

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO DEFERIMENTO LIMINAR DA TUTELA DE EVIDÊNCIA

Marina Schmidlin Sponholz

Tatiana Denczuk

RESUMO

O presente trabalho visa demonstrar a importância da adoção de condutas cautelosas, por parte dos aplicadores do Direito, na concessão de liminares, especialmente no que tange a previsão do parágrafo único do artigo 311 do Código de Processo Civil de 2015 - que autoriza o deferimento liminar da tutela de evidência - num contexto de processo constitucional fundado em valores democráticos. Pretende-se, para tal, demonstrar a imperatividade expressa pela Constituição Federal e a abrangência das garantias fundamentais nela previstas, inclusive no que tange o direito processual, bem como destacar as diferenças entre as espécies de tutelas provisórias, incluída aí a análise da finalidade para qual cada uma se destina dentro de uma lógica constitucional de busca de uma efetividade na prestação jurisdicional que se funde nos ditames de justiça e não tão somente na

ideia de celeridade a qualquer custo. E, por fim, expor os posicionamentos doutrinários e medidas judiciais que defendem a inconstitucionalidade, e desta forma também a inaplicabilidade, do referido dispositivo.

Palavras-chave: tutelas provisórias; tutela de evidência; garantias constitucionais; deferimento liminar; inconstitucionalidade.

1. INTRODUÇÃO

Num contexto de democracia constitucional, com grande influência da constituição no ordenamento jurídico, inclusive no âmbito processual, torna-se cada vez mais necessária, em especial àqueles que atuam no Poder Judiciário, a cautela na prática de seus atos com vistas às suas eventuais consequências no contexto social.

Obviamente que dentro destas noções de cuidado com a ordem constitucional - para preservar uma série de conquistas

.....
Marina Schmidlin Sponholz

Acadêmica de Direito no UNICURITIBA (Centro Universitário Curitiba).

Tatiana Denczuk

Professora no curso de graduação em Direito no UNICURITIBA (Centro Universitário Curitiba), Mestre em Direito pelo UNICURITIBA (Centro Universitário Curitiba), especialista em Contratos Empresariais pela UFPR e graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

fundamentais obtidas ao longo de tantos anos - se encontra a obrigatoriedade de respeito às garantias fundamentais nela previstas também no âmbito do processo e, conseqüentemente, da atuação jurisdicional.

O presente estudo visa, portanto, demonstrar que há necessidade de preservação da força vinculativa destas garantias através da manutenção de uma harmonia e coerência entre elas, de modo a impedir que entrem em conflito umas com as outras e conseqüentemente se afete todo o sistema de garantias constitucionais.

O que se objetiva asseverar, neste contexto, é que é possível compatibilizar a tão almejada celeridade com a preservação de garantias fundamentais às partes litigantes, e que, desta maneira, é justificável o questionamento quanto à constitucionalidade do deferimento liminar da tutela de evidência que foi autorizado pelo Código de Processo Civil de 2015.

Demonstrar-se-á, para tanto, um panorama geral do contexto processual e social em que se insere a previsão da concessão liminar da tutela de evidência, percorrendo a real finalidade de referido instituto e, conseqüentemente, justificando a excepcionalidade que o deferimento liminar deve ter no processo.

Além do aspecto da ausência do risco como fator primordial desta discussão, coloca-se “em xeque” a dita evidência das hipóteses legais desta concessão liminar, que, como será exposto, não trazem a necessária segurança jurídica para tal – pelo contrário, podem enunciar extrema fragilidade no caso concreto, partindo do pressuposto que a dita evidência do direito somente se vê construída por um exercício (ainda que mínimo) do contraditório.

2. A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 311 e ARTIGO 9º, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO II DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

2.1 A INTENÇÃO DA ADOÇÃO DA TUTELA DE EVIDÊNCIA

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe expressamente em seu texto a preocupação em tornar o trâmite processual menos desgastante e oneroso para as partes, dispondo formas de se tentar contornar situações que poderiam tornar o Poder Judiciário um palco de injustiças – fato justamente contrário àquilo que a Constituição Federal propõe a ele que faça.

Dentro desta perspectiva, a proposta de adoção da tutela de evidência surgiu em consonância com as mais recentes demandas sociais que, inevitavelmente, também circundaram a elaboração da nova legislação processual (PEREIRA FILHO, 2011, p. 49-59).

Tal tutela representa a intenção do Código de Processo Civil de 2015 de tentar disponibilizar técnicas que facilitem a dinâmica processual, bem como auxiliem o processo a atingir uma maior efetividade através da distribuição da onerosidade provocada pela sua morosidade (MARINONI, 2017, p. 276-277), de modo que a garantia ao acesso à justiça - através do direito de ação - esteja também amparada pelo valor constitucional da razoável duração do processo.¹

1 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**: Brasília, 05 out. 1988. “Art. 5º [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito [...] LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de

Assim, diante da necessidade de interpretação uniforme da Constituição, tais dispositivos devem ser analisados em conjunto com todos os preceitos constitucionais, de modo a fazerem-se respeitar os valores nela intrínsecos (FRANCO SOBRINHO, 1992, p. 103-106). Entende-se que além de todos terem direito de obter do Estado uma tutela jurisdicional, tal tutela deve ser adequada, para que então possa se falar em um processo justo (NERY JUNIOR, 2016, p. 210).

Desta forma, o Estado deve se utilizar do processo como o instrumento que ele foi desenvolvido para ser. O Judiciário tem, portanto, a responsabilidade de utilizar o processo como forma de “assegurar meios eficazes de prevenir ou restaurar a ordem jurídica justa” (MESQUITA, 2002, p. 155). Uma vez que

Não se pode falar em direito processual puramente técnico, neutro quanto aos objetivos visados pelo legislador material. O estudioso do processo deve, em primeiro lugar, ater-se às necessidades verificadas no plano material; depois verificar quais as técnicas processuais existentes para a tutela da situação substancial posta em juízo; por último, refletir a respeito da aptidão destes meios para a obtenção dos resultados pretendidos, propondo se for o caso, a criação de mecanismos mais adequados. Tal análise depende basicamente de um fator: a consciência de que o processo será tão mais importante e necessário quanto maior for sua efetividade; e mais, à base de toda a construção processual deve estar o fenômeno material, sob pena de

.....
sua tramitação.” Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 ago. 2017.

se perpetuar o equívoco de discussões estéreis, sem qualquer importância para os escopos do processo. (PISANI apud BEDAQUE, 1997, p. 58).

Diante disto, denota-se claro² que ao longo dos últimos anos a máquina Judiciária não cumpriu com seus deveres constitucionais da maneira correta, provocando uma enorme irrisignação social que passou a cobrar reações do Poder Legislativo de modo que fosse elaborada alguma solução para a “lentidão da máquina jurisdicional” (BODART, 2015, p. 108).

Veio então, o Código de Processo Civil de 2015, trazendo vários mecanismos pretensamente hábeis a contornar a ineficiência do Judiciário (MEDINA, 2017, p. 75- 76).

Dentre as “inovações” – em que pese não tão nova quanto acreditem que seja -, previu-se especificamente uma técnica que já estava sendo defendida e utilizada na prática forense, mas com aplicabilidade que, como bem coloca Cassio Scarpinella Bueno et al (2016, p. 456), se encontrava um tanto quanto restrita: a tutela de evidência.

A tutela da evidência veio como mais uma tentativa expressa de se alterar o conservadorismo processual – aliado fiel da segurança jurídica estrita, que via como indissociável o conhecer e decidir da figura da

.....
2 Conforme dados do Conselho Nacional de Justiça, a taxa de congestionamento dos processos é de 87% na fase de execução e de 64% na fase de conhecimento, com tempo médio de tramitação dos processos ainda pendentes na fase de conhecimento de 1 ano e 9 meses e na fase de execução de 4 anos e 10 meses. Cf. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números. Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5dcb79337945c1dd137496c.pdf>>. Acesso em: 07 nov. 2017.

coisa julgada (BODART, 2015, p. 86), e possibilitar que o processo se torne menos oneroso para as partes, principalmente para aquelas que demonstram de forma mais contundente o direito que possuem.

Com o passar dos anos,

Descobriu-se que a justiça guarda estrita correspondência com o estágio do processo – eis aí a importância do tempo -, de modo que a concessão de um provimento calcado em cognição incompleta, preenchidos os seus requisitos autorizadores, é medida por si só justa, independente da solução final a ser atribuída à contenda [...] (BODART, 2015, p. 86).

Assim, num cenário em que a parte demonstra de forma robusta a probabilidade de seu direito, a espera pelo longo trâmite processual representaria uma grande injustiça, pois nesta hipótese, como bem pontua Eduardo Arruda Alvim (2017, p. 315), “o decurso do tempo, necessário à tramitação processual, beneficia aquele que provavelmente não tem razão, subordinando, por outro lado, aquele que demonstra ter razão, ainda que em análise sumária, ao ônus do tempo”.

Ou seja, tendo em vista que tornar o trâmite processual regular mais célere é uma missão muito difícil de ser solucionada e que demanda muito tempo e dedicação, a adoção das tutelas provisórias, dentre elas a tutela de evidência foi a medida mais rápida - e com maiores chances de sucesso – encontrada.

Pretendeu-se, através da inserção da tutela de evidência no ordenamento jurídico auxiliar o processo a cumprir com a sua finalidade, que é assegurar “a efetivação

dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, quando violados, com base nas linhas principiológicas traçadas pela Constituição.” Tudo isto para que seja atingido “o fim precípua que se propõem – o estabelecimento da paz social” (DELGADO, 1994, p. 38).

Assim sendo, tal tutela visa conferir uma resposta rápida àqueles que demonstram ter direito “quase certo” - e que, portanto, não necessitam de um prolongamento de atos processuais - ao mesmo tempo em que prestigia a economia processual “deixando com que outros processos que realmente precisem de uma discussão tenham mais tempo para a sua solução” (SAMPAIO JUNIOR, 2011, p. 63).

Ao serem confrontadas situações nas quais existe uma grande probabilidade de sucesso vê-se ainda mais necessário “que o processo, como qualquer mecanismo social de organização das relações socioeconômicas”, seja “estruturado de forma tal que sejam minimizados os seus custos e maximizados os seus benefícios”. Afinal, não basta o resultado final do processo ser justo, o caminho que levou até ele também o deve ser (BODART, 2015, p. 79-87).

Através da redistribuição do ônus do tempo do processo a tutela de evidência promove a igualdade entre as partes, não apenas invertendo a posição de desigualdade entre elas (MARINONI, 2017, p. 276-277). Significa dizer que, para cumprir o fim para o qual ela se destina, seu uso deve ser feito para promoção da correção da desigualdade no processo, e não como meio de perpetuá-la.

Isto posto, extrai-se que a real intenção do legislador, ao promover a adoção da tutela da evidência, foi tratar de maneira diferenciada aqueles que se encontram em uma situação

peculiar de evidência do direito postulado, hipótese esta em que a prática de todos os atos processuais não se justificaria e que, permitiria excepcionalmente a antecipação da tutela com cognição sumária, sem a necessidade de comprovação de um risco da demora do trâmite regular, com vistas a se evitar a ocorrência de injustiça pela espera (ALVIM, 2017, p. 315-316) e haver uma distribuição justa do tempo (SAMPAIO JUNIOR, 2011, p. 66) no processo.

Ocorre que dita evidência do direito invocado pela parte, constrói-se justamente no exercício do contraditório, para que aquilo que até então era mera probabilidade do direito, dentro de uma lógica de verossimilhança das alegações, passe a ser algo mais sólido e clarividente com força suficiente a ensejar um julgamento provisório com o mínimo de segurança jurídica, uma vez que aqui é ausente o requisito da urgência (MARINONI, 2017, p. 282-286).

Assim, deve-se considerar a finalidade da tutela da evidência, dentro da lógica para qual ela se dispõe, em consonância com a ordem constitucional que torna necessária uma análise mais profunda e cuidadosa dos requisitos para sua concessão, bem como dos motivos que justifiquem sua aplicação (STRECK; SOUSA, 2017, s. p.), uma vez que, diferentemente da tutela de urgência, nesta hipótese não se depara com efetivo perigo da demora da prestação, mas com uma “injustiça” (ALVIM, 2017, p. 315) pela demora.

Essa injustiça resta configurada pela necessidade unilateral de prolongamento do trâmite processual para instrução probatória, enquanto que a parte que invoca a tutela de um direito já demonstrou de forma cristalina os fundamentos de seu pedido (MARINONI, 2017,

p. 292).

Desta forma, resta óbvio – e ironicamente evidente – que a tutela provisória da evidência se constrói com o exercício do contraditório, e, portanto, demonstra-se racional e fundamental que sua análise e uso sejam feitos sobre uma base constitucional (MARINONI, 2017, p. 338).

2.2 CELERIDADE *versus* EFETIVIDADE

Tidos como grandes vetores do processualismo moderno (FARIA, 1997, p.290), a questão da celeridade e da efetividade foram os grandes focos do legislador no Código de Processo Civil de 2015, especialmente no que concerne ao tratamento dado às tutelas provisórias (BENITES, 2017, s. p.).

Diante da grande influência destes dois aspectos no processo brasileiro, é de extrema importância a aproximação dessas duas garantias constitucionais, a fim de que convivam de forma harmônica e complementar na realidade judiciária brasileira, possibilitando a existência de um processo mais próximo dos ditames de justiça (PASETTI, 2002, p. 77).

A efetividade está diretamente relacionada com conferir a resposta adequada às necessidades que as partes demonstram ter, ou seja, é corresponder aos anseios que advêm do direito material e que expressam diferentes desejos de tutela (MARINONI, 2004 apud PEREIRA FILHO, 2011, p. 53).

Enquanto que a celeridade, por outro lado, está relacionada com a rapidez da tramitação processual (NERY JUNIOR, 2016, p. 358), visando que haja uma solução mais rápida dos processos e devendo ser vista sob o enfoque da economia processual: “processo deve alcançar seu objetivo com o mínimo de

dispêndio de tempo e atividade” (PASETTI, 2002, p. 15).

Primeiramente, deve-se compreender que a garantia constitucional do acesso à justiça prevê que todos terão direito a uma tutela jurisdicional prestada pelo Estado (NERY JUNIOR, 2016, p. 208-209) e que a mesma, para cumprir com a finalidade social para a qual foi designada, deverá ser célere e também efetiva (PASETTI, 2002, p. 72).

Em segundo lugar, deve-se ter em mente que a existência de um processo justo não diz respeito apenas a um processo rápido. Como bem pontuado por Nelson Nery Junior (2016, p. 364 e 358), a justiça do processo está justamente na existência de uma razoável duração do mesmo aliada a uma prestação jurisdicional efetiva. Ou seja, deve-se conferir a tutela do direito adequada o mais rápido possível, sem dilações desnecessárias e nem obstáculos meramente burocráticos.

Diante disso, compreende-se que ambas as garantias devem ser vistas como aliadas e de forma conjunta: o processo deve ser efetivo dentro do menor tempo possível para que seja justo e garanta o acesso à tutela jurisdicional adequada.

A efetividade depende da celeridade para que possa ser plena, bem como a celeridade só atenderá os fins a que se destina se permitir que a tutela jurisdicional fornecida confira a resposta mais justa e adequada para a lide (QUEIROZ; COUTINHO, 2007, p. 306-307).

Portanto, não é errado nem condenável afirmar-se que o processo atual deve buscar celeridade em sua prestação jurisdicional. Pelo contrário, a celeridade deve existir para que a tutela cumpra com a finalidade para a qual ela se destina, sob pena de se tornar ineficaz ou

obsoleta (FARIA, 1997, p. 280).

No entanto, deve-se ter muita cautela ao interpretar a função desta busca pela prestação jurisdicional mais rápida, sempre tendo em mente que ela não pode se tornar um obstáculo para que outra garantia constitucional se cumpra (QUEIROZ; COUTINHO, 2007, p.308), que no caso é a efetividade da prestação jurisdicional. Afinal,

A busca de uma tutela célere e desburocratizada não deve representar a prevalência da tempestividade sobre a qualidade, a segurança e a efetividade da atividade jurisdicional, tampouco pode configurar a supressão de outros direitos igualmente fundamentais, quais sejam os princípios da isonomia e do devido processo legal, com os seus corolários, dentre eles, o direito de ação e o direito ao contraditório e à ampla defesa. (QUEIROZ; COUTINHO, 2007, p. 307).

Por isso, melhor ter-se em mente a ideia de uma razoável duração do processo. Ou seja, de um processo que tenha uma duração compatível com o que a efetividade da tutela prestada exige e que o tempo despendido para o Judiciário fornecer a resposta que as partes precisam seja somente o tempo necessário para que o juiz tenha segurança sobre aquilo que decide (DELGADO, 1994, p. 45).

No que tange à tutela da evidência, a análise destas duas garantias deve sempre levar em consideração a ausência do risco que se apresenta nos casos das tutelas de urgência. Aqui não se fala em risco da demora, ou urgência de uma resposta, de modo que se justifique a adoção de providências extremamente rápidas

e que acabam por reduzir a qualidade da cognição despendida sobre os fatos (STRECK; SOUSA, 2017, s. p.).

Quando se fala de tutela de evidência, está-se referindo a uma alta probabilidade de direito (MARINONI, 2017, p. 282), a qual deve ser analisada com uma cautela muito maior, não existindo ameaça ou risco de lesão que justifique (BONÍCIO, 2016, p. 99) uma redução na qualidade da tutela prestada, ainda que provisoriamente, ao se fornecer uma resposta “afobada” à questão em jogo.

Nos casos de evidência do direito, conforme ideia construída pelo professor Luiz Guilherme Marinoni (2017, p. 277-279), a análise qualitativa da questão deve ser muito mais profunda, porque aqui a celeridade da prestação vem para se evitar uma injustiça processual, ou seja, para se reduzir o ônus da espera do trâmite processual, mas não por uma razão de necessidade, de “emergência”.

Tratando-se, portanto, de evidência, os cuidados para se resguardar o equilíbrio entre a celeridade e a “ponderada cognição” devem ser ainda maiores do que nos casos de urgência, pois aqui não existe uma justificativa grave para se sobrepor a celeridade à qualidade da análise feita sobre os fatos. Aqui a efetividade está em tornar o processo mais equilibrado, dividindo o ônus do tempo entre as partes, mas sem uma necessidade de ênfase extrema da celeridade, como ocorre nos casos de urgência. (BODART, 2015, p. 72 e 130)

No que tange à questão do deferimento liminar, deve-se ter em vista que tal concessão vai relativizar garantias constitucionais muito importantes, como, por exemplo, o contraditório e o devido processo legal, então que a mesma só terá lógica de ocorrer quando houverem

motivos relevantes o suficiente para tal. O deferimento liminar deve ser visto como uma expressão da garantia do acesso à justiça, não existindo razões para que quando tal garantia for necessária, ela possa sofrer algum tipo de limitação (BONÍCIO, 2016, p. 134).

Desta forma, é essencial estabelecer como requisito (BONÍCIO, 2016, p. 135-136) para o deferimento liminar a existência de urgência da tutela, uma vez que, se não houver risco de lesão, não há razões que justifiquem a relativização de uma garantia constitucional - que confere inclusive segurança ao magistrado para prestar a tutela jurisdicional - colocando em risco de forma desnecessária a efetividade da atuação do Estado para o deslinde do caso.

No caso da tutela da evidência, portanto, existe razão para a concessão de uma tutela provisória, uma vez que representa a ideia de conciliar celeridade com efetividade, fazendo com que a atuação e desgastes maiores do Judiciário se concentrem naqueles processos que realmente demandam uma discussão maior para que se alcance uma solução (SAMPAIO JUNIOR, 2011, p. 63).

No entanto, apesar de, por uma questão de justiça processual, haver fundamentos para a antecipação da tutela de evidência, não há porque relativizar de forma impetuosa a garantia ao contraditório pelo intuito único e exclusivo de se fornecer um resultado rápido para aquele que parece ter o melhor direito (STRECK; SOUSA, 2017, s. p.).

Na tutela de evidência se pode ir ainda além e tratar o contraditório não como um “instrumento de luta” (LOPES, 2005, p. 323-330), mas como um instrumento de colaboração processual, essencial ao “aprimoramento da jurisdição” (MANGONE, 2010, p. 378) e que

consequentemente a torna mais efetiva.

Efetividade não se exaure na celeridade (LOPES, 2005, p. 140). Considerando sobre este aspecto que “Processo efetivo é o que se desenvolve com respeito às garantias constitucionais e reconhece a quem tem direito o que lhe assegura a ordem jurídica” (MANGONE, 2010, p. 378).

Nada adianta uma prestação jurisdicional rápida, mas que tutela o direito das partes de maneira injusta, pois como bem pontua o ilustre professor Miguel Reale: “não há nada pior que a injustiça célere, que é a pior forma de denegação de justiça” (2004 apud RIBEIRO, 2010, p. 138).

Conclui-se disto que a questão da efetividade da prestação jurisdicional pressupõe uma celeridade neste “atendimento” fornecido pelo Poder Judiciário, mas

– principalmente nos casos de tutela de evidência - não de modo que esta rapidez na tutela jurisdicional prejudique o acerto da resposta que será fornecida às partes, sob pena de se colocar em risco a segurança jurídica e a garantia a um processo justo e legal.

2.3 VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO: RESTRIÇÕES À CONCESSÃO DE LIMINARES

É inegável o caráter excepcional que deve ser conferido à concessão de liminares (BEDAQUE, 2015, s. p.).

Agarantia constitucional ao contraditório existe por algum motivo, especialmente relacionado à dignidade da pessoa humana (BROCHADO, 2002, p. 127), e reduzi-la a esmo é uma afronta, sem medidas, à ordem constitucional.

A partir do momento em que, sob

a justificativa da celeridade na prestação jurisdicional (QUEIROZ; COUTINHO, 2007, p. 308), relativizar-se as garantias constitucionais sem existir outros motivos relevantes para tal (ZAVASCKI, 1995, p. 127), estar-se-á rasgando a Constituição em prol de condutas que desrespeitam todo o viés democrático que deveria imperar no âmbito jurisdicional.

Desta forma, as liminares somente se justificam pelo risco - que consiste justamente no perigo da demora – existente além da probabilidade do direito, pois, como bem disposto pelo saudoso professor Teori Zavascki (1995, p. 129), quando não há demonstração de perigo iminente, a adoção de tutela liminar se demonstra desnecessária. Situação esta na qual direitos e garantias constitucionais dos litigantes não só podem como devem ser garantidos em sua plenitude.

Além do mais, não é porque um direito possui alta probabilidade de sucesso que um mínimo de discussão prévia não se faz necessária para que exista uma maior segurança jurídica na decisão que será proferida. A única hipótese em que pode-se considerar que tal diferimento estará autorizado será naquelas em que se encontra tanto probabilidade do direito, quanto a necessidade de concessão imediata da tutela por motivos de risco (FARIA, 1997, p. 282).

Considerando o deferimento liminar como uma forma muito incisiva de intervenção estatal, sua aplicabilidade restrita se justifica especialmente pelo fato de que “o sistema não sabe, na maioria das vezes, qual a medida exata da necessidade de intervenção estatal que as partes precisam para resolver seus problemas” (BONÍCIO, 2016, p. 32).

Ocorre, pois, nas hipóteses do parágrafo único do artigo 311 - e consequentemente no

artigo 9º, parágrafo único, inciso II – todos do já referido diploma processual -, uma violação ao contraditório, porque tais previsões exacerbam a relativização autorizada por lei (ZAVASCKI, 1995, p. 127) nos casos de interesses igualmente relevantes em conflito.

No caso de evidência de direito não existe justificativa robusta para a postergação do exercício do contraditório para após a concessão da liminar, pois

Somente a urgência, ou seja, o perigo iminente de lesão grave ou de difícil reparação a bem da vida de especial valor pode justificar a postergação, jamais a supressão completa, do contraditório ou do exercício do direito de defesa, que são garantias constitucionais cujo respeito se afigura absolutamente imperioso e inafastável. (GRECO, 2014, p. 319).

Quando se fala em urgência, fala-se em risco, em “situação de perigo iminente que recai sobre o processo, sobre a eficácia da futura prestação jurisdicional ou sobre o próprio direito material pleiteado” (GRECO, 2014, p. 312). Devendo tal risco ser compreendido como “perigo excessivo, grande ameaça” (BODART, 2015, p. 76).

Por esta razão, tal hipótese necessita de uma tutela diferenciada, uma vez que o desenvolvimento regular do processo tornaria a lentidão da marcha processual muito mais do que injusta, mas como um efetivo risco à parte.

Portanto, sendo as liminares uma forma agressiva de intervenção estatal no âmbito processual, tal modo de pronúncia judicial só deverá ocorrer nas graves hipóteses nas quais isto se demonstrar justificável.

Isto não significa dizer que seu uso é

completamente vedado ou que a mesma não poderá ocorrer, pelo contrário

[...] a concessão de liminar é permitida constitucionalmente – e é mesmo obrigatória – quando for indispensável à garantia da efetividade de outro direito constitucional circunstancialmente mais privilegiado e acossado por ameaça grave e iminente. A concessão de liminar nestas situações deve ser respeitada pelo legislador ordinário. Porém, a liminar é ato jurisdicional de exceção.[...] (ZAVASCKI, 1995, p. 132-133).

Apenas se suscita e destaca o seu caráter excepcionalíssimo, pois se não se está falando de risco de dano ou de ameaça de violação de direito, por que razão um mínimo de manifestação da parte contrária não poderia acontecer antes do pronunciamento judicial? Quais seriam os motivos tão relevantes que poderiam se equiparar a força de uma garantia constitucional ao ponto de autorizar a sua relativização?

Doutrinadores, como - por exemplo - Lênio Streck (STRECK; SOUSA, 2017, s. p), têm sido enfáticos na defesa de que nas hipóteses de evidência não se encontram os mesmos motivos que justifiquem uma concessão liminar, como há nas tutelas de urgência.

Aqueles que defendem o cabimento do deferimento liminar nesta modalidade de tutela trazem fundamentos que nitidamente confundem as espécies de tutela provisória, apontando o risco da demora como grande fator que autoriza tal concessão (BODART, 2015, p. 127) pela possibilidade de gerar prejuízo àquele que demonstra ter o melhor direito, porque o

faz esperar por algo que ele tem grande chance de obter ao final.

Ocorre que, quando se fala da necessidade de se evitar injustiças processuais geradas pela demora do trâmite regular do processo (FUX, 2001 apud GRECO, 2014, p. 318), tal malefício da morosidade já está sendo combatido pela própria tutela provisória de evidência.

Argumentar que a concessão liminar evita injustiças é fazer análise redundante e abusiva do mesmo aspecto, uma vez que dita injustiça da espera já está sendo enfrentada através da concessão provisória (BENITES, 2017, p. 14) e não existiriam motivos além destes que justificassem também um enfrentamento liminar da questão.

A análise que deve ser feita é a seguinte: se a tutela provisória já visa combater o prejuízo gerado pela morosidade, qual outro motivo justificaria um deferimento liminar?

Não existindo risco com a espera e sabendo-se que a decisão – mesmo em sede liminar – autoriza a execução provisória do que for concedido (BENITES, 2017, p. 3), demonstra-se que o deferimento liminar - na tutela de evidência - constitui ato extremista, que ao invés de cumprir com sua real finalidade de combater eventuais riscos (FARIA, 1997, p. 283), estará fazendo exatamente o contrário: gerando riscos desnecessários.

O deferimento liminar consiste em ato de conferir tutela àquele que demanda prestação jurisdicional sem ouvir a parte contrária, porque neste caso o exercício do contraditório geraria mais prejuízos do que benefícios (BODART, 2015, p. 127) ao deslinde processual, uma vez que a existência de risco da demora exigiria uma resposta célere da atuação

jurisdicional. O que nitidamente não ocorre nos casos de tutela de evidência.

Ainda, acima de tudo isso, a garantia constitucional ao contraditório deve ser vista como regra, ou seja, o seu exercício deve ocorrer sempre, e o afastamento do seu cumprimento só estará autorizado em hipóteses específicas (ZAVASCKI, 1995, p. 127) nas quais outras garantias, tão relevantes quanto ela, estão sendo ameaçadas ou postas em risco.

Afinal, contraditório processual não só leva a essência participativa da democracia para dentro do Poder Judiciário, mas também a consolidação da supremacia de uma série de outros direitos fundamentais ainda mais amplos, simbolizando a eficácia do direito fundamental da igualdade de todos perante a lei. (DELGADO, 1994, p. 44)

O que se vê no parágrafo único do artigo 311 e artigo 9º, parágrafo único, inciso II do CPC é justamente o contrário (BONÍCIO, 2016, p. 98). A previsão legal faz parecer que a garantia ao contraditório só deverá ser exercida quando isto se demonstrar necessário, e que, quando a sua prática tiver grandes chances de ser infrutífera, seu exercício será dispensável.

Entende-se que esta posição da lei processual civil, contudo, está totalmente equivocada, uma vez que “O diferimento do contraditório é medida excepcional, justificada pelo risco de ineficácia do provimento jurisdicional a ser emitido” (BEDAQUE, 2015, s. p.), risco este que justamente não se encontra nos casos de tutela de evidência.

Pensamento este que se demonstra totalmente contrário ao que a Constituição Federal prevê como sendo o tratamento obrigatório aserdado às garantias constitucionais

(ZAVASCKI, 1995, p. 127) – dentre as quais está inserido o direito ao contraditório.

Portanto, não se pode perder de mente ao conceder uma medida *inaudita altera parte* que suas consequências podem ser ainda mais sérias que as em sede de cognição exauriente, o que torna a análise dos riscos oriundos da relativização do contraditório imprescindível. Ou seja, de forma prática avaliar o risco do deferimento liminar só o enfrentando quando verificar ser suportável e “que os benefícios a serem alcançados, na maioria considerável dos casos, compensam os possíveis males” (BODART, 2015, p. 73).

Isto posto, quando a liminaridade do deferimento constituir apenas uma tutela que visa a celeridade e não a efetividade do processo, sua concessão será indevida, porque estar-se-á diante de uma hipótese na qual não vai haver necessidade de sua concessão, de modo que possam haver justificativas fortes o suficiente para se relativizar uma garantia constitucional essencial à ordem democrática, como é o caso do direito ao contraditório (STRECK; SOUSA, 2017, s. p.).

A necessidade de cuidado com a relativização do devido processo legal em benefício da celeridade é um aspecto que necessita de muita cautela, afinal não posso ver apenas ela como essencial, mas também que o resultado do processo esteja o mais próximo possível dos ditames de justiça no que diz respeito ao seu conteúdo, porque estas garantias não são

apenas das partes, mas sobretudo da jurisdição: porque se, de um lado, é interesse dos litigantes a efetiva e plena possibilidade de sustentarem suas razões, de produzirem suas

provas, de influírem concretamente sobre a formação do convencimento do juiz, do outro lado essa efetiva e plena possibilidade constitui a própria garantia da regularidade do processo, da imparcialidade do juiz e da justiça das decisões. (GRINOVER, 1985 apud DELGADO, 1994, p. 45).

A ordem constitucional defende que para se preservar seu viés democrático, o cumprimento estrito dos direitos constitucionais deve sempre ocorrer, e que para haver qualquer tipo de relativização no tratamento dado aos mesmos é necessária uma justificativa robusta e plausível (ZAVASCKI, 1995, p. 125-127).

Deve-se sempre ter em mente que “o exercício de um poder estatal (legislativo, executivo ou judiciário) só é legítimo quando houver ampla possibilidade de participação nos meios de formação da vontade estatal [...]” (BONÍCIO, 2016, p. 77) e desta forma, para que haja um respaldo da atuação do juiz em sede de tutela de evidência, é imprescindível que exista respeito a esta garantia de possibilidade de ao menos um mínimo de manifestação de ambas as partes.

Desta forma, nota-se clara confusão do legislador ao aplicar as garantias constitucionais no âmbito da tutela da evidência. Além de demonstrar confusão entre as espécies de tutela provisória ante a existência ou não de risco, ocorreu um grande equívoco quanto à interpretação constitucional (ZAVASCKI, 1995, p. 125-127) que deveria ser dada a esta tutela – sem modulações desnecessárias do exercício do contraditório.

Inclusive, calcada na inconstitucionalidade defendida acima, foi ajuizada - pelo Governo do Estado do Rio de

Janeiro, através de sua Procuradoria Geral do Estado - Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5492³ visando questionar alguns dos dispositivos trazidos pela Lei 13.105/2015 – vulgo Código de Processo Civil de 2015, que se encontra atualmente na fase de conhecimento⁴.

Conforme se nota do exposto e dos apontamentos que têm sido realizados na doutrina e inclusive no Judiciário, não andou bem o Código de Processo Civil de 2015 ao prever a autorização de concessão liminar, mesmo que em hipóteses restritas de aplicabilidade, uma vez que a garantia ao contraditório deve ser vista sempre como regra e que a sua relativização deve ser vista sob o aspecto da excepcionalidade – somente naqueles casos em que isto se demonstrar extremamente necessário (BONÍCIO, 2016, p. 99).

Por estas razões, fortes os argumentos para se entender como possível o deferimento *inaudita altera parte*. Mas não sob qualquer argumento de “otimização de valores sociais” (PINHEIRO, 2011, p. 418).

Logo, é necessário que tal provimento judicial esteja fundado na proporcionalidade e em uma leitura harmoniosa das garantias

3 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 5492**. Controle de constitucionalidade. Petição inicial. Relator Ministro Dias Toffoli. 05 de abril de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4959031>>. Acesso em: 02 mar. 2018.

4 O fundamento trazido na ADI é o de que a postergação do exercício do contraditório é injustificada na hipótese de tutela de evidência por ser desacompanhada de urgência para concessão da medida, representando uma afronta ao contraditório participativo. A Procuradoria desenvolveu a ideia de que diante do elevado valor civilizatório do contraditório somente pode ser aceita sua relativização após uma ponderação de valores na qual se averigüe existir um risco de frustração da tutela jurisdicional.

constitucionais, de modo que haja fundamento relevante e forte o suficiente para a flexibilização da aplicação do contraditório, como pode ocorrer nos casos das tutelas de urgência, em que a proteção deficiente ao direito de acesso à justiça terá uma consequência mais gravosa do que a relativização do contraditório (STRECK; SOUSA, 2017, s. p.)

Desta forma, no dilema que envolve o parágrafo único do artigo 311 – e consequentemente o artigo 9º, parágrafo único, inciso II - e as questões suscitadas na ADI 5492 e na doutrina – por vezes como Marinoni e Streck - não se defende a necessidade de aguardar o trâmite regular do processo a qualquer custo e preço. Pelo contrário, busca-se respeito à ordem constitucional, vista como regra advinda de uma luta pela democracia e que, desta forma, sua relativização só ocorra nas hipóteses necessárias, leia-se, em que haja risco ao processo.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, as garantias constitucionais - do contraditório, ampla defesa e da isonomia - têm um papel relevante para preservação dos valores sociais democráticos dentro do âmbito processual, inclusive nos aspectos concernentes às tutelas provisórias.

Neste cenário, de supremacia de tais valores constitucionais e de excepcionalidade de sua relativização, as tutelas provisórias constituem-se técnicas processuais que permitem que a prestação jurisdicional se torne mais adequada ao contexto da demanda, de modo a reduzir-se os ônus decorrentes da demora de um trâmite processual comum.

Assim, a tutela da evidência traduz-se

como um destes grandes artifícios processuais para tornar a prestação jurisdicional mais justa, através do uso de uma técnica diferenciada para “atender” àqueles que demonstram possuir um direito fundado em alto grau de probabilidade que, por isso, permite a antecipação dos efeitos da tutela.

Conforme tratado, tal técnica deve contribuir para a agilidade na prestação jurisdicional naqueles casos em que não há urgência envolvida, nem risco pela demora do processo, mas não de forma a priorizar a celeridade em detrimento da qualidade da prestação jurisdicional fornecida.

Deve-se ter cautela ao interpretar os dispositivos atinentes à referida tutela, sempre tendo em mente a supremacia das garantias constitucionais e a excepcionalidade de sua relativização, especialmente com relação a sua concessão em caráter liminar, prevista pelo legislador no artigo 311, parágrafo único e reiterada no artigo 9º, parágrafo único, inciso II do Código de Processo Civil de 2015. Afinal, não podem ser colocadas na mesma situação de “necessidade”, as demandas pautadas na urgência e aquelas pautadas em direito evidente – que depende de um pouco mais de discussão para construção de tal evidência ou pelo menos para demonstrar a existência da mesma.

Isto posto, conclui-se que se demonstra totalmente inadequada, e acima de tudo cabalmente inconstitucional e temerária, a faculdade legal disponível no parágrafo único do artigo 311, do Código de Processo Civil de 2015, uma vez que os valores democráticos – e garantidos constitucionalmente –, de participação efetiva e eficaz de todas as partes no processo, estão sendo escanteados por uma utópica primazia da celeridade como única

forma de efetividade da prestação jurisdicional.

Afinal, como demonstrado, a tutela de evidência prescinde da demonstração de um risco, e, justamente por este motivo, não possui fundamento substancial para justificar a relativização da segurança jurídica trazida pelo devido processo legal e seus corolários do contraditório e da ampla defesa.

O equívoco do legislador reside justamente no fato de ampliar de forma indiscriminada o cabimento da concessão liminar, sem se atentar ao fato de que, as consequências que tal provimento poderá ensejar para as partes, no caso da tutela da evidência, podem ser muito mais prejudiciais do que o tempo demandado para o respeito à ordem regular da prática dos atos processuais, colocando em risco, inclusive, a dita efetividade buscada no contexto processual civil.

Desta forma, a normatividade constitucional encontra-se ameaçada pela previsão contida em referido dispositivo da lei adjetiva, uma vez que, além de não se pautar em um risco concreto que justifique, numa ponderação de valores, o diferimento do contraditório, tal evidência apresentada como seu fundamento somente será efetivamente concretizada, após a oitiva da parte contrária, quando o juiz tiver maior ciência do direito envolvido no caso.

Assim, ausente o requisito da urgência e sendo o respeito ao contraditório e ampla defesa preceitos supremos no ordenamento jurídico, a mera justificativa da busca pela celeridade na prestação jurisdicional não pode ser o único fundamento para uma concessão liminar, devendo haver a demonstração de necessidade de proteção de um valor jurídico de maior envergadura que se encontra em

situação de risco.

Conclui-se, portanto, que em uma ordem constitucional fundada em valores democráticos, a qual prega regras para um processo justo, a relativização de tais garantias não pode ser corriqueira nem pautada em um juízo precipitado, e qualquer previsão que contrariar tais fundamentos, não pode ser aplicada no mundo jurídico, por conflitar de forma direta com a norma soberana emanada da Constituição Federal.

Neste sentido, buscou-se apresentar a tutela da evidência como um artifício genial trazido pelo diploma processual civil, mas que exige cautela em sua aplicação diante dos argumentos fortíssimos que vedam a sua concessão liminar *inaudita altera parte*, bem como chamar a atenção para a necessidade de análise do contexto das tutelas provisórias sob a ótica constitucional, de modo a evitar que abusos, arbitrariedades e, conseqüentemente, injustiças ocorram na prestação jurisdicional, incentivando uma maior tecnicidade na análise dos casos concretos e da compatibilidade e aplicabilidade de cada uma destas espécies de tutela provisória com os mesmos.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela provisória**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo** São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. Tutela provisória: considerações gerais. In: CARMONA, Carlos Alberto et al. **O novo código de Processo Civil: Questões controvertidas**. São Paulo: Atlas, 2015.

BENITES, Nórton Luís. Questões iniciais sobre a tutela provisória do CPC/2015. **Revista de Doutrina da 4ª Região**. Porto Alegre, n. 78, [s. p.], jun. 2017. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/111690>>. Acesso em: 31 out. 2017.

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

BONICIO, Marcelo José Magalhães. **Os princípios do processo no novo código de processo civil**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**: Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 ago. 2017.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 12 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 5492**. Controle de constitucionalidade. Petição inicial. Relator Ministro Dias Toffoli. 05 de abril de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/>>

[Consultar Processo Eletrônico. jsf?seqobjetoincidente=4959031](#)>. Acesso em: 02 mar. 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella et al. **Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015**. São Paulo: Saraiva, 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5dcb79337945c1dd1_37496c.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2017.

DELGADO, José Augusto. A supremacia dos princípios nas garantias processuais do cidadão. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 31, n. 123, p. 35-46, jul./set. 1994.

FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. A limitação das liminares: violação à lei maior. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**. [s. l.], n. 19, p. 279-292, ago./nov. 1997. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/20688>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. A tutela jurisdicional na Constituição de 1988. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 29, n. 116, p. 103-106, out./dez. 1992.

GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, v. 14, n. 1, p. 296-330, 2014. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/index>>.

Acesso em: 24 out. 2017.

LOPES, João Batista. Princípio da proporcionalidade e efetividade do processo civil. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de direito processual civil**. São Paulo: RT, 2005.

MANGONE, Katia Aparecida. A garantia constitucional do contraditório e sua aplicação no direito processual civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 35, n. 182, p. 362-383. abr. 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência: Soluções processuais diante do tempo da justiça**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de direito processual civil moderno**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MESQUITA, Eduardo Melo de. **As tutelas cautelares e antecipadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PASETTI, Babyton. **A tempestividade da tutela jurisdicional e a função social do processo**. 1. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

PEREIRA FILHO, Benedito Cerezo. Tutela dos direitos no novo código de Processo Civil. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 48, n. 190, p. 49-59, abr./jun. 2011.

PINHEIRO, Guilherme César. A ponderação

de valores como supressora do contraditório. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 36, n. 193, p. 403-420, mar. 2011.

QUEIROZ, Cláudia Carvalho; COUTINHO, Francisco Seráfico da Nóbrega. O julgamento liminar das ações repetitivas e a mitigação das garantias constitucionais do acesso à justiça e do devido processo legal. **Revista Direito e Liberdade da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte**. Natal, v. 5, n. 1, p. 305-324, mar. 2007. p.306-307. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/60048>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

RIBEIRO, Darci Guimarães. A garantia constitucional do contraditório e as presunções contidas no §6º, do art.273, do CPC. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**. Pouso Alegre, v. 26, n. 2, p. 131-152, jul./dez. 2010.

SAMPAIO JUNIOR, José Herval. **Tutelas de urgência**: Sistematização das liminares. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI questiona dispositivos do novo Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=313873>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

STRECK, Lênio; SOUSA, Diego Crevelin de. Tutela provisória e contraditório: uma evidente inconstitucionalidade. **CONJUR**, [s. l.], 15 mai. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-15/tutela-provisoria-contraditorio-evidente-inconstitucionalidade>>. Acesso em: 25 jul. 2017.

ZAVASCKI, Teori Albino. Restrições à concessão de liminares. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 32, n. 125, p. 125-133, jan./mar. 1995. p. 127. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176153/000481019.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 25 out. 2017.