



TUTELA DE URGÊNCIA E DE EVIDÊNCIA NO *NCPC*

*Juvêncio Vasconcelos Viana**

Resumo

A finalidade da tutela provisória é solucionar situações excepcionais que necessitam de rápida atuação jurisdicional para evitar danos irreparáveis. Entretanto, o CPC/1973 há tempos é objeto de crítica em razão da morosidade e da inefetividade processual, prejudicando a utilidade da tutela provisória. Nesse ensejo, foi aprovado o CPC/2015 com inúmeras alterações sobre a tutela provisória, simplificando e racionalizando os procedimentos, visando prestigiar principalmente a celeridade e a efetividade processual.

Palavras-chave

Processo civil. Tutela de urgência. Tutela de evidência. Efetividade processual.

URGENCY AND EVIDENCE INJUNCTIONS ON THE *NCPC*

Abstract

The object of provisional measure is to judge exceptional situations in which require rapid jurisdictional solution in order to avoid irreparable damage. However, the CPC/1973 has long been object of criticism because of the slowness and ineffectiveness procedural, affecting the utility of provisional measure. Thus, the CPC/2015 was approved with many provisional measure modifications, simplifying and streamlining the procedures, with the purpose of aiming mainly to honor the celerity and procedural effectiveness.

Keywords

Civil procedure. Urgency injunction. Evidence injunction. Procedural effectiveness.

1. TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA

É válido recordar que, de tempos para cá, a ciência do processo está cada vez mais atenta aos fins de seu próprio objeto (o processo).

Tomamos consciência de que este detém fins institucionais relevantes, os quais precisam ser realizados, sob pena de apontarmos o modelo de processo vigente como de pouca utilidade ou, pior, de “retorno social” pouco eficiente.

* Advogado, Procurador Geral do Estado/CE, Prof. da Faculdade de Direito da UFC.

Isso constitui um efeito (ao menos um deles) da moderna preocupação com o chamado “acesso à justiça”.

O acesso a justiça não traz uma preocupação somente com o *ingresso em juízo*. É muito mais que isso.

Essa forma de ver o processo nos conduz a “releituras”.

Veja-se, por exemplo, a própria clausula constitucional do “acesso à jurisdição”.

Diz a Constituição, em seu conhecido e relevante art. 5º., que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (inc. XXXV).

Como dito, a norma é tradicionalmente lembrada por assegurar o *acesso* à jurisdição, o poder de ação para o cidadão.

Mas, parece-nos, que o poder de *ingresso* em juízo é o aspecto mais simples do alcance da norma.

É preciso, atentos àquela visão moderna de que falamos acima, nos preocupar também com o *estar em juízo*, com o que se passa com a parte no desenrolar do processo, como essa há de ser tratada, ali, adequadamente.

De fato, o mais difícil não é o ingresso em juízo.

O mais difícil é garantir um adequado tratamento no *iter processual*, durante a tramitação do processo e, diríamos mais, no *depois*, ou seja, no momento da realização concreta do direito.

Assim, aquela garantia constitucional, como dito, não somente assegura o ingresso em juízo, mas também que, uma vez ali, o cidadão tenha direito a um tratamento isonômico-processual, ao conhecimento dos atos, pronunciamentos e momentos relevantes de seu processo, que as decisões que a ele dirigidas (favoráveis ou não) sejam motivadas, que não sejam empregadas provas ilícitas e, no final, que a tutela jurisdicional dali emanada seja efetiva, ou seja, apta a produzir resultados eficientes na vida daquele.

Em síntese, quer-se que o cidadão receba prestação jurisdicional de qualidade, igualitária, econômica, rápida e sem dilações indevidas.

Afinal, processo que não traga ao sujeito o seu direito (quando efetivamente o possua) em toda a sua extensão, processo que entrega o direito da parte “pela metade”, não é processo que se possa dizer *efetivo*.

Nesse ponto, almejando a tão alardeada efetividade do processo, ganha espaço e relevância o tema da tutela jurisdicional de urgência.

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.

2. UM NOVO CPC PARA O BRASIL

Tentando cumprir aquela promessa constitucional, sabemos que foi aprovado um novo Código de Processo Civil (NCPC) para o país (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015).

Vejamos, então, o que é ali disposto em relação ao presente tema.

Recapitulando, quanto ao fenômeno da *cautelaridade* (ou, mais amplamente, da tutela de urgência), no CPC/1973, vale rememorar algumas notas fundamentais:

- a) que existe todo um Livro do Código (Livro III) destinado à realidade do Processo Cautelar;
- b) ali, prevê-se um poder geral de cautela, bastante amplo, apto para permitir que o magistrado crie e ajuste medidas cautelares para situações inespecíficas, não previstas pelo legislador;
- c) tem-se ainda um rol de medidas cautelares nominadas, para situações específicas traçadas pelo legislador;
- d) posteriormente (anos 90), foi inserido no sistema uma outra forma de prestar-se tutela de urgência – a antecipação de tutela – desta feita, dentre as disposições do Livro I do CPC.

Quando vamos ao NCPC, comparativamente, temos:

- a) uma nova topografia para o tema. Haverá o fim do Livro “Do Processo Cautelar” (mas, é claro, não do fenômeno da *cautelaridade*). Afinal, não há como pensar-se no tema da jurisdição sem cogitar-se, ao mesmo tempo, de medidas de urgência cautelares ou satisfativas. O tema chega para o Livro V da “Parte Geral” do NCPC, sob o rótulo “Da Tutela Provisória”, a qual poderá ser de natureza satisfativa ou cautelar. Sim, disciplinar-se-á também, ali, a chamada “tutela de evidência”, que há de ser prestada em prol de situações detentoras de *juridicidade ostensiva*;
- b) um “regime jurídico único” para a tutela de urgência, ou seja, uma uniformização na forma de pugnar, obter e efetivar uma e outra. A tutela cautelar, hoje, como sabemos, nos leva a uma duplicação de processos (o cautelar e o principal); já a tutela antecipada é pedida nos próprios autos. É inegável que, de tempos para cá, tem se investido muito mais nas aproximações que nas diferenças

entre as medidas de urgência. Não se pode esquecer, por exemplo, a inclusão no sistema da norma do §7º do art. 273, CPC. A nova disciplina, de certa forma, consagrará essa “aproximação”, também revelando uma clara linha de simplificação;

- c) a “estabilização” da eficácia dos provimentos de urgência, algo totalmente novo para o sistema. Sempre aprendemos que as medidas de urgência eram marcadas pela provisoriedade. Mas, a vingar aquela idéia de *estabilização*, uma decisão proferida em cognição sumária, trará em si própria a possibilidade – acaso não impugnada - de perpetuar seus efeitos. O juiz decidirá, extinguirá o processo, mas manterá a eficácia do provimento medida (sem que se mencionar, ali, coisa julgada). Trata-se de medida nova, inspirada em outras do direito estrangeiro (em especial, do direito francês), e que, sem dúvida, trará algumas perplexidades;
- d) a eliminação da maioria das cautelares nominadas. Essa é mais uma mostra da linha de simplificação que é anunciada, desde o início, na própria exposição de motivos do projeto original. Cuida-se de postura coerente com a sistemática do projeto.¹ Ficam, contudo, aqueles procedimentos relativos à prova (produção antecipada, exibição, justificação), bem como os de homologação do penhor legal, protestos e posse em nome do nascituro (essas, na verdade, muito mais procedimentos de jurisdição voluntária). Ver-se-á, ainda, a remissão a arresto, sequestro e arrolamento de bens como vias de efetivação das medidas de urgência deferida.

3. A APROXIMAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES E ANTECIPATÓRIAS

Primeiro, foi a “era das cautelares”, a descoberta do poder geral de cautela do juiz e o amplo (às vezes, abusivo) emprego de medidas lastreadas em tal “poder geral”.

Depois, chegou a disciplina mais ampla da tutela antecipada (art. 273, CPC).

Começou, na cabeça dos operadores do direito, certa confusão acerca do cabimento adequado de uma ou outra forma de tutela de urgência.

¹ Quanto a esse ponto, anota Luiz Fux que “a tutela cautelar reclama certa fungibilidade para que o juiz possa conferir à situação fenomênica retratada uma solução sob medida, nada justificando a existência de figuras abundantes de medidas cautelares, várias com o mesmo pressuposto e objetivo (construção de bens ou restrição de direitos), ostentando, apenas, *nomen jûris* diferente”.

O Legislador, seguindo certos passos de jurisprudência, colocou no sistema uma norma autorizava da fungibilidade entre uma e outra forma de tutela de urgência (§7º art. 273, CPC).

A doutrina, embora, num primeiro momento, tenha investido nas diferenças entre as medidas (cautelares e antecipatórias), depois, começou a investir muito mais nos pontos de aproximação de uma e outra providência.

O NCPC traz o passo seguinte, qual seja, uma aproximação legal plena entre uma e outra forma de tutela de urgência, moldando, inclusive, um “regime jurídico único” para essas medidas.

4. TAMBÉM A TUTELA DE EVIDÊNCIA

Mas, o NCPC não cuida apenas da tutela de urgência. Disciplinará também a tutela de evidência (art. 311).

É algo que faz todo o sentido: se o direito da parte resta manifesto e evidente, por qualquer de seus fundamentos, porque postergar a proteção ou efetivação desse direito?

Hoje, no sistema, podemos recordar técnicas de antecipação de tutela que não fazem alusão à urgência como premissa à sua concessão, v.g., a via do inciso II do art. 273, CPC; ou mesmo a via do §6º do mesmo artigo, relativa ao pedido incontroverso.

Enfim, é a demonstração de que a resposta do Poder Judiciário deve ser rápida não só em situações de *periculum*, mas também naquelas onde as alegações da parte revelam dose de “juridicidade ostensiva” (Tereza Wambier).

Nesse ponto, comentando o NCPC, disserta Luiz Fux:

“A novidade também se operou quanto aos direitos líquidos e certos de uma parte em face da outra. Entendeu a comissão que nessas hipóteses em que uma parte ostenta direito evidente, não se revelaria justo, ao ângulo do princípio da isonomia, postergar a satisfação daquele que se apresenta no processo com melhor direito, calcado em prova inequívoca, favorecendo a parte que, ao menos *prima facie*, não tem razão. A tutela de evidência *não é senão a tutela antecipada que dispensa o risco de dano para ser deferida, na medida em se funda em direito irretorquível da parte que inicia a demanda*”.²

² FUX, Luiz O novo processo civil, in *O Novo Processo Civil Brasileiro – Direito em Expectativa*, coord. Luiz Fux, Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 18.

5. A ESTABILIZAÇÃO

É, como dissemos, uma situação nova para nosso direito processual (embora possamos ver aí certa influência da técnica monitoria já existente em nossa ordem jurídica).

A ideia de termos uma decisão proferida em cognição sumária, antecedente à causa, com potencialidade para perpetuar efeitos, disciplinando a relação jurídica material plenamente, sem dúvida, traz perplexidades.

Trata-se de medida que é empregada, em termos de direito comparado, na França e na Itália.

Dar-se-ia tal “estabilização” da eficácia da medida quando:

- a) tratar-se de pedido de tutela antecipada satisfativa;
- b) a providência tenha sido pugnada - e obtida – em caráter antecedente;
- c) cientificado o réu, não traga essa impugnação recursal à decisão concessiva da medida de urgência.

Assim, deferida de forma antecedente e não impugnada, a medida deferida continuará a produzir efeitos. Dá-se como “estabilizada” a tutela (conservando essa seus efeitos, até que eventualmente venha decisão de mérito em demanda de “revisão”) e será extinto o processo.

Sim, há a possibilidade de uma ação de “revisão-invalidação”, que pode ser proposta até dois anos da ciência daquela decisão que extinguiu o processo.

Por razões de contraditório, seria razoável haver advertência expressa de tais consequências “estabilizantes” no mandado citatório do réu, acaso ele assumia aquela postura de contumácia.

O juiz extinguirá o processo, mas conservará a eficácia da medida.

Enfim, estamos falando de um procedimento abreviado, com emprego de cognição sumária, aonde, a depender do comportamento do réu, a tutela se estabilizará, mesmo não vindo um pedido principal da parte, mas sem haver coisa julgada material.

6. OUTRAS NOTAS DO SISTEMA

Seguindo a ideia de unificação da forma de obtenção da tutela, inicia dizendo que “a tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência”; mais: que “a tutela provisória de urgência, de natureza cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental” (art. 294).

Vê-se, nessa parte, uma clara semelhança com a regra do art. 796, CPC/1973.

Sim, sempre convivemos com “cautelares antecedentes”. Futuramente, contaremos com a possibilidade de uma “tutela antecipada antecedente”.

As medidas poderão, pois, ser pugnadas em caráter antecedente; obtidas, poderá vir, depois, na mesma base processual, o pedido principal. É claro, ninguém esqueça a possibilidade de haver o fenômeno da estabilização da tutela (art. 304).

Se de natureza incidental, a medida será requerida, por simples petição, nos autos já existentes, do mesmo modo pelo qual se pugna, hoje em dia, pela tutela antecipada.

Numa das penúltimas versões do projeto NCPC, era outorgado ao magistrado um explícito poder para concessão de medidas de urgência. A norma corresponderia, ampliada em seu alcance, ao disposto no art. 798 do CPC/1973, que cuida do poder geral de cautela do juiz. Havia em sede de certo parágrafo da mesma norma, até como uma forma de detalhamento daquele “poder geral”, a possibilidade do juiz modificar e adaptar a medida pugnada por uma outra.

Assim, o *design* que então se sugeria reuniria a menção aos poderes judiciais do art. 805 e do §7º, art. 273, CPC/1973.

Infelizmente, essa norma (ao menos num plano explícito) não está mais no texto advindo da Câmara dos Deputados.

Mas, é vidente que está mantido no sistema o poder geral de cautela do magistrado. Trata-se de um poder indissociável da própria distribuição da função jurisdicional. De certa foram, o art. 297, caput, faz remissão a essa idéia de possibilidade de concessão de medida atípicas pelo juiz.

Considerada a cognição sumária que aí reina, as conhecidas idéias de revogabilidade ou modificabilidade permanecem. Diz o NCPC: “A tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada” (art. 296).

Mantém-se a tradicional idéia da possibilidade de efetivação da providência (e conservação de tal eficácia) mesmo durante situação de suspensão do processo. Observe-se, nesse ponto, a identidade com a regra do art. 807, CPC/1973.

Repete-se a recomendação (didática) de motivar a decisão que defere a providência, tal como se dá no §1º, art. 273, CPC/1973.

Aliás, não somente a que concede, mas, por obvio, também aquela que a modifica ou revoga.

Afinal, isso já é uma imposição do modelo processual constitucional brasileiro (art. 93, IX, CF).

Como se reforça, no próprio NCPC, é preciso estar também atento à norma do §1º do art. 489, o qual diz quando *não estará* devidamente fundamentada uma decisão judicial.

Quanto ao tema da competência, reproduz-se a conhecida regra da acessoriedade: pedido de tutela dirigido para o mesmo juízo que seja o competente para o pedido principal (art. 299).

Quanto ao processamento de pedidos de tutela antecipada nos tribunais, diz-se que “ressalvada disposição especial, na ação de competência originária de tribunal e nos recursos a tutela provisória será requerida ao órgão jurisdicional competente para apreciar o mérito”.

Vale recordar que o tema da competência para cautelares na pendência de recursos sempre foi algo polêmico, desde o advento do código de 1973. Nem a moderna redação que o parágrafo único do art. 800 do CPC ganhou na década de noventa eliminou – como se queria – as dúvidas acerca da matéria.

Com o texto proposto, teremos uma disciplina mais clara e coerente que a do vigente par. único do art. 800, CPC/1973. Melhor sempre poder ir diretamente ao tribunal pugnar o pedido de tutela de urgência do que sofrer dilações desnecessárias pela passagem de um pedido de medida de urgência perante a instância *a quo*.

Quanto a efetivação da tutela antecipada, enxergamos norma de maior “abertura”, com mais poderes para o juiz: “O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória” (art. 297).

Ainda quanto à efetivação da providência, de certa forma semelhante ao disposto no §3º. art. 273, CPC/1973, somos remetidos às técnicas do cumprimento de sentença e da execução provisória (do “cumprimento provisório”, pois), no que couber.

A responsabilidade do requerente, também seguindo o modelo atual (art. 811, CPC), será objetiva.

Estarão previstas situações relacionadas ao desfecho dado ao pedido principal ou mesmo ao comportamento disídiado do requerente (art. 302, NCPC).

Repete-se a forma simplificada e especial de liquidação (e condenação) do requerente nesses eventuais danos. Havendo quantum a ser, ali, buscado, seguir-se-ão as regras de cumprimento provisório da sentença.

Há normas específicas para a tutela de urgência, de logo, referindo-se aos requisitos para sua concessão (art. 300).

Fala-se, numa terminologia mais unificada, de forma mais abrangente, que “a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a *probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo*” (art. 300, caput).

Prevê-se, de logo, a possibilidade de tomada de caução (essa, uma boa medida na busca do equilíbrio) para a efetivação da medida.³ Ressalva-se a impossibilidade de tomada dessa quanto à parte economicamente hipossuficiente.

A tutela antecipada (de urgência) pode ser concedida liminarmente.

Cuida-se do bom e velho instrumento das medidas liminares.

A norma proposta não vem tão detalhada como a do atual art. 804 CPC/1973.

Não será deferida a tutela antecipada de urgência quando houve risco de irreversibilidade (ver a norma do par. 2º. do art. 273, CPC/1973). Mas, sabemos que esse trata-se de um óbice apenas relativo, que poderá ser afastado, conforme o caso, ante o valor fundamental que esteja envolvido (v.g., vida, saúde).

A tutela provisória poderá ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguaração do direito.

A norma cumpre um papel “exemplificativo” (como faz hoje em dia a regra do art. 799, CPC).

Mas, não há dispositivos dizendo quando cabe cada uma daquelas (valerá muito, nesse ponto, a experiência histórica com aquelas medidas). Há uma cláusula de fechamento dizendo que o julgador pode ainda ditar “*qualquer outra medida idônea* para asseguaração do direito”.

7. AINDA A TUTELA DE EVIDÊNCIA

Chegam, como dito, disposições específicas para a chamada tutela de evidência. São situações legais (art. 311) em que se torna dispensável a demonstração de risco de dano.

Caberá a tutela de evidencia quando: I – ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte - na verdade, é a hipótese do vigente inc. II do art. 273 CPC; II – as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julga-

³ Ver, no sistema atual, os arts. 273, caput; par. 3º. 461; 798; e 804, CPC.

mento de casos repetitivos ou em súmula vinculante – fala de situação demonstrada apenas documentalmente; traz certa lembrança da impetração do mandado de segurança, no qual a prova documental é a única produzida; no final, uma hipótese criada para a “era dos precedentes”; 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 multa⁴ - quando se vê, no conjunto da reforma do código, que há a eliminação do procedimento especial de ação de depósito, se compreende imediatamente o advento de tal hipótese legal. Relaciona-se a pedido de entrega de bem custodiado, pedido esse lastreado em prova documental (mais uma vez a alusão e preferência a tal modalidade de prova), norma que certamente veio para tutela de situações não mais amparadas pelo procedimento especial que se eliminaria do código; 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.

Deixou de figurar naquele rol de hipóteses, conforme versão anterior do projeto para o NCPC, a possibilidade de tutela de evidência ante *um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso, caso em que a solução será definitiva* – o que também não seria situação nova. Cuidava-se da atual hipótese do §6º. art. 273, CPC/1973, mas aperfeiçoada, com a lembrança de que a solução será definitiva, resolvendo problema que a doutrina enfrenta desde o advento daquele parágrafo.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda; ASSIS, Araken de; e ALVIM, Eduardo Arruda. **Comentários ao Código de Processo Civil**, 2ª., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, v. II, São Paulo: Malheiros, 2001.

FUX, Luiz O novo processo civil, in **O Novo Processo Civil Brasileiro – Direito em Expectativa**, coord. Luiz Fux, Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**, 8ª ed., Vol. VIII, Tomo I, Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil – Comentado artigo por artigo**, 4a. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Do Processo Cautelar**, Dialética, São Paulo: 2014.

⁴ Vale anotar que a decisão baseada nos incisos II e III deste artigo pode ser proferida liminarmente.

*** Recebido em 22 nov. 2015.**