

# TUTELA DE EVIDÊNCIA EM FACE DA TUTELA ANTECIPADA: UM ESTUDO DE CASO À LUZ DO PROJETO DO NOVO CPC

Tiago Antunes de Aguiar\*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O estudo de caso; 3. Tutela de evidência; 4. A tutela de evidência aplicada ao caso em estudo; 5. Conclusões.

## 1. Introdução

Há casos no dia-a-dia forense em que ao juiz são submetidos pedidos liminares nos quais se manifesta evidente o direito alegado pelo autor, mas não existe um perigo de dano irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*) na ausência de concessão imediata do provimento jurisdicional ou mesmo perde a importância prática a análise de sua existência, ante a incontrovérsia dos fatos aludidos pelo autor ou a insuscetibilidade de contradição da questão jurídica aludida.

Em tais hipóteses estamos diante daquilo que parte da literatura denomina de tutela de evidência, tal como a tutela do direito líquido e certo do mandado de segurança ou do direito documentado do exequente (Cf. FUX, 1996, pp. 305-306).

O presente trabalho circunscrever-se-á a analisar o julgamento da quarta turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região nos autos do Agravo de Instrumento n.º 65965/AL à luz do projeto de lei do novo Código de Processo Civil (aprovado no Senado Federal – PLS 166/2010 – e em tramitação atual na Câmara dos Deputados Federais), suscitando questões a respeito da tutela de evidência em face da atual sistemática da tutela antecipada, prevista no artigo 273 do Código de Processo Civil.

---

\* Juiz Federal da 24ª Vara Federal de Pernambuco.

## 2. O estudo de caso

A União Federal interpôs perante o Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região o Agravo de Instrumento n.º 65965/AL (processo n.º 0049513-82.2005.4.05.0000) contra decisão denegatória de antecipação da tutela de mérito proferida pelo juízo federal da 7ª Vara da Seção Judiciária de Alagoas, no qual requereu a imediata interdição e consequente indisponibilização de todas as máquinas caça-níqueis e máquinas de 'bingos eletrônicos' (em utilização e/ou depósito), denominados de Máquinas Eletrônicas Programadas – MEPs, ou com qualquer outro nome, bem como de qualquer outra máquina, eletrônica ou não, relacionada direta ou indiretamente com a atividade ilícita em questão, que se inclua no conceito legal de jogo de azar (ou seja, qualquer máquina que, por introdução de ficha, moeda, cédula, cartão ou assemelhado, permita a qualquer pessoa jogar, oferecendo a possibilidade de um prêmio, seja ou não em dinheiro). (Cf. BRASIL, 2007)

No citado recurso, a agravante afirmou que as agravadas estavam exercendo a atividade de exploração de jogos de bingo à míngua de autorização do Poder Público, uma vez que, com a revogação da Lei nº 9.615, de 31.12.2001, que permitia a exploração econômica dos jogos de bingo, permanece em vigor a proibição decorrente do artigo 50 da Lei das Contravenções Penais.

A quarta turma do TRF da 5ª Região, em 21 de agosto de 2007, no julgamento do citado agravo, decidiu pela completa cessação das atividades desenvolvidas pelas agravadas de exploração de jogos, bingos, loterias ou similares, **aplicando a súmula vinculante nº 2 do Supremo Tribunal Federal**, a qual prevê que é inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias; aduzindo que, **com o advento da súmula vinculante, o direito invocado no recurso passa a ser muito mais que apenas plausível, tornando-se, na prática, incontroverso, portanto, alternativa não haverá senão o julgamento por sua procedência.**

Vale-se ressaltar, pela relevância ao estudo em questão, a seguinte parte do voto do relator, acolhido por unanimidade pela turma:

Embora sempre tenha proclamado, inclusive nesse *decisum* monocrático, que a exploração de bingo não é uma mera atividade comercial, sendo-lhe, pois, inaplicáveis os princípios constitucionais da liberdade de iniciativa e da livre concorrência, sendo necessária a outorga do Poder Público competente, motivo pelo qual entendia de relevo o direito da recorrente União, preocupe-me, ali – concorde ao MM. Juiz Federal originário, conhecedor dos fatos da causa, pela proximidade com a comunidade onde eles ocorrerem –, com a circunstância de que, apesar da alegação da Administração Pública de que a atividade em questão não estava devidamente autorizada, não tomara a autoridade, por mais de dois anos, nenhuma medida para fazê-la cessar, **destruindo com isso a característica de urgência que a antecipação de tutela reclama, tanto na instância de origem como na recursal (arts. 273, I, e 558, ambos do Código de Processo Civil)**. (Grifos não são do original)

(...)

Ocorre que, semana passada, passou a vigorar a Súmula Vinculante n.º 2, do col. Supremo Tribunal Federal, publicada no Diário da Justiça Eletrônico do STF de 06.06.2007, *verbis*:

“É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias.”

(...)

Diante dessa nova situação, qualquer preocupação que tivesse acerca de ausência de perigo na demora perdeu o sentido, se o funcionamento das empresas agravadas não tem mais nem a mínima possibilidade de se mostrar legal ao final da demanda.

Tanto é assim que, dispensando qualquer apreciação acerca de *periculum in mora*, o § 6.º do art. 273 do CPC liquida o assunto quando determina:

“A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.”

Esse passou a ser, indubitavelmente, o caso que tenho sob os olhos.

À vista disso tudo, **reconsiderando** minha anterior decisão monocrática de fls. 95/98, restabelecida após a anulação do v. acórdão turmário que a confirmara, **DEFIRO** o

pedido de tutela antecipatória em sede recursal (“efeito suspensivo ativo”) para:

a) determinar às agravadas a imediata e completa cessação de sua atividade de exploração de jogos, bingos, loterias ou similares (...) (BRASIL, 2007)

Destarte, o julgado descrito concretiza um caso de tutela antecipada, sem a necessidade da presença do *periculum in mora* como requisito para concessão, equivalente a uma das hipóteses de tutela de evidência prevista no projeto de código de processo civil (PLS 166/2010), tema este que será analisado a seguir.

### 3. Tutela de evidência

Tal como preceituado pela doutrina de Luiz Fux (2000, p. 2), a tutela de evidência “são situações em que se opera mais do que o *fumus boni juris*, mas a probabilidade de certeza do direito alegado, aliada à injustificada demora que o processo ordinário até a satisfação do interesse do demandante, com grave desprestígio para o Poder Judiciário, posto que injusta a espera determinada”.

A evidência do direito é verificável de acordo com o material probatório apresentado pelo autor, sendo diretamente proporcional à grandeza de elementos de convicção que dispuser seu titular (Cf. FUX, 2000, p. 8).

São exemplos de direito evidente, sujeitos, portanto, à tutela de evidência: a) o demonstrável de plano por prova documental; b) aquele assentado em fatos incontroversos, notórios; c) o direito a coibir um suposto atuar do *adversus* com base em “manifesta ilegalidade”; d) o fundamentado em questão estritamente jurídica insuscetível de contradição; e) o assentado em fatos confessados noutro processo ou comprovados através de prova emprestada obtida sob contraditório; f) o direito dependente de questão prejudicial decidida com força de coisa julgada, a exemplo da declaração de nulidade de um contrato em um juízo, podendo a parte favorecida com base nessa declaração pedir, como direito evidente em outro juízo, que alguém seja compelido a não fazer aquilo que vinha fazendo calcado no contrato declarado nulo; g) o direito calcado em fatos sobre os quais incida presunção absoluta (*jure et de jure*); h) os decorrentes da consumação de decadência e prescrição (neste caso revela-se a evidência de um eventual direito de-

corrente desses fatos extintivos ou a cognição judicial de evidência negativa, ou seja, no sentido do indeferimento de plano da tutela pela inexistência evidente do direito). (Cf. FUX, 2000, pp. 8-12)

Constatada a evidência, a tutela do direito deve ser imediata, sem a necessidade da presença de um dado concreto que implique em um perigo de dano irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*), uma vez que a prontidão se ajusta ao princípio da justiça adequada e “o decurso do tempo diante do direito evidente sem resposta por si só representa uma ‘lesão’” (FUX, 1996, p. 309).

No atual Código de Processo Civil, o instrumento adequado para a efetivação da tutela de evidência é a já sedimentada antecipação dos efeitos da tutela de mérito, prevista no seu artigo 273, com o caráter de satisfação liminar do direito perseguido pelo autor em hipóteses em que haja **ou não** perigo do perecimento do direito em caso de demora na entrega do bem jurídico pretendido (*periculum in mora*).

Na prática judiciária, os casos mais comuns de demandas em que há pedido de tutela antecipada são aqueles que exigem os requisitos do artigo 273, inciso I, do CPC, quais sejam: “a prova inequívoca da verossimilhança das alegações”, a qual teria para alguns autores (Cf. FREITAS CÂMARA, 2008, p. 441) a mesma natureza do *fumus boni iuris* das cautelares, e “o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação” ou *periculum in mora*.

No entanto, a atual sistemática processual civil prevê dois casos em que é possível a concessão da tutela antecipada, sem que haja necessariamente urgência na concessão da medida (presença do *periculum in mora*), quais sejam: a) quando fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu (artigo 273, inciso II, do CPC) e b) quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso (artigo 273, § 6º, do CPC).

Esses dois casos de antecipação de tutela representam as hipóteses de tutela de evidência em vigor na legislação processual civil brasileira, quando a lei prevê a proteção imediata de três casos de direitos evidentes (o primeiro fundamentado na ausência de possibilidade de contestação séria – alínea a do parágrafo ante-

rior – e os outros dois embasados em fatos incontroversos ou em questão estritamente jurídica insuscetível de contradição – alínea *b* do parágrafo anterior), com a característica típica da tutela de evidência de não necessitar da ocorrência do *periculum in mora* para seu provimento.

O projeto de lei do novo Código de Processo Civil (aprovado no Senado Federal – PLS 166/2010 – e em tramitação atual na Câmara dos Deputados Federais) não prevê o instituto da tutela antecipada, prevendo, em sua substituição a **tutela de evidência** e a **tutela de urgência satisfativa**, nos seus artigos 269 a 286. As cautelares típicas, por sua vez, deixam de existir, subsistindo as medidas cautelares inominadas, as quais recebem a nomenclatura de **tutela de urgência cautelar**, podendo, ainda, ser requeridas em caráter antecedente ao pedido principal.

A tutela de urgência satisfativa corresponde ao já referido caso mais corriqueiro de tutela antecipada, quando são necessários para seu deferimento a prova inequívoca da verossimilhança das alegações e o *periculum in mora*, ou seja, são as situações de antecipação da tutela de mérito em que há plausibilidade do direito arguido adicionado à necessidade de se conceder de imediato o provimento jurisdicional, sob pena de perecimento do próprio direito pleiteado ou de sua inutilidade caso seja tutelado apenas ao final do processo.

A tutela de evidência foi prevista no artigo 278 do PLS 166/2010, o qual abrangeu nos seus incisos I e II as duas hipóteses já existentes no atual CPC de tutela antecipada sem necessidade de prova de perigo de dano irreparável ou de difícil reparação (artigo 273, inciso II e § 6º), além de outras situações previstas nos seus incisos III, IV e parágrafo único. Senão, vejamos:

**Art. 278.** A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação, quando:

I – ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do requerido;

II – um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso, caso em que a solução será definitiva;

III – a inicial for instruída com prova documental irrefutável

do direito alegado pelo autor a que o réu não oponha prova inequívoca; ou

IV – a matéria for unicamente de direito e houver tese firmada em julgamento de recursos repetitivos, em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em súmula vinculante.

*Parágrafo único.* Independência igualmente de prévia comprovação de risco de dano a ordem liminar, sob cominação de multa diária, de entrega do objeto custodiado, sempre que o autor fundar seu pedido reipersecutório em prova documental adequada do depósito legal ou convencional.

O inciso III e o parágrafo único acima transcritos tratam do exemplo de Luiz Fux, anteriormente citado no presente trabalho, do direito evidente demonstrável de plano por prova documental; enquanto o inciso IV consiste em situações do também mencionado direito evidente fundamentado em questão estritamente jurídica insuscetível de contradição.

#### *4. A tutela de evidência aplicada ao caso em estudo*

Feitas essas considerações, verifica-se que a hipótese tratada no julgamento do Agravo de Instrumento n.º 65965/AL, delineado no tópico anterior, foi a de direito evidente fundamentado em questão estritamente jurídica insuscetível de contradição.

A tutela de evidência, neste caso, equivaleria à previsão do inciso IV do artigo 278 do PLS 166/2010, uma vez que a matéria do recurso era unicamente de direito e há tese firmada em súmula vinculante (no caso, a súmula vinculante n.º 2 do Supremo Tribunal Federal); ou, poder-se-ia enquadrá-la na previsão do inciso II do mesmo artigo 278 (quando “um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso, caso em que a solução será definitiva”), como o fez o relator do mencionado agravo, citando o artigo 273, § 6º, do CPC em vigor, o qual possui idêntica redação ao inciso II transcrito.

A tutela de evidência tem um facilitador para sua concessão ao não exigir a comprovação do *periculum in mora*, fato este, inclusive, explicitado pelo relator do julgado em análise, em relação à hipótese de tutela antecipada prevista no artigo 273, § 6º, do atual CPC, conforme parte do seu voto transcrito no item 2 deste trabalho.

A previsão de outros casos de tutela de evidência no artigo 278 do PLS 166/2010, além dos já existentes no CPC atual, é uma inovação interessante do ponto de vista que será menos tormentoso ao juiz conceder a liminar, sem que necessite “criar” ou “fundamentar” um perigo de dano irreparável ou de difícil reparação que não se encontre delineado de forma concreta na apresentação da demanda, uma vez que poucos são os casos submetidos ao Judiciário em que a tutela antecipada é concedida com base no artigo 273, inciso II e § 6º, do CPC.

Por outro lado, são inúmeras as causas na prática forense da Justiça Federal, **analisadas à luz do artigo 273, inciso I, do CPC**, em que o direito encontra-se evidente e consolidado nos julgados dos tribunais superiores ou mesmo depende de mera interpretação jurídica do magistrado, sem a necessidade de qualquer dilação probatória, mas que não se verifica um risco de prejuízo irreparável ou de difícil reparação; sendo certo que a decisão liminar é concedida com uma análise artificial da presença do *periculum in mora* ou mesmo sem sua análise, pela simples afirmação aludida acima da possibilidade de dano, por si só, com o decurso do longo tempo do processo diante de um direito evidente.

É o que ocorre, por exemplo, em várias liminares tributárias em que é assegurado liminarmente ao autor o direito ao não recolhimento de determinado tributo já declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que pelo controle difuso de inconstitucionalidade, sendo inconteste a existência do direito; mas o fato de recolher ou não tal tributo não gerará um prejuízo irreparável ou de difícil reparação à empresa como o seu encerramento ou a dificuldade de arcar com suas obrigações ordinárias (alegação genérica feita em grande parte das petições iniciais pelos advogados), bem como é inconteste a solvabilidade da Fazenda Pública Nacional caso a medida seja efetivada somente após o trânsito em julgado.

Tais situações evidenciam aquilo que Eduardo José da Fonseca Costa (2009, p. 53) denomina de tutela de evidência extremada sem urgência ou tutela de evidência pura. Nesses casos:

(...) a despeito dessa quase-certeza do direito afirmado pelo autor: a) o grau de periculosidade é fraco [esqualidez



*fática*]; b) a parte requer a liminar sem afirmar a presença de *periculum in mora* [esqualidez *postulatória*]; ou c) a parte afirma-o, mas o julgador aponta na decisão somente a alta probabilidade da existência do direito, deixando de enfrentar, assim, o *periculum in mora* [esqualidez *decisória*]. Daí a razão pela qual o foco da atenção é atraído para o *fumus boni iuris*, o qual, apresentando-se de uma forma incisiva, deixa de ser “um” dos pressupostos para que se torne “o” pressuposto. Efetivamente, o *periculum in mora* passa a ser visto não mais como um dos motivos para a outorga das tutelas de “urgência”. É como se o “excesso” de *fumus boni iuris* deformasse o campo de gravidade das tutelas de urgência e afastasse do *periculum in mora* o centro de equilíbrio do sistema. Nesse sentido, a despeito da letra fria dos textos de lei sobre a concessão de liminares, tem-se a séria impressão de que os magistrados agem, aqui, conforme uma pauta ético-jurídica não plasmada explicitamente nos dispositivos do Código de Processo Civil de 1973: a evidência palmar do direito lesado importa na injustiça da espera.

Entretanto, uma ressalva deve ser feita: o artigo 278 do PLS 166/2010, ao tentar positivar a tese da tutela de evidência foi muito tímido ao restringir a tutela fundada no direito evidente lastreado em questão estritamente jurídica apenas nas hipóteses de tese firmada em julgamento de recursos repetitivos, em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em súmula vinculante, tendo em conta que inúmeros são os outros casos de questões jurídicas que não dependem de dilação probatória de fatos em que não há *periculum in mora* concreto, sendo certo, entretanto, que a demora em concessão de um direito evidente de plano representa uma lesão ou injustiça a seu titular.

### 5. Conclusões

A tutela de evidência tem como destinatários os casos submetidos à jurisdição em que existe uma quase certeza do direito alegado pelo demandante, ante a presença de elementos nos autos de altíssima carga probatória, ou mesmo nos casos em que é desnecessária a dilação probatória ante a serem incontroversos ou notórios os fatos arguidos ou a discussão de mérito se restringir a questão estritamente jurídica, para cuja solução não é neces-

sário grande esforço exegético (questão insuscetível de contradição). Ante a evidência do direito tutelado, é dispensado o *periculum in mora* como fundamento do provimento jurisdicional.

A literatura da tutela de evidência corresponde, na sistemática processual em vigor, a uma antecipação de tutela de mérito em que não é necessária a presença do *periculum in mora*; sendo certo que o artigo 273, inciso II e § 6º, do CPC corporificam dois casos de tutela de evidência.

A “tutela de urgência satisfativa”, consoante previsão no PLS 166/2010, tem a mesma natureza jurídica, por sua vez, da tutela antecipada prevista no artigo 273, inciso I, do CPC (quando o dano irreparável ou de difícil reparação é pressuposto para sua concessão); enquanto a “tutela de urgência cautelar” é sinônima das atuais medidas cautelares inominadas, dentro do poder geral de cautela previsto no artigo 798 do CPC.

O julgamento do Agravo de Instrumento n.º 65965/AL, analisado no presente trabalho, revela um caso de antecipação de tutela de um direito evidente fundamentado em questão estritamente jurídica insuscetível de contradição, qual seja, a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias, conforme súmula vinculante n.º 2 do STF. Tal caso encontra equivalência na tutela de evidência prevista no artigo 278, inciso IV, do projeto do novo Código de Processo Civil (PLS 166/2010).

As hipóteses de concessão da tutela de evidência contidas no artigo 278 do PLS 166/2010 são muito restritas quando limitam o direito evidente fundado em questão estritamente jurídica às teses firmadas em julgamento de recursos repetitivos, em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em súmula vinculante. Inúmeros são os casos de questões estritamente jurídicas **evidentes** não englobadas no citado artigo da reforma em que não há *periculum in mora* concreto, sendo certo, entretanto, que a simples demora da sua tutela representa uma lesão ou injustiça a seu titular.

Essa última conclusão implica na constatação de que os magistrados continuarão a fundamentar liminares, enfatizando a alta probabilidade da existência do direito (evidência), deixando, no en-

tanto, de enfrentar o *periculum in mora* ou analisando-o artificialmente, nos casos em que este não se apresente de forma concreta, ante o princípio da justiça adequada, célere e efetiva.

#### *Referências*

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Agravo de Instrumento n.º 65965/AL. Processo: n.º 0049513-82.2005.4.05.0000. UF: PE. Órgão Julgador: Quarta Turma. Relator: Marcelo Navarro. Recife, 21.08.2007. Disponível em: [http://www.trf5.jus.br/archive/2007/09/200505000495130\\_20070912.pdf](http://www.trf5.jus.br/archive/2007/09/200505000495130_20070912.pdf). Acesso em 23/03/2012.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. O “direito vivo” das liminares: Um estudo pragmático sobre os pressupostos para sua concessão. São Paulo: 2009. Dissertação de Mestrado apresentada e aprovada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP.

FREITAS CÂMARA, Alexandre. Lições de Direito Processual Civil. 18ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FUX, Luiz. A tutela dos direitos evidentes. **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Brasília, ano 2, n. 16. p. 2, abril de 2000. Disponível em: [http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/894/A\\_Tutela\\_Dos\\_Direitos\\_Evidentes.pdf?sequence=1](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/894/A_Tutela_Dos_Direitos_Evidentes.pdf?sequence=1). Acesso em 23/03/2012.

FUX, Luiz. Tutela de segurança e tutela de evidência. São Paulo: Saraiva, 1996.