015.

Verdadeiramente, ambas as expressões são tão próximas, mas tão próximas, que se poderia dizer que a distinção entre elas se deve apenas à previsão legislativa, não à sua ontologia. Aliás, nas palavras de Arruda Alvim, “é certo que, tanto o abuso

²⁸³ GRINOVER, Ada Pellegrini. Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciais: o *contempt of court*. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 26, v. 102, p. 219-227, abr.-jun. 2001, p. 219.

²⁸⁴ OTEIZA, op. cit.. Em sentido conforme: SOSA, Angel Landoni. El abuso de los derechos procesales. In: BARBOSA MOREIRA, 2000, p. 131-151, que, especificamente à p. 132, esclarece: “Ahora bien, la consagración del principio ‘buena fe y lealtad procesal’ debe entenderse dentro de la tendencia moderna dirigida a la moralización del proceso mediante la actuación de preceptos jurídicos continentales de reglas éticas; lo que supone un triunfo de la orientación publicista del proceso, com uma acentuada atenuación del principio dispositivo de perfil liberal mediante el otorgamiento, com tal finalidad, de poderes específicos al juzgador.”

²⁸⁵ BEDAQUE, 2010, p. 39-40; BEDAQUE, 2009, p. 22-28.

²⁸⁶ ZAVASCKI, op. cit. (2009), p. 80: “‘Abuso de direito de defesa’ e ‘manifesto propósito protelatório do réu’ são expressões fluidas, de conteúdo indeterminado, sujeitas, em consequência, a preenchimento valorativo, caso a caso. Todavia, a atividade de identificação das hipóteses subsumíveis (sic) ao preceito não pode ser arbitrária.” No mesmo sentido: ARRUDA ALVIM, 2002, p. 44-46.

do direito de defesa, quanto uma resistência incabível, podem apresentar-se cumulativamente no mesmo comportamento do réu.”²⁸⁷

Todavia, diante da conhecida regra de que o intérprete deve buscar “um melhor aproveitamento do dispositivo legal, devemos distinguir as expressões, conforme pretendeu o legislador”.²⁸⁸

Assim é que, partindo de uma crítica à redação do dispositivo – porquanto o manifesto *propósito* protelatório, se tomado ao pé da letra, autorizaria a antecipação de tutela com fulcro apenas na *intenção* do réu –, Teori Zavascki explicava que o conteúdo do preceito é preenchido justamente a partir do momento em que o réu, através de atos ou omissões exteriores ao processo (embora, é claro, com ele relacionados) adota comportamentos que concretizem, na prática, o intento de postergar o desfecho do processo. E exemplificava: “ocultação de prova, não atendimento de diligência, simulação de doença.”²⁸⁹

Ainda de acordo com Zavascki, os atos remanescentes, isto é, os atos protelatórios praticados no processo – atos processuais, portanto – é que constituem abuso do direito de defesa.

Conquanto esta tese tenha grande aceitação na doutrina, “as distinções nem sempre refletem contraposições”²⁹⁰ – já o dizia Barbosa Moreira, muito embora não estivesse, quando escreveu a citação, analisando particularmente esses termos. Deste modo, mesmo nos exemplos, no mais das vezes recolhidos da própria prática, não se consegue divisar exatamente onde começa uma locução e onde se inicia a subsequente. Confirmam-se algumas amostras: repetição de requerimento anteriormente indeferido²⁹¹; retenção reiterada dos autos, a exceder os prazos

²⁸⁷ ARRUDA ALVIM, op. cit., p. 29.

²⁸⁸ No sentido: BERTOLDI, op. cit., p. 314.

²⁸⁹ ZAVASCKI, op. cit., p. 81. Aderindo expressamente a este posicionamento: ASSUMPÇÃO, Daniel Amorim. *Manual de direito processual civil*: volume único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 702; DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil*: volume 2. 12. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 704-705.

²⁹⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 21, v. 81, p. 198-211, jan.-mar. 1996.

²⁹¹ LOPES, João Batista. A tutela antecipada e o art. 273 do CPC. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org). *Aspectos polêmicos da antecipação da tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 204-220.

legais²⁹²; apresentação de defesa em que se invoque legislação impertinente ou jurisprudência alheia à hipótese em julgamento²⁹³; exposição das chamadas teses bisonhas, equiparáveis à chicana; esteio da defesa em fato incontroverso²⁹⁴ ou em teses já superadas na jurisprudência, muitas delas expressamente contrárias a verbetes sumulados, mercê, também, de apresentadas (as teses) em petições padronizadas²⁹⁵, sem nenhum traço de originalidade ou adequação ao caso concreto; uso de petições infundadas, geralmente protocolizadas nos últimos instantes do prazo e, preferencialmente – quando se trata de protocolo integrado – , em comarcas longínquas, para que demorem mais a chegar ao destino²⁹⁶; dedução de alegação que contrarie outra, exposta no mesmo processo²⁹⁷ ou até noutra²⁹⁸; “asserção de teses jurídicas grosseiramente erradas, v. g., como afirmar-se que cambial não configura obrigação autônoma”²⁹⁹; rediscussão de matérias preclusas³⁰⁰; indicação de nomes ou endereços errados de testemunhas³⁰¹ ou, em caráter mais geral, a prestação de informações inverídicas³⁰²; atravessamento de petições desnecessárias para que os autos permaneçam sempre conclusos³⁰³ ou para que simplesmente não estejam no local devido, mas sejam remetidos a outros

²⁹² Id., p. 219; SCARPINELLA BUENO, op. cit., p. 45

²⁹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*: vol. II. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 269-270.

²⁹⁴ BERTOLDI, op. cit., p. 315.

²⁹⁵ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Tutela antecipada*: com as reformas das Leis 10.352/01, 10.358/01 e 10.444/02. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2003, p. 101, trecho em que alude ao seguinte julgamento: STJ, 1ª Turma, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 168.359/MG, Rel. Min. José Delgado, j. 08 jun. 1998, DJ 17 ago. 1998, p. 40.

²⁹⁶ SCARPINELLA BUENO, op. cit., p. 45-46, trecho em que menciona a conhecida figura do chicaneiro.

²⁹⁷ ARRUDA ALVIM, op. cit., p. 35.

²⁹⁸ CARNEIRO, op. cit., p. 35; BERTOLDI, p. 321-322 Pode ser caso, também, de se reconhecer, neste tipo de situação, a ocorrência de *venire contra factum proprium*, que “postula dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos em si e diferidos no tempo. O primeiro – o *factum proprium* – é, porém, contrariado pelo segundo.” Em termos gerais, há *venire contra factum proprium* “quando uma pessoa, em termos que, especificamente, não a vinculem, manifeste a intenção de não ir praticar determinado acto e, depois, o pratique e quando uma pessoa, de modo, também, a não ficar especificamente adstrita, declare pretender avançar com certa actuação e, depois, se negue”. Esta é a lição encontrada na obra de MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 745 e 747, respectivamente.

²⁹⁹ ARRUDA ALVIM, op. cit., p. 35. Na jurisprudência: STJ, 4ª Turma, REsp 270.232/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 05 out. 2000, DJ 20 nov. 2010, p. 303, aludindo a “alegação manifestamente infundada, porque desarrazoada e contrária ao sistema jurídico e à jurisprudência firme”, inclusive do Tribunal da Cidadania.

³⁰⁰ STJ, 1ª Turma, Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 108.814, Rel. Min. Ari Pargengler, j. 02 set. 1996, DJ 26 set. 1996, p. 35100, mencionando o reavivar de questão expressamente decidida.

³⁰¹ LEÃO, op. cit., p. 14 e 37; CARNEIRO, p. 35.

³⁰² CARNEIRO, p. 35.

³⁰³ LEÃO, op. cit., p. 14 e 37.

setores, como o expediente ou a juntada³⁰⁴ (o que pode constituir verdadeiro drama em unidades congestionadas, e em que ainda não se usa processo eletrônico); dedução de exceção substancial indireta infundada e que demande produção de prova³⁰⁵ etc.

Conquanto a inclinação para expor teses absurdas seja aspecto inerente a muitas das hipóteses acima, é no campo recursal que mais vicejam os casos de abuso do direito de defesa. Calham as hipóteses em que se interpuseram recursos manifestamente incabíveis³⁰⁶; embasados em normas já declaradas inconstitucionais³⁰⁷ ou manejados contra entendimento sedimentado na jurisprudência da Corte³⁰⁸, mercê, também, da mera reprodução de fundamentos rechaçados em decisão monocrática³⁰⁹

Expostos, assim, os fundamentos teóricos das manifestações abusivas ou protelatórias, fundamentos esses acompanhados de diversos exemplos, insta verificar se elas se caracterizam por si mesmas ou, enquanto requisitos para a antecipação de tutela, exigem o efetivo retardamento da prestação jurisdicional. Este é o tema do próximo tópico.

4.5 A QUESTÃO DO RETARDAMENTO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

A esta altura, convém, pois, examinar questão a que antes nos propusemos: do abuso do direito de defesa ou do manifesto propósito protelatório tem de resultar efetivo retardo na prestação jurisdicional para que a tutela seja antecipada?

³⁰⁴ LEÃO, op. cit., p. 14 e 37.

³⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 277-278, *passim*.

³⁰⁶ TJES, 2ª Câmara Cível, Embargos de Declaração no Agravo Interno na Apelação Cível/Reexame 24090144031, Relator: Fernando Estevam Bravin Ruy, j. 07 mar. 2017, DJE 16 mar. 2017; STJ, Corte Especial, Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Extraordinário no Recurso Extraordinário nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial 1021677/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, j. 07 mar. 2018, DJe 23 mar. 2018.

³⁰⁷ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela no processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 34.

³⁰⁸ STJ, 6ª Turma, Embargos de Declaração no Agravo Interno no Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial 998.273/SP, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, j. 17 out. 2017, DJe 27 out. 2017.

³⁰⁹ TJES, 1º Grupo de Câmaras Cíveis Reunidas, Agravo Interno na Ação Rescisória 100160019186, Relator: Fernando Estevam Bravin Ruy, j. 05 dez. 2016, DJe 13 dez. 2016.

Examinemos os argumentos de parte a parte.

A leitura de Zavascki é bastante clara ao aludir a um princípio da necessidade, o qual teria iluminado a formação da regra legislativa que, ao estabelecer concordância prática entre dois direitos fundamentais, a saber, segurança jurídica e efetividade da jurisdição, fez preponderar, na tutela antecipada, o primeiro direito sobre o segundo.³¹⁰

Com base nesta premissa, defendia ele que o retardamento é pressuposto da antecipação de tutela punitiva, pois “o ato, mesmo abusivo, que não impede, nem retarda, os atos processuais subseqüentes não legitima a medida antecipatória”. Em adendo, dizia que, se a invocação de razões infundadas fosse suficiente à antecipação de tutela, “com mais razão se deveria antecipá-la sempre que ocorresse revelia. Para tais hipóteses, o sistema já oferece a solução do julgamento antecipado da lide”.³¹¹

Em contraponto, Carrilho Lopes perfila-se entre os que entendem que no abuso do direito de defesa pode estar contido – embora não necessariamente o esteja – o propósito protelatório. E reforça: “tal abuso não precisa estar direcionado à protelação do desfecho do processo ou provocar efetivamente uma demora adicional”; basta, em sua atilada opinião, que a atitude do réu “seja potencialmente lesiva ao demandante e vedada no ordenamento processual”.³¹²

A esta ideia, que tem como fundamento central a vulneração do interesse público intrínseco ao exercício da atividade jurisdicional e ao pleno atingimento de seus escopos, aderimos expressamente.

É que, na moldura publicista do processo, parece-nos que ao Estado interessa a idônea utilização do processo, sem que haja abuso dos mecanismos postos à disposição das partes. Se este é o fundamento para a repressão e a punição das condutas processuais antiéticas e lesivas e se, como já visto, exatamente este mesmo tipo de comportamento constitui o cerne do abuso do processo³¹³, então

³¹⁰ ZAVASCKI, op. cit., p. 76-77.

³¹¹ ZAVASCKI, op. cit., p. 81. Em sentido conforme: BEDAQUE, 2010, p. 331.

³¹² CARRILHO LOPES, op. cit., p. 118, com reflexões também às fls. 126-128.

³¹³ No sentido de que o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório constituem atitudes enquadráveis entre os casos de litigância de má-fé, v. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto.

não há motivos para deixar de antecipar a tutela, ainda que não se configure efetivo retardamento na prestação jurisdicional.

E mais: estes mesmos fundamentos servem para referendar a concessão, de ofício, da tutela de evidência.³¹⁴

Alcance e natureza da tutela antecipada. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 93, v. 337, p. 45-53, jan.-mar. 1997.

³¹⁴ No sentido: CARRILHO LOPES, op. cit., p. 90.

5 O CAMPO DE APLICAÇÃO DA TUTELA DE EVIDÊNCIA SANCIONATÓRIA

Na síntese de Theodoro Júnior, compete ao juiz a condução de um processo probó, ético e que atenda de maneira rápida à solução do conflito. Neste aspecto, a previsão contida no art. 273, II, do CPC/73 e replicada no art. 311, I, do CPC/15 constitui “a mais enérgica e eficaz medida de combate à litigância de má-fé até hoje adotada pelo legislador brasileiro”.³¹⁵

Para Sidnei Amendoeira Júnior, essa é uma forma pungente de combate ao dano marginal e ao abuso do processo – muito mais do que a mera aplicação da multa por litigância de má-fé prevista no art. 18 do CPC/73. Com efeito, a antecipação de tutela impõe àquele que age de forma temerária ou protelatória o ônus do tempo.³¹⁶

O mesmo doutrinador reconhece possível conceder a antecipação da tutela mesmo antes da citação quando, por exemplo, o réu esteja se valendo de meios para furtar-se ao ato, e o autor, além de demonstrar fortemente suas razões, consiga provar a inércia dele (réu), após notificado extrajudicialmente.³¹⁷

Sob a égide do CPC/73, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, diante da impossibilidade de citação quando já decorridos quase três anos do ajuizamento da ação, concedeu ao autor medida liminar, reconhecendo, assim, o manifesto propósito protelatório da ré.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO REVISIONAL DE ALIMENTOS. FILHA MAIOR. TUTELA ANTECIPADA. REQUISITOS. ÔNUS DA PROVA. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 273 E 333 DO CPC. MANIFESTO PROPÓSITO PROTELATÓRIO DA RÉ. DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU REFORMADA POR ATO DA RELATORA (ART. 557 DO CPC). Extinto o poder familiar, o auxílio financeiro prestado pelos genitores aos filhos encontra amparo no dever de assistência e demanda prova da necessidade do alimentando, a seu encargo, não sendo mais presumida, inclusive para a análise de pretensões revisionais. No caso dos autos, considerando que a alimentanda já conta com 25 (vinte e cinco)

³¹⁵ THEODORO JÚNIOR, 2000, p. 106 e 125, respectivamente. Esta última afirmação é compartilhada por Marcelo Bertoldi, *op. cit.*, p. 310-311: “Com a possibilidade da antecipação da tutela, o legislador fez surgir mais uma forma de frustrar a atividade maliciosa do réu que abusa de seu direito de defesa ou retarda injustificadamente o andamento do feito, de forma a dar ao autor, desde já, o bem de vida pleiteado e que, normalmente, somente alcançaria ao final do processo, tornando, dessarte, inóqua (sic) a conduta processualmente abusiva.”

³¹⁶ AMENDOEIRA JÚNIOR, Sidnei. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional: A utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 173-174.

³¹⁷ *Id.*, p. 174. No sentido: CARRILHO LOPES, *op. cit.*, p. 84; CARNEIRO, *op. cit.*, p. 69.

anos de idade e, passados cerca de 03 anos desde o ajuizamento da revisional, a sua citação vem sendo manifestamente obstaculizada nos autos, está autorizada a redução pela metade do valor da obrigação inaudita altera pars, de acordo com os requisitos exigidos no art. 273, II, do CPC. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.³¹⁸

À parte eventual discussão sobre a urgência da medida, esta solução – considerando estarmos diante de tutela de evidência sancionatória – a rigor seria hoje vedada em lei, porque o art. 311, parágrafo único, do CPC/15, não a contabiliza entre as hipóteses de decisão liminar. No entanto, não desapareceu o poder geral de cautela, de modo que já se admitiu o reenquadramento da natureza da tutela (de evidente para urgente), a fim de agasalhar o direito da parte autora. Assim:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE SONEGADOS – TUTELA PROVISÓRIA – DECISÃO QUE CONCEDE TUTELA DE EVIDÊNCIA, POR ALEGADA PROCRASTINAÇÃO – IMPROPRIEDADE – CONCESSÃO DE TUTELA DE URGÊNCIA, PARA DETERMINAR A PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO – PODER GERAL DE CAUTELA. Recurso em face de decisão *inaudita altera parte* que, acolhendo pretensão da parte autora, determinou penhora *on line* de mais de R\$ 13 milhões em contas do réu, em razão de tutela de evidência – Ação de sonegados que, embora aduzindo fatos verossímeis, é ainda incerta a procedência da ação, ainda mais na extensão da petição inicial, que também pede lucros cessantes – *Não preenchimento dos requisitos do artigo 311, inciso I, do CPC, ante o estágio inicial da demanda – Conversão da medida para tutela de urgência que, com fundamento no poder geral de cautela, corresponderá à caução em imóveis, medida suficiente para garantir o resultado útil do processo em tempo razoável, como já decidido anteriormente. Recurso parcialmente provido.*³¹⁹

É preciso bem compreender que “quanto mais evidente o direito do autor, mais nítido o abuso do direito de defesa perpetrado pelo réu.”³²⁰ Este aspecto, bem salientado na doutrina francesa³²¹, é bastante útil quando se adentra ao campo de

³¹⁸ TJRS, 7ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento Nº 70066238312, Relatora: Sandra Brisolara Medeiros, j. 25 ago. 2015.

³¹⁹ TJSP, 9ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 9ª Vara da Família e Sucessões, Agravo de Instrumento 2232569-80.2016.8.26.0000, Relator: Costa Netto, j. 28 nov. 2017, data do registro: 05 dez. 2017.

³²⁰ BERTOLDI, op. cit., p. 313.

³²¹ VUITTON, Xavier; VUITTON, Jacques. *Les référés: procédure civile, contentieux administratif, procédure pénale*. 3. ed. Paris: Lexis Nexis, 2013, p. 26: “Ce critère suppose une appréciation concrète du juge, qui doit analyser non seulement la question posée, sans pour autant la trancher, mais aussi les arguments développés par les parties et leur valeur respective. La contestation sérieuse s’apprécie selon le caractère manifeste, l’évidence, du droit revendiqué”. Este critério pressupõe uma avaliação concreta pelo juiz, que deve analisar apenas não apenas a questão posta, sem, no entanto, resolvê-la, mas também os argumentos desenvolvidos pelas partes e seus respectivos valores. A contestação séria é definida de acordo com a natureza manifesta, a evidência, do direito reivindicado. (Tradução livre).

aplicação do art. 311, I, do CPC/15, como se observa neste julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

LOCAÇÃO RESIDENCIAL. AÇÃO DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO CUMULADA COM COBRANÇA. TUTELA ANTECIPADA DE EVIDÊNCIA. DEFERIMENTO QUE SE JUSTIFICA DIANTE DO TEOR DA CONTESTAÇÃO. HIPÓTESE EM QUE A RÉ ADMITIU A FALTA DE PAGAMENTO DOS ALUGUÉIS, COMO FORMA DE ABATIMENTO DAS DESPESAS COM INTRODUÇÃO DE BENFEITORIAS NO IMÓVEL. FATO QUE ENSEJAVA DEMONSTRAÇÃO DOCUMENTAL, NÃO PRODUZIDA NO MOMENTO OPORTUNO. HIPÓTESE DE MANIFESTO PROPÓSITO PROTTELATÓRIO. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Proposta a ação de despejo por falta de pagamento, a ré, em sua contestação, afirmou a ocorrência de acordo, que a dispensou de pagar os aluguéis, como forma de compensação com as despesas relacionadas à introdução de benfeitorias no imóvel.

2. A introdução de benfeitorias, segundo os termos do contrato, depende de prévia autorização escrita do locador, e não gera direito de retenção, indenização ou compensação.

3. Não houve apresentação de documento comprobatório dessa alegação, no momento oportuno, e o fato foi negado pelo autor, tornando-se controvertido.

4. *Destituída de fundamento probatório a alegação feita na contestação, caracteriza-se inequivocamente o propósito protelatório, que autoriza o deferimento da tutela antecipada de evidência, na forma do artigo 311, I, do CPC.*³²²

Muito se discute sobre a utilidade prática da tutela de evidência, sobretudo porque o sistema processual prevê o julgamento antecipado parcial de mérito, diante do que remanesceria à técnica antecipatória o papel de retirar da eventual apelação o seu efeito suspensivo.³²³

Este é, sem dúvida, um de seus mais nobres usos, segundado pela prática, já que o encontramos nalgumas sentenças.³²⁴ Rafael Calmon Rangel e Marco Antônio dos

³²² TJSP, 31ª Câmara de Direito Privado, Foro de Franca - 5ª Vara Cível, Agravo de Instrumento 2211194-86.2017.8.26.0000; Relator: Antonio Rigolin, j. 23 nov. 2017; data de registro: 23 nov. 2017.

³²³ ALVARO DE OLIVEIRA, op. cit., p. 48-49: "Assim, a aplicação do inciso II do art. 273 encontrará campo propício por ocasião da prolação da sentença de 1º grau, ou quando o processo chegar ao juízo de apelação, momentos em que se poderá aferir se está havendo abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório. Nestas circunstâncias, antecipar-se-ão os efeitos da sentença já prolatada (com as restrições do art. 273, §§ 2º e 3º), nada obstante a concessão legal de efeito suspensivo ao recurso interposto ou a ser interposto. Aqui, portanto, a antecipação, em essência, importará afastar o efeito suspensivo normal do recurso, permitindo-se a realização prática do determinado no provimento judicial recorrido."

³²⁴ TJSP, Foro e Comarca de São Caetano do Sul, 2ª Vara Cível, Processo 1005747-72.2017.8.26.0565 (ação de despejo, com ordem de desocupação voluntária fixada sentencialmente); TJSP, Foro e Comarca de Barretos, 3ª Vara Cível, Processo 1006892-11.2017.8.26.0066 (ação em que o consumidor pretendia a entrega de produto comprado pela internet; tendo havido revelia, a parte autora, quando intimada para informar se haveria outras provas a produzir, requereu a concessão da tutela de evidência, o que foi deferido em sede de sentença); TJSP, Foro e Comarca de Roseira, Vara única, Processo 1000497-11.2017.8.26.0516 (ação declaratória de tempo de contribuição especial, cumulada com condenatória de aposentadoria especial ou aposentadoria por tempo de contribuição; na sentença,

Santos Rodrigues minuciam que, havendo concessão de tutela de evidência na própria sentença, o juiz “cindirá este pronunciamento em capítulos, possibilitando que o direito tutelado com base na técnica sob estudo seja cumprido imediatamente de forma provisória”. Isso porque a eventual apelação interposta não se revestirá de efeito suspensivo (art. 1.012, § 1º, V). Vão além, os autores, propondo que ao art. 299 do CPC/15 se confira interpretação que permita a concessão, de ofício, da tutela de evidência na sentença (se presentes os demais requisitos do art. 311), pois, ao deduzir seu pedido, “presume-se que ela o pretenda da forma mais célere e completa possível”.³²⁵

Embora não se negue à tutela de evidência esta destinação, cremos não ser correto confinar-lhe o campo de abrangência, visto que “nem sempre a utilização abusiva de um instrumento processual dispensa a produção de prova e autoriza o imediato julgamento da demanda.”³²⁶

Nessa linha, veja-se acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMISSÃO DE POSSE. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. Imóvel adquirido junto ao credor hipotecário, após ter sido adjudicado por este em execução extrajudicial movida contra os anteriores adquirentes, que permanecem na posse do imóvel. Ação anterior destes visando à anulação da expropriação julgada improcedente e transitada em julgado. *Prova inequívoca da aquisição da propriedade e verossimilhança às raias da evidência da injustiça da posse dos anteriores mutuários. Esforço defensivo manifestamente protelatório. Antecipação de tutela revestida de legalidade.* AGRAVO IMPROVIDO.³²⁷

Por fim, esclarecemos que tampouco nos dissuade a objeção de que o relator pode, monocraticamente, não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida, bem como negar provimento a recurso que for contrário a súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal, a acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de

reconheceu-se que o argumento contido na contestação apresentada pela autarquia previdenciária não restou demonstrado nos autos, sendo então o benefício concedido na sentença).

³²⁵ RODRIGUES; RANGEL, op. cit., item 3, versão eletrônica.

³²⁶ CARRILHO LOPES, op. cit., p. 109.

³²⁷ TJRS, 19ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 70007941057, Relator: Leoberto Narciso Brancher, j. 04 mai. 2004.

recursos repetitivos ou a entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência (art. 932, III e IV, CPC/15).³²⁸

Não se ignora a relevância do dispositivo que cuida dos poderes do relator; apenas não se entende que o magistrado, em primeiro grau, após ter chegado a um grau exauriente de cognição, deva deixar de antecipar a tutela na sentença apenas porque existe, por lei, a perspectiva de que o relator possa adotar a providência. Numa engrenagem ideal, todos os componentes funcionam à perfeição. Contudo, deve-se trabalhar com o arsenal disponível – e, nesse contexto, são louváveis as decisões dos magistrados de primeira instância, se devidamente fundamentadas, à vista dos requisitos plasmados na lei, porquanto com elas se pretende, nalguma medida, agilizar o procedimento. Se serão ou não serão tais decisões sobrepostas por outras, nos respectivos tribunais, é questão que refoge ao propósito desta nossa empreitada.

5.1 A TUTELA DE EVIDÊNCIA SANCIONATÓRIA EM PROL DO RÉU

Parece intuitivo que a tutela da evidência, especialmente a sancionatória, socorre ao autor. Aludimos, por mais de uma vez, à ideia de que é preciso mitigar a injustiça de ter que tolerar, no processo, os danos da passagem do tempo, mesmo quando as circunstâncias indicam, desde o início, que ele, autor, é quem está com a razão.

Neste aspecto, se “pacífica a possibilidade de concessão da tutela de urgência em favor de qualquer uma das partes no processo de conhecimento, e não apenas do autor”³²⁹, poderia estender-se este raciocínio também à tutela de evidência?

Pensamos que sim – e, nesse caso, pode o magistrado, a partir mesmo da análise da peça inicial, aplicar a previsão contida no art. 332 do NCPC e julgar liminarmente improcedente o pedido, dispensada a citação do réu, porquanto seria “contraproducente o cumprimento de todas as etapas do procedimento ordinário

³²⁸ Esta objeção consta na obra de ZAVASCKI, p. 82, tomando por base o art. 557 do CPC/15, com a redação que lhe havia sido dada pela Lei 9.756/98, segundo o qual “o relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”. O art. 932 da atual codificação aperfeiçoou esta previsão.

³²⁹ MACHADO, Marcelo Pacheco, op. cit., p. 247.

quando a pretensão do autor da demanda contraria frontalmente regra de direito material reguladora do caso concreto”.³³⁰

Mas há, também, outro aspecto singular, que não deverá passar despercebido: o fenômeno processual é sempre orientado pela bilateralidade, a qual impõe um volver d'olhos para ambos os personagens, autor e réu.³³¹

Paulo Henrique dos Santos Lucon lembra-nos que a ação espelha o direito de pedir a tutela jurisdicional para determinada pretensão fundada em direito material. Também assim – mas com sinal oposto –, na exceção o requerido pede seja denegada, em razão da suposta desconformidade com o direito objetivo, a tutela jurisdicional almejada pela contraparte. Esta proporcionalidade resulta do caráter bilateral do processo e estipula que deve haver tratamento igual aos dois sujeitos: ao da ação e ao da exceção. “É de todo incompatível com a isonomia e com os próprios princípios da tutela jurisdicional um tratamento unilateral no processo, sendo a exceção direito processual análogo à ação.”³³²

Daí o alerta para que, a título de se promover a rápida satisfação de quem primeiro tomou a iniciativa de ir a juízo, não se crie, por excesso de zelo, um processo civil do autor.³³³

Disso decorrem, basicamente, duas ordens de precauções: (i) que bem se analisem, no momento da concessão da medida, os direitos de ambas as partes, expondo-se, mediante fundamentação idônea, as razões do convencimento do magistrado³³⁴; (ii) que, uma vez concedida a tutela provisória, sejam arrostados,

³³⁰ PEREIRA, Alex Costa, op. cit., p. 71.

³³¹ Salientando que a conduta prevista no art. 311, I, do CPC/15 pode ser imputada ao comportamento processual de qualquer das partes, encontramos sentença registrada em 13 mar. 2018 no sítio do Tribunal de Justiça de São Paulo, 1ª Vara da Comarca de Peruíbe, processo digital nº 1000593-23.2018.8.26.0441.

³³² LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Tutela provisória na atualidade, avanços e perspectivas: entre os 20 anos do art. 273 do CPC de 1973 e a entrada em vigor do novo CPC. In: SCARPINELLA BUENO et al. (coord.). *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*, São Paulo: Saraiva, 2016, versão eletrônica.

³³³ Aliás, para uma crítica específica, no âmbito da tutela antecipada, à prevalência desmedida dos interesses do autor, conferir OLIVEIRA, Allan Helber de. *O réu na tutela antecipatória do Código de Processo Civil*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, capítulo I, donde se extrai esta contundente advertência: “É preciso, pois, distinguir, dentre os postulados doutrinários da tutela antecipatória, aqueles que são baseados na teoria geral da efetividade do processo daqueles outros, vários, que criam a ‘ditadura do autor’, com a legitimação do mais grosseiro e radical desequilíbrio entre as partes e quase supressão da participação do réu na produção do provimento final” (p. 32).

³³⁴ LUCON, *ibid.*

sob prisma duplo, os argumentos relativos aos gravames que resultam do decurso do tempo no processo, sob pena de se incorrer noutra injustiça ao permitir que um dos sujeitos processuais desfrute sozinho as vantagens, enquanto se relega ao outro o peso dos inconvenientes.

Aliás, sobre o segundo desses aspectos, pondere-se que, com Barbosa Moreira, que “antes da concessão da tutela antecipada, o tempo militava contra o autor; concedida que seja ela, entretanto, passa a militar contra o réu. Sobre este, daí em diante, é que recai o peso da sujeição à pretensão do adversário.”³³⁵

Porque em posição de vantagem após concedida a tutela provisória, pode ocorrer que o autor “não só se desinteresse de colaborar para o prosseguimento normal do feito, mas até venha a atuar no sentido de protelar-lhe o desfecho.”³³⁶

Nesta medida, a tutela da evidência pode socorrer ao réu na medida em que se revogue a medida antes outorgada ao autor, como, inclusive, identificamos na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO REVISIONAL DE ALIMENTOS. (I).DISCUSSÃO QUANTO À PRECLUSÃO DO DIREITO DE MANIFESTAÇÃO DO AGRAVADO. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DO RECURSO ADEQUADO, NO MOMENTO OPORTUNO.(II). PRODUÇÃO DE PROVA. MATÉRIA NÃO APRECIADA NA DECISÃO AGRAVADA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INADMISSIBILIDADE. (III). ANTECIPAÇÃO DE TUTELA DEFERIDA HÁ MAIS DE 4 ANOS. REVOGAÇÃO. POSSIBILIDADE IN CASU. ART. 273, §4º, DO CPC. PROPÓSITO PROTETATÓRIO DO AUTOR EVIDENCIADO. INTENÇÃO DE PERPETUAR A MEDIDA LIMINAR, QUE DETÉM CARÁTER PROVISÓRIO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA PARTE CONHECIDA, PROVIDO.

1. A não interposição do recurso adequado, no momento oportuno, contra decisão desfavorável, acarreta a preclusão da respectiva matéria.

2. O Tribunal não pode conhecer de matéria não analisada em primeira instância, sob pena de supressão de instância e de ofensa ao duplo grau de jurisdição.

3. Se o art. 273, inc. II, do CPC, que detém caráter punitivo, prevê a possibilidade da antecipação de tutela, mediante a caracterização do propósito protetatório do réu, em face do princípio da paridade e igualdade processual, também pode servir de referência para a revogação da medida; na hipótese de o autor protelar o andamento do feito, impossibilitando uma atuação mais rápida e eficaz do Poder Judiciário, em razão de que a providência antecipatória lhe beneficia.

³³⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Antecipação da tutela: algumas questões controvertidas. *Revista de processo*, São Paulo, v. 104, p. 101-110, out.- dez. 2001, p. 108.

³³⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Antecipação da tutela: algumas questões controvertidas. *Revista de processo*, São Paulo, v. 104, p. 101-110, out.- dez. 2001, p. 108.

4. Recurso parcialmente conhecido e, nesta extensão, provido.³³⁷

Sem embargo, em homenagem ao princípio constitucional da igualdade, também se deve admitir que, preenchidos os requisitos, antecipe-se ao réu a tutela que adviria da sentença de improcedência.³³⁸

³³⁷ TJPR, 12ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento 1023505-9, Rel.: Mário Helton Jorge, j. 06 nov. 2013, DJe 18 fev. 2014, sem itálico no original:

³³⁸ No sentido: CARRILHO LOPES, op. cit., p. 80, mantido o uso itálico assim como no original: “mesmo no caso da *tutela antecipada sancionatória*, apesar de o art. 273, inc. II do Código de Processo Civil falar em abuso do direito de *defesa* e manifesto propósito protelatório do *réu*, interpretação sistemática e conforme a Constituição Federal conduz facilmente à possibilidade de concessão em benefício do demandado. Isso ocorre quando o autor abusa do direito de demandar, com a propositura de demanda claramente infundada, ou então quando obtém medida antecipatória e acomoda-se em contribuir para o andamento do processo.”

6 PODERES DO JUIZ NA TUTELA DE EVIDÊNCIA SANCIONATÓRIA

Em 1958, Mário Guimarães já ensinava, com arrimo no Código de 1939, que tal diploma, em vários artigos, “deixou patente a função ativa conferida ao juiz, função que é às vezes repressora, para impedir a malícia dos litigantes; outras vezes, de iniciativa, para acelerar a movimentação da demanda.”³³⁹

Daquele momento ao de hoje, quantas mudanças foram vistas! E isso não apenas nos aspectos social, econômico, tecnológico, moral, mas também no âmbito jurídico, em que se destacaram os conhecidos movimentos de acesso à Justiça, considerando-se, desde então, amplamente desejável que o processo fosse mais simples, mais rápido, menos custoso, mais acessível, mais democrático, mais social.

Inequivocamente, esta tendência é correlata à de publicização processual, já que “o processo que se faz mais público, mais se democratiza e socializa-se. Exige-se, para tanto, maior largueza de poderes ao juiz, para direção e controle desse novo processo emergente”.³⁴⁰

Embora não se pretenda fazer um detalhado estudo dos poderes do juiz, não se pode deixar de aludir à generalizada noção de que eles se bifurcam em duas grandes classes: poderes jurisdicionais e administrativos, interessando-se os primeiros, pois que dizem com a própria atividade do juiz no processo.³⁴¹

Neste sentir, não é menos verdade que o poder principal do juiz é julgar e fazer executar o julgado.

Ao se afirmar que o juiz tem, no processo, ‘poderes’ ordinatórios e instrutórios, ou de inspeção, concessão, recusa, abreviação, nomeação, repressão, iniciativa, etc., entenda-se que são poderes para realizar *atos judiciais*, atos que emanam de um só poder, o de que está investido, que é o de ser juiz, o *poder judicial*.³⁴²

Isso, pensamos, não infirma o ensino que alude a um poder geral de direção do processo, previsto no caput do art. 139 do CPC/15 (equivalente ao art. 129 do CPC/73: “o juiz dirigirá o processo”). No exercício deste poder, que se traduz nas ideias de

³³⁹ GUIMARÃES, op. cit., p. 270, preservada a grafia da época.

³⁴⁰ MOTA DE SOUZA, Carlos Aurélio. *Poderes éticos do juiz: a igualdade das partes e a repressão ao abuso no processo*. Porto Alegre: Fabris, 1987, p. 74.

³⁴¹ AMENDOEIRA JÚNIOR, op. cit., p. 36.

³⁴² MOTA DE SOUZA, op. cit., p. 78, com itálico no original.

controle e fiscalização, o juiz organiza a atividade processual, dizendo quais os atos devem ser praticados no processo, em que momento e por qual dos sujeitos, atendidas as ordens lógica e cronológica previstas na lei. Atrela-se, ainda, ao poder de direção a ideia de autoridade: o magistrado, “como personificação de um poder estatal que é”, deve exercer o mando “sobre a atividade dos demais sujeitos da relação processual, editando ordens no desenrolar do processo”.³⁴³

Não apenas isso: “a aceleração do processo e a sua função social” – dizia Fritz Baur – “são dois postulados políticos que devem ser alcançados por meio de uma atividade mais decisiva e significativa da parte do juiz.”³⁴⁴

Como ponderou Carlos Alberto Carmona, o aumento das expectativas lançadas no processo refluí no juiz, premido pela necessidade de garantir a tutela jurisdicional “tempestiva, efetiva e eficaz, de modo que é instado cada vez mais a ser criativo (e proativo) na busca de medidas que atendam o litigante que pareça digno de proteção jurisdicional”.³⁴⁵

Por certo, o juiz é quem exerce a jurisdição e, conseqüentemente, o poder jurisdicional. Assim, os poderes do juiz se prestam ao exercício da jurisdição, que tem como intento maior a pacificação social e devem garantir a efetivação concreta dos direitos abstratamente previstos nas normas.³⁴⁶

Nesse sentir, “falar dos poderes do juiz importa enfrentar problema central de política jurídica, a cujo respeito todo o sistema processual é chamado a definir-se: o problema da divisão de trabalho entre o órgão judicial e as partes.”³⁴⁷

Tal problema se aproxima do nosso objeto de estudo por dois motivos principais: se “a evidência toca os limites da prova e será tanto maior quanto mais dispuser o seu

³⁴³ MIRANDA, Vicente. *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 118-126.

³⁴⁴ BAUR, Fritz. O papel ativo do juiz. *Revista de processo*. São Paulo, ano 7, v. 27, p.186-199, jul.-set. 1982.

³⁴⁵ CARMONA, Carlos Alberto. Prefácio, in AMENDOEIRA JÚNIOR, Sidnei. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional: a utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva*. São Paulo: Atlas, 2006.

³⁴⁶ AMENDOEIRA JÚNIOR, op. cit., p. 15.

³⁴⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. *Revista de direito comparado luso-brasileiro*. Rio de Janeiro: ano 3, v. 4, p. 107-113, jan. 1984. O excerto consta à fl. 107.

titular de elementos de convicção”, há que se lembrar dos poderes instrutórios do juiz; e se o inc. I do art. 311 do CPC/15 “constitui um culto à ética no processo e ao dever de lealdade das partes”³⁴⁸, vêm à mente os poderes éticos do juiz.

Isso tudo, claro, sob o influxo do publicismo do processo, porquanto já vai longe o tempo em que o juiz, mero espectador da luta travada entre as partes, apenas fiscalizava, distante e impassível, as regras do jogo e proclamava o vencedor.³⁴⁹

Convém, aqui, trazer à memória as lições de Arruda Alvim quando explica que a regra que permite a antecipação de tutela sancionatória tem supedâneo não apenas na publicidade do processo e no princípio da boa-fé, mas também no descarte de uma posição excessivamente liberal que vedava ao juiz qualquer exercício de atividade oficiosa no que se refere ao aspecto probatório.³⁵⁰

Aprofundemos, pois, o exame destas ideias, a começar pelos poderes instrutórios do juiz.

6.1. PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ. A QUESTÃO DO PRINCÍPIO DISPOSITIVO.

“O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial”, dizia o art. 262 do CPC/73 e reitera-o o CPC/15. Ademais, caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito – previsão do art. 370, *caput*, do CPC atual, repetindo, na essência, a formulação do art. 130 do CPC anterior.

Logo, “o juiz, representando o Estado, busca a justiça. Para tanto deve participar ativamente do processo probatório, sugerindo ou ordenando provas propostas pelas partes.”³⁵¹

³⁴⁸ Respectivamente: FUX, op. cit., 313, DINAMARCO, 2017, p. 884.

³⁴⁹ BARBOSA MOREIRA, 1984, p. 107.

³⁵⁰ ARRUDA ALVIM, 1995, p. 34-35, em nota de rodapé.

³⁵¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 86.

Esta participação ativa não significa que o juiz esteja a invadir o que seria a esfera de atividade das partes, nem retira dele a imparcialidade. Se a lei quer que o juiz julgue, deve conferir meios para que ele se informe, o máximo possível, sobre os fatos. Assim, quando requisita provas, não está usurpando função da parte, mas exercendo sua própria função de julgador, a fim de julgar bem. De mais a mais, o juiz não é adivinho e não pode saber, de antemão, a quem a prova beneficia, de modo que se a determinação da prova fere a imparcialidade, a sua omissão também o faz. O resultado da prova determinada de ofício pode conferir “substancial porção de verdade”.³⁵²

De outro lado, aponta-se que o princípio dispositivo estaria a obstaculizar os poderes instrutórios do juiz, sobretudo à vista de direitos disponíveis deduzidos em juízo.³⁵³ Outros entendem que os princípios dispositivo e inquisitivo foram harmonizados, ampliando os poderes instrutórios do juiz, sem eliminar o ônus das partes no que tange aos fatos alegados.³⁵⁴

A primeira dificuldade consiste em compreender o real significado de “princípio dispositivo”, pois a doutrina tem usado o termo para identificar coisas distintas: (a) propositura da demanda (*Dispositionsmaxime*); e (b) estrutura interna do processo (*Verhandlungsmaxime*).³⁵⁵

³⁵² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. In: _____. Temas de direito processual: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 87-101. No mesmo sentido manifesta-se o autor no artigo intitulado “Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo”, já referenciado. Em ambos os trabalhos, dissocia-se, também, eventual correspondência entre o incremento dos poderes do juiz e eventual traço de autoritarismo. Noutra giro, almeja-se reforçar a noção de que o caráter do ordenamento processual nem sempre está relacionado com o regime político sob o qual foi criado.

³⁵³ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*: volume 1 (teoria geral do processo e auxiliares da justiça). 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 241: “O artigo [menção ao teor do art. 130 do CPC/73: caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento das partes, determinar as provas necessárias à instrução do processo...] pode levar a uma interpretação inadequada se se entender que no processo civil o juiz tem poderes inquisitivos absolutos na investigação probatória; todavia, tal preceito deve ser interpretado em conciliação com o sistema do Código que é o sistema dispositivo, ou seja, o sistema de iniciativa da parte, inclusive no que concerne à produção de provas. É ônus do autor produzir a prova que lhe interessa, nos termos do art. 333, o mesmo ocorrendo em relação ao réu.”

³⁵⁴ Assim, ao que parece: SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*: volume 2. 15. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 351: “A regra é que as provas sejam propostas pelas partes; por exceção, o juiz poderá de ofício ordenar diligências necessárias à instrução da causa. Bem por isso o despacho, pelo qual ordená-las deverá ser motivado.”

³⁵⁵ BEDAQUE, 2001, p. 87-88; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema da ‘divisão do trabalho’ entre juiz e partes: aspectos terminológicos. *Revista de processo*. São Paulo, ano 11, v. 41, p. 7-14, jan.-mar. 1986.

Há quem trate dos dois fenômenos como princípio dispositivo e há quem defenda que o primeiro fenômeno trata do princípio da demanda e o segundo do princípio dispositivo.

Existe ainda uma divergência de conteúdo. De um lado, há quem sustente que o princípio dispositivo é integrado pela dedução fatos e da causa de pedir. Para outros, apenas a dedução dos fatos. Ante tal controvérsia, Bedaque sustenta que o melhor é relacionar o princípio dispositivo ao direito material e não ao processual.³⁵⁶ Com efeito, sendo direito disponível, as partes podem dispor livremente, por meio de atos processuais (renúncia, desistência e reconhecimento do pedido), não podendo o magistrado se opor a tais atos em razão da disponibilidade.³⁵⁷

Ademais, se é verdade que os titulares de direitos disponíveis podem optar livremente pelo ingresso (ou pelo não ingresso) em juízo, daí não decorre a conclusão de que, uma vez nele, possam adotar as regras que mais lhes apeteçam. A admissão de que os titulares daqueles direitos teriam a possibilidade de, uma vez instaurado o processo, influírem na maneira como o órgão judicial deva atuar para determinar a norma jurídica concreta aplicável à espécie representa, pois, arriscado salto lógico.³⁵⁸

As partes têm domínio dos limites quanto aos fatos, não sobre os meios de prova. Por isso, a atividade do juiz deve ser dinâmica, não apenas supletiva. Em regra, o juiz está vinculado aos limites da demanda, o que não significa que o princípio da congruência não comporte exceções.

³⁵⁶ No sentido, também: BARBIERI, Maurício Lindenmeyer. Implicações do princípio dispositivo nos poderes instrutórios do juiz. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (org). *Prova cível*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 93-117, em que se lê, às fls. 113-114: “O princípio dispositivo deve limitar-se ao campo do direito material, representando a liberdade a ser exercida pelas partes para praticar atos processuais visando à disposição de seus direitos subjetivos.”

³⁵⁷ BEDAQUE, 2001, p. 90. No sentido, BARBOSA MOREIRA, 1986, p. 11: “Com efeito, afigura-se lógico referir à disponibilidade da relação jurídica, no particular, a vinculação do órgão judicial, que sem dúvida aprecia a matéria pelo prisma da validade – verificando, justamente, se o direito era mesmo disponível –, mas não pode pronunciar-se sob o conteúdo do ato praticado, sob pena de indevido cerceamento da autonomia da vontade dos litigantes. Aí está, na verdade, fenômeno que faz sentido ligar a um princípio chamado ‘dispositivo’. Quanto aos outros que se costumam mencionar neste contexto, parece-nos altamente duvidosa, para dizer o menos, a propriedade da correlação.”

³⁵⁸ BARBOSA MOREIRA, 1984, p. 107-108. No sentido: BEDAQUE, 2001, p. 92: “Quanto ao *Verhanlugsmaxime*, ou seja, a estrutura interna do processo mantida sob o domínio das partes, especialmente quanto à colheita de provas, que a maioria da doutrina identifica com o verdadeiro ‘princípio dispositivo’, tem sido rejeitado pela moderna ciência processual, pois a prevalência dele e da plena disponibilidade das relações jurídico-processuais está ligada a concepções privatistas do direito processual, hoje completamente ultrapassadas.”

Classificando-se em dois os modelos de processo – conforme a maior ou menor participação do juiz na formação do conjunto probatório – afirmava-se que o Brasil adotara o inquisitorial system³⁵⁹, em oposição ao adversial system, entendido que, naquele sistema, “organiza-se como uma pesquisa oficial, sendo o órgão jurisdicional o grande protagonista do processo”.³⁶⁰ Esta proposição, embora não imune a certa crítica, na medida em que seria inapropriado associar o modelo processual brasileiro a um sistema, com a completa exclusão do outro – sendo preferível falar em preponderância em relação aos respectivos temas, como produção de provas, efeito dos recursos etc –, foi sendo revista e revisitada, de modo a se divisar um terceiro modelo de processo: o modelo cooperativo, caracterizado pelo “redimensionamento do princípio do contraditório”, agora visto como “instrumento indispensável ao aprimoramento da decisão judicial, e não apenas como uma regra formal que deveria ser observada para que a decisão fosse válida.”³⁶¹

Nesta concepção, inclui-se o órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, notadamente durante a condução do processo, da qual desponta em assimetria apenas quando profere a decisão – ato de poder, um poder que é exclusivo do juiz.³⁶²

Nessa comunidade de trabalho formada no iter processual, exsurge o chamado princípio da cooperação, a tornar devidos os comportamentos necessários à obtenção de um processo leal e cooperativo³⁶³ – o que conduz ao tópico seguinte.

6.2 OS PODERES ÉTICOS DO JUIZ E O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Obviamente, não se pode desperceber que, no exercício de seus poderes – especialmente no que se refere à produção de provas –, o juiz deve fundamentar todas as decisões e observar o princípio do contraditório.³⁶⁴

³⁵⁹ BEDAQUE, 2001, p. 95.

³⁶⁰ DIDIER JÚNIOR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de processo*, ano 36, v. 198, p. 213-225, ago. 2011. O excerto está à p. 214.

³⁶¹ Id., p. 216 e 219, respectivamente.

³⁶² Id., p. 220.

³⁶³ Id., p. 221.

³⁶⁴ No sentido, com especial relevo ao princípio do contraditório: BEDAQUE, 2001, p. 78: O necessário equilíbrio entre a autoridade do Estado e os direitos do cidadão é perfeitamente alcançado com a plena participação destes no destino daquele. No plano processual, essa participação se consegue mediante o respeito ao princípio do contraditório. Assim, desde que o legislador assegure às partes o direito de

Como já se teve a oportunidade de focar, o processo é um ambiente dialético que impõe que seja oportunizada a manifestação de vontades antes que se chegue a um provimento final. Sendo assim, “o exercício do poder não pode ser arbitrário e sua legitimação decorre do procedimento participativo.”³⁶⁵

A par da formulação do contraditório como direito ou garantia, não se veda que, deste princípio, derivem deveres objetivamente considerados. E isto, sobretudo, por conta da boa-fé processual objetiva, que o ordenamento brasileiro consagra como um imperativo constitucional da conduta ética dos sujeitos processuais.

Mas, lamentavelmente, faz parte de nossa cultura “a utilização de expedientes processuais escusos” em meio a um “rito complexo e incompreensível” – o carnaval procedimental a que alude Antônio do Passo Cabral. Nesse enredo, as partes – ou “foliões” –, no anseio desmedido pela vitória a qualquer custo, “desfilam na avenida com fantasias e alegorias, travestindo suas reais intenções em múltiplos recursos e requerimentos protelatórios, quando não fraudando ou manipulando fatos e documentos.”³⁶⁶

Muito parcimoniosa se mostra a postura dos magistrados diante da avaliação dos atos contrários à boa-fé processual. Isto, assere a doutrina, pode ter como um de seus motivos o apego aos paradigmas tradicionais.

Portanto, alvissareira seria uma mudança de mentalidade de todos os sujeitos processuais, a fim de que o modelo ético e cooperativo, dirigido pela boa-fé objetiva, não seja mero exercício de retórica.³⁶⁷

Não se pode deixar de reportar, também, a dificuldade de discernir a tênue linha que separa o regular exercício do direito de defesa e os abusos que são perpetrados a título de não malversar o princípio do contraditório.

Com efeito, “uma disciplina muito rigorosa poderia causar embaraços à parte inocente, com restrição de seu legítimo direito de defesa. Daí a necessidade de ponderar os

participar da formação do provimento jurisdicional, influenciando no seu conteúdo, nenhum mal há em reforçar a autoridade do juiz no processo. Constitui o contraditório o tempero e a compensação necessários a evitar que a autoridade do magistrado seja transformada em árbitro.”

³⁶⁵ CÂMARA, op. cit., versão eletrônica.

³⁶⁶ CABRAL, op. cit., versão eletrônica.

³⁶⁷ Cf., por todos, ABELHA, 2016, p. 209-216, *passim*.

valores envolvidos” e encontrar uma solução a meio caminho: não se podem permitir abusos, a comprometer a efetividade, adequação e tempestividade da tutela jurisdicional, nem se pode desrespeitar a ampla defesa.³⁶⁸

É preciso – e aqui a lida cotidiana, nos fóruns, nos apresenta uma seara assaz desafiadora – separar, com equilíbrio, o joio do trigo. Há, é certo, situações em que o uso de petições, recursos etc. é legítimo e mesmo necessário, mas há, também, artimanhas preconcebidas para atrasar o processo, como – e este excelente exemplo de abuso é extraído da obra de Marcelo Abelha – na situação em que se julga antecipadamente o processo, o vencido apela, sob fundamento central de que teve cerceada a sua atividade probatória, o tribunal anula a sentença e, quando se retorna ao curso processual, aquele mesmo litigante desiste da prova – ou, mesmo que a produza, dessa produção nada de importante se extrai, nada se acrescenta que possa alterar o resultado. Nesse caso, muitas vezes se chega, no segundo julgamento, à mesma conclusão que no primeiro – mas entre ambos há um retardo de meses ou anos.

Nesses casos, cabe ao magistrado não só um olhar mais atento para a conduta desvaliosa do litigante que assim procede. Cabe, também, a punição do ato abusivo – e, nesse aspecto, sustenta-se a plena possibilidade de se cumulem à tutela de evidência sancionatória as sanções por litigância de má-fé.

6.3 À GUISA DE SUGESTÕES NO QUE TANGE À AVALIAÇÃO, PELO MAGISTRADO, DOS PEDIDOS DE TUTELA DE EVIDÊNCIA SANCIONATÓRIA

Visto que o princípio dispositivo não pode servir de empeco para que o juiz se proponha à reconstrução dos fatos e que, no nosso ordenamento, não se vedam as provas atípicas, pensamos seja o caso de dar a devida atenção ao disposto no art. 369 do CPC/15, em que se prevê que as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados no Código de Processo Civil, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

³⁶⁸ CARRILHO LOPES, op. cit., p. 31-32

Nesta senda, “o Poder Judiciário só se justifica se visar à verdade real. Corolário do princípio moderno de acesso ao Judiciário, *qualquer meio de prova é útil*, salvo se receber o repúdio do direito”³⁶⁹ – hipótese, claro, das provas ilícitas (art. 5º, LVI, da CRFB/88) e daquelas colhidas em processo que se desrespeite o contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV, CRFB/88).

De acordo com as mais conhecidas lições, a prova atípica opõe-se à típica por um de dois motivos: a) ser espécie diversa das previstas em lei ou; b) por ter sido colhida de maneira diferente.³⁷⁰

Na primeira acepção, seja dito de passagem que é difícil excogitar outra espécie de prova além das típicas, que, em regra, esgotam todos as fontes de conhecimento das provas (pessoas, coisas, documentos, fenômenos materiais – naturais ou artificiais).

A segunda extensão da atipicidade diz respeito à forma pela qual o juiz tem acesso à prova, ao modo como a obtém.

Conta-nos Barbosa Moreira acerca de um episódio que ocorreu em seu gabinete, ao qual convidou a comparecerem, em ação de investigação de paternidade, o menor, a mãe e o suposto pai. Resumidamente, o que se passou foi que, no dia seguinte, o advogado do suposto pai peticionou argumentando que o magistrado não poderia prestigiar as semelhanças físicas entre as partes, já que os sócios, por exemplo, não são parentes.

Naquele caso, tal comportamento influenciou a convicção do julgador, que, com base naquela percepção – e, expõe reiteradamente em seu texto, à vista do conjunto probatório que já vinha se formando em certo sentido –, entendeu pela paternidade.

Em exemplo extremo, Cambi e Hoffman³⁷¹ fazem alusão à passagem bíblica em que perante o rei Salomão se apresentaram duas mulheres dizendo serem mães de um mesmo menino. A fim de dirimir o conflito Salomão ordenou que a criança fosse

³⁶⁹ STJ, 6ª Turma, REsp 136808/SP, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 26 ago. 1997, DJ 06 out. 1997, p. 50079.

³⁷⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Provas atípicas. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 19, v. 76, p. 114-126, out.-dez. 1994.

³⁷¹ CAMBI, Eduardo; HOFFMANN, Eduardo. Caráter probatório da conduta (processual) das partes. *Revista de processo*. São Paulo, ano 36, v. 201, p. 59-99, nov. 2011.

dividida ao meio. Uma das mães, então, interveio e disse: “(...) dai-lhe o menino vivo; e de modo nenhum o mateis”, enquanto a outra se manifestou pela divisão.

A preocupação com a vida da criança convenceu Salomão de que aquela era a mãe do menino e isso foi decisivo para o deslinde do caso.

Por certo que este segundo exemplo é cercado de precariedades, mas aqui foi mencionado porque não infirma a sugestão a que nos referimos na abertura deste tópico: que o magistrado dê especial atenção ao comportamento das partes, sopesando-o, motivadamente, *no conjunto probatório*.

Muito embora não haja, no ordenamento pátrio, dispositivo que autorize expressamente a valoração da conduta como indício ou como elemento de convicção, admitimos que a avaliação da conduta da parte pode encontrar subsunção no disposto em comento (art. 369, CPC/15), que conferiu liberdade e implementou uma cláusula geral ao disciplinar que são admissíveis os “meios moralmente legítimos”, permitindo a valoração da prova de acordo com parâmetros morais e sociais, bem como éticos, já expostos ao longo de todo o nosso texto.

E, nesta senda, “(...) as provas atípicas servem como instrumento dúctil para a administração da justiça, buscando dar razão a quem efetivamente a tem.”³⁷²

Aí – nesse conceito de provas atípicas – cabe valorar, positiva ou negativamente, as condutas omissivas, oclusivas, hesitativas, mentirosas, temerosas, emotivas, injustificadas e irregulares. Sobretudo na tutela de evidência sancionatória, em que se afere o comportamento abusivo ou protelatório de uma das partes, confrontando-o ao provável direito da outra, a conduta de ambas é, no conjunto probatório, elemento a que talvez devamos dar mais atenção.

O mesmo Barbosa Moreira desafia-nos, ainda, com uma reflexão sobre o juramento, que, como se sabe, não é proibido por lei – embora, logicamente, também não seja obrigatório. Pois bem – propunha o grande jurista –, algum juiz poderia perguntar a uma testemunha que se diz religiosa se, segundo a doutrina por ela (testemunha) professada, aquele depoimento poderia ser digno de juramento. Não se trata,

³⁷² CAMBI, HOFFMANN, op. cit., p. 68.

evidentemente, de atribuir peso de prova a convicções religiosas, muito menos nelas embasar o julgamento. Trata-se, sem dúvida, de uma provocação para que os juízes saiam de sua zona de conforto.

No dizer de Taruffo, o juiz deve ser “intérprete ativo da cultura, da consciência social, dos princípios e dos valores de seu tempo”. A responsabilidade do juiz passa pela condução de seu raciocínio por métodos racionais, apoiado, o raciocínio, em noções passíveis de controle.³⁷³

É sabido que a prática forense muitas vezes inviabiliza uma fundamentação mais minuciosa. Entretanto, a exata motivação das decisões é um ideal a ser perseguido pelos magistrados, detalhando os motivos da formação de seu convencimento sobre a questão de fato, principalmente quando se valerem de provas atípicas – o que também vale para senso comum e regras de experiência, a fim de fornecer “adequadas justificações das escolhas feitas, segundo os critérios havidos por aceitáveis no contexto social e cultural de nosso tempo.”³⁷⁴

³⁷³ TARUFFO, Michele. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. Revista Forense, ano 97, v. 355, p. 101-118, mai-jun. 2001.

³⁷⁴ Id., p. 118.

7 CONCLUSÃO

A partir da constatação empírica da raridade na concessão da tutela de evidência sancionatória, este estudo teve por objetivo central desvendar os motivos pelos quais isso acontece e justificar, em âmbito acadêmico, a importância do art. 311, I, do CPC/15, que reproduz, em essência, o art. 273, II, do CPC/73.

O presente trabalho é um estímulo à reflexão – principalmente dos magistrados – para que o processo civil, pela técnica da tutela de evidência sancionatória, outorgue o bem da vida desde logo aos detentores de direitos evidentes, se se comprovar que a contraparte está a abusar de direito ou a usar de mecanismos meramente protelatórios.

Por todo o exposto, sintetizamos, a seguir, as principais ideias desenvolvidas ao longo da monografia:

- Desde o processo formular, no direito romano, era possível requerer ao magistrado, com base nos poderes que eram da própria essência do *imperium*, ordens para que a parte contrária exhibisse, restituísse ou se abstinhasse de certa conduta. Os comandos daí advindos constituíam o cerne dos interditos, cujo âmbito material era bastante vasto: inicialmente, pretendia contemplar direitos e relações de ordem pública, mas seu uso veio a alcançar direitos de natureza privada, como a defesa da posse (cujo conceito também foi elasticado) e as relações de vizinhança;
- Os interditos teriam inspirado os *iudiculi commonitorii* do processo franco.
- Na Idade Média, a execução *per officium iudicis*, entendida como simples prosseguimento ou complemento do ato de prolação da sentença, criou a *executio parata* (execução aparelhada), através da qual, após a sentença condenatória, iniciava-se a execução forçada, sem necessidade de nova discussão entre as partes;
- Mercê de se promover mais rapidamente a recuperação de créditos, surgiram, na Idade Média, os títulos executivos extrajudiciais, denominados *instrumenta guarentigiata* ou *confessionata*;

- Os antecedentes da técnica monitória remontam à criação do *mandatum de solvendo cum clausula iustificativa*, destinado àqueles credores que ainda não estivessem munidos de título executivo, mas que queriam apressar sua obtenção;
- Outro antecedente e modalidade de tutela de evidência podia ser encontrada no *processus executivus*, cuja origem é coeva ao período histórico do *mandatum de solvendo cum clausula* e dos primeiros títulos executivos extrajudiciais.
- Nas Ordenações Manuelinas e Filipinas, previu-se a ação de assinação de dez dias, também chamada ação decendiária, para ajuizamento de obrigações líquidas e exigíveis, que deveriam ser prontamente cumpridas, porquanto roboradas em consistente prova escrita;
- As Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas estabeleciam preceitos cominatórios, em que se podiam entrever duas ações: uma de natureza possessória, cuja fonte emana dos interditos romanos, e outra de natureza pessoal, destinada a tutelar o cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer, a ação de preceito cominatório, também denominada embargos à primeira.
- No Código de 1939, a ação de preceito cominatório era utilizada para abreviar a obtenção de título executivo, sobretudo no que se refere às obrigações de fazer ou de não fazer e a natureza do título – se judicial ou extrajudicial – era determinante para que se definisse como seria feita a execução: aos títulos judiciais reservava-se futura ação executória (execução de sentença ou execução forçada); os títulos executivos extrajudiciais, desafiavam a ação executiva.
- O Código Buzaid, a par de fazer desaparecer mencionada distinção, sujeitando títulos executivos judiciais e extrajudiciais ao processo de execução, não avançou na tutela dos direitos evidentes, que ficava restrita a alguns procedimentos, como a liminar possessória (art. 928, CPC/1973) e a liminar nos embargos de terceiro (art. 1.051).
- Com as reformas setoriais do Código de 1973, ampliou-se o número de exemplos de tutela de direitos evidentes, valendo citar a decisão que ordenava a expedição do mandado de pagamento ou de entrega de coisa na ação monitória (art. 1.102-B), o incremento dos poderes do relator (art. 557) e, sobretudo, a antecipação de tutela

sancionatória, prevista no art. 273, II, do CPC/73, por meio da qual o juiz poderia, a requerimento da parte, conceder o bem da vida pretendido, desde que, existindo prova inequívoca, se convencesse da verossimilhança da alegação e restasse caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu;

- Na atualidade, os direitos evidentes são identificáveis, por exemplo, nos títulos executivos; no direito líquido e certo reportado no mandado de segurança; na técnica monitória; nos poderes do relator; no regramento previsto no art. 311 do NCP, que disciplina a tutela de evidência; no julgamento antecipado parcial de mérito; nas liminares possessórias; na busca e apreensão do bem, nas obrigações contratuais garantidas mediante alienação fiduciária; nas liminares concedidas em ação de despejo, nas hipóteses do art. 59 da Lei 8.245/91; na decisão que reconhecer suficientemente provado o domínio ou a posse, nos embargos de terceiro e na decretação liminar da indisponibilidade de bens nos casos de improbidade administrativa.

- A tutela de evidência sancionatória é técnica processual antecipatória. Por meio dela, redistribuem-se os ônus do tempo no processo.

- Além disso, a técnica em questão é marcada pelo traço da eticidade, porquanto pode ser deferida contra aquele que põe obstáculos à seriedade e à celeridade da função jurisdicional, contanto que, de outro lado, escore-se a contraparte em bom direito.

- A teoria do abuso do direito de defesa hauriu-se do direito material, sendo ao após, plasmada nas Codificações processuais, a partir de 1939.

- A principal característica a partir da qual se identifica o ato abusivo é o desvio de finalidade. A ela podem se somar elementos como a falta de seriedade do ato, a ilicitude e ilegitimidade do escopo visado pelo agente, a lesividade causada à administração da Justiça e a presença de dolo ou culpa.

- O “comportamento incorreto” das partes pode ser desviante sob duas óticas principais: (i) o conteúdo das alegações – conteúdo esse que, no trilho ideal, deve

observar o dever de lealdade – e (ii) à forma como elas, as partes, se conduzem, pessoalmente ou por seus procuradores, respeitando as regras do jogo.

- O princípio da lealdade está plasmado numa série de deveres imputados aos sujeitos (e, em sentido amplo, aos intervenientes) do processo, complementando-se o rol com a previsão de comportamentos passíveis de repressão e de sancionamento, na medida em que configurem litigância de má-fé ou atos atentatórios à dignidade da justiça.

- O abuso do processo prescinde de investigação de dolo ou culpa do agente, devendo ser aferido a partir das condutas tipificadoras da litigância de má-fé.

- Não se exige, para o deferimento da tutela de evidência sancionatória, que o abuso apurado esteja direcionado à protelação do desfecho do processo, nem que provoque efetivamente uma demora adicional; basta que a atitude de uma das partes seja potencialmente lesiva à outra e vedada no ordenamento processual.

- Tem-se na possibilidade de supressão do efeito suspensivo um dos usos correntes da tutela de evidência sancionatória, quando realizado o julgamento antecipado da lide.

- Inobstante a conclusão anterior, justifica-se a tutela de evidência sancionatória no sistema, porquanto nem sempre a utilização abusiva de um instrumento processual dispensa a produção de prova e autoriza o imediato julgamento da demanda.

- *De lege ferenda*, admite-se a concessão de tutela de evidência sancionatória liminarmente, porquanto se vislumbram hipóteses de abusividade e protelação antes mesmo de instaurada a relação jurídico-processual – a exemplo do que acontece quando, propositadamente, o réu inviabiliza a citação.

- O princípio dispositivo não pode servir de empecilho às iniciativas probatórias do juiz.

- Tampouco o direito à ampla defesa pode justificar chicanas.

- Almeja-se mudança comportamental de todos os sujeitos processuais, mas sobretudo dos magistrados, no que se refere à identificação e efetivo sancionamento das condutas ímprobas e desleais.
- No contexto das provas atípicas, é possível ao magistrado avaliar a conduta das partes como mais um ingrediente na formação de seu convencimento. Ao fazê-lo, contudo, deve o juiz externar seus motivos, em fundamentação idônea.
- É cabível o deferimento de tutela de evidência sancionatória em prol do réu.

REFERÊNCIAS

- ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- _____. *Elementos de direito processual civil*: volume 2. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- _____. Atum, ameixas, ervilhas e títulos executivos extrajudiciais. Disponível em: “<www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI274537,61044-atum+ameixas+ervilhas+e+títulos+executivos+extrajudiciais>”. Acesso em 20.02.2018.
- _____. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Alcance e natureza da tutela antecipada. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 93, v. 337, p. 45-53, jan.-mar. 1997.
- AMENDOEIRA JÚNIOR, Sidnei. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional*: A utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva. São Paulo: Atlas, 2006.
- ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. 23 ed. rev. e atual. até 15.2.2007. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Manual de direito processual civil*. 11. ed. rev., ampl. e atual. com a reforma processual 2006/2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- _____. Tutela antecipatória – Algumas noções – Contrastes e coincidências em relação às medidas cautelares satisfativas. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre liminares*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 12-50.
- _____. Deveres das partes e dos procuradores no direito processual brasileiro (a lealdade no processo). *Revista de processo*, São Paulo, ano 18, v. 69, p. 7-20, jan.-mar., 1993.
- _____. Resistência injustificada ao andamento do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 5, v. 17, p. 13-24, jan.-mar. 1980.
- ASSIS, Araken de. Antecipação de tutela. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 14, cap. II.
- ASSUMPÇÃO, Daniel Amorim. *Manual de direito processual civil*: volume único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

AYRES BRITTO, Carlos. A sociedade e o direito. In: TEPEDINO, Gustavo (org.); FACHIN, Luiz Edson (org.). *Doutrinas essenciais: obrigações e contratos*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2011, p. 51-56. Versão eletrônica.

BARBIERI, Maurício Lindenmeyer. Implicações do princípio dispositivo nos poderes instrutórios do juiz. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (org.). *Prova cível*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 93-117.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. *Revista de processo*, São Paulo, ano 26, v. 102, p. 228-238, abr.-jun. 2001.

_____. Efetividade do processo e técnica processual. *Revista Forense*, São Paulo, ano 91, v. 329, p. 97-103, mar. 1995.

_____. A tutela específica do credor nas obrigações negativas. In: _____. *Temas de Direito Processual: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. A responsabilidade das partes por dano processual. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 3, v. 10, p. 15-31, abr.-jun. 1978.

_____. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. *Revista de direito comparado luso-brasileiro*. Rio de Janeiro: ano 3, v. 4, p. 107-113, jan. 1984.

_____. O problema da 'divisão do trabalho' entre juiz e partes: aspectos terminológicos. *Revista de processo*. São Paulo, ano 11, v. 41, p. 7-14, jan.-mar. 1986.

_____. Duelo e processo. *Revista de processo*, São Paulo, ano 28, v. 112, p. 177-185, out.-dez. 2003.

_____. Provas atípicas. *Revista de processo*, São Paulo, ano 19, v. 76, p. 114-126, out.-dez. 1994.

BAUR, Fritz. O papel ativo do juiz. *Revista de processo*. São Paulo, ano 7, v. 27, p.186-199, jul.-set. 1982.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. Comentários ao artigo 273. In: MARCATO, Antonio Carlos (coord.). *Código de Processo Civil interpretado*. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

BERALDO, Maria Carolina Silveira. *O comportamento dos sujeitos processuais como obstáculo à razoável duração do processo*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BERTOLDI, Marcelo M. Tutela antecipada, abuso do direito e propósito protelatório do réu. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 309-331, cap. XV.

BODART, Bruno Vinícius da Rós. *Tutela de evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito e comentários sobre o novo CPC*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. *Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de processo*, São Paulo, ano 30, v. 126, p. 59-81, ago. 2005, versão eletrônica.

CAMBI, Eduardo; HOFFMANN, Eduardo. Caráter probatório da conduta (processual) das partes. *Revista de processo*. São Paulo, ano 36, v. 201, p.59-99, nov. 2011.

CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo e a evolução do direito*. Tradução de Lêda Boechat Rodrigues. São Paulo: Ed. Nacional de Direito Ltda., 1956.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela no processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CARREIRAALVIM, José Eduardo. *Tutela antecipada: com as reformas das Leis 10.352/01, 10.358/01 e 10.444/02*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

CARRILHO LOPES, Bruno Vasconcelos. *Tutela antecipada sancionatória: (art. 273, inc. II, do Código de Processo Civil)*. São Paulo: Malheiros, 2006.

CASTRO FILHO, José Olímpio. *Abuso do direito no processo civil*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

CHAMOUN, Ebert. *Instituições de direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1951.

CINTRA, Lia Carolina Batista. Tutela antecipada fundada na evidência no novo Código de Processo Civil. In: _____; BEDAQUE, José Roberto dos Santos; EID; Elie Pierre (coord.). *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 41-83.

CLÁUDIO, Affonso. *Estudos de direito romano*. Rio de Janeiro: Typ. do Jornal do Commercio, 1916, v. 1.

CORRÊA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao estudo do processo civil*. 3. ed. Tradução de Mozart Victor Russomano. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CRETELLA JÚNIOR, J. *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro*. 15. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Ação monitória: Lei 9.079, de 14.7.1995*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de processo civil canônico: (história e direito vigente)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de processo*, ano 36, v. 198, p. 213-225, ago. 2011

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil: volume 2*. 12. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodvm, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil: Leis 8.455, de 24.8.92; 8.637, de 31.3.93; 8.710, de 24.9.93; 8.718, de 14.10.93; 8.898, de 29.6.94; 8.950, de 13.12.94; 8.951, de 13.12.94; 8.952, de 13.12.1994; 8.953, de 13.12.94*. São Paulo, Malheiros, 1995.

_____. *Instituições de direito processual civil: volume III*. 7. ed. rev. e atual. segundo o Código de Processo Civil/2015, de acordo com a Lei 13.256, de 4.2.2016, e a Lei 13.363, de 25.11.2016. São Paulo: Malheiros, 2017.

_____. *Instituições de direito processual civil: volume II*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Instituições de direito processual civil: volume I*. 8. ed. rev. e atual. segundo o Código de Processo Civil/2015 e de acordo com a Lei 13.256, de 4.2.2016. São Paulo: Malheiros, 2016.

_____. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____; CARRILHO LOPES, Bruno Vasconcelos. *Teoria geral do novo processo civil: de acordo com a Lei 13.256, de 4.2.2016*. São Paulo: Malheiros, 2016.

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

GARCIA REDONDO, Bruno. Tutela de urgência (“efeito suspensivo” e “tutela antecipada”) em grau recursal e deveres-poderes do relator. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 37, v. 209, p. 55-71, jul. 2012.

GARÇON, Maurice. *O advogado e a moral*. Tradução de António de Sousa Madeira Pinto. Coimbra: Arménio Amado, 1963.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro: volume 1 (teoria geral do processo e auxiliares da justiça)*. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 30, v. 121, p. 11-37, mar. 2005.

_____. Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o *contempt of court*. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 26, v. 102, p. 219-227, abr.-jun. 2001.

GUIMARÃES, Mário. *O juiz e a função jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
JEULAND, EMMANUEL. *Droit processuel général*. 3. ed. Paris: LGDJ, 2014.

LEÃO, Adroaldo. *O litigante de má-fé*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

LIMA LOPES, José Reinaldo. *O direito na história: lições introdutórias*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro: (de acordo com o novo CPC)*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Castro Lopes, 2016.

_____. Aspectos da ação monitória. *Revista de processo*, São Paulo, ano 21, v. 83, p. 18-26, jul.-set. 1996.

_____. A tutela antecipada e o art. 273 do CPC. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org). *Aspectos polêmicos da antecipação da tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. O juiz e a litigância de má-fé. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 86, v. 740, p. 128-133, jun. 1997.

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito processual civil brasileiro*. 2. ed., rev., aum., e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Tutela provisória na atualidade, avanços e perspectivas: entre os 20 anos do art. 273 do CPC de 1973 e a entrada em vigor do novo CPC. In: SCARPINELLA BUENO et al. (coord.). *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*, São Paulo: Saraiva, 2016, versão eletrônica.

MAIA, Valter Ferreira. *Litigância de má-fé no Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MACHADO, Marcelo Pacheco. Simplificação, autonomia e estabilização das tutelas de urgência: análise da proposta do Projeto de novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 36, v. 202, p. 233-266, dez. 2011.

MALHEIRO, Edson Penha; CUNHA, Renata Silva. História, classificação e as gerações ou dimensões de direitos fundamentais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 106, v. 978, p. 39-54, abr. 2017.

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

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

_____. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Antecipação da tutela*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MAZZEI, Rodrigo. Breve história (ou 'estória') do Direito Processual Civil brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo Civil de 1973. In: DIDIER JR, Fredie (coord. geral); MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs.). *Novo CPC doutrina selecionada: procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Salvador, JusPodivm, 2015, vol. 4, cap. 1, p. 35-63. MEIRELLES DE OLIVEIRA, Ana Lúcia Iucker. *Litigância de má-fé*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MENDONÇA LIMA, Alcides de. O princípio da probidade no Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de processo*, São Paulo, ano 4, v. 16, p. 15-42, out.-dez. 1979.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007.

MITIDIERO, Daniel Francisco. O processualismo e a formação do Código Buzaid. *Revista de processo*, São Paulo, ano 35, v. 183, p. 165-194, mai. 2010.

_____. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NEVES, Celso. Classificação das ações. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, volume 70, 1975. Disponível em:

<http://www.obrasraras.usp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/3165/Revista_FD_vol70_1975.pdf?sequence=1> Acesso em 26 mar. 2018.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. 2. ed., rev. e acres. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967, t. 1.

MOTA DE SOUZA, Carlos Aurélio. *Poderes éticos do juiz: a igualdade das partes e a repressão ao abuso no processo*. Porto Alegre: Fabris, 1987.

OLIVEIRA, Allan Helber de. *O réu na tutela antecipatória do Código de Processo Civil*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

OTEIZA, Eduardo. Abuso de los derechos procesales em América Latina. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos (coord.). *Abuso dos direitos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 7-31.

PEREIRA, Alex Costa. *Tutela sumária – a estabilização da tutela antecipada e sua adequação ao modelo constitucional do processo civil brasileiro*. 2012. 184 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

PEYRANO, Jorge W. Abuso de los derechos procesales. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos (coord.). *Abuso dos direitos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 69-78.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, t. 4.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense; Brasília: INL, 1973, t. 1, arts. 1º-45.

PORCHAT, Reynaldo. *Curso elementar de direito romano*. 2. ed. v. 1. São Paulo: Melhoramentos, 1937.

PRATA, Edson. *História do processo civil e sua projeção no direito moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

RODRIGUES, Marco Antônio dos Santos; RANGEL, Rafael Calmon. A tutela da evidência como técnica de atuação judicial. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 42, v. 271, p. 257-276, set. 2017.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Ações Cominatórias no Direito Brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1958, t. 1.

_____. *Primeiras linhas de direito processual civil: volume 1*. 23. ed. rev. e atual. por Aricê Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Primeiras linhas de direito processual civil: volume 2*. 15. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1993.

SCARPINELLA BUENO, Cássio. *Tutela antecipada*. 2. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com a EC n. 45/2004, e com as Leis n. 11.187 e 11.232/2005, 11.276, 11.277, 11.280 e 11.382/2006. São Paulo: Saraiva, 2007.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Teoria da ação cautelar. *Revista de processo*, São Paulo, v. 59, p. 187-200, jul.-set. 1990.

_____. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 1.

_____. A “plenitude de defesa” no processo civil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 149-167.

SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. *A defesa no processo civil: as exceções substanciais no processo de conhecimento*. 3. ed. de acordo com o Código Civil de 2002, as últimas alterações do vigente Código de Processo Civil e a Emenda Constitucional n. 45/2004. Saraiva: São Paulo, 2008.

SOSA, Gualberto Lucas. Abuso de derechos procesales. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos (coord.). *Abuso dos direitos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 33-68.

TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 37, v. 209, p. 13-34, jul. 2012.

_____. *Tutela monitória: a ação monitória – Lei 9.079/95*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TANAKA, Kotaro. O direito e a técnica. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 45, volume 119, p. 36-39, set. 1948.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de execução*. 14 ed. atual. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1990.

_____; ANDRADE, Érico. A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no projeto de CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 37, v. 206, p. 13-59, abr. 2012.

_____. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos (coord.). *Abuso dos direitos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 93-129.

VUITTON, Xavier; VUITTON, Jacques. *Les référés: procédure civile, contentieux administratif, procédure pénale*. 3. ed. Paris: Lexis Nexis, 2013.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Tutela diferenciada. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 180, p. 42-54, fev. 2010.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre liminares*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____ (coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação da tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: DPJ, 2006.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A Constitucionalização do Processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.