

A INCOMPATIBILIDADE DAS TUTELAS PROVISÓRIAS DE EVIDÊNCIA COM O PROCESSO DEMOCRÁTICO

THE INCOMPATIBILITY OF PROVISIONAL EVIDENCE GUARDIANSHIP WITH THE DEMOCRATIC PROCESS

Carlos Marden¹

Raphaella Prado Aragão de Sousa²

RESUMO: A Constituição Federal ocupa importante papel no ordenamento jurídico brasileiro em que constam as normas fundamentais que expandem os seus ideais para os demais ramos do direito, inclusive para o processo civil. Observando as normas constitucionais aplicáveis ao processo, verifica-se a necessidade de observar alguns dos princípios fundamentais, com destaque para o contraditório que deverá ser aplicado de forma substancial, permitindo que as partes se manifestem durante o processo, respeitando a paridade de tratamento. Ocorre que o Código de Processo Civil não se adaptou por completo ao modelo constitucional de processo. Uma dessas irregularidades na observância do processo democrático pode ser verificada nas tutelas provisórias de evidência, quando a decisão é concedida com base em uma das hipóteses do artigo 311 do CPC. Ao verificar os requisitos para a concessão da tutela de evidência, o magistrado está autorizado a proferir a sua decisão, podendo inclusive (em algumas hipóteses) conceder a tutela antes de analisar a manifestação da outra parte. Assim, essa disposição restringe o contraditório e a paridade de tratamento dos sujeitos do processo, valorizando a celeridade em detrimento dos direitos fundamentais, de modo a desvalorizar as garantias processuais que são as características bases do processo democrático. Utilizou-se para a produção do trabalho a análise bibliográfica e o modo de abordagem qualitativo com o objetivo de entender a utilização dos conceitos apresentados, bem como, a pesquisa de natureza exploratória e o método dedutivo, buscando compreender e analisar a legislação e os seus problemas de utilização prática.

Palavras-chave: processo democrático; teoria instrumentalista; tutela provisória de evidência

ABSTRACT: The Federal Constitution occupies an important role in the Brazilian legal system, which includes the fundamental norms that expand its ideals for the other branches of law, including civil proceedings. Observing the constitutional norms applicable to the process, it is necessary to notice some of the fundamental principles, especially the contradictory one that should be applied in a substantial way, allowing the parties to manifest themselves during the process, respecting parity of treatment. It occurs that the Code of Civil Procedure did not fully adapt to the constitutional model of the process. One of these irregularities in observance of the democratic process can be verified in the provisional evidence orders, when the decision is granted based on one of the hypotheses of article 311 of the CPC. When verifying the requirements for granting the guardianship of evidence, the magistrate is authorized to make his decision, and may even (in some cases) grant the guardianship before analyzing the manifestation of the other party. Thus, this provision restricts the contradictory and parity of treatment of the subjects of the process, valuing the speed to the detriment of fundamental rights, in order to devalue the procedural guarantees that are the basic characteristics of the democratic process. A bibliographic analysis and the qualitative approach were used for a work production with the purpose of using the presented concepts, as well as an exploratory research and the deductive method, seeking to understand and analyze a legislation and its problems of use practice.

Keywords: Democratic Process; Instrumentalist Theory; Provisional Evidence Guardianship.

1 Pós-Doutor em Estado, Constituição e Democracia pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Doutor em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Mestre em Ordem Jurídica Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Especialista em Processo Civil pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Procurador Federal.

2 Mestranda em Processo e Direito ao Desenvolvimento pelo Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS).

1 INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 é a primeira codificação processual vigente após a Constituição Federal de 1988, que representa um marco para o Estado Democrático de Direito no Brasil, com a característica de expandir os ideais das suas normas para os demais ramos do Direito, influenciando na interpretação dos institutos do Ordenamento Jurídico nacional. Portanto, o processo civil precisa ser visualizado a partir do modelo constitucional de processo com destaque para a observância do conjunto de princípios previstos na Constituição Federal.

O Código de Processo Civil de 2015 busca adequar o processo ao modelo constitucional, inclusive colocando entre as suas normas fundamentais alguns dos princípios constitucionais. Porém, ao longo da legislação, verificam-se algumas incompatibilidades dos institutos processuais com os objetivos de um Estado Democrático, prevalecendo o ideal ultrapassado da Teoria Instrumentalista do processo que observa o processo apenas como um instrumento de concretização do direito material, com o objetivo de realizar escopos sociais, políticos e jurídicos.

A tutela de evidência é uma das representações da prevalência da teoria instrumentalista, pois busca conceder provisoriamente o direito de usufruir o objeto que se encontra no litígio, no intuito de acelerar o resultado da demanda em detrimento do contraditório e dos direitos das partes de se manifestarem de forma paritária.

Assim, com a realização de uma abordagem qualitativa e por meio da análise bibliográfica de livros e periódicos, objetiva-se demonstrar a incompatibilidade do instituto das tutelas provisórias de evidência com o processo democrático e como este instituto reflete os ideais da teoria instrumentalista do processo. Ademais, a pesquisa é classificada como de natureza exploratória e pura em relação aos resultados.

2 AS INFLUÊNCIAS DA TEORIA INSTRUMENTALISTA NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO E SUAS INCOMPATIBILIDADES COM O MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO

A Constituição Federal de 1988 elencou uma série de direitos e garantias dentro do seu rol de direitos fundamentais, inclusive, garantias processuais que ajudam a confirmar a tendência de constitucionalização do processo civil, buscando adequar o processo às peculiaridades do Estado Democrático de Direito (NUNES, 2009, p. 243).

Nesse contexto, o debate processual não deve ser colocado em segundo plano, pois o processo não pode ser reduzido a uma relação jurídica em que predomina a superioridade do Estado-juiz (NUNES; BAHIA, 2010, p. 84).

Supostamente, as reformas na legislação processual ocorrem de acordo com os princípios processuais expostos na Constituição Federal, respeitando os ideais do processo democrático. No entanto, parte da doutrina processual brasileira adota a concepção de funcionalidade e eficácia do processo, não apresentando maiores preocupações com o segmento garantista, próprio do processo observado como parte do sistema constitucional (NUNES, 2009, p. 252).

Com base na perspectiva de funcionalidade e eficácia, o cidadão é um espectador da prestação jurisdicional e o processo é visto como um meio de produtividade. Essa compreensão exalta a eficiência quantitativa do processo, visualizando este como um mecanismo para ofertar soluções de modo rápido e efetivo (NUNES, 2009, p. 252).

Para entender por que a doutrina brasileira ainda permanece aferrolhada a essa concepção, é preciso elucidar de forma breve e superficial parte da evolução do direito

processual, evidenciando alguns dos principais pontos.

Destaca-se que o entendimento difundido de que o processo é uma relação jurídica não é uma novidade. Oskar Von Bülow já destacava que o processo civil é formado por deveres e faculdades que estabelecem vínculos entre as partes, sendo o processo uma relação de direitos e obrigações recíprocas (BÜLOW, 1964, p. 01).

O grande ganho apresentado no posicionamento de Oskar Von Bülow consiste na demonstração de que o processo possui princípios e regras próprias que não se vinculam ao direito material. Ele abandonou o entendimento replicado anteriormente de que o processo é uma consequência da relação de Direito Privado geradora de um litígio que seria debatido perante o tribunal (LEAL, 2002, p. 82).

Essa teoria ganhou força no final do século XIX, em um momento em que a doutrina processual objetivava evidenciar que o direito processual é autônomo em relação ao direito material, permanecendo esse ideal até os dias atuais (MARINONI, 2006, p. 275).

Na relação jurídica processual, a figura central e exaltada é a jurisdição, de modo que o importante é garantir o exercício do poder estatal, desconsiderando as particularidades dos sujeitos envolvidos no processo. Segundo essa perspectiva (ainda dominante), o processo é um instrumento que possui a função de garantir a paz social. Assim, por meio da jurisdição, o Estado exerce o seu poder, com o objetivo de eliminar os conflitos apresentados e realizar a concretização de seus escopos sociais, políticos e jurídicos (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2014, p.60).

A instrumentalidade do processo é caracterizada como o sentido positivo do processo, como o mecanismo de garantir a efetividade processual:

Por outro lado, a instrumentalidade do processo, aqui considerada, é aquele *aspecto positivo* da relação que liga o sistema processual à ordem jurídico-material e ao mundo das pessoas, dos grupos e do Estado, com realce à necessidade de predispô-lo ao integral cumprimento de todos os seus escopos sociais, políticos e jurídico. Falar da instrumentalidade nesse *sentido positivo* é portanto alertar para a necessária efetividade do processo, ou seja, para a necessidade de ter-se um sistema processual capaz de servir de eficiente caminho à *ordem jurídica justa* (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2014, p. 60).

De acordo com o entendimento apresentado, é visível a valorização da serventia processual em relação ao direito material e a perquirição constante da eficiência, no sentido de alcançar o alvo pretendido, ou seja, os escopos metajurídicos. O processo se apresenta como um sistema dependente que integra a ordem jurídica do país, uma vinculação que proporciona ao Estado os meios para exercer os seus fins (DINAMARCO, 2008, p. 95).

Entre as finalidades estatais, Cândido Rangel Dinamarco destaca o escopo social (como o poder do Estado de influenciar de modo favorável a vida dos seus membros no meio da coletividade). Ademais, o escopo social é uma manifestação da capacidade do Estado de organizar a vida em sociedade, considerando as aspirações individuais na conservação dos seus bens e valores, promovendo a paz social por meio da ligação existente entre a legislação e a função jurisdicional (DINAMARCO, 2008, p. 188).

Já o escopo político é fundamentado em três aspectos, o primeiro é afirmar a capacidade do Estado de decidir de modo imperativo, o segundo é assegurar a liberdade e o terceiro é garantir a participação dos cidadãos na esfera social (DINAMARCO, 2008, p. 198). Por último, o escopo jurídico é apresentado como a função que o processo desempenha perante o direito, é a atuação do processo como mecanismo de apontar a vontade concreta

da lei e realizar a justa composição da lide (DINAMARCO, 2008, p. 209).

Além da preocupação exclusiva com a realização dos escopos, a Teoria da Relação Jurídica apresenta implicitamente outro problema que a torna incompatível com o Estado Democrático de Direito: a ideia do autoritarismo judicial. Segundo esta visão, o magistrado possui o poder exclusivo de controlar o andamento processual, ressaltando a importância do Poder Judiciário, inclusive acreditando que a atuação judicial tem relevância superior à atividade parlamentar (COUTINHO, 2012, p.27).

O estudo do direito processual começa a ser modificado com Elio Fazzalari, que passa a estudar o processo de um modo diferenciado e distante da ideia do autoritarismo judicial e do entendimento de que o processo se resume a um instrumento da jurisdição, entendimento implantado pela Teoria da Relação Jurídica. Assim, Elio Fazzalari começa a caminhar para uma aproximação do modelo processual adequado ao Estado Democrático de Direito.

Primeiramente, para apresentar o conceito de processo desenvolvido por Elio Fazzalari, é necessário demonstrar como ele desenvolve o conceito de procedimento. O procedimento, de acordo com a Teoria Estruturalista, é um conjunto de deveres, poderes, faculdades e posições subjetivas, extraídos da norma jurídica com o objetivo de alcançar o provimento final (FAZZALARI, 2006, p. 114).

A partir do conceito de procedimento, Fazzalari complementa e diferencia o conceito de processo, afirmando que o processo é um procedimento em contraditório (FAZZALARI, 2006, p. 118). Assim, é necessário observar a dialética desenvolvida pelos destinatários dos efeitos do ato final que atuam em posições de simétrica paridade (FAZZALARI, 2006, p.119).

Mesmo diante dos ganhos apresentados por meio da teoria estruturalista, ela não foi imune às críticas, que constataram a sua excessiva preocupação com as formalidades das questões estruturais, bem como a sua insuficiência por não atentar para os aspectos constitucionais do processo (COUTINHO, 2012, p. 29).

Os aspectos constitucionais do processo são tratados no modelo constitucional de processo desenvolvido por Italo Andolina e Giuseppe Vignera que apresentam 03 (três) características fundamentais: a expansividade, a variabilidade e a aperfeiçoabilidade (ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p. 09).

A expansividade é aptidão de condicionar a organização de qualquer procedimento jurisdicional que foi introduzido pelo legislador ordinário, adequando o procedimento ao modelo constitucional. Já a variabilidade é caracterizada como a possibilidade de o processo assumir diversas formas, adequando o procedimento e as peculiaridades do caso concreto aos fundamentos básicos do modelo em exame. Por último, a aperfeiçoabilidade consiste na característica do processo possuir a aptidão de ser aperfeiçoado, melhorado ou engrandecido pelo legislador infraconstitucional (ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p. 09).

No modelo constitucional, é outorgada às partes a oportunidade real de apresentar defesa e demonstrar as suas provas de modo que elas sejam consideradas na dialética desenvolvida, mantendo-as em posições de paridade em todas as fases do processo (BARACHO, 2008, p. 13). Desse modo, a lei não pode fornecer formas ilusórias que só aparentemente apresentam as concepções do processo do modo em que foi consagrado na Constituição Federal, pois o processo não pode destituir o indivíduo das oportunidades de validarem os seus direitos (BARACHO, 2008, p. 11).

Ocorre que a compreensão instrumentalista do processo ainda repercute em objeções aos ideais do processo democrático. Atualmente, diante da assimilação do processo como um instrumento de efetivação do direito material, as reformas processuais ainda ostentam

as consequências da visão instrumentalista, porém se apresentam e são defendidas com um discurso que parece ser compatível com o modelo constitucional.

Com o fim único de alcançar a celeridade, ou seja, buscar mecanismos para acelerar os resultados do processo, visualiza-se uma compreensão ilógica do que seria o acesso à justiça, ultrapassando despercebidamente os demais direitos fundamentais, com enfoque contrário ao do processo constitucional, que busca a efetivação plena dos direitos fundamentais sem restringir os direitos de defesa (BARACHO, 2008, p. 21).

Desse modo, ao ressaltar os reflexos do instrumentalismo na reforma processual civil, Flaviane Barros menciona: “o instrumentalismo foi, com certeza, a linha mestra para a reforma do processo civil, na busca por celeridade e efetividade como bases para um verdadeiro acesso à justiça, entendido como acesso à [sic] uma ordem jurídica justa.” (BARROS, 2009, p. 08).

No entanto, o instrumentalismo é uma teoria a ser superada, pois o processo precisa ser visualizado sobre o prisma constitucional e democrático do direito, valorizando primeiramente a oportunidade das partes construírem conjuntamente e em simétrica paridade o provimento final, sem desrespeitar os demais direitos fundamentais (COUTINHO, 2012, p.32).

Essa breve digressão foi realizada para demonstrar como o Código de Processo Civil de 2015 inseriu o instituto da tutela de evidência, subvertendo os fundamentos compatíveis com o processo democrático e colocando a evidência como um caminho mais rápido e célere para o magistrado fornecer o provimento (MARDEN, 2015, p. 154). Com isso, a evidência contamina o processo e prejudica os direitos fundamentais das partes ao reduzir a complexidade processual (MARDEN, 2015, p. 155).

Diante disso, com o objetivo de expandir a problemática que envolve a aplicação da Teoria Instrumentalista no Estado Democrático de Direito, o foco do próximo tópico se restringe a demonstrar a vinculação existente entre o instituto das tutelas provisórias de evidência e a celeridade processual.

3 A VIGENTE BUSCA DA CELERIDADE POR MEIO DAS TUTELAS DE EVIDÊNCIA

Os reflexos dos entendimentos da Escola Instrumentalista ainda são frequentes no direito processual brasileiro, podendo ser visualizados principalmente quando se objetiva a conclusão do processo no menor tempo possível.

Em uma perspectiva instrumentalista, o tempo é visualizado como um elemento delicado do processo, pois se apresenta como uma barreira para o impasse de fazer o bem de forma rápida. Destaque-se que, nas sociedades contemporâneas, esse dilema é ainda maior, pois a velocidade em que se sucedem os acontecimentos gera uma exigência de maior celeridade no âmbito processual (ASSIS, 2016, p. 77).

Ocorre que essa preocupação de garantir a celeridade não pode ser imoderada, impossibilitando o exercício das garantias processuais das partes:

A justa preocupação em impor maior velocidade na solução jurisdicional não pode ser excessiva, caso contrário a qualidade da prestação jurisdicional e a garantia das partes sairão prejudicadas. Não se trata de fazer bem ou fazer logo. Precisamos fazer bem e com presteza. Nesse contexto que se inserem as chamadas técnicas aceleratórias do processo. Precisam impor agilidade, mas não podem descurar das garantias (ASSIS, 2016, p. 77).

O Código de Processo Civil de 2015 nasceu com o encargo de tornar o processo civil mais ágil do que era durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973 (BONICIO,

2016, p. 170). O reflexo dessa preocupação resultou na inserção de alguns institutos do direito processual, entre eles, as tutelas provisórias de evidência (BONICIO, 2016, p. 171).

Com a finalidade de inserir um processo mais rápido e célere no Brasil, a tutela de evidência³ foi instituída como um instrumento, nomenclatura utilizada pela maioria da doutrina, de combate aos males da demora processual, em virtude do possível cenário de insegurança desenvolvido diante da lentidão da máquina judicial (BODART, 2015).

A conceituação dos direitos evidentes já era mencionada pela doutrina antes mesmo do Código de Processo Civil de 2015. Destacava-se que são considerados evidentes os direitos em que há uma probabilidade de certeza somada a uma preocupação excessiva da demora, conforme menciona Luiz Fux⁴:

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 (FUX, 2000, p. 02).

Evita-se que o detentor do direito evidente arque com o ônus do tempo processual, ocasião em que estará impossibilitado de usufruir do objeto em litígio. Verifica-se uma preocupação constante com a duração do processo e com o gozo do objeto posto em juízo:

A tutela antecipada de evidência pura é, justamente, aquela na qual se tutela o direito quase certo do provável vencedor da demanda, evitando-se que ele acabe suportando o ônus do tempo do processo, já que ficaria todo o seu trâmite privado de usufruir do objeto litigioso, enquanto a parte adversa, que possui grandes chances de sucumbir, usufrui dele. Assim, a tutela de evidência é uma forma importante de tutela sumária que visa satisfazer a efetividade da jurisdição, a economia processual e a duração razoável do processo (MACÊDO, 2015, 05).

Na prática jurídica, um dos fatores que atormentam os processualistas é a gestão do tempo de forma razoável, com o intuito de evitar abusos que possam prolongar o processo, demonstrando a preocupação dos processualistas brasileiros com a inefetividade do resultando final (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, P. 415).

No entanto, a apreensão com o tempo não se restringe aos casos em que há o perigo

3 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 documental 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.

4 Cabe aqui lembrar que Luiz Fux (então Ministro do Superior Tribunal de Justiça) foi o Presidente da Comissão de Juristas designada pelo Senado Federal para fazer a primeira versão do atual Código de Processo Civil.

de dano ou o risco ao resultado útil do processo, requisitos próprios das tutelas provisórias de urgência. No Código de Processo Civil de 2015, o legislador foi além, expondo a preocupação de evitar que o autor arque de forma indevida com o ônus do tempo, buscando tutelar de forma mais rápida, ainda que provisória, o direito que transparece evidente e, portanto, hábil para a aplicação da tutela provisória de evidência (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p.415).

Assim, por meio da tutela de evidência o legislador buscou combater o dano marginal, decorrente da tramitação normal do processo e independente do perigo de dano ou do risco ao resultado útil (RIBEIRO, 2016). Os defensores dos direitos que transparecem, acreditam que a ausência de resposta imediata acarreta em uma lesão, devendo ser garantida a inafastabilidade da jurisdição, incumbindo ao Poder Judiciário o encargo de garantir a efetividade desse direito.

O decurso do tempo diante do direito evidente sem resposta por si só representa uma “lesão”. Ademais, a fórmula constitucional da inafastabilidade da jurisdição foi ditada para “entrar em ação” tão logo descumprido o direito objetivo. Assim, desrespeitando o direito evidente, deve incidir a garantia judicial, que variará na sua efetivação conforme a lesão seja evidente ou duvidosa (FUX, 2000, p. 05).

A técnica desenvolvida por meio da tutela de evidência possui o objetivo de possibilitar a distribuição do tempo do processo, sob o seguinte entendimento: 01) o autor não pode arcar sozinho com o tempo do processo; 02) o tempo do processo é visualizado como um ônus; e 03), para proporcionar a isonomia no âmbito processual, o ônus do tempo deve ser distribuído entre os litigantes (MARINONI, 2017, p. 276).

Diante disso, a repartição do ônus do tempo deve ocorrer quando a probabilidade do direito do autor é evidente e quando a defesa do réu se apresenta frágil e carecendo de integridade (MARINONI, 2017, p. 278).

Teoricamente, nessas situações do art. 311 do CPC, a defesa do réu poderia ser considerada abusiva, desnecessária em virtude das provas já demonstrarem o direito do autor, por existir súmulas ou julgamentos repetitivos no mesmo sentido e nos casos em que a contestação do réu não produza prova suficiente para surgir dúvidas em relação ao direito da outra parte, de modo que estender o tempo do processo se torna desnecessário (MARINONI, 2017, p. 278). Diante da atual lentidão do Poder Judiciário brasileiro, a ideia parece plausível, porém a busca da celeridade não pode ocorrer sem observar uma reflexão mais profunda, em prejuízo a outros valores processuais e constitucionais que são indispensáveis para o Estado Democrático de Direito (NERY, 2016, p. 364).

Por meio da manifestação das tutelas provisórias de evidência do CPC e analisando o modo como a doutrina apresenta a sua preocupação com a celeridade e comemora a vigência do instituto em análise, observa-se que o direito processual não avançou no estudo teórico da ciência processual, perdurando no entendimento da Escola Instrumentalista que assimila o processo como uma relação jurídica (MARDEN, 2015, p. 134).

Desse modo, as reformas processuais ainda exaltam e privilegiam a celeridade e a simplificação dos procedimentos, direcionam a uma resposta jurisdicional mais rápida, porém, acabam desconsiderando a verdadeira finalidade do processo democrático (MARDEN, 2015, p. 134).

A problemática envolve a desconsideração de uma análise do tempo sob a perspectiva kairológica,⁵ mecanismo adequado para verificar a concepção de tempestividade, considerando que o tempo devido não pode ser visualizado como algo exato (MARDEN, 2015, p.97). Assim, é necessário observar a tempestividade a partir da análise de duas espécies de intempestividade:

A tempestividade é um espaço-tempo compreendido entre duas espécies de intempestividade: a pressa (quando a ação é praticado tão rápido que não permitem que se desenvolvam os atos essenciais para a obtenção do resultado originalmente pretendido) e o atraso (quando a ação demora tanto a ser praticada que a sua realização não é mais apta a atingir a finalidade à qual se destinava). (MARDEN, 2015, p. 97)

Por meio de uma investigação do fenômeno temporal, focada nos ganhos qualitativos que ele pode proporcionar, deve-se buscar o meio termo entre a pressa e a demora, desprendendo-se da ideia de tempo cronológico e passando a valorizar e conservar a capacidade dos atos atingirem os seus objetivos principais (MARDEN, 2015, p. 97), ou seja, a concretização dos direitos fundamentais no âmbito processual.

É importante ter consciência de que um processo demasiadamente rápido pode comprometer a decisão e que, na prática, a razoável duração do processo prevista na Constituição Federal deve observar as circunstâncias do caso concreto.

Não podemos esquecer que a Constituição estabelece a garantia de “duração razoável” do processo. O que é razoável? Dependendo das circunstâncias o razoável envolve grande celeridade, mas nem sempre. Não teria duração razoável um processo que permitisse que alguém fosse privado de um bem da vida, em caráter definitivo, sem ter tempo para apresentar adequadamente suas razões de defesa. Da mesma forma que não teria duração razoável o processo que se perdesse em meandros desnecessários, fazendo com que a solução viesse tarde demais (ASSIS, 2016, p. 79).

Nos casos em que há uma possibilidade de concessão da tutela provisória de evidência, não se visualiza uma necessidade que justifique a aceleração do tempo. O legislador reproduziu na legislação vigente o discurso da contemporaneidade⁶, demonstrando uma preocupação com fatores externos ao processo, buscando adequar à técnica processual a pressa social e desconsiderando que a decisão é um objeto da atividade intelectual, formada por meio da participação dos sujeitos processuais, dispondo do contraditório como um elemento essencial (ASSIS, 2016, p. 80).

Em algumas hipóteses das tutelas provisórias de evidência, o contraditório é postergado, passa a ser analisado de forma mais profunda após uma decisão prévia. No entanto, isso acarreta em algumas sequelas que não são compatíveis com os fundamentos do processo

5 Na visão dos gregos, não havia apenas o tempo cronológico, mas também o tempo kairológico. Este não era o tempo contado de forma linear, passível de ser marcado no relógio. Tratava-se da percepção de que existe um tempo devido ou oportuno. Quando se falava em tempo kairológico, compreendia-se que a intempestividade pode vir não apenas da demora, mas também da pressa (nos casos em que algo era feito tão rápido, que não havia tempo suficiente para atingir seus objetivos). Essa mesma percepção pode ser trazida para o tempo processual, chamando-se atenção para o fato de que o tempo processual também é indevido quando não se mostrar suficiente para permitir o exercício dos direitos fundamentais processuais (MARDEN, 2015).

6 O discurso da contemporaneidade ao qual se refere é o da hipermodernidade: uma forma muito específica de perceber o mundo mediante a negação acelerada do passado. Trata-se de uma perspectiva comum no Século XXI, em que a síndrome da pressa impede que as pessoas tenham paciência para conceder tempo suficiente de amadurecimento para qualquer coisa. Assim como todos os institutos da sociedade contemporânea, o processo também acaba contaminado por esta peculiaridade cultural (MARDEN, 2015).

democrático, pois a garantia do contraditório é sacrificada para valorizar a celeridade.

No Estado Democrático de Direito, não é adequado simplificar o processo ao ponto de sacrificar outros direitos fundamentais (BARACHO, 2008, p.20). Essa máxima é adequada à problemática das tutelas de evidência, pois esta ecoa uma preocupação com a celeridade que ultrapassa desenfreadamente o contraditório e o poder de influência das partes, falseando a ideia de processo democrático.

4 O PROBLEMA DA EVIDÊNCIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A sociedade vive com a ansiedade de realizar todas as suas ações da maneira mais rápida, sempre com o intuito de economizar o tempo, prevalecendo uma sensação de que o transcorrer do tempo ocasiona prejuízos para os demais campos da vida humana. Com essa pressa, comumente ultrapassa-se vários momentos sem apreciar os detalhes que a vida proporciona, naturalmente, menosprezando alguns valores e exaltando outros.

Em um trecho da música “Tudo Muito Rápido” da Banda Biquíni Cavado, há uma representação das escolhas que os seres humanos realizam em suas vidas durante o transcorrer do tempo e dos reflexos que estas escolhas podem acarretar, pois quando o homem procede com cautela é possível escolher os valores mais importantes em detrimento da passagem cronológica, menosprezando os que menos interessam, conforme é mencionado no seguinte trecho da música: “Essa vida, nesse mundo tudo acontece muito rápido. Se a mente está alerta podemos escolher o que deixar de lado” (BIQUINI CAVADÃO, 1994).

Analogicamente a música pode ser aplicada para ilustrar a situação embaraçosa da utilização da tutela de evidência no Estado Democrático de Direito, em razão da necessidade de precaução na utilização deste instituto que busca acelerar o resultado do processo, verificando que a sua aplicação favorece na desatenção das escolhas em que o julgador deverá realizar, prevalecendo à perquirição por um processo rápido em prejuízo do conjunto de valores fundamentais e garantistas típicos do processo democrático.

Assim como na música, é preciso prestar atenção nos valores mais importantes e escolher o que desprezar, portanto, objetiva-se demonstrar as barreiras existentes para os propósitos da tutela de evidência no ordenamento jurídico brasileiro, em virtude de desconsiderar os princípios fundamentais do modelo constitucional de processo.

De plano, é necessário destacar que os direitos evidentes são verificados por intermédio da plausibilidade, ou seja, objetiva-se encontrar uma solução rápida que pareça ser razoável ao ponto de dispensar as provas e desprezar o contraditório, conforme Rui Cunha Martins:

Diz-se evidente o que dispensa a prova. Simulacro de autorreferencialidade, pretensão de uma justificação centrada em si mesmo, a evidência corresponde a uma satisfação demasiado rápida perante indicadores de mera plausibilidade. De alguma maneira, a evidência instaura um desamor ao contraditório. Dotada de semelhante quadro de valências, suposto seria que ela viesse blindada a sua participação em qualquer dispositivo crítico ou processual destinado a instituir-se em limite contra a arbitrariedade (MARTINS, 2013, p. 02).

O problema da evidência no Estado Democrático de Direito ocorre em virtude de a sua aptidão de contaminar os princípios fundamentais do processo e os mecanismos que asseguram a realização destes princípios. Assim, para tornar o processo mais democrático, é necessário buscar alternativas para evitar que a evidência não contamine o direito e os valores principiológicos basilares do ordenamento jurídico (MARTINS, 2013, p. 02).

A prova, a convicção e o processo são os mecanismos que o julgador precisa assegurar para constranger a contaminação da evidência, porém, estes mecanismos interferem no desempenho do processo em relação à efetividade, pois claramente a evidência proporciona a apresentação de resultados mais rápidos (MARTINS, 2010, p. 84). Provar algo significa fundamentar as afirmações sobre os fatos, deslocando para o processo os elementos que podem ser utilizados para fundamentar as discussões e buscar a verdade sobre aquilo que está sendo objeto do debate endoprocessual.

Conforme mencionam Hugo Machado Segundo e Rachel Machado:

De fato, usualmente se emprega a palavra prova para designar: (i) elemento por meio do qual se busca fundamentar uma afirmação sobre fatos; (ii) o ato ou a série de atos destinados a trazer esse elemento aos autos de um processo ou ao ambiente onde está havendo a discussão em torno da qual se põe em dúvida a veracidade de uma afirmação sobre fatos; e finalmente, (iii) a crença do julgador de que a controvertida afirmação sobre fatos é verdadeira (MACHADO SEGUNDO; MACHADO, 2014, p. 1247).

Ao contrário da evidência, a prova busca a verdade⁷ dentro do processo de modo a proporcionar um efeito de correção sobre a irracionalidade da evidência. Quando o julgador considera os direitos evidentes, ele procura a solução no seu entendimento prévio, chegando a uma resposta de acordo com os sentidos que lhe indicam o caminho mais correto para decidir (MARTINS, 2013, p. 03), sem observar os fatores que estão postos em juízo, antes de proporcionar para as partes o debate e o contraditório substancial, ignorando os detalhes que deveriam ser expostos no processo e que poderiam contribuir para a tomada de uma decisão mais adequada.

Quando o julgador utiliza a tutela de evidência, ele está verificando indícios que o permitem antecipar um resultado, preenchendo o que o magistrado entende como conveniente para determinada causa, ou seja, o que ele presumidamente entende como provável (MARTINS, 2013, p. 08). Com essa possibilidade, manifesta-se uma preferência por uma decisão imediata e compatível com a ideia de celeridade, fundindo o que se espera com o que se percebe de imediato, diminuindo o tempo e proporcionando o resultado que provavelmente será auferido ao final do trâmite processual (MARTINS, 2013, p. 09-10).

Naturalmente o ser humano possui uma tendência a presumir o que conhece como verdadeiro até que algo possibilite a demonstração de que mesmo com a aparência de autenticidade o que parece pode não ser exatamente o que o sujeito espera (MACHADO SEGUNDO; MACHADO, 2014, p. 1256). Essa mesma limitação do ser humano é verificada no âmbito processual, quando a prova é restringida e o instituto da tutela de evidência permite que o julgador defira o pedido apenas com a probabilidade do direito e com o encaixe dos fatos em uma das possibilidades do rol do art. 311 do CPC.

Buscar a verdade dos fatos objetos do litígio não é o propósito do processo civil, porém, é um caminho necessário para que toda decisão seja legítima, alcançando a resolução apropriada à controvérsia (TARUFFO, 2014, p. 22). O propósito do processo civil é fornecer

⁷ A verdade aqui não tem necessariamente o sentido de verdade objetiva, até porque muitas das questões são meramente jurídicas, dispensando a instrução probatória. No caso, fala-se de verdade no sentido de que um dos objetivos do processo é obter uma decisão judicial que seja coerente com os argumentos e/ou provas constantes dos autos. Trata-se, então, de uma espécie de verdade processual.

as garantias fundamentais para as partes, evitando que sofram com as decisões arbitrárias dos julgadores. Desse modo, o caminho mais adequado para tornar a decisão legítima é por meio do contraditório, possibilitando que as partes se manifestem no processo, pois o contraditório é expresso nas alegações das partes, na produção das provas e contraprovas (NERY JÚNIOR, 2016, p. 246).

Outro ponto importante a ser destacado é que as provas são dirigidas ao processo e o juiz não pode interditar a sua produção mesmo quando alegar que já se convenceu dos fatos, conforme destaca Nelson Nery Júnior:

O destinatário da prova é o processo e não o juiz, de modo que não se pode indeferir a realização de determinada prova sob o fundamento de que o julgador já se encontra convencido da existência do fato probando ou da própria questão incidental ou de mérito posta em causa (NERY JÚNIOR, 2016, p. 246).

No Código de Processo Civil de 2015, o contraditório é observado como um esquema dialógico em que há uma interação entre o juiz e as partes, responsáveis por em conjunto construir uma decisão legítima (CUNHA, 2013, p. 9315). Para atender o contraditório substancial, o processo precisa ser estruturado de forma dialética, observando a participação das partes como uma manifestação da democracia, possibilitando este envolvimento no momento de realizar a coleta das provas e no convencimento do magistrado (CUNHA, 2013, p. 9314).

O contraditório é um ganho do processo civil proporcionado pela Constituição Federal de 1988, em razão de até a Constituição Federal de 1969 só existir a previsão da garantia do contraditório para o processo penal (NERY JÚNIOR, 2016, p. 243). Ademais, a Constituição Federal de 1988 é o marco do Estado Democrático de Direito no Brasil, capaz de irradiar a sua força normativa na aplicação e na interpretação das demais normas jurídicas, inclusive no processo civil (CUNHA, 2013, p. 9296).

A constitucionalização do direito é verificada como a expansão da aplicação das normas constitucionais em que os princípios constitucionais passaram a condicionar a validade de todo o sistema jurídico (CUNHA, 2013, p. 9296). Diante disso, o processo precisa ser visualizado com base no processo constitucional democrático que possui como pilares os princípios da ampla defesa, participação das partes, contraditório, imparcialidade e fundamentação da decisão (COUTINHO, 2012, p. 31).

Assim, visualiza-se que o processo se substancializa como um campo fértil de concretização dos direitos fundamentais, deixando de representar o simples instrumento utilizado para a realização do direito material.

Diante dessa perspectiva, a tutela de evidência é incompatível com os fundamentos do processo democrático por lesionar os princípios básicos do modelo constitucional de processo (MARTINS, 2013, p. 02) quando o instituto assente no art. 311, parágrafo único, as hipóteses de concessão da liminar, autorizando uma decisão que será concedida sem a observância da manifestação do contraditório, da ampla defesa e da participação das partes.

Além disso, possibilitar que o juiz decida com base no que ele considera provavelmente aceitável também afeta a imparcialidade do magistrado, que decide de acordo com o que entende subjetivamente como verdade. Esse fator prejudica a fundamentação das decisões, pois primeiramente o juiz decide e posteriormente elabora uma fundamentação ilusória, baseada apenas nas hipóteses do art. 311 do CPC somadas ao que o magistrado entende

como a probabilidade do direito.

5 CONCLUSÃO

O processo precisa ser observado como um campo de concretização dos direitos fundamentais, refletindo os ideais constitucionais que objetivam oferecer garantias fundamentais para as partes, evitando que elas sejam privadas dos seus direitos sem o devido processo legal.

As alterações realizadas com a vigência do Código de Processo Civil de 2015 perpassam o discurso de que o processo civil brasileiro se adequou as normas do Estado Democrático de Direito. Contudo, algumas incoerências são verificadas, como no caso das tutelas provisórias de evidência que podem ser concedidas com base na probabilidade do direito e em alguns casos mediante a postergação do contraditório.

Com isso, observa-se a prevalência da ultrapassada teoria instrumentalista do processo que valoriza a decisão célere em prol da mitigação do contraditório e da paridade de tratamento das partes, permitindo que o magistrado decida de acordo com o que ele acha provável, realizando um preenchimento de suas expectativas.

Ocorre que quando a decisão é concedida por meio da postergação do contraditório, no momento de o magistrado ouvir a manifestação da parte contrária, ele já ouvirá com uma visão preconceituosa, sem realizar uma averiguação crítica do que a parte está manifestando.

Para evitar que a evidência proporcione decisões nocivas aos valores fundamentais, é necessário que o processo seja realizado por meio do seu transcurso normal, por meio da cognição plena, em que deve prevalecer o respeito às garantias fundamentais expostas no art. 5º da Constituição Federal, a exemplo do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, assegurando a manifestação paritária das partes no processo, inclusive proporcionando substancialmente os direitos de defesa e a produção de provas.

REFERÊNCIAS

ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. *I Fondamenti Costituzionali Della Giustizia Civile: Il modelo costituzionale del processo civile italiano*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997.

ASSIS, Carlos Augusto de. Técnicas Aceleratórias e Devido Processo Legal. *RBDPro*, Belo Horizonte, ano 24, n. 95, p. 77 – 93, jul./set. 2016.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do Processo Penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08, n. 11.719/08 e n. 11.900/09*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BIQUINI CAVADÃO. *Tudo Muito Rápido*. Disponível em: < <https://www.letas.mus.br/biquini-cavadao/234189/> >, 1994. Acesso em: 09. Jun. 2018.

BONICIO, Marcelo Joé Magalhães. *Princípios do Processo no Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

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.

- BÜLOW, Oskar Von. *La Teoría de Las Excepciones Procesales y Los Presupuestos Procesales*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa - América, 1964.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- COUTINHO, Carlos Marden. Processo (Constitucional): reconstrução do conceito à luz do paradigma do estado democrático de direito. *Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano 10, n. 14, p. 24 – 40, jan./dez. 2012.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. O Processo Civil no Estado Constitucional e os Fundamentos do Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro. *RIDB*, Lisboa, ano 2, n. 9, p. 9293 – 9327, 2013.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. Tutela Provisória de Evidência. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca, PEREIRA, Mateus Costa, GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. (coords). *Grandes Temas do Novo CPC: tutela provisória*. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 6.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Campinas: Bookseller, 2006.
- FUX, Luiz. *A Tutela dos Direitos Evidentes. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*, Brasília, ano 2, n. 16, p. 23 – 43, abr. 2000.
- LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a Fundamentação das Decisões no Direito Processual Democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- MACÊDO, Lucas Buril de. Antecipação da Tutela Por Evidência e os Precedentes Obrigatórios. *Revista do Processo*. *Repro*, São Paulo, v. 242, p. 523 – 552, abr. 2015.
- MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. Prova e Verdade em Questões Tributárias. *RIDB*, Lisboa, ano 3, n. 2, p. 1245 – 1280, 2014.
- MARDEN, Carlos. *A Razoável Duração do Processo: o fenômeno temporal e o modelo constitucional processual*. Curitiba: Juruá, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Da Teoria da Relação Jurídica Processual ao Processo Civil do Estado Constitucional. *Cadernos da Escola de Direito*, Curitiba, v. 1, n. 6, p. 275 – 306, jan./dez. 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de Urgência e Tutela de Evidência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- MARTINS, Rui Cunha. Estado de Direito, Evidência e Processo: incompatibilidade electivas. *Sistema Penal & Violência*, Porto Alegre, v. 2, n. 1, p. 83 – 90, jan./jun. 2010.
- MARTINS, Rui Cunha. *O Ponto Cego do Direito: the Brazilian lessons*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. *Processo, Jurisdição e Processualismo Constitucional Democrático na América Latina: alguns apontamentos*. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, v. 101, p. 61 – 96, jul./dez. 2010.

NUNES, Dierle José Coelho. Processo Constitucional: uma abordagem a partir dos desafios do estado democrático de direito. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 03, n. 4, p. 240 – 266, jul./dez. 2009.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela Provisória*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

TARUFFO, Michele. *A Prova*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

Recebido em: 31/10/2018

Aprovado em: 02/07/2019

Como citar este artigo (ABNT):

MARDEN, Carlos; SOUSA, Raphaella Prado Aragão de. A incompatibilidade das tutelas provisórias de evidência com o processo democrático. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.39, p.13-26, set./dez. 2019. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2019/10/DIR39-01.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.