

TUTELA PROVISÓRIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO

***Regiane Bergami Rocha**

Advogada. Pós-graduanda em Direito Processual pela PUC Minas. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Ipatinga.

RESUMO

Após reconhecimento, depois de muito estudo da doutrina de que o processo não poderia obedecer a teoria imanentista, ou seja, reconhecimento de seu caráter instrumental, esta pesquisa se debruça exatamente no binômio possibilidade e necessidade de efetivação do direito material por meio das tutelas provisórias de urgência, na medida que um processo longo no tempo vai de encontro com as funções do Estado e antes, fomenta a crise do Direito. Desta forma, concebe-se às tutelas provisórias um instrumento dos próprios princípios constitucionais da jurisdição e eficiência do Estado. Assim, em se tratando um Estado Democrático de Direito, a jurisdição não está pautada somente em realizar a vontade do legislador, mas de conceder a tutela ao direito material cercado de crise de efetividade. A partir disso, foi elaborado o presente trabalho, notadamente, na hipótese de que a duração do processo pode gerar prejuízos graves a uma das partes litigantes comprometendo a efetividade da tutela proporcionada pela Justiça. Nesse sentido, conclui-se pela plena aplicabilidade das tutelas provisórias de urgência visando afastar a ineficiência da prestação jurisdicional.

Palavras-chave: Tutela Provisória. Inafastabilidade da Jurisdição. Eficiência Processual. Razoável Duração. Evidência e Urgência.

1 INTRODUÇÃO

Os motivos para a definição do tema do presente trabalho estão fundamentados primeiramente, na complexidade da matéria e, por consequência, no interessante embate entre um princípio constitucional, qual seja, da inafastabilidade da jurisdição, e a tutela provisória jurisdicional tratada na parte geral no Código de Processo Civil de 2015.

Já vai longe o tempo em que o Estado fazia do indivíduo o meio para as suas finalidades. Obviamente que o movimento constitucional traduz limitações do poder estatal face ao indivíduo. Porém, traz consigo o dever contratual de, nesse particular, declarar o direito material por meio do processo.

Este trabalho pretende, pois, levar o leitor às considerações sobre a jurisdição, em especial em tempo de crise processual onde a tramitação do feito causa mais conflitos do que propriamente o objeto do litígio.

Para tal problema, a ciência processual trouxe consigo a sistemática das tutelas provisórias de urgência, que resumidamente se explica como uma alternativa processual contra a demora no procedimento final.

De maneira inicial, este trabalho se desenvolve acerca do princípio da inafastabilidade da jurisdição. Neste tópico, em resumo, aponta-se que, embora formalmente inafastável, a jurisdição a destempo não favorece o direito material tampouco soluciona o conflito que se lhes apresenta.

Logo em seguida, aborda-se o assunto específico do estudo sobre as tutelas provisórias de urgência. De início, pontuam-se questões de ordem históricas no desejo de demonstrar que essa preocupação não é de tempos imediatos.

Por conseguinte, partiu-se de uma conceituação legal e uma interpretação doutrinária que permeia inclusive decisões judiciais acerca das tutelas de urgência.

Além disso, será profundamente descrito no desenvolvimento desse trabalho, uma análise específica acerca da nova abordagem das tutelas provisórias previstas no Código de Processo Civil de 2015, especificando suas espécies e procedimentos. Verifica-se também que há uma intenção manifesta do legislador em considerar a tutela provisória cabível em qualquer modalidade de processo, seja de conhecimento ou de execução.

Por fim, na conclusão do trabalho – obviamente que sem esgotar a matéria até mesmo por limitações teóricas – e após colocação dos aspectos procedimentais, conclui-se que além de uma ciência, as tutelas provisórias são uma técnica processual criada para afastar a ineficiência que pode surgir de uma demora processual ou de uma cognição exaustiva.

2 O PROCESSO E A INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO

2.1 O Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição

O princípio da inafastabilidade da jurisdição é assegurado de maneira expressa na ordem constitucional brasileira, desde a Constituição Federal de 1946. É também denominado como princípio do livre acesso ao Judiciário ou direito de ação, ou ainda, princípio da ubiquidade da Justiça, conforme previsto nas lições de Pontes de Miranda.

Nesse sentido, aduz o inciso XXXV do Art. 5º da Carta Magna, que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Gilmar Mendes ensina que:

A constituição não exige que essa lesão ou ameaça seja proveniente do Poder Público, o que permite concluir que estão abrangidas tanto as decorrentes de ação ou omissão de organizações públicas como aquelas originadas de conflitos privados. (MENDES, 2014, p. 401)

Observa-se que a proteção judicial efetiva não ampara apenas a lesão concreta, como também qualquer lesão potencial ou ameaça a direito. Assim, restou sedimentado o entendimento do termo “direito” de forma ampla, não se restringindo como nas Constituições anteriores, ao utilizar a terminologia “direito individual”.

Nesse sentido, a Constituição de 1988, de maneira expressa e categórica, assegura a proteção de direitos, sejam públicos, privados, difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

No atual Estado Democrático de Direito, o objetivo da jurisdição não é mais visto como apenas realizar a vontade concreta da lei, mas a de prestar a tutela ao direito material envolvido em crise de efetividade. (THEODORO JÚNIOR, 2016)

A partir daí, verifica-se que o princípio da inafastabilidade da jurisdição abrange também medidas de caráter cautelar ou antecipatório destinados à tutela do direito.

Em decorrência do princípio em análise, o magistrado fica vinculado a processar e julgar as lides que lhes são opostas, garantindo o direito fundamental do acesso à justiça previsto na Constituição Federal.

Consagra-se dessa forma, segundo a doutrina clássica, a expressão “acesso à ordem jurídica justa”. Para Kazuo Watanabe “não se trata apenas de possibilitar o acesso a justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa”. Assim, a prestação jurisdicional independe de provimento jurisdicional favorável ao Autor ou ao Réu. A inafastabilidade da jurisdição garante que os direitos subjetivos sejam tutelados pelo Poder Judiciário, ainda que não concretizada a lesão.

Importante ressaltar que, a garantia fundamental descrita no Art. 5º, XXXV, da Carta Magna, é uma tutela, ou seja, uma proteção ao indivíduo que se veja ameaçado ou lesado em sua esfera jurídica.

Destarte, pode-se afirmar que, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, ainda que de maneira substancial, veda a recusa da jurisdição, diante de qualquer modalidade ou situação. Humberto Theodoro Júnior leciona que:

Cabe, pois, à Justiça não apenas dar uma resposta qualquer ao demandante, nem mesmo simplesmente enquadrar formalmente o fato deduzido em juízo no enunciado legal que lhe corresponda, dentro do ordenamento jurídico positivo. O direito de ação é abstrato, no sentido de que pode ser exercido sem prévia demonstração da existência efetiva do direito material que se pretende fazer atuar. Mas a tutela jurisdicional, que só é disponibilizada a quem realmente se encontra na titularidade de um direito subjetivo lesado ou ameaçado, tem de ser efetiva e justa, dentro das perspectivas traçadas pela ordem constitucional. (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 114)

Verifica-se, portanto, que a tutela jurisdicional não está adstrita somente à interpretação de enunciado de lei. É preciso que a tutela jurisdicional também esteja pautada sob o óbice dos valores, princípios e regras previstas na Constituição Federal. Assim, as peculiaridades do caso concreto deverão ser compreendidas diante da aplicabilidade dos mandamentos e garantias constitucionais.

Lado outro, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, garante o acesso ao judiciário, ainda que não esgotadas as vias administrativas. Dessa forma, em regra, não se admite a jurisdição condicionada. Nesse sentido, Daniel Amorim Assumpção Neves, aduz:

O princípio também serve para confirmar a existência de coisa julgada material e decisão proferida no processo administrativo, de forma que, mesmo após o esgotamento das vias administrativas de solução de conflitos, a parte que se sentir prejudicada poderá buscar o Poder Judiciário alegando lesão a seu direito. A eventual limitação da atuação jurisdicional respeitante à discricionariedade administrativa, naturalmente não se presta a excepcionar o princípio da inafastabilidade. (NEVES, 2016, p. 33)

Por fim, quando a Constituição garante a todos o acesso à justiça, o faz em forma de assegurar aos titulares do direito ameaçado ou lesado a chamada tutela jurisdicional. Mais adiante, serão abordadas as tutelas provisórias previstas no Código de Processo Civil de 2015, que visam por meio do processo amparar provisoriamente situações jurídicas, garantindo a efetividade do direito e o resultado útil do processo.

2.2 Constitucionalização do Processo Civil

Não obstante o Direito ser dividido em ramos autônomos, cada um com seus princípios e objetivos próprios, o ponto em comum abarca a regulamentação do convívio social. Por essa razão, ainda que autônomos os seus ramos, haverá sempre uma intercomunicação, algum traço comum e até mesmo uma dependência em certos ângulos ou assuntos (THEODORO JÚNIOR, 2016).

Em termos de Direito Processual Civil e Direito Constitucional, as relações entre essas disciplinas são estreitas. Destaca-se que a Constituição possui superior influência sobre todos os demais ramos do direito, mas em relação ao processo, que é função soberana do Estado, é na Constituição que estão localizadas as permissões e limites para o seu procedimento e desdobramentos.

A Constituição assegura o tratamento igualitário das partes do processo (art. 5º, I), a inafastabilidade da jurisdição conforme já abordado anteriormente (art. 5º, XXXV), a intangibilidade da coisa julgada (art. 5º, XXXVI), os juízos de exceção (art. 5º, XXXVII), a vedação a provas ilícitas (art. 5º, LVI), a garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV), o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV), o juiz natural (art. 5º, LIII), a duração razoável do processo e a celeridade processual (art. 5º, LXXVIII) entre outros.

Verifica-se no processo que o contraditório imposto pela Constituição, se traduz em ampla discussão entre as partes e o juiz em torno das situações jurídicas abordadas no processo, antes de haver julgamento pelo magistrado. Assim, o provimento judicial se manifesta após o debate ocorrido no decorrer do processo, proporcionando as partes efetiva participação no resultado da tutela jurisdicional.

Ocorre que, a tutela jurisdicional pode ser provida a parte por meio da cognição sumária, isto é, em um exame menos profundo da causa, capaz de levar o magistrado a proferir decisões baseadas em um juízo de probabilidade e não de certeza. São as chamadas tutelas provisórias, abordadas mais adiante.

Nesse sentido, o direito processual está comprometido diante da Constituição, em solucionar de forma rápida e eficiente a tutela dos direitos subjetivos lesados ou ameaçados. Entretanto, nem sempre o longo percurso do processo em relação ao procedimento comum, se revela apto a realizar seu objetivo.

O processo civil moderno precisou valer-se de determinados procedimentos para afastar a justiça tardia, bem como proporcionar ao indivíduo a jurisdição compatível com as suas necessidades. Diante destas situações, o direito processual

moderno idealizou a chamada tutela jurisdicional diferenciada, conhecida como tutela provisória.

O Código de Processo Civil de 2015 inovou dentro do livro sobre a tutela provisória, classificando-as em três títulos distintos. A primeira denominada tutela cautelar, que visa eliminar o perigo de dano. A tutela satisfativa, que permite ao sujeito antes do julgamento definitivo, obter provisoriamente o direito pleiteado, e, por fim, a tutela de evidência, amparada em comprovação suficiente do direito material, que assegura provisoriamente os efeitos da futura sentença de mérito.

Nessa esteira, fez-se necessário ao direito processual civil, diante das diversas situações de litígio, aplicar a tutela adequada ao caso concreto e assim, afastar os prejuízos que poderiam ser causados pela espera da duração do processo.

Conforme ficará abordado em seguida, as tutelas provisórias são técnicas de incidentes processuais, destinadas a combater os riscos de injustiça ou de dano de direitos subjetivos que merecem a tutela do Poder Judiciário.

3 TUTELA PROVISÓRIA

3.1 Considerações iniciais

O Livro V inserido na Parte Geral do Código de Processo Civil de 2015 é destinado às disposições acerca do instituto da Tutela Provisória, prevista em seu artigo 294 e seguintes.

É sabido que o Código de Processo Civil de 2015 trouxe mudanças nas tutelas provisórias, tanto no procedimento como nos efeitos da tutela após sua concessão.

Inicialmente, destaca-se que o referido Código divide a tutela provisória em tutela provisória de urgência, sendo cautelar e antecipada, e da evidência, conforme ficará abordado mais adiante.

Humberto Theodoro Junior (2016) relata que no campo das tutelas de urgência, sejam cautelares ou satisfativas, é fácil compreender a unidade funcional que há entre elas, pois, ambas se fundam na aparência do bom direito e seu objetivo é combater o perigo de dano que a duração do processo possa criar para o

demandante. Ocorre que, em relação à tutela de evidência o objetivo é diverso, justificando-se pela extrema densidade da prova da existência do direito para o qual se procura tutela liminar. Dessa forma, o *periculum in mora* não se apresenta como requisito.

Nessa perspectiva, a relação entre as tutelas de urgência e tutela de evidência, destaca-se apenas no tocante ao *fumus boni iuris*.

Vale ressaltar que o Código, apesar de não possuir uma sistematização legal entre as espécies de tutela de urgência e de evidência, a primeira vista consegue estabelecer uma uniformidade procedimental entre elas (COSTA, 2011). Nesse sentido, o que varia na aplicabilidade prática das tutelas sumárias, é no dizer de Costa, a densidade maior ou menor com que ora se manifesta o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

A concessão da tutela provisória pelo magistrado independe de todos os elementos de convicção a respeito da lide, ou seja, poderá ele se valer da cognição sumária para o seu deferimento. A tutela também poderá ser concedida ao final, ainda que de forma excepcional, quando o magistrado a concede por meio da sentença. Desta maneira, a tutela provisória, configura-se em um juízo de probabilidade. Assim, não se pode afirmar que há certamente a existência de um direito da parte, mas uma aparência de que esse direito possa ser real.

A forma de concessão formaliza-se por uma decisão interlocutória proferida pelo magistrado na demanda, ainda que liminar ou incidentalmente. Essa decisão pode ser atacada pela via do recurso de Agravo de Instrumento ao tribunal respectivamente superior.

O fato da tutela provisória de urgência ser provisória remete ao fato de que há um tempo predeterminado em relação à duração dos seus efeitos, não sendo, pois, uma tutela eterna e imutável. Assim, poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, conforme disposição do art. 296, parte final, do Código de Processo Civil de 2015.

Nesse sentido, a tutela provisória poderá ser revogada ou modificada em virtude de possíveis surgimentos de novas provas ou elementos que não foram considerados ao tempo da decisão que a concedeu, o que é plenamente possível, vez que no curso do processo a tendência é de se aprofundar na cognição, capaz de permitir ao magistrado decisões fundamentadas em juízos de certeza.

Nas palavras de Daniel Amorim Assumpção Neves:

Registre-se que, apesar de serem provisórias, nenhuma das tutelas de urgência é temporária. Temporário também tem um tempo de duração predeterminado, não durando eternamente, mas, ao contrario da tutela provisória, não é substituída pela tutela definitiva: simplesmente deixa de existir, nada vindo tomar seu lugar. (NEVES, 2016, p. 412)

Demais disso, é importante destacar que o termo “liminar” é por vezes utilizado de maneira equivocada. A origem do termo indica que pode se fazer algo inicialmente, logo no inicio. Nesse sentido, significa que certos atos processuais podem ser praticados *inaudita altera parte*, ou seja, antes da citação da parte Requerida.

Para Dinamarco (2000), a tutela antecipada é a generalização das liminares. Assim sendo, verificada expressa previsão de liminar no procedimento adotado, deve a parte valer-se-á de seu requerimento, inclusive comprovando os requisitos específicos para o seu deferimento. Lado outro, notadamente, não havendo previsão, deverá a parte requerer a tutela antecipada, daí sua generalidade. Em suma, caberá concessão de tutela antecipada quando não houver previsão expressa de liminar no procedimento especial.

Todavia, em se tratando de tutela de evidência, será possível a sua concessão, ainda que prevista liminar no procedimento utilizado. Assim, é possível que a parte não preencha os requisitos necessários a liminar pleiteada, por exemplo, o *periculum in mora*, mas será possível nesse caso pleitear a tutela de evidência, ainda que ausente este requisito.

A previsão do Art. 300, §2º do Código de Processo Civil de 2015, estabelece que a tutela de urgência possa ser concedida liminarmente ou após audiência de justificação prévia. Não há dúvidas de que nesse sentido, o legislador utilizou do termo liminar para designar o momento de concessão da tutela cautelar liminar e tutela antecipada liminar.

Destarte, o Código de Processo de Civil de 2015 aclarou a questão da “liminar” nas tutelas provisórias. Contudo, a legislação extravagante, em seus procedimentos especiais, ainda prevê a liminar como forma de tutela de urgência satisfativa.

Frisa-se que o mesmo diploma legal, destinou disposições gerais acerca da tutela provisória, cabíveis tanto nas tutelas provisórias de urgência como na tutela provisória de evidência. Nesse caso, somente com previsão expressa na lei, normas

de disposições gerais poderão deixar de ser aplicável a alguma espécie de tutela provisória.

Adiante, serão analisadas as espécies de tutelas de urgência e de evidência de maneira isolada, dispondo sobre os seus conceitos e procedimentos, a fim de destacar a sua importância no ordenamento jurídico, frente à aplicabilidade do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

3.2 Tutela Provisória de Urgência Antecipada e Cautelar

Como já abordado anteriormente, uma das espécies de tutela provisória prevista no Código de Processo Civil de 2015, é a tutela provisória de urgência antecipada, também denominada tutela de urgência satisfativa.

Na lição de Alexandre Freitas Câmara (2016):

A tutela de urgência satisfativa se destina a permitir a imediata realização prática do direito alegado pelo demandante, revelando-se adequada em casos nos quais se afigure presente uma situação de perigo iminente para o próprio direito substancial (perigo de morosidade).(CÂMARA, 2016. p 156)

Diante da análise supra, é de se observar que há casos concretos que exigem uma satisfação provisória da pretensão do demandante. Veja-se, por exemplo, no caso de um sujeito pleitear a fixação de prestação alimentícia, no qual a demora processual poderá acarretar sérios prejuízos de sua subsistência. Nesse caso, vislumbra-se a necessidade de mecanismos que possam viabilizar a concessão do pedido de maneira provisória, a fim de garantir o resultado útil do próprio pedido principal da lide.

Portanto, não restam dúvidas acerca da aplicabilidade da tutela antecipada no procedimento comum previsto pelo Código de Processo Civil de 2015.

Ocorre que, quanto aos procedimentos especiais, que possuem previsão de liminar específica, nesse caso, a liminar exercerá a própria função de tutela de urgência satisfativa. Assim deve-se analisar se há diferenças entre os requisitos da liminar e da tutela antecipada à luz do pedido e da condição apresentada pelo demandante.

Com efeito, há um aspecto acerca da tutela antecipada que a doutrina trata como negativo, qual seja a sua irreversibilidade. É o que se extrai do artigo 300, §3º

do Código de Processo Civil de 2015 ao dizer que não se concederá a antecipação de tutela quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Na realidade, o referido dispositivo, traduz como essencial ao acesso a ordem jurídica justa. Também, em razão dessa grande limitação imposta, sua aplicação prática ainda tem pouca relevância na ordem jurídica. Assim, os efeitos práticos gerados pela decisão de antecipação de tutela é que são limitados em razão dessa irreversibilidade, e não o pronunciamento do Juiz, uma vez que é cabível recurso e a prolação de outra decisão que poderá substituí-la.

Assim, pode se dizer que a irreversibilidade da tutela antecipada não é jurídica e sim fática, tendo em vista a capacidade de retorno ao *status quo ante*, caso ocorra à revogação da tutela antecipada.

Entretanto, há casos que a tutela antecipada é faticamente irreversível e o Magistrado poderá de maneira excepcional conceda-la. Veja-se, por exemplo, no caso que discute a saúde do Requerente, como a liberação de medicamentos, procedimentos cirúrgicos, internação imediata, entre outros. Nessa via, a concessão, não é pelo simples fato relacionado à sobrevivência do Requerente, é porque, posteriormente, o Plano de Saúde ou Hospital poderão cobrar o valor do procedimento na hipótese de revogação da referida tutela antecipada, convertendo-se em perdas e danos.

No que concerne à legitimação para o pedido de tutela antecipada em caráter antecedente, é natural que o único legitimado nesse caso, seja o demandante do pedido principal. O mesmo se pode afirmar em relação ao pedido pleiteado de forma incidental.

Todavia, observa-se que, no pedido de tutela antecipada formulada durante o processo principal, apesar da legitimação do demandante ser óbvia, não resta dúvidas acerca da legitimação do Réu a partir do momento que este assume uma posição ativa na demanda. Veja-se, ao fazer um pedido contraposto, o Réu passa a ser Autor na pretensão. Também é indubitável que o Réu em Ação Dúplice possa requerer a concessão da tutela antecipada (ZAVASCKI, 2005). Portanto, cabível seu requerimento nas referidas hipóteses.

Além disso, no tocante a intervenção de terceiros, aplicam-se as mesmas considerações anteriormente abordadas, vez que o denunciado à lide e o chamado ao processo são Réus. Apenas na assistência simples, destaca-se uma especialidade. Apesar de o assistente possuir legitimidade para pleitear tutela

antecipada em favor do assistido, essa apenas será analisada se o assistido manifestar de maneira expressa pela concordância, pois a sua falta poderá ensejar a não apreciação do pedido pela falta de interesse jurídico do assistente.

Outrossim, há possibilidade da tutela antecipada ser requerida em caráter incidental. A melhor doutrina relata que esta pode ser concedida a qualquer momento do processo, seja no início, até o final. Aduz o artigo 295 do Código de Processo Civil de 2015, que a tutela antecipada incidental independe do pagamento de custas processuais.

Assim, o requerimento incidental não se submete a qualquer formalidade, podendo ser requerida por meio de uma simples petição nos autos ou mesmo com a propositura da demanda, não havendo necessidade de sua autuação apartada.

Contudo, o requerimento de tutela antecipada requerida em caráter antecedente, necessita de se submeter às normas específicas, já que formulada em momento anterior a demanda principal e impõe ao demandante o seu aditamento, sob pena de extinção do processo sem resolução de mérito.

Quanto à tutela provisória cautelar, destaca-se que o Código de Processo Civil de 2015 eliminou as cautelares nominadas. De certa forma, esta eliminação já era uma tendência no ordenamento jurídico brasileiro, vez que não se justificava a manutenção dos procedimentos cautelares típicos, já que o judiciário tem maior liberdade em termos de jurisdição.

Para Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2016), a tutela cautelar não se confunde com a medida cautelar abordada no código de 1973. Nesse sentido, a tutela cautelar no novo ordenamento, visa assegurar o resultado útil do processo, como, por exemplo, no caso em que a medida visa à realização de obras de conservação em coisa litigiosa ou judicialmente apreendida.

Tradicionalmente, a tutela cautelar foi mecanismo criado para afastar ou minorar os riscos decorrentes da demora do processo. Mais tarde, com a nova legislação processual, a ela veio se juntar a tutela antecipada, que também pode ser de urgência, conforme abordado anteriormente.

O que se pretende destacar dentro da tutela provisória de urgência cautelar é que nem sempre existirá um processo principal, sendo possível a ideia de que, diante da concessão da tutela cautelar, o Réu possa simplesmente cumprir sua obrigação, de modo a satisfazer completamente o pedido da parte que o requereu.

Destarte, pode se dizer que a tutela cautelar é ampla, geral e irrestrita. Nesse sentido, deve a parte que dela necessite apenas demonstrar o preenchimento do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* para recebê-la, portanto, são os mesmos requisitos previstos para a concessão da tutela provisória de urgência antecedente.

Enfim, significa dizer que, tendo em vista o poder jurisdicional, a tutela cautelar deve ser entendida como a proteção jurisdicional prestada pelo Estado para afastar o perigo da ineficácia do resultado prático e final da pretensão de quem a requereu, funcionando como aspecto concreto da promessa constitucional de inafastabilidade da tutela jurisdicional (Art. 5º, XXXV da Constituição Federal).

3.3 Tutela Provisória de Evidência

Alexandre Freitas Câmara (2016) conceitua que a tutela da evidência possui natureza satisfativa, cuja concessão prescinde do requisito da urgência. Trata-se, então, de uma tutela antecipada não urgente, isto é, de uma medida destinada a antecipar o próprio resultado prático final do processo, satisfazendo-se na prática o direito do Autor, independentemente do requisito do *periculum in mora*.

Nesse sentido, verifica-se que a tutela de evidência configura-se em uma técnica de aceleração do resultado do processo, criada para casos em que se afigura evidente, e com grande probabilidade, de existir o direito material.

Destaca-se que o artigo 311 do Código de 2015, consagra expressamente o entendimento ao dizer que a tutela de evidência independe da demonstração do *periculum in mora*, em diferenciação clara e indiscutível em relação às tutelas de urgência anteriormente abordadas.

No artigo supramencionado há um rol de quatro hipóteses em que poderá ser concedida a tutela da evidência. Em todos esses casos, portanto, será possível a sua concessão, ainda que de maneira provisória ao demandante o bem jurídico que ele almeja obter com o resultado final do processo, satisfazendo-se antecipadamente sua pretensão.

A primeira hipótese de cabimento é a caracterização do abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do Réu. Trata-se, aqui, da previsão de uma tutela provisória sancionatória, por força da qual a aceleração do resultado do processo se apresenta como uma sanção imposta aquele demandando que exerce

seu direito de defesa de forma abusiva, com único intuito de protelar o andamento do processo.

Essa técnica de antecipação da tutela é perfeitamente compatível com o princípio constitucional da duração razoável do processo, expressa no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição da República.

A segunda hipótese de cabimento trata-se do fato provável e tese jurídica pacificada nos tribunais superiores. Assim, foi criada uma nova hipótese de tutela da evidência inexistente na revogada legislação processual cível de 1973.

Nesse sentido, quando verificado que as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas pelo meio de prova documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos – sem a necessidade de trânsito em julgado – ou em súmula vinculante, estará caracterizada a hipótese prevista no inciso II, do artigo 311 do Código de 2015, para o deferimento da tutela de evidência.

Ocorre que, a hipótese prevista no dispositivo legal ora comentado, não é suficiente para a concessão de tutela definitiva, vez que as alegações de fato podem se mostrar falsas durante ou no encerramento da instrução probatória e o Réu poderá se defender juridicamente alegando a distinção do caso em análise da tese jurídica de casos repetitivos ou em súmula vinculante. (NEVES, 2016)

Além disso, há uma terceira hipótese de deferimento da tutela de evidência, qual seja, prova documental em ação reipersecutória. Nesse quadrante, quando se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob pena de cominação de multa pelo magistrado.

A prova documental carreada aos autos, mais uma vez, consistirá na probabilidade da existência do direito do demandante. Nesse caso, de forma mais específica, a espécie de pedido (reipersecutório) e ao tipo de documento (contrato de depósito), não sendo, necessariamente o contrato de depósito formalizado, mas pelo menos, uma prova escrita que demonstre a relação jurídica material de depósito.

Por fim, última hipótese de cabimento para concessão da tutela de evidência, é a prevista como prova documental, sem prova do Réu capaz de gerar dúvida razoável ao Juiz.

Pode-se dizer que, se 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, poderá o Juiz conceder a tutela provisória da evidência.

Destarte, a tutela provisória de evidência, é sempre incidental ao processo em que se tenha formulado o pedido de tutela final. A concessão desse instituto, sem oitiva da parte contrária, é excepcional, mas funciona como um mecanismo de distribuição do ônus do tempo do processo, que tem por objetivo evitar que toda a carga resultante de sua duração, recaia sobre um demandante que muito provavelmente tem razão, afinal, seu direito mais do que meramente provável, é evidente (CÂMARA, 2016).

4CONCLUSÃO

Em suma, a partir dos estudos realizados, notadamente, depois de uma pesquisa acerca das tutelas provisórias de urgência no Código de Processo Civil de 2015 e sua interface com a Constituição Federal, partindo-se do seguinte pressuposto: as tutelas provisórias são uma técnica, mas igualmente é uma ciência processual já sedimentada.

De fato, quando a Constituição Federal garante a todos o acesso a Justiça, visa-se assegurar aos titulares do direito ameaçado ou lesado a chamada tutela jurisdicional. Dessa forma, as tutelas provisórias de urgência, são mecanismos instrumentais do processo, que visam amparar, ainda que provisoriamente, situações jurídicas para garantir a efetividade do direito e o resultado útil do processo.

Não obstante o entendimento pacificado acerca das tutelas provisórias serem proferidas mediante cognição sumária, estas também podem ser concedidas mediante cognição exauriente. Ocorre que, seu principal objetivo é afastar o direito material envolvido em crise de efetividade, logo, afastar os prejuízos de uma eventual demora processual. Como profundamente abordado no desenvolvimento desse trabalho, estando preenchidos no caso concreto os requisitos legais, o juiz é obrigado a conceder a tutela provisória, bem como a qualquer momento modifica-la ou revoga-la, motivando o seu convencimento.

Destarte, como muito bem ponderado pela doutrina, o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, garante a prestação jurisdicional, ainda que o provimento judicial seja favorável ou não as partes da relação processual. Nesse

sentido, as tutelas provisórias de urgência são caracterizadas como técnicas de sumarização, para que seja concedida ao merecedor, a tutela da Justiça. Ademais, ressalta-se que o Código de Processo Civil de 2015 trouxe uma nova abordagem dentro das tutelas de urgência, em relação à legislação processual anterior, visando justamente conceder efetividade e afastar o risco do direito material perecer.

Assim sendo, diante do exposto, e sem mais delongas, o que se deduz é que a garantia fundamental descrita no Art. 5º, XXXV, da Carta Magna, consagrada pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição é uma tutela estatal e as tutelas de urgência previstas na legislação processual são uma técnica de que serve o Poder Judiciário para garantir, nas mais variadas relações processuais de litígio, a tutela adequada ao caso concreto de acordo com o preenchimento dos requisitos legais, para ditar qual espécie de tutela provisória poderá ser concedida ao demandante. Isto porque, importante ressaltar, mais uma vez, que a concessão da tutela de urgência afasta o risco de prejuízos que podem ser acarretados diante da duração do processo ou da espera pela composição do conflito, dando por fim, aplicabilidade prática ao referido princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20 out. 2016.

BRASIL. **Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 out. 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Tutela de evidência no Projeto do Novo CPC: uma análise dos seus pressupostos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 4. ed. rev. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. (Estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebmann, v. 21).

NERY JUNIOR, Nelson. Rosa Maria de Andrade Nery. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 9. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil, v.1: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e processo comum**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.