

OS PRESSUPOSTOS PARA A CONCESSÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA E DA TUTELA DA EVIDÊNCIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

THE ASSUMPTIONS TO GIVE URGENT PROTECTION AND PROTECTION OF EVIDENCE IN NEW CIVIL PROCEDURE CODE

Caroline Favini¹

Maria Carolina Rosa de Souza²

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 A tutela provisória no novo Código de Processo Civil. 3 A tutela de urgência: pressupostos básicos para a sua concessão. 4 A tutela da evidência: elementos essenciais para o seu deferimento. 5 Conclusão.

Resumo: As medidas de urgência foram introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro a fim de garantir as partes um direito que aparentemente é seu, antes do julgamento, uma vez que essa demora na prestação jurisdicional poderia fazer com que o detentor do direito não pudesse usufruí-lo, pois prejudicado pelo tempo. O novo Código inovou ao unificar as medidas de urgência, tratando destas na parte geral do Código, com o título de tutela provisória. Esta, está dividida em tutela de urgência, a qual é gênero das espécies tutela satisfativa e tutela cautelar, e tutela da evidência. Para a concessão das medidas de urgência, estão elencados nos institutos processuais alguns pressupostos. A tutela de urgência tem como pressupostos essenciais o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, enquanto que a tutela da evidência não exige que seja demonstrado um perigo de dano, basta que o direito esteja evidente e comprovado conforme estipulado taxativamente pelo legislador. Dessa forma, o presente trabalho tem por objetivo analisar os pressupostos para a concessão das medidas de urgência, fazendo, primeiramente uma análise da parte geral da tutela provisória, para posteriormente analisar os pressupostos para a concessão das medidas. A metodologia utilizada foi a qualitativa dedutiva.

Abstract: Emergency measures have been set up in the Brazilian legal system to ensure the parties a right before trial because the delay in the judgment could cause the right of the holder could not use. The new innovated Code to unify emergency measures, treating them in the general part of the Code with the title of provisory. They are divided in urgent protection that is gender species satisfativa protection, and injunctive relief, and protection of evidence. To grant the measures requirements are required. The emergency ward has as requirement the *periculum in mora* and *fumus boni iuris*, while the protection of evidence does not require it is demonstrated a danger of damage just that the right is evident and proven as as required by the legislator. The present work aims analyze the assumptions for granting emergency measures making first, a general analysis the interim protection and then analyze the requirements for granting the measures. The methodology used was deductive qualitative.

Palavras-chave: Novo Código de Processo Civil. Tutela de urgência. Tutela da evidência. Pressupostos.

¹ Graduanda do curso de Direito da Faculdade Meridional – IMED, Passo Fundo/RS, email: caroline.favini@bol.com.br

² Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS, 2013. Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto Meridional - IMED, 2010. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo - UPF, 2007. Docente no Instituto Meridional – IMED. Advogada integrante da banca Carles de Souza Advogados Associados. E-mail: mariacarolsouza@yahoo.com.br

INTRODUÇÃO

O objetivo principal das medidas de urgência, que antecipam os efeitos de uma eventual sentença de procedência, é garantir as partes que possam usufruir do seu direito em tempo hábil, ou seja, antes que ele possa se exaurir pelo decurso do tempo.

O novo Código de Processo Civil traz uma estrutura bem diferente no que diz respeito a essas medidas de urgência, uma vez que as unificou. Agora, tanto a tutela antecipada, quanto a tutela cautelar estão previstas na parte geral do Livro, intituladas de Tutela Provisória. Dentro desse título também pode-se encontrar a maior novidade no que se refere as medidas de urgência: a tutela da evidência.

Diante disso, e tendo em vista as alterações trazidas pelo novo diploma processual, o presente artigo aborda, inicialmente, o instituto da tutela provisória para posteriormente fazer uma análise dos pressupostos para a concessão das medidas de urgência, tanto da tutela de urgência, dividida em satisfativa ou cautelar, quanto da tutela da evidência.

2. A TUTELA PROVISÓRIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O novo Código de Processo Civil traz um tratamento unitário às medidas de urgência. Ele unifica as tutelas provisórias no Livro V, que engloba os artigos 294 à 311.

O artigo 294³ do novo Código estabelece a Tutela Provisória como gênero, subdividindo-se em duas espécies: a tutela de urgência, que pode ser cautelar ou satisfativa; e a tutela da evidência. Salienta-se que a tutela de urgência pode ser concedida tanto em caráter antecedente quanto incidental. Tal previsão não se dá com a tutela da evidência, uma vez que esta não está ligada a urgência na obtenção do direito, e sim na sua grande probabilidade. Segundo o entendimento de Wambier,

A tutela de urgência está precipuamente voltada a afastar o periculum in mora, serve, portanto para evitar um prejuízo grave ou irreparável enquanto dura o processo

³ Artigo 294 do NCPC: "A tutela provisória pode fundamentar-se em tutela de urgência e tutela da evidência. Parágrafo único: A tutela provisória de urgência , cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental."

(agravamento do dano ou a frustração integral da provável decisão favorável), ao passo que a tutela de evidência baseia-se exclusivamente no alto grau de probabilidade do direito invocado, concedendo, desde já, aquilo que muito provável virá ao final. (2015, p. 487).

O novo Código também não exige o pagamento de custas processuais para a tutela provisória requerida em caráter incidental, nos termos do artigo 295⁴. A tutela provisória não demanda ação autônoma, posto que requerida no bojo do processo, não necessitando de uma ação própria. Nesse caso, dispensa-se por exemplo, a citação e o recolhimento das custas. Segundo Nery Júnior, (2015, p. 848), ainda que se trate de um pedido em separado, não há necessidade do pagamento de custas no caso de tutela antecipada incidental, pois essa espécie de tutela provisória não possui um procedimento próprio, o que permite concluir que tal pedido será feito em petição simples, no bojo do próprio processo.

Quanto a modificação e revogação da tutela provisória, o artigo 296⁵ atenta para a ideia de que podem se dar a qualquer tempo, não precisando ser de forma expressa, bastando uma sentença de improcedência, para revogá-la. Do contrário, a tutela continua produzindo seus efeitos. A suspensão do processo não interfere nos efeitos da tutela provisória pretendida, como colaciona Nery Júnior (2015, p. 849) que afirma não haver a necessidade de prever que a tutela antecipada conservaria eficácia durante a duração do processo, se se tratasse de uma efetiva entrega do provimento jurisdicional e muito menos de se admitir que uma decisão judicial pudesse decidir diferente.

Para que seja efetivada a tutela provisória, o juiz poderá determinar as medidas que achar necessárias.⁶ Segundo entende Amaral (2015, p. 298), para se efetivar a tutela antecipada admite-se a atipicidade dos meios executivos, podendo o juiz determinar as medidas que entender adequadas para tal, aplicando-se as regras da execução ou cumprimento provisórios de sentença. Essa regra serve tanto para a tutela de urgência quanto para a tutela de evidência.

A fim de evidenciar a garantia constitucional da fundamentação das decisões judiciais⁷, o novo Código traz de forma expressa a necessidade de motivar as razões do convencimento do juiz,

⁴ Artigo 295 do NCPC: "A tutela provisória requerida em caráter incidental independe do pagamento de custas."

⁵ Artigo 296 do NCPC: " A tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada. Parágrafo único. Salvo decisão judicial em contrário, a tutela provisória conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo.

⁶ Artigo 297 do NCPC: " O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória. Parágrafo único. A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório de sentença, no que couber.

⁷ Artigo 93, inciso IX da Constituição Federal de 1988: "Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios. (...) IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a

de forma clara e precisa⁸. Segundo Nery Júnior (2015, p. 853), o juiz, na decisão que analisar o pedido de tutela provisória, deve verificar o preenchimento das condições para o caso de forma objetiva e com clareza. A fundamentação da decisão deve ser completa para abarcar as hipóteses de fato que revelam a urgência da medida ou evidência de prova que autorize a sua dada.

Ainda importante referir que a competência para o requerimento da tutela provisória é a do juiz competente para a causa; se for requerida em caráter antecedente, é do juízo competente para conhecer da ação principal; se interposto recurso e declinado o pedido da medida, o juízo *ad quem* que for destinatário, será o competente para apreciar o pedido de concessão da tutela, deixando o juízo *a quo* de ser o competente.⁹

Dessa forma, analisados os requisitos e pressupostos básicos que introduzem a tutela provisória no diploma processual civil, cumpre aprofundar os pressupostos específicos para a concessão das medidas de tutela de urgência e da tutela da evidência.

3. A TUTELA DE URGÊNCIA: PRESSUPOSTOS BÁSICOS PARA A SUA CONCESSÃO

A primeira tutela trazida pelo novo Código é a tutela de urgência, que é gênero tendo como espécies a tutela cautelar e a tutela antecipada ou satisfativa. Esta tutela está especialmente voltada a afastar o *periculum in mora*, evitando, dessa forma, um prejuízo grave ou até mesmo irreparável à parte no que diz respeito a usufruir de um direito que em princípio, é seu. A tutela de urgência vem para suprir a necessidade de uma tutela que assegure uma atuação prontamente e de maneira eficaz para evitar um dano irreparável ou de difícil reparação. Para Nery Júnior (2015, p. 857), a unificação das medidas cautelares com a antecipação de tutela é louvável, uma vez que facilita o manejo dos institutos processuais pelo advogado, pois trabalha com poucos conceitos, ligados a noção de proteção do direito que se encontra em risco.

presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

⁸ Artigo 298 do NCPC: "Na decisão que conceder, negar, modificar, modificar ou revogar a tutela provisória, o juiz motivará seu convencimento de modo claro e preciso. "

⁹ Artigo 299 do NCPC: " A tutela provisória será requerida ao juízo da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal. Parágrafo único. Ressalvada disposição especial, na ação de competência originária de tribunal e nos recursos a tutela provisória será requerida ao órgão jurisdicional competente para julgar o mérito. "

Segundo Wambier (2015, p. 295), a tutela cautelar e a tutela antecipada tem muitos aspectos similares. Ambas estão caracterizadas por uma cognição sumária, são revogáveis e provisórias e estão vocacionadas a neutralizar os males do tempo no processo judicial, uma preservando o direito (cautelar) e a outra satisfazendo o direito (antecipada.). Ainda segundo colaciona Wambier,

Em palavras simples, pode-se afirmar, como ponto de partida, que só é possível cogitar de tutela de urgência se houver uma situação crítica, de emergência. Dessa forma, a técnica processual empregada para impedir a consumação ou o agravamento do dano – que pode consistir no agravamento do prejuízo ou no risco de que a decisão final seja ineficaz no plano dos fatos, que geram a necessidade de uma solução imediata – é que pode ser classificada como a tutela de urgência. É, pois, a resposta do processo a uma situação de emergência, de perigo, de urgência. (2015, p. 498).

Tendo sido feita uma breve análise do instituto em si, o caput do artigo 300 do novo Código¹⁰ traz os requisitos para a concessão da tutela de urgência (cautelar ou antecipada), quais sejam a evidência da probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

O primeiro pressuposto (*fumus boni iuris*), da à parte o dever de comprovar a plausibilidade do direito por ela invocado e nada mais é do que a demonstração da probabilidade de existência do direito da parte. Salienta-se aqui que esse pressuposto deve sim existir, porém, segundo entende Wambier (2015, p. 300) o diferencial para a concessão da medida, o "fiel da balança", é o segundo pressuposto trazido no caput do artigo, qual seja o *periculum in mora*. Nesse sentido:

O que queremos dizer, com "regra de gangorra", é que quanto maior o *periculum* demonstrado, menos *fumus* se exige para a concessão da tutela pretendida, pois a menos que se anteveja completa inconsistência do direito alegado, o que importa para a sua concessão é a própria urgência, ou seja, a necessidade considerada em confronto com o perigo da demora na prestação jurisdicional. (WAMBIER, 2015, p. 498).

¹⁰ Artigo 300 do NCPC: " A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou resultado útil do processo. § 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la . § 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente, ou após justificação prévia. § 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Dessa forma, dependendo do bem em litígio e se o *periculum in mora* restar comprovado, a tutela deve ser concedida, mesmo que o *fumus* não seja tão robusto, pois não é isso que o instituto exige. O que realmente importa na tutela de urgência é evitar o dano irreparável ou de difícil reparação; logo, quanto maior o perigo demonstrado, mais facilmente deverá ser concedida a tutela e menor poderá ser o *fumus* exigido. Salienta-se, contudo, que não é permitido a concessão da tutela se apenas o *periculum in mora* restar demonstrado. Ambos os requisitos devem estar presentes; contudo, mesmo se o *fumus boni iuris* for de um grau não tão elevado, mas o *periculum in mora* for intenso, deve ser concedida a medida; sendo que o contrário acarretará a não concessão da medida de urgência postulada.

Se demonstrados esses requisitos, o juiz deverá conceder a medida. É o que colaciona Nery Júnior (2015, p. 300), quando afirma que “demonstrados o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, ao juiz não é dado optar pela concessão ou não da medida, pois tem o dever de concedê-la, não tendo ele o poder discricionário para seguir caminho diferente deste”.

Indiretamente, ainda podemos verificar como um pressuposto da concessão da medida, a caução que o juiz possa vir a determinar caso entenda necessário, a fim de ressarcir os danos que eventualmente possam ser causados a parte contrária. Contudo, se a parte for hipossuficiente, não se exigirá a caução e, se revogada a tutela, a questão será resolvida por perdas e danos.

Outro requisito que pode ser indiretamente evidenciado é o perigo de irreversibilidade da medida. O dispositivo diz que a tutela não deve ser concedida caso exista o perigo de irreversibilidade. Salienta-se, por oportuno, que irreversibilidade aqui mencionada é a irreversibilidade de fato, se a irreversibilidade for de direito (puder se resolver em perdas e danos), a medida poderá ser concedida.

4. A TUTELA DA EVIDÊNCIA: ELEMENTOS ESSENCIAIS PARA O SEU DEFERIMENTO

Diferentemente da tutela de urgência, para a concessão da tutela da evidência não é necessário se demonstrar o risco de dano, apenas é exigido que o direito postulado esteja presente. Segundo Nery Júnior (2015, p. 871), a tutela da evidência, em se comparando com a tutela de urgência, exige a plausibilidade do direito invocado, mas prescinde da demonstração do risco de

dano. O direito da parte é tão óbvio que deve ser reconhecido prontamente pelo juiz. Importante salientar que não haverá julgamento de mérito. A decisão que concede a tutela da evidência é uma decisão interlocutória revogável e provisória.

O artigo 311¹¹, em seus incisos, traz todas as hipóteses em que poderá ser concedida a tutela da evidência. A primeira é o manifesto propósito protelatório do réu, ou seja, quando verificado um abuso no direito de defesa por parte do réu, será concedida a tutela da evidência.

O inciso II, traz, cumulativamente, os requisitos de que o direito deve ser comprovado por prova documental, bem como que a tese discutida já tenha sido objeto de discussão de casos repetitivos ou súmula vinculante. Segundo colaciona Nery Júnior (2015, p. 872), a prova documental a ser considerada deve estar isenta de qualquer falsidade e seu conteúdo deve ter força probante diretamente ligada à questão discutida na ação.

Outra hipótese elencada é o pedido reipersecutório com comprovante de depósito. É uma hipótese muito específica, onde o depositário, caso comprovadamente esteja guardando o bem, resta obrigado a restituí-lo. Salienta-se que deve ser apresentada a prova documental que comprove o depósito.

O último pressuposto, trata de prova documental apresentada pelo autor a qual o réu não possa opor prova suficientemente para provar o contrário. Se o juiz assim verificar, poderá conceder a tutela da evidência. Relevante referir ainda, que os incisos de que trata o artigo 311 são independentes entre si, ou seja, basta que presentes os requisitos de um dos artigos e a parte terá direito a concessão da medida.

A tutela da evidência ganhou importância no novo Código de Processo Civil, sendo uma novidade. Ocorre que os pressupostos para a sua concessão estão simplesmente baseados nos incisos do instituto comentado, não sendo necessárias maiores provas. Além do mais, o caso concreto pode, muitas vezes, necessitar de uma análise mais detalhada da real existência do direito, pois os casos que muitas vezes, comprovados documentalmente parecem idênticos, guardam as especificidades de cada caso concreto, o que, segundo o dispositivo, não poderá ser analisado, pois desde já dá a parte o direito a concessão da medida.

¹¹ Artigo 311 do NCPC: "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.

Pode ser tomado como exemplo, no direito previdenciário, o direito a aposentadoria. Na maioria dos casos a parte pode comprovar documentalmente o seu direito e em muitos casos tratando sobre o mesmo assunto, haverá julgamento em casos repetitivos. Ocorre que, na maior parte das vezes, a particularidade de cada parte deve ser analisada no caso concreto, contudo, segundo o instituto, mesmo assim a tutela da evidência será concedida, pois em acordo com seus incisos, é direito da parte.

CONCLUSÃO

O novo Código de Processo Civil trouxe como uma inovação a unificação das tutelas de urgência, tratando destas na parte geral do diploma, sob o título de Tutela Provisória.

À medida antecipatória e às medidas cautelares, se deu mesmo tratamento, a fim de se evitar a duplicidade de processos. Os pressupostos para a concessão tanto da tutela cautelar, quanto da tutela satisfativa são os mesmos, sendo os principais o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*

A tutela da evidência, novidade no novo Código, traz requisitos mais objetivos e simplificados para sua concessão, bastando, se comprovado um dos requisitos exigidos no artigo em questão, a comprovação do *fumus boni iuris*.

Dessa forma, com regras já previstas no atual Código de Processo Civil e com outras inovadoras, percebe-se que o novo Código busca facilitar às partes o acesso ao direito, oferecendo uma celeridade processual, um adequado acesso à jurisdição, garantido de forma eficaz o seu direito.

REFERÊNCIAS

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et al. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Ed: Revista dos Tribunais, 2015.

AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às Alterações do Novo CPC**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

DONIZETTI, Elpídio. **Novo Código de Processo Civil Comparado**. São Paulo: Ed. Atlas, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.