**A (IN)EXISTÊNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO NO INSTITUTO DA TUTELA DA EVIDÊNCIA.**

Lillian Ferreira Alves[[1]](#footnote-1)

# 1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República de 1988 ao estabelecer em seu artigo 5º inciso XXXV, que “a lei não excluíra da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, ao mesmo tempo que concedeu maior acesso ao judiciário, também chamou para o Estado toda e qualquer responsabilidade de solucionar a violação dos direitos sofridos pelo cidadão.

Essa responsabilidade provocou um aumento na procura pelo Poder Judiciário, ocasionando crescimento das demandas e consequente demora na solução dos litígios, uma vez que a mudança da Constituição não esteve acompanhada de uma mudança na estrutura do Poder Judiciário.

O Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105 de 2015, foi elaborado com o intuito de reduzir a morosidade na tramitação dos feitos, agravada pelo aumento das demandas.

Sabe-se que alguns procedimentos necessitam de urgência e não poderiam esperar o desenvolver do procedimento com todos os seus trâmites. Para atender esses procedimentos urgentes o Código de Processo Civil estabeleceu em seu livro V a Tutela Provisória.

O CPC de 1973, antecessor do atual Código, já previa modalidades de antecipação do resultado do processo, como a tutela de urgência em que, é fundamental a demonstração do perigo na demora do procedimento e de existência do direito para concessão da medida.

O procedimento da tutela de urgência continua previsto no atual código. A grande novidade introduzida no ordenamento pelo NCPC consiste na Tutela da Evidência. “Denomina-se tutela da evidência a tutela provisória, de natureza satisfativa, cuja concessão prescinde do requisito da urgência”. (CÂMARA, 2017, p. 165).

A tutela da evidência é um novo procedimento que não precisa demonstração de urgência para sua concessão. O seu objeto poderia esperar o desenvolvimento normal do processo. Ainda que o processo fosse moroso, o resultado útil não se perderia com a demora.

A Constituição da República de 1988 prevê em seu artigo 5º, inciso LV, que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Por ampla defesa entende-se o “asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário.” (MORAES, 2017, p. 112). Ainda segundo Moraes:

Contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (*par conditio*), pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor. (MORAES, 2017, p. 112).

Ocorre que a Tutela da Evidência será concedida sem ouvir a parte contrária. Ainda que a Constituição estabeleça como princípio fundamental a ampla defesa e o contraditório, o legislador infraconstitucional criou um instituto que dispensa sua aplicação.

Não estaria o artigo 311, inciso II e III do NCPC que permite a concessão da Tutela da Evidência, sem a formação da relação processual, ferindo o princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório, com consequente inobservância do devido processo legal?

Este trabalho tem por objetivo verificar se a Tutela da Evidência contraria ou não os princípios da ampla defesa e do contraditório. Para isso será analisado o artigo 311, incisos II e III do Código de Processo Civil de 2015 verificando sua obediência aos princípios supracitados.

Os procedimentos a serem utilizados na presente pesquisa são de natureza teórica, com levantamento bibliográfico da doutrina e trabalhos acerca do assunto, com posterior análise do conteúdo coletado.

# 2. OS PrincípioS da AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO PREVISTOs NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

A Constituição da República de 1988 elencou como princípio fundamental os princípios da ampla defesa e do contraditório, ao estabelecer no artigo 5º, em seu inciso LV, que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Tratam-se de princípios que corroboram com o devido processo legal[[2]](#footnote-2) e com a isonomia[[3]](#footnote-3).

O princípio da ampla defesa consiste em permitir que a parte da relação processual utilize dos meios previstos em lei para auxiliar no convencimento do juiz, com a finalidade de ter sua pretensão aceita. Neste sentido pode-se citar Elpídio Donizetti:

O princípio da ampla defesa é o direito da parte de impugnar o que não lhe é afeito (alegações, documentos, fundamentações) e de reagir aos atos que lhe são desfavoráveis – reage-se à petição inicial, contestando; reage ao alegado na contestação, replicando; reage-se à sentença, recorrendo. (DONIZETTI, 2017, p. 45).

O princípio da ampla defesa deve ser analisado em conjunto com o princípio do contraditório. Neste sentido:

Os princípios do contraditório e da ampla defesa garantem às partes, no processo judicial civil, paridade de oportunidade de manifestação em relação a cada ponto controverso da demanda, manifestação esta que poderá́ ser realizada da forma mais abrangente possível e imaginável pela parte. (SHIMURA, ALVARES, SILVA, 2017 p. 30).

O princípio do contraditório em sua acepção moderna superou o entendimento de apenas produzir provas em contrário. Esse princípio constitucional permite sua produção, mas também obriga o julgador a proferir suas decisões com observância nas provas produzidas. Assim descreve Donizetti:

O princípio do contraditório, assim como o do devido processo legal, apresenta duas dimensões. Em um sentido formal, é o direito de participar do processo, de ser ouvido. Mas essa participação há de ser efetiva, capaz de influenciar o convencimento do magistrado. Não adianta simplesmente ouvir a parte. A manifestação há de ser capaz de influenciar na formação da decisão. A seu turno, o juiz tem o dever correspondente de levar a manifestação na decisão. Essa é a perspectiva substancial do contraditório. (DONIZETTI, 2017, p. 38).

Dessa forma, por força do artigo 5º, inciso LV, da CR/88 em regra, será oportunizado àqueles que demandam em juízo exporem suas razões e se defenderem. As provas produzidas pelos demandantes e demandados, obrigatoriamente servirão de fundamentação nas decisões do magistrado. A inobservância da ampla defesa e do contraditório pode levar à uma decisão injusta do julgador.

# 3. A TUTELA DA EVIDÊNCIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A Tutela da Evidência encontra-se prevista no artigo 311 do Novo Código de Processo Civil:

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

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

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

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

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

Consiste em uma inovação do Código de Processo Civil de 2015 e diferencia-se da tutela provisória de urgência uma vez que desnecessária a demonstração do perigo na demora do procedimento e de risco ao resultado útil do processo.

Nos incisos II e III do artigo 311, a Tutela da Evidência será concedida sem que haja a formação da relação processual. Assim, sem que haja o direito à ampla defesa e ao contraditório a decisão proferida já produzirá de imediato seus efeitos.

A Tutela da Evidência é “aquela que é dada após se constatar, como o próprio nome diz, a evidência do direito alegado, ou seja, não há discussão sobre o direito que se quer ver protegido imediatamente”. (SAMPAIO JUNIOR, 2011, p. 62)

O principal requisito para a concessão da Tutela da Evidência consiste na demonstração da existência do direito que se pretende alcançar ao final da demanda. Essa evidência permite ao julgador decidir de plano sem ouvir a outra parte. Ainda quanto ao seu conceito preceitua Lunardi:

Denominam-se tutelas da evidência, no Novo CPC, as tutelas provisórias concedidas quando as alegações da parte se revelam de juridicidade ostensiva, independentemente de periculum in mora, a fim de minimizar os prejuízos causados pela demora do processo. Assim, configurando-se uma das hipóteses legais de ostensividade do direito postulado, deve a tutela ser total ou parcialmente concedida de forma antecipada, geralmente com o caráter provisório. (LUNARDI, 2016, p. 320).

Esse instituto surgiu como uma forma de proporcionar maior celeridade processual, uma vez que permite de imediato o alcance do bem da vida pleiteado, sem que tenha que observar todos os procedimentos do processo.

# 4. A (IN)EXISTÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO NO INSTITUTO DA TUTELA DA EVIDÊNCIA

O legislador pátrio ao instituir a Tutela da Evidência buscou retirar o ônus do tempo da tramitação processual daquele que já possui como evidente o seu direito. Mesmo que não haja nenhum risco ao resultado útil do processo, entendeu o legislador que a morosidade no procedimento pode acarretar injustiça e comprometer a efetividade na prestação jurisdicional. Assim dispõe Luiz Fux:

Para combater o estado de injustiça que se instaura quando o decurso do tempo, necessário à tramitação processual, beneficia aquele que provavelmente não tem razão, subordinando, por outro lado, aquele que de- monstra ter razão, ainda que em análise sumária, ao ônus do tempo. (FUX, 1996. p.138).

Dessa forma, mesmo que o único prejuízo a ser suportado pelo vencedor da demanda seja a espera pela satisfação do bem da vida pleiteado, sem nenhuma outra consequência, como ineficácia da decisão em razão do tempo, preferiu o legislador conceder de imediato o direito que se busca, transferindo para o requerido os prejuízos da demora processual, como se este fosse o responsável pela lentidão do Judiciário.

O artigo 311 do NCPC em seu inciso II e III estabelece as duas possibilidades da concessão do direito evidente, sem que seja ouvida a parte contrária. O exercício do contraditório é transferido para um momento posterior à decisão satisfativa.

O inciso II do artigo 311 exige que sejam demonstradas as alegações de forma documental e que já haja tese firmada em julgamento de casos repetitivos[[4]](#footnote-4) ou súmula vinculante[[5]](#footnote-5).

Quando o legislador permite que a ampla defesa e o contraditório sejam exercidos, mas em momento diferido, como ocorre no inciso II do artigo 311 do NCPC, entende-se que embora evidente o direito, este pode ser modificado. Neste diapasão discorre Theodoro Junior:

Não se pode exigir que essa prova seja irrefutável, visto que a tutela da evidência é, em regra, definida antes que a instrução probatória da causa tenha se concluído, de modo que não se pode descartar a eventualidade de posterior prova em contrário por parte do requerido, capaz de desfazer a força de convencimento daquela anteriormente produzida pelo requerente. Todas as tutelas sumárias, inclusive a da evidência, são prestadas mediante apuração provisória do suporte fático do pedido, e, por isso mesmo, sempre suscetível de reexame, modificação ou revogação, segundo o desenvolvimento do contraditório e da instrução probatória. (THEODORO JUNIOR, 2015, p. 681).

No inciso III do mencionado artigo, além da aplicação imediata da decisão, sem oitiva da parte que suportará seu ônus, ainda há aplicação de multa, em claro descumprimento aos princípios do devido processo legal.

Os princípios norteiam todo o ordenamento jurídico e devem ser observados quando da elaboração das leis infraconstitucionais. Segundo Oliveira:

Os princípios são considerados normas jurídicas primárias e devem ser levados em consideração mesmo nas hipóteses em que existam regras jurídicas sobre determinado assunto. É possível, inclusive, a declaração de inconstitucionalidade de regras legais violadoras de princípios constitucionais. (OLIVEIRA, 2013, p. 42).

Não existe hierarquia entre os princípios fundamentais contidos na Magna Carta. Por serem fundamentais prevalecem sobre os demais princípios, porém entre si, guardam teor de igualdade. Conforme Agra:

Os princípios fundamentais apresentam uma densidade de legitimidade muito mais intensa do que a maioria das normas contidas na Constituição, em razão de que possibilitam um consenso nos diversos setores da sociedade. São normas que gozam de tamanho assentimento no universo jurídico que não há obstáculos à sua concretização, ao menos no plano teórico. Como são princípios fundamentais, em caso de aparente antinomia com outros princípios devem prevalecer em detrimento dos demais. (AGRA, 2014, p. 72).

As leis infraconstitucionais devem ser compatíveis aos princípios contidos na Constituição. Somente se justifica o adiamento (não supressão) do exercício da ampla defesa e do contraditório, princípios previstos no artigo 5º, inciso LV, da CR/88, nos casos em que a urgência o reclame. Assim dispõe Greco:

Com efeito, se o acolhimento definitivo do pedido do autor, em razão da evidência do seu direito fosse concedido liminarmente, sem a prévia audiência do réu, essa especial tutela da evidência seria irremediavelmente inconstitucional, 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. A liminar possessória e os alimentos provisórios sempre foram justificados pela excepcional relevância do direito tutelado, constituindo provimentos provisórios, sujeitos a ratificação subsequente, após regular contraditório. (GRECO, 2015, p. 319).

Ora, a evidência do que se pleiteia em juízo não tem o condão de mitigar um direito fundamental como o contraditório e a ampla defesa, sob a alegação da morosidade processual. Se não há urgência que justifique a tutela, o procedimento deve respeitar o seu trâmite com todos os meios que permitam a formação do contraditório.

O artigo 311, incisos II e III do Novo Código de Processo Civil buscou promover a celeridade processual e com isso deixou de garantir o direito constitucional de ampla defesa e contraditório. Segundo Dourado de Andrade:

Tratando-se a tutela legal de direitos distintos daqueles fundamentados no plano instituinte e constituinte da norma (direitos fundamentais líquidos e certos), eivada de inconstitucionalidade será a concessão de tutela imediata sem o prévio acertamento cognitivo regido pelo contraditório, isonomia e ampla defesa, como princípios regentes da ordinariedade procedimental processualizada. (DOURADO DE ANDRADE, 2017, p. 215).

A Tutela da Evidência por deixar de aplicar os princípios fundamentais do processo, como a ampla defesa e o contraditório, segundo mencionado autor, seria inconstitucional.

Verifica-se que o artigo 311 do NCPC não suprimiu o exercício da ampla defesa e do contraditório. No entanto, passou para momento posterior a sua fruição, sem que haja necessidade de urgência que justifique esse adiamento. Dessa forma, o requerido suportará de imediato os efeitos da decisão sem que lhe tenha sido oportunizado o direito de defesa.

# 5. CONCLUSÃO

O novo Código de Processo Civil buscou em seu artigo 311 promover a satisfação do jurisdicionado, quando já evidenciado seu direito, sem que tenha que suportar a demora na tramitação do feito.

Ocorre que a parte demandada não tem responsabilidade quanto à demora do procedimento. A morosidade no Poder Judiciário é um problema enfrentado a muito tempo e que se agravou com o aumento dos direitos concedidos pela Constituição de 1988 e sua constante violação, sem uma adequação da estrutura do Judiciário.

Suprimir direitos constitucionalmente previstos, como o contraditório e a ampla defesa, com o objetivo de promover maior celeridade processual e reduzir o número de processos só aumenta a insatisfação do jurisdicionado.

A Tutela da Evidência, da forma como prevista nos incisos II e III do artigo 311 do NCPC não obedece aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Embora o direito que se pretenda alcançar possa parecer evidente, a ampla defesa e o contraditório surgiram justamente para permitir que a parte que sofrerá as consequências da decisão exponha sua pretensão, com todos os meios e recursos previstos em lei. Ainda, permite ao magistrado decidir com fundamento nas provas apresentadas por ambas as partes.

Não havendo risco na demora do procedimento, não há porque impedir que a outra parte se manifeste no feito e exerça seu direito de defesa.

A demora do processo deve ser combatida promovendo-se uma estruturação adequada nos órgãos jurisdicionais, fiscalização para evitar o descumprimento das normas e conscientização da população.

O não exercício da ampla defesa e do contraditório pode gerar além do descumprimento de um preceito constitucional, à uma decisão injusta, baseada apenas em uma versão dos fatos.

# REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional.**  8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 72 e 281.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>>. Acesso em 22/05/2018.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 22/05/2018.

CÂMARA, **Alexandre Freitas. O Novo Processo Civil Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p.104 e 165.

CARRION, Letícia Gheller Zanatta. **Princípios Constitucionais Do Processo Civil,** 2014.Disponível em: < https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\_dh=14066 > . Acesso em: 22 de maio de 2018.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual.** 20. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 38 e 45.

DOURADO DE ANDRADE, Francisco Rabelo. **Tutela de Evidência, Teoria da Cognição e Processualidade Democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 215).

FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e Tutela da Evidência**: fundamentos da tutela antecipada. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 138.

GRECO, Leonardo. **A tutela da Urgência e a Tutela da Evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015**. Revista Eletrônica de Direito Processual, ano 8, v. 14, n. 1, p. 296-330, jul./dez. 2014. p. 319).

LUNARDI, Fabrício Castagna. **Curso de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 320.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil:** de acordo com o novo CPC. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 26 e 28.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p.112.

PEIXINHO, Manoel Messias. **A Interpretação da Constituição e os Princípios Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 79

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Tutelas de Urgência**: sistematização das liminares. São Paulo: Atlas, 2011. p. 62.

SHIMURA, S; ALVAREZ, A. P; SILVA, N. F**. Curso de Direito Processual Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: MÉTODO, 2013. p. 30.

1. Graduada em Gestão Pública pelo Centro Universitário de Belo Horizonte – UNI/BH

   Graduanda em Direito pela Faculdade da Saúde e Ecologia Humana – FASEH.

   Pós-Graduada em Direito Constitucional e em Direito Processual Civil pela Faculdade Iseat/Ateneu [↑](#footnote-ref-1)
2. Seria um supraprincípio, envolvendo todos os demais, já que os princípios da motivação, do contraditório e da ampla defesa, da coisa julgada, do juiz natural etc. nada mais são do que uma exigência de que o processo deve ser conduzido de acordo com a forma prevista em lei, não se admitindo a prática de atos – em prejuízo a uma das partes – não previstos em norma legal ou por ela vedados. (MONTENEGRO FILHO, 2016, p. 26) [↑](#footnote-ref-2)
3. O princípio em análise orienta que as partes devem ser tratadas com igualdade (paridade) dentro da relação processual, não podendo a lei ou o seu aplicador – o magistrado, investido na função jurisdicional e competente para julgar certo conflito de interesses – em princípio beneficiar a uma das partes, desprivilegiando a outra do mesmo tratamento jurídico-processual. (MONTENEGRO FILHO, 2016, p. 28). [↑](#footnote-ref-3)
4. Outro procedimento destinado à produção de decisões judiciais que terão eficácia vinculante, integrando, assim, o microssistema de formação de precedentes vinculantes, é o incidente de resolução de demandas repetitivas, conhecido pela sigla IRDR. Trata-se de mecanismo a ser usado para assegurar solução uniforme a demandas repetitivas, como o próprio nome indica, motivo pelo qual é preciso, antes de tudo, examinar-se este conceito. Entende-se, então, por demandas repetitivas aquelas demandas idênticas, seriais, que, em grandes quantidades, são propostas perante o Judiciário. Diz-se que elas são idênticas por terem objeto e causa de pedir idênticas, ainda que mudem as partes. (CÂMARA, 2017, p 104). [↑](#footnote-ref-4)
5. Súmula vinculante são reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre determinada matéria, que após obter o consentimento de dois terços de seus membros e a partir de sua publicação tornam-se de observância obrigatória para os órgãos do Judiciário e da Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (art. 103-A da CF). Ela foi regulamentada pela Lei n° 11.417/2006. (AGRA, 2014, p. 281). [↑](#footnote-ref-5)