



A TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA E DE EVIDÊNCIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Paolla Merlante SALOMÃO¹

RESUMO: Esse artigo tem como objetivo analisar a finalidade, os requisitos e os procedimentos das tutelas provisórias do Código de Processo Civil junto ao ponto de vista do Direito Constitucional, bem como a sua forma de potencializar os direitos fundamentais.

Palavras-chave: Tutela. Urgência. Evidência. Juiz.

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da lei Nº 13.105, atual Código de Processo Civil, vieram modificações que permitem maior efetividade à concretização dos direitos fundamentais.

Dentre outros, a tutela jurisdicional que visa solucionar os conflitos cujas partes são incapazes de, por si só, chegar a um consenso, necessitando assim de um terceiro imparcial.

A tutela provisória está intimamente ligada ao Direito Positivo, pois tem concepção de ser um escrito mutável de acordo com a necessidade contemporânea do ser e do ambiente ao qual ele se encontra.

Há também respaldo no Direito Natural, esse imutável, conhecido por meio da razão, estabelecendo o que é bom e justo, podendo ser extraído dos princípios constitucionais que norteiam as tutelas.

1. MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA TUTELA PROVISÓRIA

¹ Discente do 3º ano do curso de Direito do Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. e-mail paollasalomao@hormail.com Membro do grupo de estudos GEPETO.

Assim como os demais ramos do Direito, o Processual Civil deve ser interpretado sob o viés do Direito Constitucional, de modo a potencializar a prestação jurisdicional dos direitos fundamentais.

A Carta Magna brasileira positiva, em seu artigo 5º, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, garantindo o amplo acesso a todos que desejam ingressar no judiciário. Vejamos:

Art. 5º (...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Referidos dispositivos visam distribuir e garantir o acesso à jurisdição. Contudo, em razão da grande demanda e do formalismo legal, o Poder Judiciário nem sempre consegue dizer o direito em tempo hábil a não causar prejuízo às partes.

O processo judicial é, em regra, moroso, e nem sempre é possível aguardar o fim do processo sem que o bem almejado sofra perecimento, sendo necessário aplicar uma tutela para firmar o direito. Nesse sentido, a doutrina de Juvênio Vasconcelos Viana (2015, p. 216 a 217) afirma:

Medidas de urgência existem no sistema buscando ora proteger o processo e seus fins, sua utilidade; ora, noutra linha, buscando oferecer ao cidadão a fruição imediata, de forma rápida, integral ou parcialmente, do próprio bem da vida que esse almeja. Uma e outra visam, por atalhos diferentes, duelar com os efeitos maléficos que o tempo pode trazer às pessoas e seus direitos.

Em suma, a confiança do indivíduo é depositada no Poder Judiciário para que ele se pronuncie em relação ao direito discutido, devendo solucionar o conflito com a efetiva justiça.

2. TUTELA PROVISÓRIA

A tutela provisória é o gênero do qual são espécies a tutela provisória fundada na urgência (podendo ser antecipada ou cautelar) e a tutela provisória fundada na evidência.

Em razão das urgências casuísticas, muitas vezes o Poder Judiciário, não detendo todos os elementos para decidir a causa, concede a tutela sumariamente de maneira provisória. Desse modo, Allan Merlante Salomão (2016, p.15) pontua:

A tutela provisória tem por escopo conceder, por meio de cognição sumária, o direito pretendido no final do processo de forma antecedente e precária, dada a urgência ou a evidência do direito apreciado.

Do mesmo modo, para Fredie Didier (2016, P.580), a tutela provisória é utilizada para “antecipação provisória dos efeitos da tutela definitiva”

2.1. Tutela provisória de urgência como gênero

Para a concessão da tutela de urgência, é imprescindível a cumulação dos pressupostos contidos no caput artigo 300 do CPC, a saber, o *periculum in mora* (perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo) e *fumus boni iuris* (“a fumaça do bom direito”).

De acordo com a doutrina de Humberto Theodoro Júnior (2015, p. 183):

Tanto as medidas cautelares, quanto as tutelas antecipadas: (a) exigem a presença excepcional de uma situação de perigo (*periculum in mora*) que determine um provimento jurisdicional imediato visando à não concretização do dano; (b) são exaradas mediante cognição sumária, isto é, juízo superficial/perfunctório sobre alegações e provas, que revelará o *fumus boni iuris* ou a verossimilhança da alegações; e, por isso, (c) são provimentos provisórios, sem o cunho de imutabilidade característico da coisa julgada material, podendo ser revogados ou reformados, observa-se que eles se alinham pertencentes ao mesmo gênero de provimentos, gênero este que tem em comum as características acima listadas. Tal gênero é denominado de tutela de urgência.

Sendo o caso de conceder a tutela provisória, o magistrado poderá exigir caução real (recai sobre um bem específico) ou fidejussória idônea (garantia pessoal de terceiro) para reembolsar danos que eventualmente a parte possa sofrer. Caso a parte requerente for economicamente hipossuficiente, o CPC permite que a garantia seja dispensada pelo juízo.

Enfim, é possível fazer o pedido da tutela de urgência antes da elaboração do pedido principal (antecedente) ou após (incidental).

3.1.2. Tutela provisória de urgência antecipada

A tutela provisória de urgência antecipada possui natureza satisfativa. Assim, por meio de uma decisão interlocutória, o juiz concede, sumaria e precariamente, o direito material discutido antes da sentença ao final do processo.

Em razão da cognição sumária, a decisão não faz efeito de coisa julgada, em obediência ao princípio constitucional do devido processo legal, (art. 5º “LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”).

Essa tutela pode ser concedida antes do início do processo (inclusive *inaudita altera pars*), ou em seu decorrer, antecedente e incidental, respectivamente.

Em suma, quando a parte já fizer o pedido principal ainda poderá optar por meio da tutela incidental. Ademais, não é necessário seguir um procedimento específico para pedir a tutela, basta a demonstração dos requisitos legais do caput do artigo 300 do CPC.

Conforme elucidado no CPC, o magistrado possui arbítrio de indeferir o pedido da tutela antecipada art. 300 “§3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.”

Da irreversibilidade dos efeitos da decisão, é importante destacar que apenas não é reversível a situação fática gerada pela decisão, pois quando jurídica, existe a possibilidade de revogação. Entretanto, há casos excepcionais em que a tutela antecipada será concedida, mesmo ela tornando a situação fática irreversível, vide exemplo de Wambier (2015, p. 501):

Primeiramente, é de se indagar qual o significado de irreversibilidade colocada pelo legislador. Trata-se, obviamente, de uma irreversibilidade

fática, e não jurídica. Explica-se: a decisão, sob aspecto jurídico, é sempre reverssível, bastando para tanto que seja revogada, cessada ou modificada. Não é essa a irreverssibilidade que se cogita na norma, mas sim a eventual irreverssibilidade das consequências da efetivação da tutela de urgência; essa, sim, deve ser motivo de preocupação ao se pensar na concessão, ou não, da medida pleiteada.

A questão, porém, está longe de poder ser resolvida pela aplicação literal do mencionado dispositivo legal, na medida em que uma interpretação irreduzível pode abicar, em determinadas situações, numa negative de tutela jurisdiccional com o advento de prejuízos enormes e irreparáveis, com o que obviamente não se pode concordar.

Há situações em que, mesmo irreverssível, a medida há de ser deferida. Imagine-se, por exemplo, um requerimento de autorização para uma transfusão de sangue emergencial a um menor, para salvar-lhe a vida, porque um dos pais, por questões religiosas, opõe-se, ou, ainda, um pedido para liberação de mercadorias perecíveis, retidas na alfândega para exame sanitário que, por greve dos servidores, não é realizada. Nesses e em outras tantas situações, mesmo diante da irreverssibilidade, há de ser concedida a tutela de urgência.

Com a devida análise do artigo *art. 300 §3º do CPC*, é notável que o legislador se atentou a assegurar os direitos fundamentais, permitindo que a parte possa reverter a situação jurídica, conforme explana o princípio do contraditório e da ampla defesa.

Além disso, o CPC traz a possibilidade de aditamento da petição inicial, devendo o autor apresentar novos documentos a ação em até 15 (quinze) dias, ou em outro prazo estabelecido pelo magistrado, sob pena de fazer coisa julgada meramente formal. No mesmo sentido, se a parte requerida não estiver de acordo com a tutela concedida para o requerente, deverá recorrer por meio de um agravo de instrumento, sobre os termos estabelecidos no aditamento da inicial, do oposto, haverá estabilização da tutela antecipada, ou seja, o que havia sido concedido a princípio em caráter provisório, será definitivo.

Não obstante, extinto o processo, poderá o requerido solicitar o desarquivamento dos autos (não se trata de ação rescisória), desde que solicite dentro do prazo de até 2 (dois) anos, contados da ciência do trânsito em julgado da ação, pois o código de processo civil garante o direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada. Outrossim, a ação do desarquivamento dos autos terá como juízo prevento o que prolatou a decisão extintiva do feito.

3.1.3. Tutela provisória de urgência cautelar

Diferentemente da tutela antecipada, a tutela cautelar não possui natureza satisfativa, mas sim natureza instrumental, sendo meramente assessória, abordando um processo de execução ou um processo de conhecimento.

Assim como a tutela antecipada, a tutela de urgência pode ser requerida em caráter antecedente (antes do pedido principal) em caso de urgência “contemporânea”. Quando a tutela de urgência for incidental, essa poderá ser concomitante com o pedido principal, ou após a distribuição da demanda.

Conforme positivado, se a tutela solicitada possuir natureza diversa da tutela que o autor está requerendo, o magistrado aplicará o princípio da fungibilidade. Vide o código de processo civil:

Art. 305. A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Parágrafo único. Caso entenda que o pedido a que se refere o caput tem natureza antecipada, o juiz observará o disposto no art. 303 .

Em síntese, o julgador deixará claro qual o procedimento correto a seguir, nada o impede de deferir a tutela de natureza diversa, fulcro na I jornada de direito processual civil enunciado 45 “Aplica-se às tutelas provisórias o princípio da fungibilidade, devendo o juiz esclarecer as partes sobre o regime processual a ser observado.”

Ademais, se constatado pelo magistrado que o direito do requerente sofreu prescrição ou decadência, esse deverá indeferir o pedido do autor, pouco importando se a tutela provisória já foi concedida, pois a decisão sobre a tutela não vincula a decisão do pedido principal.

Diverso das demais tutelas, o prazo para contestar a tutela cautelar é de apenas 5 (cinco) dias, contados da citação, devendo o requerido indicar as provas que pretenda produzir. Se o requerido não contestar, ocorrerá revelia somente do pedido cautelar, portanto, ainda será possível o juiz indeferir a ação principal do autor.

Ocorrido a contestação do requerido, observar-se-á o procedimento comum, tendo o requerente o prazo de 30 (trinta) dias, devendo esse formular a tutela cautelar juntamente com o pedido principal.

No que pese a mediação e conciliação, quando o direito discutido não for indisponível, e quando as partes desejarem que a autocomposição ocorra, as partes serão intimadas para a autocomposição. Caso o requerente não deseje a mediação/conciliação, ele deverá se manifestar na petição inicial, enquanto o requerido com antecedência de 10 (dez) dias da audiência. Dessa maneira, somente após concluído essas fases, é que ocorrerá a contestação do pedido principal.

2.2. Tutela provisória de evidência

A tutela de evidência é utilizada quando for constatado a altíssima probabilidade do direito. Ocorre a redistribuição do ônus do tempo. O magistrado é convencido de que o bem, de fato é da parte, portanto o concede em caráter provisório.

Essa tutela somente pode ser requerida incidentalmente após o processo já estar tramitando. Importante destacar, que não se trata de um julgamento antecipado, pois esse se utiliza de cognição exauriente, colocando definitividade a decisão.

Em hipóteses de: Constatação de má-fé do requerido, por manifesto protelatório, abusando do direito de defesa, será a tutela de evidência concedida, não sendo necessário constatar o dolo do requerido, pois a culpa é objetiva.

Outrossim, se o autor basear suas alegações em caso de incidente de resolução de demandas repetitivas, ou súmula vinculante, não será necessário a produção de novas provas, podendo o magistrado conceder a tutela de forma liminar.

Atualmente, o código de processo civil não possui mais ação de depósito, porque outrora se tornou infundado fulcro a decisão do Supremo Tribunal Federal da impossibilidade da prisão do depositário infiel. Destarte o inciso III do artigo 311 do código de processo civil, permite a concessão da tutela (possivelmente de forma liminar) de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada, sob pena de multa.

Por conseguinte, o requerido deverá opor dúvida razoável caso a petição inicial do autor possua fatos constitutivos suficientes para comprovar seu direito, do oposto, o direito será concedido de forma provisória.

3. CONCLUSÃO

As disposições do Livro V do CPC garantem a distribuição efetiva e justa do Poder Judiciário, garantindo que as partes depositem sua confiança no Estado-juiz para tutelar pelo oque é justo de acordo com os ditames legais.

Nossa Carta Magna possui dispositivos que reforçam a eficácia da tutela provisória, não sendo excluído ameaça ou lesão ao direito, tornando a apreciação da pretensão em tempo razoável, respeitando o devido processo legal, uma vez que o magistrado decide em mero caráter provisório, permitindo que a parte requerida por meio da ampla defesa possa mudar o curso da lide.

Como positivado, a tutela provisória de urgência se divide em antecipada e cautelar, tendo como uso a cognição sumária, portanto não faz coisa julgada do pedido principal. A tutela provisória se trata de uma medida liminar, sendo imprescindível constar nos autos os requisitos de probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Por conseguinte, a tutela provisória de evidência (segunda espécie da tutela provisória), se difere da de urgência, tanto por ser instrumental, quanto por não precisar preencher os requisitos do artigo 300 do código de processo civil, além de se basear na alta probabilidade de um direito.

No que se refere a estabilização da lide, o que a princípio foi concedido em caráter temporário, será definitivo, permitindo menor dispêndio do judiciário.

Em síntese, as tutelas garantem ao requerente a possível satisfação de sua pretensão no menor tempo possível, de acordo com a sua necessidade. Tal meio não apenas beneficia as partes da lide, mas também o juiz que se exime de mais um processo rapidamente, diante da enxurrada anual de processos que tornam a via jurisdicional morosa.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 agosto 2020.

BRASIL. **LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 12 agosto 2020.

BRASIL. **Jornadas de Direito Processual Civil – Enunciados Aprovados**. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/i-jornada-de-direito-processual-civil>>. Acessado em: 14 agosto de 2020.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 2, 11. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

THEODORO, Humberto. Oliveira, Fernanda Alvim Ribeiro. Rezende, Ester Camila Gomes Norato. **Primeiras lições sobre o novo direito processual civil brasileiro (de acordo com o Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105, de 16 de março de 2015)**. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SALOMÃO, Allan Merlante. **A tutela de urgência e de evidência e o negócio jurídico processual no novo Código De Processo Civil**. 2016.

Disponível em:

<<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Direito/article/view/5855>>.

Acessado em: 3 agosto 2020.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Tutela de urgência e de evidência no NCPC**.

NOMOS: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, Fortaleza, v.35, n.2, 2015, p.215-225. Disponível em:

<http://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/19934/1/2015_art_jviana.pdf>. Acessado em 6 agosto 2020.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: volume 1: teoria geral do processo e processo do conhecimento**. 13ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.