SEMINÁRIO NACIONAL DE FORMAÇÃO DE PESQUISADORES E INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITO DA FEPODI

S472
Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI [Recurso eletrônico on-line] organização Federação Nacional dos Pós-Graduandos em Direito - FEPODI;

Coordenadores: Beatriz Souza Costa, Lívia Gaigher Bosio Campello, Yuri Nathan da Costa Lannes – Belo Horizonte: ESDH, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-383-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

1. Direito – Estudo e ensino (Graduação e Pós-graduação) – Brasil – Congressos nacionais. 2. Direito Constitucional. 3. Direito ambiental. 4. Direito Administrativo. 5. Direito Civil. 6. Direito Penal. 7. Direitos Humanos. 8. Direito Tributário. 9. Filosofia Jurídica. 10. Gênero. 11. Diversidade Sexual. I. Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI (1:2016 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

FEPODI
FEDERAÇÃO NACIONAL DOS PÓS-GRADUANDOS EM DIREITO

SEMINÁRIO NACIONAL DE FORMAÇÃO DE PESQUISADORES E INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITO DA FEPODI

Apresentação

É com imensa satisfação que a Escola Superior Dom Helder Câmara e a Federação Nacional dos Pós-graduandos em Direito – FEPODI apresentam à comunidade científica os Anais do Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito. Tal produção resulta do exitoso evento sediado nas dependências da Escola Superior Dom Helder Câmara, em Belo Horizonte-MG, nos dias 10 e 11 de outubro de 2016, que contou com o valioso apoio do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI e da Associação Brasileira de Ensino do Direito – ABEDi.

Trata-se de obra coletiva composta por 263 (duzentos e sessenta e três) resumos expandidos apresentados no seminário e que atingiram nota mínima de aprovação dentre os 318 (trezentos e dezoito) trabalhos submetidos ao evento. As comunicações científicas estão organizadas em 21 (vinte e um) Grupos de Trabalho ligados a diversas áreas do direito, inseridos num ambiente de ricos debates e profundas trocas de experiências entre os representantes das mais diversas localidades do Brasil.

Os referidos Grupos de Trabalho contaram, ainda, com a contribuição de proeminentes docentes ligados a renomadas instituições de ensino superior do país, os quais indicaram os caminhos para o aperfeiçoamento dos trabalhos dos autores, afim de que eles estejam aptos, após desenvolvimento, a serem publicados posteriormente nos periódicos jurídicos nacionais.

Neste prisma, os presentes anais, de inegável valor científico, já demonstram uma contribuição para a pesquisa no Direito e asseguram o cumprimento dos objetivos principais do evento de fomentar o aprofundamento da relação entre pós-graduação e graduação em Direito no Brasil, bem como de desenvolver os pesquisadores em Direito participantes do evento por meio de atividades de formação em metodologias científicas aplicadas.

Uma boa leitura a todos!

Beatriz Souza Costa

Lívia Gaigher Bosio Campello

Yuri Nathan da Costa Lannes

Coordenadores Gerais do Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito.

RECONSTRUÇÃO PRINCIPIOLÓGICO CONSTITUCIONAL DAS TUTELAS PROVISÓRIAS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

RECONSTRUCTION OF CONSTITUTIONAL PRINCIPIOLÓGICO GUARDIANSHIPS PROVISIONAL IN THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE BRAZILIAN

Sérgio Henriques Zandona Freitas [1]
Letícia Athayde Santos de Carvalho

Resumo

O presente trabalho científico visa analisar as tutelas provisórias, previstas no Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105/15, a luz do marco teórico do processo constitucional democrático. O objeto central da presente pesquisa é a reconstrução principiológico constitucional de importante instituto do Código de Processo Civil de 2015, visto que atualmente as tutelas provisórias se demonstram cada vez mais presentes no direito processual, mas ainda com viés instrumentalista. Utilizar-se-á da pesquisa bibliográfica e do método jurídico-dedutivo.

Palavras-chave: Processo constitucional, Reconstrução principiológico-constitucional, Tutelas provisórias e o novo código de processo civil

Abstract/Resumen/Résumé

This scientific work analyzes the provisional guardianships, set in the New Code of Civil Procedure, Law 13.105 / 15, the light of the theoretical framework of the democratic constitutional process. The main object of this research is the constitutional principiológico reconstruction important Civil Procedure Code of the institute 2015, since currently the provisional guardianships to demonstrate increasingly present in procedural law, but also with instrumentalist bias. Use shall be bibliographic research and legal-deductive method.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional process, Principiológico constitutional reconstruction, Guardianship provisional and the new code of civil procedure

[1] Professor orientador da pesquisa e coautor

1 INTRODUÇÃO

Como o tempo é grande causador de danos às partes de um processo, principalmente ao autor, meios como as Tutelas Provisórias são cada vez mais utilizados para garantir que as partes não obtenham efeitos danosos ocasionados pelo tempo que o processo levará à sua conclusão efetiva, momento em que seria de fato concedida a tutela pretendida.

No momento, o presente objeto de estudo, as tutelas provisórias no Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105/15, trata-se de um assunto atual e com grande necessidade de estudos.

A nova Lei trouxe em seu artigo inaugural que será guiada pelos fundamentos Constitucionais e, para aplicação da referida Lei é necessário que os operadores do Direito estejam atentos para observância a Constituição.

O tempo, falta de tempo, e até mesmo os danos causados pelo tempo em excesso, pela demora, é um assunto em pauta no momento atual, vez que a morosidade dos processos está cada vez mais presente na vida dos indivíduos, que aguardam resultados de demandas.

Dessa forma, analisa-se pelo presente estudo as Tutelas Provisórias no Novo Código, com ênfase nas tutelas de urgência, ressaltando a necessidade do estudo do Processo Constitucional com sua compreensão pelas normas norteadoras trazidas pelo Estado Democrático de Direito.

Utilizar-se-á da pesquisa bibliográfica e do método jurídico-dedutivo, com marco teórico no processo constitucional democrático.

2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O PROCESSO CONSTITUCIONAL

O Estado Democrático de Direito, instaurado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, trouxe diversos princípios e fundamentos, que asseguram garantias fundamentais aos indivíduos e que também norteiam a forma de aplicação de normas infraconstitucionais.

O Novo Código de Processo Civil, por sua vez, após inúmeras Teorias discutidas de processo, estabeleceu em seu artigo inaugural, a Teoria do Processo Constitucional, assegurando que o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e normas estabelecidos na Constituição.

Dentre os princípios trazidos pela Constituição, encontra-se o Princípio do Devido Processo Legal, trazido pelo art. 5º, LIV, dispõe que: “LIV - ninguém será privado da

liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" (BRASIL, 1988), quer assegurar que todos terão garantia de um processo regular, em conformidade com a ampla defesa, juiz natural, igualdade, é que poderá haver privação de bens ou liberdade.

É uma garantia trazida pela Constituição e que deve ser respeitada pelos operadores do Direito na interpretação do Código de Processo Civil.

Em seguida, tem-se o Princípio do Contraditório, que dispõe: "LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" (BRASIL, 1988); O Princípio da Ampla Defesa, o Princípio da isonomia, igualdade, entre as partes do processo, tendo em vista que todos são iguais perante a lei, dentre outros princípios norteadores do processo civil.

Assim, o Processo Constitucional pode ser considerado como uma forma de interpretação do processo, que deve ser feita conforme os mandamentos trazidos pela Constituição.

3 ANTECIPAÇÃO DA TUTELA NO CPC 73 E TUTELAS PROVISÓRIAS NO CPC 2015

O Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015, em vigência um ano após sua publicação, atualmente já em vigência, criou uma sistemática diferente da utilizada pelo Código de Processo Civil de 1973 para as tutelas que forem pretendidas no processo.

Anteriormente, no Código de 73, a tutela prevista era denominada de tutela antecipada. Ela deveria ser requerida no processo para antecipar, em todo ou parcialmente, o pedido feito na petição inicial e tinha como requisitos para seu deferimento a existência de prova inequívoca, a verossimilhança da alegação e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Ainda, previa em seu texto que: "§5 concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento." (Brasil, 1973). Por outro lado, possibilitando, consoante disposto no §7 do referido artigo que, em caso de interposto pedido de antecipação de tutela quando na realidade se pretendesse providências para cautelar o processo, que deveria ter sido feito de acordo com as normas de Processo Cautelar, seria possível considerar fungibilidade, desde que presentes os pressupostos da cautelar, consoante disposto no artigo 789 do Código de 1973.

> Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, **quando houver fundado receio de que uma parte**, antes do

> julgamento da lide, **cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação**. – grifos nossos (BRASIL, 1973).

Em vigência o Novo Código de Processo de 2015, algumas mudanças consideráveis a respeito destes temas foram trazidas.

Primeiramente, cumpre destacar que o novo diploma tratou da referida matéria em seu livro denominado "Da Tutela Provisória", iniciando no artigo 294 e seguintes, tratando da tutela antecipada a partir do artigo 303, da tutela cautelar a partir do artigo 305, e sobre a tutela de evidência nos artigos 311 e seguintes.

As referidas medidas trazidas pelo Código poderão ser fundadas em urgência (tutela antecipada e cautelar) ou evidência (tutelas de evidência).

Em se tratando de tutelas de urgência, tanto tutela antecipada quanto cautelar, deverá ser evidenciado a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, ressaltando que em caso de pedido de tutela antecipada em caráter antecedente, haverá, ainda, a possibilidade de, em o réu não interpor o recurso necessário referente a sua concessão, que ela se torne estável.

Por fim, a tutela de evidência, consoante disposto no artigo 311, será concedida quando:

> Art. 311. 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. (BRASIL, 2015).

Conclui-se, dessa forma, que o Novo Código mudou de forma significante os requisitos para a concessão das tutelas de urgência, tutelas antecipadas e cautelares.

Do ponto de vista das tutelas antecipadas tornou-se mais fácil sua concessão, vez que anteriormente, pelo CPC 1973, eram necessários preencher os requisitos de: prova inequívoca, a verossimilhança da alegação e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Agora, com o CPC 2015 os requisitos para a concessão da tutela se tornaram: probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Observa-se que, anteriormente, para a obtenção da tutela antecipada, era necessário que houvesse **prova inequívoca**, o que de certa forma poderia trazer maior segurança jurídica, sendo que, atualmente, houve a unificação dos requisitos da cautelar com a tutela antecipada, necessitando apenas de probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

E, ainda, o CPC 15 trouxe a possibilidade de, quando requerida em caráter antecedente, a tutela concedida não for recorrida pela outra parte, haverá sua estabilização e consequente extinção, sendo que, os efeitos da tutela que fora concedida se conservará no tempo enquanto não for revista, reformada ou invalidada, por ação proposta com essa finalidade, por qualquer uma das partes, e que terá o prazo de 2 anos para ser proposta. Observa-se que a decisão que concede a tutela antecipada em caráter antecedente e que, consequentemente têm seus efeitos estabilizados, não faz coisa julgada.

4 A NECESSIDADE DA RECONSTRUÇÃO PRINCIPIOLÓGICO CONSTITUCIONAL DAS TUTELAS PROVISÓRIAS

Consoante as análises realizadas, observa-se que o Novo Código trouxe uma sistemática diferente da anteriormente utilizada pelo CPC 73 em relação às tutelas provisórias, principalmente as de urgência.

Cumpre assim observar o nítido desrespeito aos princípios constitucionais, que devem ser norteadores do processo civil, em especial aos princípios do contraditório, isonomia, ampla defesa, quando se visa evitar as consequências da morosidade dos processos e, há a aplicação de uma celeridade procedimental permitindo-se a estabilização das tutelas provisórias.

As tutelas de urgência, quando em caráter antecedente, em virtude de sua necessidade, muitas vezes são deferidas liminarmente, no início do processo, antes mesmo da citação da parte contrária, que em determinados casos, a não concessão liminar poderia perder o efeito de uma cautelar ou não assegurar quem, em urgência, necessita de uma tutela antecipada.

Por outro lado, a padronização dos conceitos referentes aos requisitos necessários para a concessão de tutela antecipada e de cautelar, favorecendo a fungibilidade na utilização dos institutos, tornou as tutelas concedidas causadoras de insegurança jurídica, visto que para se obter a tutela antecipada não há de se falar mais em prova inequívoca.

No caso da estabilização da tutela o Código permitiu que se fale em perpetuação de efeitos de uma tutela de urgência, concedida em caráter liminar mas, como não houve

interposição de agravo de instrumento pela outra parte, ela se perpetuará, sendo que é proveniente de uma cognição sumária.

O Processo deve servir como forma de resguardar direitos e assegurar efetivação de normas, todas com respeito e amparo ao texto Constitucional.

Dai apresenta-se a necessidade de reconstrução principiológica das tutelas provisórias, vez que estas devem respeitar os princípios trazidos pela Constituição, em especial os vinculados ao processo constitucional (institutivos do direito processual constitucional), quais sejam, princípios do contraditório, ampla defesa, isonomia e o devido processo legal.

5 CONCLUSÃO

Diante das considerações tecidas no texto, nota-se que o Código de Processo Civil de 2015, Lei 13.105/2015, principal objeto de estudo, foi criado diante de influência trazida pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, se pautando em seus princípios e sendo norteado por esta.

Desse modo, cabe aos operadores do Direito obedecer e exercer a Lei pautados pela interpretação Constitucional, com aplicação de seus princípios de forma predominante.

O Processo, mesmo havendo necessidade de tutelas provisórias para efetivar os direitos individuais, evitando que a morosidade cause efeitos danosos, deve servir como forma de efetivação dos princípios e garantias constitucionais.

Assim, necessário se faz o respeito aos princípios do contraditório, ampla defesa, isonomia, devido processo legal, trazidos pela Constituição, e que devem ser aplicados no Processo Civil, principalmente quando na concessão de tutelas de urgência que podem se estabilizar no tempo, mesmo sem cognição exauriente.

BIBLIOGRAFIA

BARACHO, José Alfredo. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo constitucional. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 337, p. 105-123, jan./mar. 1997.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional**: aspectos contemporâneos. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 20 ago. 2016.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 20 ago. 2016.

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

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. O processo constitucional como instrumento da jurisdição constitucional. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 3, ns. 5 e 6, 1º e 2º sem./2000.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória. Salvador: JusPodivm, 2015.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. **A impostergável reconstrução principiológico-constitucional do processo administrativo disciplinar no Brasil**. 2014. 210p. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. I.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante processo comum. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

POPPER, Karl. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia Edusp, 1987, v. 2.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela provisória**: tutela de urgência e tutela de evidência. Do CPC/1973 ao CPC/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.