

## A TUTELA DA EVIDÊNCIA NAS AÇÕES LOCATÍCIAS

### RELIEF GRANTED ON THE BASIS OF PRIMA FACIE EVIDENCE AND THE LAW OF TENANCY

William Santos Ferreira<sup>01</sup>

Fábio Tadeo Ferreira Guedes<sup>02</sup>

#### RESUMO

O art. 311 do Código de Processo Civil municiou o magistrado com uma espécie de tutela provisória genérica, aplicável a hipóteses não taxativas, que permite a concessão de tutelas provisórias não fundadas na urgência e sim na probabilidade do direito afirmado pela parte. Mas já havia hipóteses espalhadas casuisticamente pelo ordenamento, como já se observava na Lei 8.245/91, a Lei de Locações. Por isso, o presente trabalho se volta ao estudo da tutela da evidência e busca esclarecer que é sim possível a coexistência das tutelas da evidência previstas na Lei de Locações e aquela trazida pelo Código de Processo Civil de 2015.

**Palavras-chave:** Tutela da Evidência – Tutela Provisória – Lei de Locação – Ações Locatícias

#### ABSTRACT

Article 311 of the Code of Civil Procedure provided the magistrate with a kind of generic provisional protection, applicable to non-taxative cases, which allows the granting of provisional protections not based on urgency but on the probability of the right affirmed by the parties. But there were already hypotheses spread casually by the ordering, as already observed in Law 8.245/91, the Law of Tenancy. Therefore, the present work turns to the study of the protection of evidence and seeks to clarify that it is possible the coexistence of the guardianship of evidence provided for in the Rental Law and that one brought by the Code of Civil Procedure of 2015.

01 Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Advogado e Consultor jurídico. Professor de direito processual civil da Graduação, Mestrado e Doutorado da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Membro do Conselho Editorial da Revista de Processo, e da Revista Jurídica.

02 Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-graduado em Processo Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-graduando em Direito Imobiliário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

**Key-words:** Protection of Evidence - Provisional Protection – Law of Tenancy - Local Actions

## 1 INTRODUÇÃO

Os negócios jurídicos relacionados a bens imóveis são indispensáveis para a sociedade moderna. Os contratos imobiliários representam a materialização do direito constitucional de moradia para as pessoas, seja pela celebração de instrumentos de venda e compra do imóvel próprio, seja em razão de sua locação com o propósito de constituir o lar familiar.

O legislador, atento, elaborou lei especial para regular as locações de imóveis urbanos, prevendo ser necessária a instituição de regras específicas para tratar deste contrato de relevante importância social. Com seus méritos, identificou que a relação locatícia urbana possuía, em sua essência, um desequilíbrio natural de posições entre locador e locatário e, em certa medida, tentou coibir os exageros que vinham sendo cometidos nessa espécie de relação jurídica.

Tipificada atualmente na Lei 8.245/91, a relação locatícia de bens imóveis urbanos geralmente sevê permeada de situações que necessitam de intervenção judicial. E muitas delas envolvem pedidos de tutela provisória.

Mas, quais seriam os limites para atuação do magistrado diante da necessidade de concessão de tutelas provisórias nas ações locatícias? O artigo 59, § 1º, da Lei do Inquilinato, traz mecanismos para prover o magistrado de medidas antecipatórias. Mas isso nos leva a outros questionamentos: esse artigo 59 traria um rol taxativo de hipóteses para a concessão de tutelas provisórias? Ou, tratando-se de rol exemplificativo, como aplicar outras medidas que lhe pareçam pertinentes ao caso concreto?

Observado o disposto no artigo 79, da mesma Lei do Inquilinato, verifica-se que apenas “no que for omissa esta lei aplicam-se as normas do Código Civil e do Código de Processo Civil”. Queria o legislador enfatizar a taxatividade das medidas para antecipação de tutela, restritas às hipóteses nela expressamente previstas? Ou que, mesmo sendo exemplificativo o referido rol do artigo 59, tratando-se de provimento já regulado por uma das hipóteses daquele artigo, não haveria margem de atuação ao magistrado para situações assemelhadas que necessitem de certa flexibilização dos requisitos previstos?

Ainda que a discussão não seja algo novo para a doutrina<sup>03</sup>, a reflexão sobre essas questões nos parece pertinente no atual cenário de amadurecimento dos estudos acerca das tutelas provisórias de conteúdo antecipatório dos

03 A exemplo, Luiz Fux abordou especificamente essa temática em livro escrito quando da promulgação da Lei 8.952/94, que positivou a antecipação de tutela no CPC/73. Vide. FUX, Luiz. Tutela antecipada e locações: os fundamentos da antecipação da tutela e sua aplicação na relação locatícia. Rio de Janeiro: Destaque, 1995.

efeitos da tutela final. Sobretudo diante da promulgação do Código de Processo Civil de 2015, que positivou a tutela da evidência genérica em nosso ordenamento processual, como uma forma de otimizar a prestação jurisdicional.

Afinal, a tutela provisória baseada na evidência se aplica às relações locatícias ou o magistrado deve se ater apenas às hipóteses previstas no artigo 59, § 1º, da Lei 8.245/91?

## 2 Das Tutelas Provisórias: breves considerações

Nos planos processual e material abstratamente idealizados, as partes obtêm a solução de seus problemas com uma tutela jurisdicional eficiente, justa, segura e rápida. Afinal, o artigo 5º, da Constituição Federal, assegura que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (inc. XXXV) e que, “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (inc. LXXVIII).

No plano empírico, todavia, a prestação jurisdicional efetiva é uma busca incessante (ou deveria ser), que envolve a ponderação de diversos princípios, também assegurados pela Constituição Federal. Sobretudo porque, no conceito de “devido processo legal” encontra-se um plexo de garantias e direitos que necessitam de harmonização constante.

Teori Albino Zavascki identifica duas dessas garantias que mais interessam ao estudo da antecipação dos efeitos da tutela final da demanda: o direito à efetividade da jurisdição e o direito à segurança jurídica<sup>04</sup>. Segundo ele, “por se tratar de direitos fundamentais de idêntica matriz constitucional, não há hierarquia alguma, no plano normativo, entre direito à efetividade da jurisdição e o direito à segurança jurídica”<sup>05</sup>. Mas estes direitos não estariam isentos de “fenômenos de tensão”, especialmente em razão do “fator tempo”, destacando que “o decurso do tempo, todos o sabem, é inevitável para a garantia plena do direito à segurança jurídica, mas é, muitas vezes, incompatível com a efetividade da jurisdição”<sup>06</sup>.

Para Luiz Fux, a respeito da duração razoável dos processos, “considera-se efetivo o processo que confere no menor lapso de tempo a solução adequada ao conflito levado à submissão decisória da justiça. Compõe-se o binômio ‘fazer bem e depressa’ ou ‘rapidez e segurança’”<sup>07</sup>.

04 ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela, 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 1999. p. 64.

05 Idem. pp. 65/66.

06 Ibidem. p. 66.

07 FUX, Luiz. Tutela de segurança e tutela da evidência. São Paulo: Saraiva, 1996. p 52.

Parece inegável que a demora na obtenção da tutela jurisdicional<sup>08</sup> reduz substancialmente sua efetividade. E pior, pode deixar aquele que busca auxílio do Poder Judiciário sem um resultado que realmente solucione seu problema no mundo real. Uma tutela tardia, ainda que tecnicamente perfeita, pode ser ineficaz, frustrante e aniquilar a confiança depositada pelo jurisdicionado no Poder Estatal.

Quando aquele que entende ter sofrido uma ofensa ou uma ameaça à esfera de seus direitos procura o Poder Judiciário, acaba se vendo na situação de ter de aguardar que este seja primeiramente reconhecido (declarado) antes que o problema vivenciado seja realmente resolvido.

Aguardar o trâmite processual integral antes que o bem da vida possa ser atingido pode lhe representar um pesado fardo enquanto o réu, que depois se reconhecerá como desprovido de razão, permanece em posição confortável e sem sofrer qualquer consequência pela violação que cometeu à esfera de direitos do autor, até que se transcorram todas as fases do processo.

É o que muito bem destacam William Santos Ferreira e Verônica Estrella V. Holzmeister quando afirmam que “o réu está sendo tutelado até o último momento do processo, por meio da manutenção (indevida ou devida) de fruição de uma titulação jurídica”<sup>09</sup>, em detrimento do autor que busca amparo no Poder Judiciário e somente receberá a prestação material que estava perseguindo quando superadas todas as fases do processo. Para esse autor, o fator “tempo” representará um “ônus”, enquanto para aquele réu significará um verdadeiro “bônus”.

Como observam, diante de todos os princípios que regem o processo civil, não há uma posição de hierarquia entre as partes, que devem receber tratamento paritário<sup>10</sup>. Mas, ao se constatar que a simples manutenção da situação que

08 “A entrega de todo tipo de tutela definitiva demora, necessariamente. O processo exige tempo. A rigor, o tempo é um mal necessário para a boa tutela dos direitos. É imprescindível um lapso temporal considerável (e razoável) para que se realize plenamente o devido processo legal e todos os seus consectários, produzindo-se resultados justos e predispostos à imutabilidade. É uma garantia de segurança jurídica. Bem pensadas as coisas, o ‘processo demorado’ é uma conquista da sociedade: os ‘poderosos’ de antanho poderiam decidir imediatamente”. DIDIER JR, Freddie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela /* Freddie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira – 10ª ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. V. 2. p. 566.

09 Tempo, ideologia e graus de probabilidade nas tutelas de urgência. Requisitos para concessão e métodos de aplicação da correlação probabilidade, riscos, adequação e utilidade. (FERREIRA, William Santos e HOLZMEISTER, Verônica Estrella. *Revista de Processo* | vol. 296/2019 | p. 151 - 180 | Out / 2019)

10 “(...) nos processos civis, a possibilidade de erro em favor do autor tem a mesma importância que o erro em favor do réu. (...) Assim, no processo civil o julgamento deve se dar em favor da parte que vier a ser favorecida pela preponderância das provas”. Dotti, Rogéria Fagundes. *Tutela da evidência: probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar o tempo* – São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 93.

ensejou o ajuizamento da ação representa verdadeira tutela em prol exclusivamente do réu (tendo ele razão ou não, diga-se), intuitivamente se conclui que a tutela não pode mesmo ficar restrita ao momento final do processo.

A questão é que, tendo o réu razão ou não, como regra, ele será tutelado até o momento final do processo, enquanto o autor, mesmo que tenha razão, sofrerá diretamente o efeito do fator “tempo”. Essa foi a opção insculpida pelo Código de Processo Civil de 2015 ao instituir a regra do efeito suspensivo aos recursos de apelação (art. 1.012), repetindo o que já havia na legislação processual anterior.

Por outro lado, também parece claro que não se pode suprimir um direito (segurança jurídica) para preservação de outro (efetividade), sob pena de se criar uma desarmonia no sistema. Deve-se buscar um ambiente de equilíbrio entre esses direitos colidentes, para permitir-lhes uma convivência simultânea<sup>11</sup> e dar coesão ao sistema.

Ousamos dizer que, independentemente do caminho percorrido, esse equilíbrio vem sendo trazido ao nosso ordenamento, com paulatino amadurecimento dos juristas brasileiros e, consequentemente, da própria legislação. Nosso sistema processual vem sendo adaptado à realidade da sociedade, cada vez mais dinâmica e imediatista em suas relações interpessoais, e que não pode esperar a tutela definitiva em todas as ações judiciais.

Exemplificativamente, Ovídio Araújo Baptista da Silva, na década de 90, já criticava posicionamento contrário sustentado por Alfredo Buzaid, afirmando “que podem existir decisões provisórias, tomadas com base em juízo de simples verossimilhança”, “por meio das quais o magistrado provê a respeito de uma questão de mérito, antecipando um ou mais efeitos da sentença final de procedência”<sup>12</sup>.

Nessa evolução histórica de abreviar a espera da decisão judicial, vieram os procedimentos especiais e as medidas cautelares. A Lei 8.952/94, por sua vez, incluiu a redação do inciso I ao artigo 273 do Código de Processo Civil de 1973, positivando a possibilidade genérica de o magistrado conceder tutelas antecipadas de urgência para evitar iminentes danos irreparáveis ou de difícil reparação.

Embora não tenham surgido apenas com a alteração da redação do referido

11 ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela, 2<sup>a</sup> ed. – São Paulo: Saraiva, 1999. p. 68.

12 SILVA, Ovídio Araújo Batista. Curso de Processo Civil: processo cautelar (tutela de urgência), vol. 3 – 2<sup>a</sup> ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, pp. 34/35.

artigo 273, no ano de 1994, como alerta William Santos Ferreira<sup>13</sup>, as tutelas que antecipam os efeitos do provimento jurisdicional final ganharam significativo avanço com a sua positivação no Código de Processo Civil. Isso porque o artigo 273 passou a conter previsão genérica e abstrata adaptável a situações que clamavam por urgência.

Prestigiou-se, também, o atendimento ao autor nas situações em que, mesmo sem a presença da urgência, deixava de ser razoável fazê-lo aguardar todo o restante do procedimento diante da evidência de seu direito, quando se verificava o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

De um modo geral, possibilitou-se genericamente que a tutela final, ainda que de maneira provisória<sup>14</sup>, fosse concedida à parte sem que o processo houvesse percorrido todas as suas fases<sup>15</sup>, nas hipóteses em que verificada urgência para sua antecipação. E, hoje, dado ao amadurecimento do instituto, já não se questiona mais que o sistema processual necessita estar munido dessas técnicas que permitam ao magistrado conceder provisoriamente à parte aquele bem da vida que somente deveria ser concedido ao final do processo. Não há mais espaço para retrair a abrangência do instituto, apenas para ampliá-la.

Não se olvida que a tutela jurisdicional (final) deva se pautar a partir de um contexto de alegações e provas que permitam ao magistrado ter segurança para decidir em favor de uma ou de outra parte<sup>16</sup>. E isso, em regra, é obtido após o transcurso do iter processual, com observância ao devido processo legal e à ampla defesa, onde se conceda à parte a oportunidade de provar o

13 Exemplificando situações em que já se admitia o provimento de antecipação dos efeitos da sentença antes mesmo do advento da Lei 8.952/94, William Santos Ferreira faz referência às tutelas possessórias, a previsões contidas no Código de Defesa do Consumidor e às tutelas previstas no artigo 59, da Lei de Locação, que já eram aplicáveis antes da redação dada ao artigo 273, do Código de Processo Civil. Destaca, ainda, que já se verificava hipótese de “tutela antecipada sob as vestes de medida cautelar inominada (art. 798), batizada por parcela da doutrina de tutela cautelar satisfativa, pois nessas ações o que o autor buscava era o próprio bem da vida pretendido, e não apenas e tão-somente assegurar o resultado do processo de conhecimento ou do processo de execução (art. 807)”. In, FERREIRA, William Santos. Tutela antecipada no âmbito recursal – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2000. (Recursos no processo civil; 8). pp. 108/111.

14 Segundo Alfredo de Araújo Lopes da Costa, “um remédio de direito se diz provisório quando a decisão que ele procura só de maneira provisória dá fim ao litígio, deixando a porta aberta a uma instrução posterior e a uma decisão peremptória sobre a mesma questão”. COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. Medidas preventivas. Medidas preparatórias – Medidas de conservação. 2<sup>a</sup> ed. – Livraria Bernardo Álvares Editora: Belo Horizonte, 1958, p. 114.

15 O Enunciado nº 25, do Fórum Permanente de Processualistas Civis assim define essa espécie de provimento: “Tutela antecipada é uma técnica de julgamento que serve para adiantar efeitos de qualquer tipo de provimento, de natureza cautelar ou satisfativa, de conhecimento ou executiva”.

16 É “importante que o processo seja capaz de municiar o julgador com todos os elementos relevantes para justificar sua decisão, aproximando-o, na maior medida possível, da realidade retratada nas alegações das partes”. BODART, Bruno Vinícius da Bós. Tutela de evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e considerações sobre o Projeto do Novo CPC – 1<sup>a</sup> Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 33.

fato que fundamenta o direito afirmado por ela ao mesmo tempo em que se contrapõe às afirmações e provas apresentadas pela parte adversa.

Entende-se que esse municiamento deva ser obtido a partir de uma completa “instrução do processo”<sup>17</sup>, onde se viabilize às partes alegar, produzir provas e convencer o magistrado a respeito do direito afirmado<sup>18</sup>. A tutela jurisdicional, assim, deve emergir de uma “atividade intelectiva do juiz, consistente em captar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, com o objetivo de se aparelhar para decidir”<sup>19</sup>.

Mas, se todos os provimentos jurisdicionais decorressem de uma plena convicção do magistrado e somente pudesseem emergir de uma cognição completa, não haveria espaço ou momento para a concessão de tutelas provisórias que antecedessem a tutela final.

Como bem pondera Ovídio Araújo Batista da Silva, em certo momento, o Estado tinha de realizar uma escolha. Havendo “urgência de prover” em uma determinada situação, algo deveria ser sacrificado: ou a investigação probatória, ou o interesse que se demonstrasse provável<sup>20</sup>.

É aí que se faz oportuna a graduação da análise que deve exercer o magistrado e o escalonamento do grau de convencimento que este deve ter para conceder tutelas que antecipem os efeitos da tutela final, lembrando que o provimento final representa o verdadeiro objetivo do processo e que este somente será proferido em momento posterior, após a observância da ampla defesa e do contraditório que garantam segurança às partes de que o magistrado terá ao seu alcance todos os elementos necessários para formar sua convicção de maneira completa.

Diante dessa constatação, faz-se necessário reconhecer que, entre o ajuizamento da ação e a decisão final, as partes têm a oportunidade de agregar informações aos autos do processo e que o magistrado vai conhecendo de

17 “No processo de conhecimento, instrução é o conjunto de atividades de todos os sujeitos processuais, destinados a produzir convicção no espírito do juiz”, e cujo resultado é o chamado “conhecimento”. DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil, vol. III, 6<sup>a</sup> ed. Malheiros Editores, 2009. p. 33.

18 “Provas e alegações unificam-se no conceito de instrução, porque ambas são teleologicamente unidas pelo objetivo de produzir conhecimento no espírito do juiz”. Idem. p. 34.

19 Ibidem. p. 34.

20 “Pois bem, como haverá de comportar-se o Estado nos casos em que a urgência de prover torne impossível ao magistrado o exercício de sua função primordial de averiguação dos fatos para determinar a quem o direito protege? Não há como fugir desta penosa alternativa: a) tutela-se desde logo, com base no provável, sacrificando-se o interesse que, aos olhos do magistrado, se mostre improvável; b) nega-se esta forma de tutela urgente, preferindo-se preservar os critérios normais de investigação probatória. Todo sistema jurídico terá de render-se a uma das alternativas, pois não há terceira via imaginável”. SILVA, Ovídio Araújo Batista. Curso de Processo Civil: processo cautelar (tutela de urgência), vol. 3 – 2<sup>a</sup> ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 131.

forma gradativa e cada vez mais imersiva do problema que lhe foi colocado. E que o iter processual é necessário para que as partes possam dispor de todos os meios necessários para levar ao conhecimento do juiz tudo aquilo que possa influir em seu conhecimento e, consequentemente, influenciar na análise judicial na decisão final.

Partindo-se da doutrina de Kazuo Watanabe, percebe-se a necessidade de se trabalhar com graus diferentes de “cognição” para os provimentos, na tentativa de se equalizar a instrução processual com as situações em que o tempo clama atenção dentro do processo – seja por tutelas de urgência, seja por tutelas da evidência, seja por tutelas previstas em procedimentos especiais.

Sistematizando-se seus ensinamentos a respeito, a cognição<sup>21</sup> será completa (no plano horizontal) quando alcançar todos os pontos suscitados pelas partes ou limitada, conforme o caso, quando a análise judicial ficar restrita a uma matéria específica (ou mais) ou apenas a uma parte de seus possíveis aspectos. Por sua vez, (no plano vertical) será exauriente quando as partes dispuserem de todos os meios que entenderem cabíveis para demonstrar o que alegam e o magistrado puder apreciá-las de forma ampla e irrestrita; ou sumária, quando houver algum tipo de limitação para sua demonstração ou apreciação por parte do magistrado<sup>22</sup>. Em outras palavras, a matéria de cognição é definida horizontalmente e esmiuçada no plano vertical. E, para o provimento de tutelas jurisdicionais, pode haver modulação tanto no plano horizontal quanto no plano vertical, a depender da situação analisada, exigindo-se maior ou menor cognição para um determinado provimento.

Essa é justamente uma das formas de se equalizar o tempo e a eficácia dos procedimentos. Trabalhando com a limitação da instrução processual ou da cognição judicial, nos chamados “procedimentos especiais”<sup>23</sup>, visa-se obter, em casos específicos de direito material, a otimização do tempo ao direcionar a instrução e a cognição para as questões que, ao menos abstratamente, importam para o deslinde daquele tipo de demanda ou situação.

21 “A cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do judicium, do julgamento do objeto litigioso do processo”. WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. São Paulo: Perfil, 2005, p. 67.

22 DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil, vol. III, 6ª ed. Malheiros Editores, 2009. pp. 35/36.

23 Segundo Freddie Didier Jr., Antonio do Passo Cabral e Leonardo Carneiro da Cunha, há diversas formas de se conceituar o chamado “procedimento especial”. Por questões didáticas, adotam a definição de que “é todo aquele que não seja o procedimento comum previsto no CPC”, ou seja, “todo aquele procedimento que o distinga do comum”, “geral e básico”. Mas destacam que “seria aquele construído para servir a uma determinada espécie de situação jurídica material”, “criado para atender a uma situação específica”. Por uma nova teoria dos procedimentos especiais / Freddie Didier Jr., Antonio do Passo Cabral, Leonardo Carneiro da Cunha. – Salvador: Editora JusPodivm, 2018. Pp. 20/24.

Em casos em que se visa a celeridade do processo<sup>24</sup> ou que se reconheça a evidência do direito a ser tutelado, pode-se utilizar de processos sumários ou da criação de procedimentos especiais em que se admite a concessão de tutela antecipada liminarmente, pautada por cognição que ainda será ou está sendo construída<sup>25</sup>.

É o caso, por exemplo, das liminares previstas nas ações possessórias, ou daquelas reguladas no artigo 59, da Lei 8.245/91<sup>26</sup>, em que as hipóteses de concessão de tutelas antecipadas in limine já estão dispostas na lei.

Retornaremos a estas hipóteses em particular mais adiante. Fato é que o ordenamento processual trabalha com hipóteses de juízos de “probabilidade”, que comportam uma graduação entre o que é mais ou menos provável no exercício da cognição. Essa graduação pode decorrer da própria lei, em abstrato, ou mediante análise da situação concreta pelo magistrado, diante da situação processual que lhe é apresentada.

Isso implica dizer que a formação da convicção judicial vai sendo construída e pode se alterar ao longo da tramitação do processo, na medida em que as partes agregam suas manifestações e provas ao conjunto probatório formado no transcorrer da demanda.

Provocado a analisar uma determinada situação, caberá ao magistrado analisar o conjunto de alegações e provas produzidas até aquele momento nos autos. Considerando o conjunto probatório existente naquele exato momento, o juiz deverá avaliar se está presente a probabilidade do direito postulado ou não.

A espécie de provimento proferido dependerá da possibilidade ou não de as partes ainda acrescentarem informações ou provas ao processo. A decisão proferida terá natureza provisória exatamente porque as partes ainda dispõem de meios para agregar mais elementos ao conjunto probatório e alterá-lo ou ainda ser admissível discussões sobre teses de direito e, portanto, haver um julgamento definitivo com estas influências. Em suma, a probabilidade pode sofrer alterações enquanto for possível trazer novos elementos

24 Nesse sentido, José Carlos Baptista Puoli já sustentava que, “com a incorporação ao nosso ordenamento processual da possibilidade da antecipação da tutela, teve o legislador por objetivo o de mais rapidamente tornar concretos na vida dos jurisdicionados efeitos que, mantido o sistema tradicional do nosso código, somente seriam produzidos depois de transitada a decisão de mérito da causa”. PUOLI, José Carlos Baptista. Os poderes do juiz e as reformas do processo civil. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001. pp. 166/167.

25 FERREIRA, William Santos. Tutela antecipada no âmbito recursal – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2000. (Recursos no processo civil; 8). pp. 108/109.

26 Às quais se refere William Santos Ferreira, mencionando, também, o procedimento das ações possessórias. FERREIRA, William Santos. Tutela antecipada no âmbito recursal – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2000. (Recursos no processo civil; 8). pp. 109/110.

aos autos, podendo ser revogada se o conjunto de elementos se alterar. Daí a “provisoriedade” de decisões proferidas enquanto for possível alterar as bases que lhe serviram de fundamento.

Duas premissas são importantes a esse respeito. A primeira é que a instrução processual permite que as partes agreguem aos autos tudo que seja apto a tornar “mais provável” aquilo que defendem e “menos provável” aquilo que é defendido pela parte adversa. A segunda é que, enquanto não encerrada a possibilidade de que novos elementos sejam acrescidos aos autos, o contexto do que é provável ou improvável pode se alterar; mas, uma vez encerrada a instrução probatória, o plexo de elementos que servirá de base para o julgamento do magistrado estará “estabilizado” e, como regra, esse contexto não poderá mais ser alterado.

Em outras palavras, quer-se enfatizar que as decisões sobre o mérito da demanda devem considerar as probabilidades entre aquilo que cada parte entende como correto; que ao longo da instrução probatória as partes dispõem da possibilidade de agregar ao processo novos elementos que tornem mais provável uma situação jurídica em desfavor de outra, que se tornará mais improvável; e que o jogo de probabilidades é mutável enquanto não se encerrar a instrução processual.

Importa destacar que, mesmo ao término da instrução probatória, não se pode afirmar que o magistrado terá diante de si a certeza a respeito dos fatos que lhe foram trazidos pelas partes. “No universo das demandas e leis processuais, quando se considera que um fato é verdadeiro, o que se está dizendo é simplesmente que esse fato foi demonstrado como verdadeiro, de acordo com determinadas regras pré-estabelecidas”<sup>27</sup>.

Seria possível afirmar que, mesmo ao término da instrução probatória, haveria apenas uma probabilidade do direito afirmado pelas partes. Obviamente que, conferida integral oportunidade para que as partes alegassem e produzissem as provas para demonstrar o seu direito, imagina-se que o magistrado esteja munido de todos os elementos que as partes dispunham para formar sua convicção. Mas, ainda assim, o juízo será de probabilidades.

Quando do encerramento das fases postulatória e probatória, as partes já teriam apresentado todos os seus argumentos e provas para demonstrar o(s) fato(s) que dá(ão) suporte ao direito afirmado por elas. A partir dali, em regra, não caberia a produção de outras provas (exceto nas hipóteses de exceção previstas como, por exemplo, da juntada de “documentos novos”, na acepção do art. 435, CPC). Desse momento em diante, o cerne do processo seria a

<sup>27</sup> Dotti, Rogéria Fagundes. Tutela da evidência: probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar o tempo – São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020, pp. 137/138.

interpretação daquele contexto fático/probatório e sua subsunção à lei. Mas não se espera mais uma alteração do conjunto probatório acumulado e construído ao longo do processo, até porque, em regra, teria precluído o direito das partes em alterá-lo. Ou seja, com o encerramento da instrução, encerra-se a expectativa das partes em alterar o conjunto probatório, autorizando o magistrado a adentrar no julgamento do mérito propriamente dito e dar a ele uma solução definitiva.

Acontece que nem sempre ambas as partes terão necessidade de percorrer todo o caminho da instrução processual para demonstrar o direito alegado. Não é difícil imaginar situações em que apenas uma das partes necessite de tempo e oportunidade para a produção de provas que alonguem demasiadamente a duração do processo<sup>28</sup>.

Nessas situações, pode ser que o direito de uma das partes já esteja demonstrado, mas o julgamento do mérito deverá ser postergado até que a outra parte possa produzir todas as provas postuladas. Tanto o autor quanto o réu estão sujeitos a tais hipóteses, mas as consequências são diferentes para um e outro.

Retomando a ideia de que o réu acaba sendo tutelado enquanto for mantida a situação do mundo real que ensejou o ajuizamento da ação, porque é a regra estabelecida pelo Código de Processo Civil, observa-se a presença de um ônus muito maior para o autor do que para o réu. Se é o autor quem necessita de maior dilação probatória, nenhum prejuízo terá o réu, na medida em que a situação no plano real permanecerá a mesma enquanto o autor produz as provas desejadas. Inversamente, se é o réu que necessita de mais tempo e mais oportunidade para demonstrar suas razões, o autor continuará distante de uma solução para o problema que o fez procurar o Poder Judiciário.

Essa dicotomia entre a segurança jurídica e o tempo necessário para municiar o magistrado de elementos para decidir pode ser equilibrada com a aplicação da tutela da evidência, que pode abreviar a tutela dos interesses do autor. A antecipação dos efeitos pretendidos independe da urgência do provimento e está ligada à probabilidade do direito afirmado pelo autor, em paralelo à extensão da instrução probatória necessitada pelo réu.

Assim, não restam dúvidas de que as partes não dependem mais apenas da tutela final proferida em um processo judicial. Antes desse momento processual, as partes já podem se socorrer e desfrutar de tutelas provisórias que antecipem os efeitos da tutela final, sem a necessidade da presença de qualquer urgência ou risco ou processo.

28 “Já tendo o autor demonstrado satisfatoriamente os fatos constitutivos de seu direito, não deveria ele sofrer o ônus do tempo necessário para a produção de uma prova requerida pelo réu”. Dotti, Rogéria Fagundes. *Tutela da evidência: probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar o tempo* – São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020, pp. 177.

Mas ainda é necessário verificar em que medida esses conceitos se correlacionam às tutelas previstas na Lei 8.245/91. Para uma releitura do artigo 59, parágrafo primeiro, da Lei de Locação, é preciso guardar o conceito de que o Código de Processo Civil de 2015 positivou em nosso ordenamento, de maneira ampla e genérica, a chamada tutela da evidência.

### 3 Da Tutela Provisória da evidência

O Código de Processo Civil de 2015 reorganizou a sistematização das conhecidas tutelas antecipadas. Sob a nomenclatura das “tutelas provisórias”, dividiu-as em tutelas provisórias de urgência e tutelas provisórias da evidência.

Interessa-nos entender, ainda que brevemente, os contornos da tutela da evidência<sup>29</sup>, com o intuito de verificar sua aplicação às ações locatícias.

Como visto, a Lei 8.952/94 acrescentou, ao Código de Processo Civil, disposição expressa para autorizar o magistrado, nos termos do artigo 273, I, a conceder tutelas de urgência quando verificado fundado receio da ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação. Permitiu-se, ainda, pelo artigo 273, II, a antecipação dos efeitos da tutela quando caracterizado abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

Esta segunda hipótese, abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, não estava fundada em situações de urgência<sup>30</sup>. Já se pavava a tutela pela evidência do direito alegado e falta de probabilidade do direito alegado pela parte contrária.

Evidência na linguagem comum significa clareza, visibilidade ou certeza manifesta. Na teoria do conhecimento evidência é um ‘caráter de objeto de conhecimento que não comporta nenhuma dúvida quanto à sua verdade ou falsidade’. Mas a ‘evidência’ com base na qual o juiz pode conceder essa espécie de tutela é menos que isso. Não passa de uma grande probabilidade com fundamento na qual o juiz poderá conceder essa espécie de tutela – a qual, justamente por não traduzir uma certeza, é suscetível de revogação ou modificação a qualquer tempo, sendo por isso provisória (CPC, art. 296). No fundo é um fumus boni iuris qualificado, ao qual o legislador em disposição discricionária, entendeu de atribuir o efeito de autorizar a antecipação do julgamento da causa, independentemente da concreta presença de uma urgência<sup>31</sup>.

29 “A evidência se refere à probabilidade da alegação feita em juízo, aliada à fragilidade da defesa”. Dotti, Rogéria Fagundes. *Tutela da evidência: probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar o tempo* – São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 91.

30 Como bem pontua Luiz Guilherme Marinoni, “como é óbvio, a tutela da evidência não pode ser confundida com a tutela cautelar ou com a tutela antecipatória que se funda em perigo. O art. 311 diz expressamente que a tutela da evidência independe ‘da demonstração de perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo’”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela de evidência: Soluções processuais diante do tempo da Justiça* – 3ª ed – São Paulo: Thomson Reuters. Brasil, 2019, p. 272.

31 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do novo processo civil / Cândido Rangel Dinamarco, Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes* – São Paulo: Malheiros, 2016. pp. 29/30.

Alçando a evidência a um plano autorizador da antecipação dos efeitos da tutela final, ainda que timidamente, passou-se a entender que se tratava de ônus muito pesado a ser suportado pelo autor da demanda fazê-lo aguardar a solução final do processo quando evidente o seu direito<sup>32</sup> e, ao mesmo tempo, constatado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. Entendeu-se que o direito do autor merecia tratamento diferenciado diante de atitude desarrazoada do réu, que demonstrasse apenas querer postergar a solução final da demanda. Inicialmente, portanto, a concessão da tutela da evidência dependia de postura reprovável adotada pelo réu.

Como já mencionado, William Santos Ferreira aponta a existência de *erro* na identificação do devido processo legal sob a perspectiva de proteção do réu, que decorre de uma aplicação automática daquilo que se observa no processo penal, onde se parte da “presunção de inocência” do réu, que deve ser superada durante o trâmite da ação penal. Na esfera penal, isso decorre da garantia constitucional de que o réu não poder se considerado culpado salvo decisão condenatória transitada em julgado. Todavia, no processo civil, ambas as partes partem da mesma condição, havendo uma neutralidade entre elas. Nem autor e nem réu têm posição previamente superior, o que provoca uma *ruptura lógica* com o processo penal, pois iniciando-se do ponto neutro, o quadro argumentativo e probante pode se posicionar como mais provável para uma das partes. Essa constatação faz emergir a seguinte questão: é *razável o autor sempre perder o processo até o fim e o réu ser um vencedor até o trânsito em julgado?* Haveria somente devido processo legal do réu ou há um devido processo legal do autor que possa ensejar uma mudança da “fruição” do “bem da vida” se ele conseguir demonstrar, dentro de alguns parâmetros, superioridade argumentativa e probante? A reflexão é necessária e a resposta positiva a essas indagações nos levará diretamente a grande utilidade a “tutela de evidência”.

Com essas alterações na lei, já se observava um intuito de se evitar que o prolongamento excessivo da demanda prejudicasse aquele que precisa de uma solução judicial e que foi capaz de demonstrar a evidência de seu direito, mas que encontra obstáculos diante de atitude aparentemente abusiva por parte do réu. Almejou-se trazer efetividade ao processo sob o ponto de vista do autor, prejudicado pela demora da solução definitiva.

Ampliando as hipóteses de cabimento dessa técnica processual de antecipação dos efeitos da tutela ante a evidência do direito alegado, o Código de Processo Civil positivou ampla e genericamente a hipótese de aplicação da

32 “Os direitos evidentes são aqueles que carregam em si alta probabilidade de reconhecimento judicial futuro, independentemente de sua natureza ou da relação jurídica de direito material em que inseridos”. Dotti, Rogéria Fagundes. Tutela da evidência: probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar o tempo – São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020, pp. 91/92.

tutela da evidência, em seu artigo 311, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo quando “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 razável”.

A leitura desse dispositivo sugere que o legislador estava atento tanto à segurança jurídica das partes quanto à preocupação de dar maior efetividade ao processo.

Como nos ensina Luiz Guilherme Marinoni, repetindo a ideia em diversas obras de sua autoria, a efetividade do processo está diretamente relacionada com “o uso racional do tempo pelas partes e pelo juiz”<sup>33</sup>. Em sua visão, “pretender distribuir o tempo implica emvê-lo como ônus, e essa compreensão exige a prévia constatação de que ele não pode ser considerado algo neutro ou indiferente ao autor e ao réu”<sup>34</sup>.

Em sua visão, é por isso que “o Código de 2015, na linha do art. 273, II, do Código de 1973, instituiu uma técnica processual destinada a viabilizar a tutela do direito do autor quando os fatos constitutivos do direito são incontroversos ou evidentes e a defesa é infundada”<sup>35</sup>.

Essa tutela, prevista no artigo 311 do Código de Processo Civil, e que não está ligada a hipóteses de urgência, visa equilibrar situações processuais de probabilidade do direito afirmado pelo autor com o direito à ampla defesa do réu. Ou, como define Marinoni, “destina-se viabilizar a distribuição do ônus do tempo do processo”<sup>36</sup>.

Em interessante linha de raciocínio, Luiz Guilherme Marinoni<sup>37</sup> defende que a repartição do tempo do processo deve adotar como base o critério da distribuição do ônus da prova. Uma vez estabelecido a quem compete o ônus da prova do direito afirmado, seja ele constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo (art. 373, CPC), pode-se determinar qual é a parte que mais necessita “da instrução da causa e, consequentemente, do tempo do processo”. Assim, “se os fatos constitutivos estão evidenciados, não há razão para o autor ter que sofrer os males do tempo que o réu utilizará para tentar demonstrar os

33 MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. 2ª Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 143.

34 Idem, p. 143.

35 MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela de urgência e tutela de evidência: Soluções processuais diante do tempo da Justiça – 3ª ed – São Paulo: Thomson Reuters. Brasil, 2019, p. 272.

36 MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela de urgência e tutela de evidência: Soluções processuais diante do tempo da Justiça – 3ª ed – São Paulo: Thomson Reuters. Brasil, 2019, p. 272.

37 MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela antecipatória e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda – 5ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 54/55.

fatos alegados na exceção. Em outras palavras: ao autor não pode ser imposto o peso do tempo que serve unicamente ao réu”.

A distribuição do ônus do tempo seria uma decorrência natural da necessidade de que a parte deposita na instrução do processo. Aquele que precisa de uma instrução processual completa, em regra, não apresenta direito tão evidente. Nada mais justo que, na repartição do ônus do tempo, esta parte que não consegue evidenciar de plano seu direito, venha a sofrer os efeitos do tempo do processo. Ou seja, “o tempo do processo deve ser suportado pela parte que necessita da instrução da causa”<sup>38</sup>.

Para equalizar de forma justa essa distribuição do ônus do tempo, parece-nos oportuna a previsão que foi trazida ao inciso IV, do artigo 311, do Código de Processo Civil. Ao exaltar o direito evidente e balizar a defesa que não seja capaz de gerar dúvida razoável ao fato constitutivo do direito afirmado pelo autor, a lei passou a autorizar a antecipação dos efeitos do provimento final com o claro propósito de dar maior efetividade ao processo, sem reduzir a importância da segurança jurídica, da ampla defesa e do contraditório.

E a lei, importante reforçar, não mais restringe a incidência da tutela da evidência à hipótese de abuso do direito de defesa por parte do réu ou às hipóteses especificamente dispostas para casos concretos de direito material. O Código de Processo Civil positivou a tutela de forma genérica e abstrata, não havendo um rol taxativo para balizar sua aplicação.

Ou seja, a lei, ao estabelecer a hipótese genérica para a tutela da evidência, dissociou essa técnica de distribuição do ônus do tempo do processo do direito material propriamente discutido nos autos. Como destaca Rogeria Fagundes Dotti, poder-se-ia até suscitar um “poder geral de antecipação da evidência” porque a técnica tem natureza processual e, portanto, não está ligada a esta ou aquela situação de direito material, devendo ser aplicada em todos os casos indistintamente, “sempre que houver prova suficiente do autor, fragilidade da defesa e necessidade de continuidade da instrução”<sup>39</sup>.

Isso nos remonta à ideia de probabilidades aventada acima, onde aquele que necessita de uma instrução probatória mais extensa possivelmente está apresentando um direito menos provável do que o da parte que não depende de longa instrução. Na ponderação das probabilidades, o direito que se prova com mais facilidade tende a ser mais provável.

38 Idem. p. 58.

39 Dotti, Rogéria Fagundes. Tutela da evidência: probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar o tempo – São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 178.

Ainda que não haja menção expressa ao momento de concessão da tutela da evidência<sup>40</sup>, para se alcançar o “direito evidente” previsto no referido artigo 311, IV, faz-se necessário ultrapassar o momento de apresentação de defesa por parte do réu. A petição inicial deve ter sido instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor e a contestação não pode ter sido capaz de gerar dúvida razoável à situação de direito narrada pelo autor. Ou seja, já com o contraditório em exercício, sua concessão demandará cognição ainda não exauriente, onde já se tenha dado oportunidade de manifestação ao réu, a partir do qual fique amparada a evidência do direito.

Resumidamente, não haveria espaço para a concessão de tutela da evidência initio litis, na forma prevista no referido inciso IV do artigo 311, a amparar um “direito evidente”.

#### **4 Tutela provisória e as ações locatícias**

A positivação da tutela da evidência no Código de Processo Civil como medida genérica, trouxe um potencial impacto às ações locatícias. Mas, apesar da grande importância que as relações locatícias apresentam para a sociedade, a doutrina ainda não tratou a questão com a atenção que o assunto parece merecer.

Sem o pretexto de abordar cada hipótese ou procedimento tratado pela Lei de Locação de forma específica e individualizada, objetivamos levantar elementos para que se faça possível entender se a tutela da evidência, agora positivada no artigo 311, do Código de Processo Civil em vigor, é aplicável às ações locatícias ou se as tutelas provisórias cabíveis se limitam àquelas indicadas no parágrafo primeiro do artigo 59 da Lei 8.245/91.

O questionamento se faz pertinente porque o artigo 59 contempla expressa-

40 A respeito do momento para a concessão da tutela da evidência: “O art. 273, do Código de Processo Civil, não dispõe expressamente a respeito do momento em que, ao longo do iter procedimental, pode o juiz antecipar os efeitos da tutela requerida. Assim sendo, cumpre ao intérprete analisar o contido na regra legal, bem como seu enquadramento sistemático no ordenamento, para que fique claro se existe limitação temporal para a tomada da providência. Para que se possa fazer tal análise, cumpre, inicialmente, analisar o contido no inciso II, do art. 273, que cria a possibilidade de antecipação da tutela de direito provável nas hipóteses de abuso de direito de defesa ou propósito protelatório do réu. Em que pese o legislador não ter tratado de forma direta a questão do tempo, evide-se que só pode haver uma das condutas tipificadas se já tiver havido manifestação processual do réu, de maneira que se exclui a possibilidade de antecipação fundada neste inciso II em momento anterior à integração do réu à lide. No mais, lícito concluir que, em qualquer momento processual em que a má conduta vier a se concretizar, poderá a antecipação ser concedida, desde que haja requerimento do interessado e provável for o direito por ele alegado” (PUOLI, José Carlos Baptista. Os poderes do juiz e as reformas do processo civil. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001. p. 167); “Pela própria descrição das hipóteses em que é cabível e da forma como está disciplinada deduz-se que essa antecipação da decisão final da causa somente pode ser concedida incidentalmente ao processo em que se pede a tutela definitiva, jamais em caráter antecedente” (DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do novo processo civil / Cândido Rangel Dinamarco, Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes – São Paulo: Malheiros, 2016. P. 29).

mente alguns casos notórios que, pela experiência forense, historicamente já apresentavam situações a exigir uma atuação diferenciada do Poder Judiciário, com vistas à obtenção de uma tutela mais célere.

Segundo Luiz Fux<sup>41</sup>, que será citado e referido com frequência neste capítulo, a Lei de Locação teria valorado abstrata e antecipadamente as hipóteses que careceriam de tutelas antecipativas dos efeitos do provimento final. Em seu entendimento, fora dessas hipóteses previstas, não caberia a antecipação, devendo o litigante aguardar o provimento final que vier a ser proferido, de acordo com os procedimentos ordinários para tanto. Nesse sentido, a respeito das situações que revelam “direito em estado de evidência”:

O legislador inquilinário, na sua tarefa de valorar os ‘interesses em jogo’, contemplou, aprioristicamente, os casos de ‘direito evidente’ passíveis de tutela antecipada, quer quando instituiu os casos de despejo liminar, quer ao permitir a fixação initio litis de aluguel provisório etc.

Isto significa dizer, em princípio, que as demais pretensões inseridas na lei não autorizam a tutela antecipada; isto é: devem submeter-se à ordinariedade, que é o procedimento padrão eleito pelo legislador inquilinário. É inegável que as razões de ordem social e prática inspiraram o legislador na escolha das causas que admitem a tutela antecipada, por isso que a proteção imediata não chega ao ponto de sacrificar o valor social que a locação encerra, tanto assim que, muito embora evidente o direito do locador, não se contemplou essa forma de tutela na ‘retomada por denúncia vazia’ nem naquela em que se opera presunção de sinceridade quando o bem se destina à moradia dos parentes do locador<sup>42</sup>.

Sua afirmação é contundente: a lei teria especificado as hipóteses de cabimento de medidas para antecipar os efeitos da tutela final. “As demais pretensões” não configurariam “direito evidente” e, portanto, não seriam socorridas de forma antecipada. A não ser em situações de urgência, como ressalva o referido autor<sup>43</sup>.

Antes de prosseguir com a linha de raciocínio, é importante fazer uma digressão. A obra de Luiz Fux foi escrita antes de o Código de Processo Civil autorizar a concessão de tutelas da evidência de maneira genérica e abstrata. Até então, a tutela da evidência ficava restrita às hipóteses de direito material que

41 Em referência à obra de sua autoria, que provocou a presente releitura: FUX, Luiz. Tutela antecipada e locações: os fundamentos da antecipação da tutela e sua aplicação na relação locatícia. Rio de Janeiro: Destaque, 1995.

42 Idem. pp. 125/126.

43 “Escapa ao legislador a possibilidade de prever de forma casuística as hipóteses de ‘tutela antecipada de direitos em estado de periclitação’. (...). Desta sorte, as situações de periculum in mora reveladas pela prática judiciária das locações hão de reclamar do juízo a tutela antecipada, prevista de forma indireta; por isso o art. 79 determina a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil”. Em sua obra, Luiz Fux enumera e analisa algumas hipóteses “de direito em estado de periclitação que reclamam a tutela antecipada de segurança e escapam à letra do artigo 59 da lei”, como as hipóteses exemplificativas de (i) tutela antecipada de entrega do imóvel ao inquilino; e a (ii) tutela antecipada visando a manutenção do uso pacífico da coisa locada. FUX, Luiz. Tutela antecipada e locações: os fundamentos da antecipação da tutela e sua aplicação na relação locatícia. Rio de Janeiro: Destaque, 1995. pp. 126 e 129/133.

expressamente a regulassem, como é o caso do artigo 59. Não havia literalmente na lei autorização expressa para aplicação dessa técnica para situações não previstas de maneira específica.

Assim, as hipóteses de tutela da evidência dependiam do prévio e abstrato juízo de valor realizado pelo legislador, que direcionava a atuação do magistrado e tipificava as hipóteses de direito material evidente. Ou seja, a evidência era determinada *a priori* pela lei<sup>44</sup>. Daí ser interessante afirmar ou infirmar a base doutrinária daquela época nos dias de hoje.

Voltando à análise do posicionamento de Luiz Fux, já é possível extrair três conclusões. A primeira, de que as situações de urgência, por estarem abstratamente previstas na lei, diante das inúmeras possibilidades do mundo real, podem ser concedidas à parte, mesmo sem expressa previsão no bojo do artigo 59; a segunda, de que o artigo 59 traria em suas disposições “direitos evidentes”; a terceira conclusão, como decorrência da primeira, é que o artigo 59 não apresentaria um rol exaustivo de hipótese de concessão de tutelas antecipadas nas ações locatícias.

Concordamos quanto à conclusão de que são cabíveis as tutelas pautadas pela urgência, mesmo sem expressa previsão na Lei de Locação sobre as hipóteses para a sua concessão. Como a Lei 8.245/91 não faz referência às tutelas de urgência e tampouco restringe a aplicação da regra geral contida no Código de Processo Civil, não haveria motivos para se proibir a concessão de tutelas provisórias pautadas no artigo 300, do Código de Processo Civil. Afinal, como já se aventou acima, o artigo 79, da Lei de Locação determina a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil aos casos não tratados na lei especial, além de ter sido promulgada antes das reformas no diploma processual.

Vale ressaltar que a jurisprudência também ostenta entendimento uníssono acerca da possibilidade de se conceder tutela fundada na urgência e no disposto no atual artigo 300, do Código de Processo Civil, desde que, obviamente, presentes os requisitos autorizadores daquela medida<sup>45</sup>. Não fosse esse o entendimento, a não concessão de tutela provisória diante da demonstração de situação de possível dano irreparável, haveria ofensa o disposto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Avançando nessa análise e balizando a construção de premissas, é preciso definir qual a natureza das medidas previstas no artigo 59, parágrafo primeiro.

44 Dotti, Rogéria Fagundes. Tutela da evidência: probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar o tempo – São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020, pp. 180/185.

45 Nesse sentido, exemplificativamente, REsp 1.207.161, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, j. 08.02.2011; AI 2087600-64.2019.8.26.0000, Rel. Des. Antonio Rigolin, 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, j. 20.05.2019.

Como o próprio jurista sinaliza<sup>46</sup>, e como a leitura dos incisos desse dispositivo nos induz a interpretar, a Lei de Locação parece querer regulamentar hipóteses em que o direito do locador é “evidente”. Com exceção da previsão constante no inciso VI, que trata de situação em que o locador deve realizar obras urgentes em seu imóvel a pedido do Poder Público, e cujo provimento parece se contextualizar com a urgência, os demais oito incisos sinalizam situações em que não há urgência na obtenção da medida. Aparentam, abstratamente, hipóteses eleitas pelo legislador como “direitos evidentes”, a respaldar tutelas proferidas mediante cognição sumária.

Ainda que o artigo 59 trate de alguma hipótese que envolva urgência, parece inegável que a intenção do legislador foi mesmo regular situações de evidência de direito, a autorizar o magistrado a conceder tutelas provisórias, como forma de equalizar o tempo do processo. Ou seja, esse dispositivo traria “direitos evidentes” mas não excluiria e nem se confundiria com a possibilidade de concessão de tutelas provisórias de urgência fundadas no artigo 300, do Código de Processo Civil.

Do disposto no parágrafo primeiro, observa-se, também, que as tutelas ali previstas autorizam a concessão de medida “independentemente da audiência da parte contrária”, ou seja, autorizam as verdadeiras “liminares”, concedidas *initio litis*. Isso quer dizer que o legislador, de fato, escolheu as hipóteses em que já se identifica de plano um direito evidente do locador/autor, a dispensar a formação de uma “cognição” mais robusta. Há clara limitação ao plano da cognição vertical, autorizadora da concessão de medida mediante juízo sumário de que os fatos tenham ocorrido como narrado pelo autor.

Decorre diretamente da possibilidade de concessão dessas medidas *initio litis* o fato de que o *direito evidente* estampado no artigo 59 independe da própria defesa apresentada pelo réu. Ou seja, não decorre de uma conduta do réu e não se subordina ao conteúdo de sua defesa ou de atos protelatórios praticados por ele, hipótese que se aproximaria do que Eduardo José da Fonseca denomina de “direito material de existência quase certa”, correspondente a “um direito subjetivo que, de tão claro, impele a uma rápida proteção jurisdicional”<sup>47</sup>.

A terceira conclusão extraída dos ensinamentos aventados, de que o artigo 59 não apresentaria um rol taxativo de medidas, parece-nos acertada. Todavia, ousamos divergir da posição do autor porque, embora a conclusão seja convergente, o raciocínio percorrido se difere.

46 Segundo Luiz Fux, “os casos mencionados pelo artigo 59 da lei são de tutela antecipada da ‘evidência’, porque neles se corporificam direitos líquidos e certos de o locador obter imediatamente a posse do imóvel locado”. FUX, Luiz. Tutela antecipada e locações: os fundamentos da antecipação da tutela e sua aplicação na relação locatícia. Rio de Janeiro: Destaque, 1995. p. 138.

47 COSTA, Eduardo José da Fonseca. O ‘direito vivo’ das liminares – São Paulo : Saraiva, 2011. pp. 71/75.

Segundo Luiz Fux, "há casos de direito em estado de periclitação que reclamam a tutela antecipada de segurança e que escapam à letra do artigo 59 da lei"<sup>48</sup>. Nesse sentido, conclui-se genericamente que as medidas à disposição do magistrado não se limitam àsquelas trazidas pelo artigo 59, convergindo nossos pensamentos na medida em que não se excluiria a concessão de tutelas não previstas no artigo 59. Abre-se, assim, o caminho para aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, em especial de hipóteses que se subsumam ao preceito do artigo 300, do Código de Processo Civil.

Todavia, o autor parece sugerir que, além das tutelas pautadas na urgência e nas hipóteses de evidência expressamente previstas no artigo 59, não caberia a concessão de provimentos provisórios.

Como registro, cumpre consignar que, da doutrina de Luiz Fux, extrai-se importante posicionamento. Discorrendo sobre a "impossibilidade jurídica do pedido de tutela antecipada" nos casos em que, "mercê de autorizar o juízo a chancelar pretensões várias nas sentenças das ações típicas das locações, restringe a exigibilidade do conteúdo ao trânsito em julgado", defende não ser possível a concessão de tutelas antecipadas quando a própria lei contiver tal restrição. Segundo ele, "não se pode antecipar o momento eleito pelo legislador"<sup>49</sup>.

E exemplifica com o pedido de despejo formulado em ação renovatória, quando a parte deve aguardar o trânsito em julgado da sentença de improcedência para que o locador possa despejar o locatário sucumbente. Todavia, essa hipótese foi expressamente alterada na reforma da Lei de Locação e por isto, já se demonstra que a arquitetura da Lei, que foi extremamente inovadora em reunir um leque de hipóteses de tutelas de evidência, embora tivesse um rigor inicial com o despejo na renovatória, foi alterada para admitir "execução provisória" da sentença.

Ao afirmar que "as demais pretensões não autorizam a tutela antecipada", e que estas "devem submeter-se à ordinariedade, que é o procedimento padrão", ele nega a concessão de tutelas da evidência além das situações expressas. E nesse ponto ousamos discordar.

De fato, até a promulgação do Código de Processo Civil de 2015, havia na legislação a previsão genérica de tutelas sumárias adaptáveis ao caso concreto, voltadas a amparar a parte diante de situações urgentes. Havia, de forma específica e expressa, situações em que a lei já classificava uma determinada situação de direito material como evidente para fins processuais. É o caso, por exemplo, das já citadas hipóteses previstas para as ações possessórias, ou mesmo aquelas previstas no artigo 59 da Lei de Locação.

48 Idem. p. 138.

49 Ibidem. p. 128.

Ocorre que, atualmente, o ordenamento processual também prevê, genericamente, hipóteses de tutelas provisórias pautadas na evidência do direito. Tais hipóteses não apresentam relação direta com o perigo de dano para a parte e sim, exclusivamente, com a evidência do direito afirmado.

A Lei de locação, embora apresente um rol expresso de direitos que entende “evidentes”, não faz qualquer ressalva à aplicação ou determina a impossibilidade de que a lei processual trate especificamente da tutela da evidência em casos ali não contemplados.

Não se ignora as razões suscitadas pelo autor, no sentido de que o legislador teria “valorado os interesses em jogo” e escolhido quais hipóteses careceriam de proteção ao direito evidente. Mas as mesmas razões que autorizam a aplicação da tutela provisória de urgência (artigo 300) valem para a tutela provisória da evidência fundada no artigo 311, ambos do Código de Processo Civil.

Ora, o próprio texto do parágrafo primeiro do artigo 59 é expresso ao afirmar que ali estão contemplados os direitos evidentes autorizadores da concessão de tutelas “liminares”<sup>50</sup>, pautadas por cognição sumária lastreada exclusivamente nas alegações e provas apresentadas pelo autor da demanda.

Veja-se que a situação processual não é a mesma tratada pelo artigo 311. Embora a tutela prevista no Código de Processo Civil também seja pautada por “cognição sumária”, a medida somente pode ser concedida após a apresentação de defesa por parte do réu, contra a concessão de medida *initio litis* autorizada pela lei locatícia, que dispensa a oitiva do réu.

O fundamento jurídico para a concessão da medida é diverso (art. 59, § 1º x art. 311); o momento para a concessão também diverge (*initio litis* x após a contestação); também por isso, a instrução processual já alcançada é completamente diferente (manifestação unilateral do autor x contraditório já em exercício); e o trabalho cognitivo exercido pelo magistrado não se confunde (requisitos balizados na lei x análise sobre a existência de prova suficiente e inexistência de prova capaz de gerar dúvida razoável). Logo, não há como tratar ambas as situações de modo idêntico.

Exemplificando, é possível que o autor/locador tenha razão em suas alegações quando, ao ajuizar uma ação de despejo, alegue que o locatário está inadimplente quanto ao pagamento dos aluguéis e demais encargos da lo-

50 “Decisão liminar deve ser entendida como aquela concedida *in limine litis*, isto é, no início do processo, sem que tenha havido ainda a citação ou a oitiva da parte contrária. Assim, tem-se por liminar um conceito tipicamente cronológico, caracterizado apenas por sua ocorrência em determinada fase do procedimento: o seu *início*”. DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela / Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira – 10ª ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. V. 2. p. 578.

cação. Assim, com fundamento no artigo 59, parágrafo primeiro, inciso IX, da Lei 8.245/91, e mediante cognição sumária, é cabível a concessão de tutela liminar de despejo. Mesmo que concedida a liminar de despejo, não é impossível de se imaginar que o locatário esteja em estrito cumprimento de suas obrigações, ao contrário da narrativa do locador. Mesmo assim, até que o locatário possa comprovar ausência de inadimplemento, a liminar já terá sido deferida (antes mesmo de sua citação) e possivelmente executada. Agora, imagine-se situação em que o locador ajuíza essa mesma ação de despejo alegando inadimplência do locatário. Em sua contestação, o locatário afirma estar pagando rigorosamente os aluguéis. Todavia, não junta aos autos nenhum comprovante de pagamento, de recibo ou quaisquer indícios de que a obrigação tenha sido efetivamente cumprida. Não poderia este autor/locador obter uma ordem de despejo ante a evidência de seu direito que, neste caso, se tornou mais evidente diante da defesa vazia do réu/locatário?

A situação exige reflexão. Antes da oitiva do réu, a lei atribui ao direito alegado pelo autor a característica de “evidente”, a justificar a concessão de tutela provisória para entregar ao autor o bem da vida que ele persegue pela via do processo. Será mesmo que, após a apresentação de defesa pelo réu, em que se verifique que o direito aventado na petição inicial é também “provável” e “evidente” aos olhos do artigo 311, IV, não haveria uma segurança maior para a concessão da mesma medida que entregará o bem da vida ao locador?

A resposta deve ser afirmativa. A defesa do réu acaba por confirmar (indiretamente) o direito afirmado pelo autor. Se a lei já possibilitava a medida antecipatória antes da instrução processual, nada impediria que a concedesse quando já em curso a instrução do processo.

O ponto que se pretende firmar é que deve haver uma distinção entre aquilo que o artigo 59 da lei de locação toma por base para “evidenciar o direito” para autorizar a concessão de tutelas provisórias “liminares”, ou seja, antes da oitiva do réu, e a evidência prevista no artigo 311 do Código de Processo Civil que emerge das situações em que a defesa do réu não seja capaz de “gerar dúvida razoável” ao fato constitutivo do direito afirmado pelo autor, e que, portanto, são autorizadas após a confirmação de que a defesa do réu não se apresenta robusta ao ponto de gerar dúvida sobre o direito do autor.

Tais situações são distintas do ponto de vista processual e cognitivo.

Até poderia parecer inócuia essa discussão se analisado o teor da disposição que autoriza o despejo liminar em caso de inadimplência do locatário, porque o inciso IX do artigo 59 limita a aplicação desta disposição aos casos em que contrato esteja desprovido de garantias. Apenas para reforçar a importância da discussão, embora não seja exatamente o propósito deste estudo apro-

fundar hipoteticamente as hipóteses específicas de concessão das tutelas nas ações locatícias, é possível imaginar que o autor alegue, por exemplo, que o fiador não ostenta mais patrimônio suficiente para garantir as obrigações assumidas pelo locatário afiançado ou, ainda, que o fiador dilapidou seu patrimônio. Requerida a comprovação da idoneidade financeira do fiador já na inicial, a contestação apresenta alegações evasivas ou deixa de impugnar esse fato. Não poderia haver uma aplicação do artigo 311? Outros exemplos semelhantes são facilmente encontrados.

Fixam-se, assim, as seguintes premissas no que diz respeito às ações locatícias: (i) o artigo 59 explicita as situações em que se entende presumível o direito do locador, ou seja, as situações de evidência do direito; (ii) o artigo 59 autoriza o magistrado a conceder tutela provisória em favor do autor antes mesmo de ouvir o réu na demanda, ou seja, liminarmente; (iii) o artigo 59 não apresenta um rol taxativo de hipóteses de concessão de tutelas antecipadas nas ações locatícias; (iv) é cabível a concessão de tutelas de urgência fundadas no artigo 300 e XXXV do artigo 5º da Constituição Federal; (v) é cabível a concessão de tutelas da evidência fundadas no artigo 311, embora em momento posterior à contestação apresentada pelo réu, fundamentado no devido processo legal para ambas as partes e para o autor quando demonstra superioridade argumentativa e probante, sobretudo após frágil impugnação pelo réu, ressaltando que, diferentemente do que ocorre na esfera penal, no processo civil não há presunção de veracidade e direito por parte do réu.

O microssistema das ações locatícias é muito apto a tutelas de evidências, bastando identificar que adotou arrojada técnica de eficácia imediata de praticamente todas as sentenças por expressa disposição legal (vide art. 58, da Lei 8.245/91), já em 1991 (!), algo que até o sistema geral processual brasileiro ainda não conseguiu implementar! Logo, a tutela de evidência encontra amplo e corrente campo de incidência nas ações locatícias.

## 5 Conclusão

A tutela provisória da evidência passou a ser uma realidade com o artigo 311, IV, do Código de Processo Civil. Assim como a tutela provisória de urgência, traz previsão abstrata e genérica aplicável a diversas hipóteses em que preenchidos os seus requisitos, embora para situações que independam da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo.

E nos procedimentos previstos na Lei de Locação não poderia ser diferente: também se aplica a tutela provisória da evidência nas ações locatícias, não obstante haja previsão, em seu artigo 59, parágrafo primeiro, de hipóteses de concessão de “liminares”.

Balizando-se o conhecimento do magistrado do início da demanda, onde a cognição judicial ainda é “sumária” e limitada, até o momento em que o magistrado terá todos os elementos necessários para julgar a causa, e onde sua cognição será “exauriente”, tentou-se demonstrar que a tutela da evidência pode e deve ser aplicada quando presentes os seus requisitos.

Isso porque, o artigo 59 da Lei 8.245/91, como se tentou demonstrar, versa sobre situações e momentos distintos daquele regulado pelo artigo 311, IV, do Código de Processo Civil. Enquanto um versa sobre hipóteses de concessão de tutelas antecipadas *initio litis*, baseadas em meras alegações do autor, o outro diz respeito a hipóteses posteriores ao início da instrução processual e já carregam juízos de probabilidade firmados após a participação do réu na demanda.

## 6 Bibliografia

BODART, Bruno Vinícius da Bós. Tutela de evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e considerações sobre o Projeto do Novo CPC – 1<sup>a</sup> Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014;

COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. Medidas preventivas. Medidas preparatórias – Medidas de conservação. 2<sup>a</sup> ed. – Livraria Bernardo Álvares Editora: Belo Horizonte, 1958;

COSTA, Eduardo José da Fonseca. O ‘direito vivo’ das liminares – São Paulo : Saraiva, 2011;

DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela / Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira – 10<sup>a</sup> ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. V. 2.

\_\_\_\_\_. Por uma nova teoria dos procedimentos especiais / Fredie Didier Jr., Antonio do Passo Cabral, Leonardo Carneiro da Cunha. – Salvador: Editora JusPodivm, 2018

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil, vol. III, 6<sup>a</sup> ed. Malheiros Editores, 2009;

\_\_\_\_\_. Teoria geral do novo processo civil / Cândido Rangel Dinamarco, Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes – São Paulo: Malheiros, 2016.

FERREIRA, William Santos e HOLZMEISTER, Verônica Estrella. Tempo, ideologia e graus de probabilidade nas tutelas de urgência. Requisitos para concessão e métodos de aplicação da correlação probabilidade, riscos, adequação e utilidade. Revista de Processo | vol. 296/2019 | p. 151 - 180 | Out / 2019;

FERREIRA, William Santos. Tutela antecipada no âmbito recursal – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2000. (Recursos no processo civil; 8);

- FRIEDE, Roy Reis. Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar / Reis Friede, Débora Maliki Menaged – 7<sup>a</sup> ed. – Rio de Janeiro: GZ, 2012;
- FUX, Luiz. Tutela antecipada e locações: os fundamentos da antecipação da tutela e sua aplicação na relação locatícia. Rio de Janeiro: Destaque, 1995;
- \_\_\_\_\_. Tutela de segurança e tutela da evidência. São Paulo: Saraiva, 1996;
- MARINONI, Luiz Guilherme. Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda. 2<sup>a</sup> ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011;
- \_\_\_\_\_. Técnica processual e tutela dos direitos. 2<sup>a</sup> Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008;
- \_\_\_\_\_. Tutela de urgência e tutela de evidência: Soluções processuais diante do tempo da Justiça – 3<sup>a</sup> ed. – São Paulo: Thomson Reuters. Brasil, 2019;
- OLIVEIRA NETO, Olavo de. Curso de direito processual civil / Olavo de Oliveira Neto, Elias Marques de Medeiros Neto, Patricia Elias Cozzolino de Oliveira – 1 ed. – São Paulo: Editora Verbatim, 2015;
- PUOLI, José Carlos Baptista. Os poderes do juiz e as reformas do processo civil. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.
- SILVA, Ovídio Araújo Batista. Curso de Processo Civil: execução obrigacional, execução real, ações mandamentais, vol. 2 – 3<sup>a</sup> ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998;
- \_\_\_\_\_. Curso de Processo Civil: processo cautelar (tutela de urgência), vol. 3 – 2<sup>a</sup> ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998;
- \_\_\_\_\_. Teoria geral do processo civil / Ovídio A. Baptista da Silva, Fabio Gomes – 3<sup>a</sup> ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002;
- WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. São Paulo: Perfil, 2005;
- ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela, 2<sup>a</sup> ed. – São Paulo: Saraiva, 1999.