

# O INSTITUTO DAS TUTELAS PROVISÓRIAS E O MODELO CONSTITUCIONAL DO NOVO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Thiago Passos Tavares<sup>1</sup>

Marlton Fontes Mota<sup>2</sup>

Hanna Silva Linhares<sup>3</sup>

Direito



ISSN IMPRESSO 1980-1785

ISSN ELETRÔNICO 2316-3143

## RESUMO

O objetivo dessa pesquisa circula em torno das tutelas provisórias de urgência e evidência elencadas no atual Código de Processo Civil que sofreu diversas alterações de caráter prático com a vigência do atual modelo constitucional de processo. Justifica-se o estudo, por sua relevância na prática do profissional do direito, visto que, o supra Instituto é um instrumento essencial na concepção das tutelas jurisdicionais prestadas pelo Estado, refletindo em toda a sociedade. A metodologia utilizada, quanto à modalidade de pesquisa foi a exploratória e a bibliográfica. O tipo de pesquisa foi o exploratório e o método consagrado fora o dedutivo.

## PALAVRAS-CHAVE

Constitucionalismo. Processo Civil. Tutelas Provisórias. Constituição. Ensino Jurídico.

## ABSTRACT

The purpose of this research is to circulate around the provisional urgency and evidence guidelines listed in the current Code of Civil Procedure that has undergone several changes of a practical nature with the validity of the current constitutional process model. The study is justified because of its relevance in the practice of the legal professional, since the above-mentioned Institute is an essential instrument in the conception of the jurisdictional guardianship provided by the State, reflecting society as a whole. The methodology used in the research modality was exploratory and bibliographical. The type of research was exploratory and the method consecrated outside the deductive.

## KEYWORDS

Constitutionalism. Civil lawsuit. Temporary guardianships. Constitution. Legal Education.

## 1 INTRODUÇÃO

Desde o Código Processual Civil do ano de 1973, também conhecido como Código Buzaid, em homenagem ao famoso processualista Alfredo Buzaid, já estava pronunciada a previsão legal das tutelas cautelares, a exemplo do arresto, do sequestro, da caução, da busca e apreensão, da exibição de documentos, da produção antecipada de provas, dos alimentos provisionais, do arrolamento de bens, da audiência de justificação, entre outros não menos importantes, além da possibilidade de pedidos liminares em procedimentos especiais, como nos casos das tutelas possessórias na ação de manutenção da posse, ação de reintegração da posse e interdito proibitório.

Não obstante, a impossibilidade de um único remédio curar todas as doenças, ou seja, todos os conflitos processuais, com o advento da Lei 8.952/1994, o ordenamento processual civil brasileiro passou a prever a possibilidade da tutela antecipada, prima e irmã da tutela cautelar<sup>4</sup>, só que de um modo diferenciado em seu procedi-

---

4 Chama-se tutela cautelar à tutela de urgência do processo, isto é, à tutela provisória urgente destinada a assegurar o futuro do resultado útil do processo, nos casos em que uma situação de perigo ponha em risco sua efetividade. Pense-se, por exemplo, no caso de um devedor que, antes de vencida sua dívida, tente desfazer-se de todos os bens penhoráveis. Não obstante a alienação desses bens não comprometa a existência do direito de crédito, certo é que o futuro do processo de execução não será capaz de realizar na prática o direito substancial do credor se não houver no patrimônio do devedor bens suficientes para a realização do crédito. Verifica-se aí, uma situação de perigo para a efetividade do processo, isto é, para a aptidão que o processo deve ter para realizar na prática o direito substancial que efetivamente exista (podendo-se falar, aí, em perigo de infrutuosidade) (CÂMARA, 2015, p. 158).

mento, mais provisório e célere que o cautelar, buscando-se solucionar o problema de casos peculiares que não eram resolvidos com facilidade por meio da infinidade dos procedimentos cautelares que já estavam previstos no código de 1973.

Este estudo é fruto de debates e discussões nos grupos de pesquisa: 7004133565949592 – Direitos fundamentais, novos direitos e evolução social; e ao grupo de pesquisa: 4166423880219332 – Gênero, direitos humanos e diversidade sexual.

## 2 DA DISTINÇÃO ENTRE TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA E DE EVIDÊNCIA

Ao analisar as tutelas provisórias por sua similaridade ou semelhança, se pode perceber com facilidade que ambas são tutelas provisórias<sup>5</sup> possuem aspectos comuns. O que significa dizer que, tanto as tutelas provisórias<sup>6</sup> de urgência, como as de evidência, em regra, devem ser proferidas pelo juiz antes do final do processo e, portanto, com uma decisão provisória que conceda a tutela ou que a denegue. Nessa direção, convém, mencionar o texto do professor Luiz Guilherme (MARINONI, 2015, p. 195):

Quer se fundamente na urgência ou na evidência, a técnica antecipatória sempre trabalha nos domínios da “probabilidade do direito” (art. 300) - e, nesse sentido, está comprometida com a prevalência do direito provável ao longo do processo. Qualquer que seja o seu fundamento, a técnica antecipatória tem como pressuposto a probabilidade do direito, isto é, de uma convicção judicial formada a partir de uma cognição sumária das alegações da parte.

---

<sup>5</sup> A tutela provisória, assim entendida como as tutelas de urgência e evidência, que podem ser requeridas e concedidas no âmbito do processo civil pátrio, está agora regulada nos arts. 294 a 311 do NCPC, sendo que nos artigos iniciais o legislador optou por categorizar e explicar sua nova visão sobre o assunto, considerando a organização proposta em face das hipóteses de decisões provisórias possíveis, ainda que com grande categorização da urgência satisfativa ou não como seu grande carro-chefe, sem perder de vista a legalmente empossada, tutela de evidência e suas respectivas possibilidades (ARAÚJO, 2015, p. 270).

<sup>6</sup> Ser provisória significa que a tutela provisória de urgência tem um tempo de duração predeterminado, não sendo projetada para durar para sempre. A duração da tutela de urgência depende da demora para a obtenção da tutela definitiva, porque, uma vez concedida ou denegada, a tutela de urgência deixa de existir. 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 contrário da tutela provisória não é substituída pela tutela definitiva; simplesmente deixa de existir, nada vindo tomar seu lugar (NEVES, 2017, p. 484).

Assinale-se que a distinção entre a tutela provisória<sup>7</sup> de urgência e a tutela de evidência<sup>8</sup> está justamente nos requisitos para sua concessão. No caso da tutela de urgência os requisitos são: 1) a probabilidade de existência de um direito; 2) e o risco de dano irreparável.

Enquanto que, em que se refere à tutela de evidência<sup>9</sup>, exige-se apenas a probabilidade de existência do direito, não sendo necessário o requisito do risco de dano irreparável, previsto para concessão da tutela de urgência.

### 3 DOS PROCEDIMENTOS ESPECÍFICOS DAS TUTELAS PROVISÓRIAS

No que diz respeito à concessão da tutela de urgência na prática, o tempo é o principal fator, pois na maioria dos casos, em que a tutela de urgência não é concedida no momento necessário, o risco do direito perecer é muito grande, visto que se não concedida a tutela a tempo em que se necessita, perderá o processo o seu resultado útil, vindo a perecer o direito de quem pleiteia.

Em homenagem a esta situação excepcional, em que o Estado decidirá a questão, ante a ausência de tempo para que se conceda o direito ao final do processo, com a sentença, o legislador recorreu à exceção ao princípio do contraditório<sup>10</sup>, pos-

---

7 A concessão da tutela provisória é fundada em juízo de probabilidade, ou seja, não há certeza da existência do direito da parte, mas uma aparência de que esse direito exista. É consequência natural da cognição sumária realizada pelo juiz na concessão dessa espécie de tutela. Se ainda não teve acesso a todos os elementos de convicção, sua decisão não será fundada na certeza, mas na mera aparência – ou probabilidade de o direito existir (NEVES, 2017, p. 483).

8 A tutela da evidência, como espécie de tutela provisória diferente da tutela de urgência, recebeu um capítulo próprio no Novo Código de Processo Civil, ainda que contendo apenas um artigo, diferente da realidade presente no CPC/1973, em que essa espécie de tutela estava espalhada pelo diploma legal. A iniciativa elogiada, principalmente por afastar expressamente a tutela da evidência da tutela de urgência, mas sua concretização deve ser, ainda que parcialmente, criticada (NEVES, 2017, p. 559).

9 A tutela da evidência (ou do direito provável) dispensa a prova da urgência, isto é, de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo (artigo 311, CPC/2015). Trata-se de uma situação em que o juiz antecipa ao autor os efeitos da tutela, mesmo não havendo urgência para a sua obtenção, prestigiando, por conseguinte, o princípio da razoável duração do processo (artigo 5.º, LXXVIII, da CF). Não se pode negar, assim, que, de certo modo, a tutela de evidência é uma espécie de tutela antecipada satisfativa, embora sem o requisito da urgência (GAJARDONI, 2018, p. 1232-1233).

10 [...] o contraditório pode ser conceituado como garantia de ciência bilateral dos atos e do termo do processo (jurisdicional ou não), com a consequente possibilidade de manifestação sobre os mesmos. Além do mais, deve ser visto sobre dois enfoques, quais sejam: 1) jurídico: os fatos alegados e não contestados são tidos como verdadeiros, sendo declarada a revelia do réu; b) político: assegura às partes a participação na formação do provimento jurisdicional, ou seja, é a possibilidade que o jurisdicionado possui de influir nas decisões que irão repercutir em sua vida. Juntamente com o princípio da isonomia, constitui importante premissa democrática que com ele se relaciona de modo a garantir um efetivo equilíbrio entre as partes (PINHO, 2007, p. 28-29).

sibilitando ao aplicador da norma, a concessão da tutela antes de ouvir a outra parte, nas hipóteses em que a medida seja reversível. Assim explica o doutrinador Câmara (2015, p. 160):

A tutela de urgência pode ser deferida antes da oitiva da parte contrária (inaudita altera parte), liminarmente ou após a realização de uma audiência de justificação prévia (em que se permita ao demandante produzir prova oral destinada a demonstrar a presença dos requisitos de sua concessão). Tem-se, aqui, uma exceção ao princípio do contraditório, que exige debate prévio acerca do conteúdo das decisões capazes de afetar a esfera jurídica das pessoas, e que resulta do modelo constitucional de processo (art.5º, LV, da Constituição da República) e constitui uma das normas fundamentais do CPC (art. 9º e 10). Tem-se, aqui uma limitação inerente ao contraditório, o qual não pode ser transformado em um mecanismo obstativo do pleno acesso à justiça.

Portanto, cumpre observar que é manso e pacífico o tratamento dado pelo legislador a tutela de evidência<sup>11</sup> no novo modelo constitucional<sup>12</sup> de processo que, divergente da tutela de urgência, detém o tempo como um fator completamente irrelevante, por não ocasionar na perda do direito do demandante, nem no resultado útil e prático processual.

---

11 A tutela da evidência, como espécie de tutela provisória diferente da tutela de urgência, recebeu um capítulo próprio no Novo Código de Processo Civil, ainda que contivesse apenas um artigo, diferente da realidade presente no CPC/1973, em que essa espécie de tutela estava espalhada pelo diploma legal. A iniciativa elogiada, principalmente por afastar expressamente a tutela da evidência da tutela de urgência, mas sua concretização deve ser, ainda que parcialmente, criticada (NEVES, 2017, p. 559).

12 O modelo constitucional de processo civil brasileiro tem, entre seus princípios integrantes, o da segurança jurídica. Pois não há segurança jurídica sem previsibilidade das decisões judiciais, o que exige uma estabilidade decisória que só se consegue com a construção de um sistema de precedentes judiciais vinculantes que vai muito além da eficácia meramente persuasiva que os precedentes tradicionalmente tiveram no Brasil. Esses precedentes estabelecem uma padronização decisória que impede a formação de uma esquizofrenia jurisprudencial, decorrente da existência de uma miríade de decisões divergentes proferidas em casos iguais. É fundamental, para preservar-se a segurança jurídica e a isonomia, que casos iguais recebam decisões iguais. E isso só se consegue quando os juízes e tribunais respeitam não só as decisões dos tribunais que lhes sejam superiores (eficácia vertical dos precedentes), mas também as suas próprias decisões (eficácia horizontal dos precedentes). Pois o Código de Processo Civil busca regulamentar o modo como os precedentes exercerão essa eficácia vinculante, o que se impõe na busca por um processo mais isonômico e, por isso mesmo, mais democrático (CÂMARA, 2017, p. 19).

### 3.1 DAS TUTELAS URGENTES ANTECIPADAS E CAUTELARES

As tutelas de urgência estão previstas no artigo 300 do Código de Processo Civil pátrio. Para tanto, o conteúdo da tutela de urgência refere-se a um pedido de efetivação imediato do direito, ou seja, de caráter satisfativo será esta antecipada. Caso contrário, se o pedido for de natureza assecuratória, tem-se uma tutela cautelar<sup>13</sup>, que servirá de garantia para a efetivação do processo principal. Desse modo, leciona no mesmo sentido, a doutrina de Araújo (2015, p. 273), ao abordar tutelas de urgência antecipadas e cautelares:

O art. 300 do NCPC é provocante ao leitor e aos operadores do direito como um todo, pois reúne em dispositivo único, requisitos para a concessão de tutela provisória de urgência material ou cautelar, ou, como o próprio legislador intitula, antecipada ou cautelar. Como tratar com requisitos únicos, a atual possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela de mérito e as medidas cautelares, utilizando-se aqui a linguagem do CPC e doutrina majoritária de hoje.

Identifica-se facilmente uma tutela cautelar, pois esta contém um pedido diferente do pedido principal que se pretende com a ação<sup>14</sup>, servindo como garantia para efetividade do processo. Já no caso da tutela antecipada, o pedido principal será de certo modo como o do pleito principal, a diferença é apenas a provisoriedade da medida.

---

13 A tutela cautelar é ampla, geral e irrestrita, significando que a parte que dela necessite deve apenas demonstrar o preenchimento do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* no caso concreto para recebê-la, consagrados atualmente no art. 300 do Novo CPC. Significa dizer que, pensando-se em poder jurisdicional, a tutela cautelar deve ser entendida como a proteção jurisdicional prestada pelo Estado para afastar o perigo de ineficácia do resultado final da pretensão definitiva da parte, funcionando como aspecto concreto da promessa constitucional de inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF) (NEVES, 2017, p. 546).

14 A ação é direito subjetivo à jurisdição (direito contra o Estado, direito à prestação jurisdicional), como ensina a teoria do direito abstrato. [...]. É direito a uma sentença de mérito, isto é, direito a uma sentença que afirme ou negue o direito afirmado (ou negado) pelo autor. Se o juiz extingue o processo por falta de pagamento de custas, a sentença que ele profere não examina o mérito. É uma sentença meramente processual. A atividade desenvolvida pelo juiz não chega a atingir o nível jurisdicional. É atividade ainda de administração. Há sim, condições da ação, ou seja, a condição "existência do direito subjetivo" na condição "possibilidade jurídica do pedido" (TESHEINER, 2015, p. 150-151).

### 3.2 MEDIDAS CAUTELARES ANTECEDENTES E INCIDENTAIS

A tutela provisória de urgência cautelar antecedente, como o próprio nome já diz, é um pedido formulado antes do processo principal, para assegurar a efetividade do mesmo. Nessa perspectiva, aponta o doutrinador Neves (2017, p. 548) ao tratar da tutela provisória de urgência cautelar antecedente:

Nos termos do art. 305, caput, do Novo CPC a petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se visa assegurar e o perigo na demora da prestação da tutela jurisdicional.

Por outro lado, a tutela provisória de urgência cautelar incidental, possui a finalidade e os requisitos da tutela antecedente, diferem apenas no momento processual em que se é utilizado. Enquanto que a cautelar antecedente é pleiteada anteriormente à peça exordial, o incidental ocorre durante o trâmite da ação principal.

## 4 DO PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS NAS TUTELAS PROVISÓRIAS

Por meio da Lei 10.444 de 07 de maio do ano 2002, houve a inclusão da fungibilidade das tutelas sumárias, ou seja, significa que especificamente no caso concreto, se deveria ter escolhido um procedimento mais adequado, mas se escolheu outro, esse último pode ser aceito em virtude do princípio da instrumentalidade das formas e também da economia processual e da duração razoável do processo.

Nessa perspectiva assevera Câmara (2017, p. 166) ao abordar o princípio da instrumentalidade das formas:

Assim é que praticar o ato com observância de forma garante que os resultados a que o ato processual se dirige serão alcançados. Pois é exatamente daí que resulta o princípio da instrumentalidade das formas (art. 277), por força do qual o ato praticado por forma diversa da prevista em lei será reputado válido "se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.

Dessa maneira, frisa-se que, muito embora, a forma adotada em um determinado procedimento, mesmo que não seja a instrumentalidade mais adequada ao caso concreto, poderá prevalecer desde que seu objetivo principal seja alcançado, ignorando-se a forma e observando-se a finalidade a qual se destina.

Um exemplo prático que se pode trazer é justamente o pedido de tutela de urgência. Devido ao novo instituto, muitos advogados ainda não sabem diferenciar o pedido de tutela de urgência antecedente e incidental. Todavia, nada impede que a forma (instrumento) inadequada seja apreciada pelo magistrado, se alcançando a sua finalidade, qual seja, a tutela a que se destina.

#### 4.1 DA TUTELA LIMINAR OU INAUDITA ALTERA PARS

A tutela concedida em caráter liminar, ou como a própria nomenclatura já se mostra autoexplicativa, inaudita altera partes, em outras palavras, sem oitiva da outra parte. Vislumbra-se necessária sempre que exibir-se em uma roupagem de perigo de dano irreparável. Conforme leciona Neves (2017, p.1233):

No inciso VIII do art. 799 do Novo CPC encontra-se a possibilidade de pedido medidas urgentes. Havia uma novidade no texto originário: a expressa menção à possibilidade de se requerer a indisponibilidade de ativos financeiros existentes em nome do executado, para posterior penhora on-line antes mesmo da citação do executado (inaudita altera partes), desde que demonstrado o perigo de ineficácia da medida diante da ciência do executado da existência da demanda judicial.

Assim, no tocante ao caráter liminar, a urgência se mostra mais importante que o próprio contraditório, momento em que se é concedido o direito antes da oitiva da parte contrária da demanda judicial, em virtude do perigo de ineficácia da medida a ser aplicada. Um exemplo prático para melhor entendimento do caso é justamente a execução ou penhora de um determinado bem. Ao se deparar com uma possível medida de busca e apreensão, o executado pode se desfazer ou ocultar o bem antes que a medida seja efetivada, mostrando-se de necessária a execução do procedimento sem comunicar a parte.

#### 4.2 ENTRE A EXIGÊNCIA DE CAUÇÃO E O ACESSO À JUSTIÇA

No que concerne ao Código de Processo Civil (CPC) se observa a consonância existente no artigo 300, §1º, que trata das tutelas provisórias, na qual, o juiz poderá, em determinadas situações, exigir ao elencar necessário, a prestação de caução como garantia da reversibilidade da conduta concedida em sede de tutela de urgência.

Nesse sentido, descreve de modo breve e cristalino a respeito da exigência de caução, o doutrinador Bueno (2015, p. 219): "O magistrado pode exigir prestação de caução dos danos a serem suportados pelo requerido, ressalvada, expressamente, a situação do hipossuficiente economicamente (art.300, §1º)".



Ocorre que, nos casos em que a parte for insuficiente no quesito econômico, ou seja, pobre na forma da lei, consoante a previsão legal do artigo 5º, incisos XXXV e LXXIV, da Constituição da República Federativa do Brasil, não haverá necessidade de prestação de caução<sup>15</sup>, sob pena de ensejar um obstáculo para o acesso à justiça. Cabe destacar, que o acesso à justiça é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, conforme elencado por Cunha Júnior (2012, p. 735-736):

O direito de acesso à justiça traduz-se numa das maiores conquistas do Estado Democrático de Direito. Manifesta-se pela inafastável prerrogativa de provocar a autuação do Poder Judiciário para a defesa de um direito. Em conformidade com a Constituição, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art.5º, XXXV). Proclamou, com isso, a garantia da inafastabilidade da jurisdição, com o que proibiu qualquer ingresso em juízo à prévia exaustão das vias administrativas, como era permitido pela Carta passada [...].

Destarte, decorre a caução ou garantia, da possibilidade da parte, pois, tendo em vista que, a ausência de condições econômicas não pode impossibilitar o livre acesso a uma ordem jurídica justa e efetiva.

Ademais, conforme o entendimento e a interpretação do Processo Civil brasileiro conforme ao texto constitucional, não se pode exigir que uma parte fragilizada economicamente, comprometa sua renda familiar, para que se possa prestar caução ao Estado.

### 4.3 DA IRREVERSIBILIDADE DA MEDIDA

Irreversível é tudo aquilo que não se pode reverter, ou seja, é uma medida que não tem volta. Portanto, a tutela provisória de urgência, quando concedida na modalidade antecipada, deve sempre observar o requisito da reversibilidade, visto que, se não puder esta ser revertida, não deverá ser concedida pelo juiz.

Com efeito, vale frisar que, em determinadas situações a irreversibilidade deve ser ponderada, pois, no que tange os princípios constitucionais da propor-

---

15 A parte será liberada da prestação de caução se comprovar ser economicamente hipossuficiente. A regra é de difícil compreensão. Sendo requisito da exigência de prestação da caução a falta de idoneidade financeira, como afastá-la para economicamente hipossuficientes? Ao que parece, o dispositivo se valeu de expressões diferentes para indicar o autor que não tem condições de arcar com eventuais perdas e danos do réu, e ao mesmo tempo prevê que essa condição é causa para a exigência e dispensa da caução. O paradoxo criado pela norma é garantia de polêmica (NEVES, 2017, p. 946).

cionalidade ou da razoabilidade<sup>16</sup>, em determinados casos, mesmo uma medida irreversível poderá ser afastada. Assim aponta o entendimento do jurista Gonçalves (2017, p. 497):

A irreversibilidade deve ser levada em conta tanto para negar quanto para conceder a tutela. Se a concessão gerar situação irreversível, e a denegação não, o juiz deve denegá-la; se a denegação gerar situação irreversível, e a concessão não, o juiz deve concedê-la; mas se ambas gerarem situação irreversível, a solução será aplicar o princípio da proporcionalidade.

Podem-se citar, a título de exemplos práticos, os casos em que o demandante necessita de um transplante de órgãos ou algum tipo de cirurgia urgente, em que depende disso para permanecer com vida. Convém notar que, em casos como este, mesmo que sejam medidas irreversíveis, ignora-se a irreversibilidade em função de um bem maior, a vida.

#### **4.4 DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA ANTECIPADA ANTECEDENTE**

A estabilização da tutela provisória é uma inovação trazida pelo novo processo civil brasileiro (CPC de 2015), visto que no diploma legal anterior (CPC de 1973) não havia qualquer previsão legal neste sentido.

Oportuno se torna dizer que se trata da decisão do magistrado, o qual concede a tutela provisória antecipada na forma antecedente. Ao conceder a tutela, esta se estabiliza com o silêncio do réu, que concebe a extinção do processo (artigo 304, §1º) e não transita em julgado, desse modo, podendo ser rediscutida posteriormente.

---

16 O princípio da razoabilidade-proporcionalidade, termos aqui empregados de modo fungível, não está expresso na Constituição, mas tem seu fundamento nas ideias de devido processo legal substantivo e na de justiça. Trata-se de um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema. Em resumo sumário, o princípio da razoabilidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado (adequação); b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (necessidade/vedação do excesso); c) os custos superem os benefícios, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (proporcionalidade em sentido estrito). O princípio pode operar, também, no sentido de permitir que o juiz gradue o peso da norma, em determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, fazendo assim a justiça do caso concreto (BARROSO, 2015, p. 185).

Cabe destacar, que o recurso cabível para atacar esta decisão que concede a tutela provisória é o agravo de instrumento quando for proferida em primeira instância e, agravo interno na hipótese de concessão em instâncias superiores. Conforme dispõe as palavras de Marinoni (2017, p. 399-400):

No Código, o meio que dispõe o réu para evitar a estabilização da antecipação da tutela é a interposição do recurso de agravo de instrumento (art. 304, caput, CPC). Não interposto o agravo, estabiliza-se a decisão e o processo deve ser extinto com resolução de mérito (art. 304, § 1º, CPC), projetando a decisão provisória seus efeitos para fora do processo (art. 304, § 3º, CPC). Se o réu não interpuser o agravo de instrumento, mas desde logo oferecer contestação no mesmo prazo - ou ainda manifestar-se dentro desse mesmo prazo pela realização da audiência de conciliação ou de mediação, tem-se que entender que a manifestação do réu no primeiro grau de jurisdição serve tanto quanto a interposição do recurso para evitar a estabilização dos efeitos da tutela. Essa solução tem a vantagem de economizar o recurso de agravo e de emprestar a devida relevância à manifestação de vontade constante da contestação ou do intento comparecimento à audiência. Em ambas as manifestações, a vontade do réu é inequívoca no sentido de exaurir o debate com o prosseguimento do processo.

Desta forma, não havendo interposição de recurso, ou até manifestação do réu em sentido contrário, a tutela provisória se estabiliza, aplicando-se o disposto no artigo 304 do Código de Processo Civil.

Convém ressaltar que, manifestando-se em sentido contrário o réu, o processo terá seguimento do seu curso, para que o magistrado possa aprofundar os institutos do contraditório e da ampla defesa, em um processo cognitivo que o convença a formar a sua decisão final.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Todos os debates e informações apresentadas neste estudo fundam-se na plausível alteração dos procedimentos adotados a partir do novo processo civil brasileiro, sem a necessidade que se tenha garantido um debate complexo em torno da questão ora discutida, pugnano por estabelecer um viés de discussão entre os operadores do direito, para se buscar a melhor interpretação dos institutos balizados pelo novel CPC.

Ademais, entende-se que, nesse ponto, a propositura elencada pelo NCPC, ao prever um novo instituto de tutelas provisórias, é garantir ampla abrangência e efetivação da justiça, diferente da proposta anterior, permitindo ampla participação das

partes e dos demais interessados no que concerne o acesso ao judiciário e a uma ordem jurídica considerada justa.

Por outro lado, no que diz respeito aos procedimentos da tutela provisória, nada impede que, fundamentadamente, se perpetue a superação de entendimentos consubstanciados para que nova tese passe a vigorar de forma efetiva e coerente, ademais, o direito é uma ciência dinâmica, muito embora se baseie em técnicas dogmáticas.

Conclui-se, da presente pesquisa, que os conceitos essenciais de tutelas aqui discutidos, foram completamente incorporados pelo NCPC e conseqüentemente a todo ordenamento jurídico, haja vista a aplicabilidade subsidiária do processo civil nos demais ramos jurídicos, a exemplo da esfera penal, trabalhista e administrativa.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luis Carlos; MELLO, Cleyson de Moraes Júnior. **Novo processo civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em: <[www.senado.gov.br/atividade/materia/getTexto.asp?t=185576](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getTexto.asp?t=185576)>. Acesso em: 20 mar. 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo código de processo civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2017.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Teoria geral do processo: comentários ao CPC 2015: parte geral**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. Salvador: JusPodivm, 2017.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 16.ed. ver. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. **Teoria geral do processo civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TEIXEIRA, Antônio Luiz Meirelles. **Código de Processo Civil**. São Paulo: Rideel, 1995.

TESHEINER, José Maria Rosa. **Teoria geral do processo: em conformidade com o novo CPC**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

---

**Data do recebimento:** 13 de junho de 2018

**Data da avaliação:** 13 de junho de 2018

**Data de aceite:** 30 de junho de 2018

---

---

1 Pós-Graduado em Administração Pública Municipal da Universidade Federal de Sergipe – UFS; Graduado em Direito pela Universidade Tiradentes – UNIT (2017); Graduado em Gestão Pública pela Universidade Tiradentes. Especialista em Gestão de Pessoas pela Faculdade Estácio de Sá – FASE; Aluno Especial do Mestrado em Educação; Pesquisador PROVIC/UNIT; Advogado e Coordenador do Curso de Administração na Diretoria de Ensino à Distância do Instituto Federal de Sergipe – IFBA. E-mail: admpublico@hotmail.com

2 Mestre em Educação pela Universidade Tiradentes – UNIT/SE (2012); Especialista em Direito Processual Civil – Faculdade Unhyana/ BA (2007); Graduado em Direito pela Universidade Tiradentes – UNIT (2002); Professor do Curso de Direito da Universidade Tiradentes – UNIT/SE. Professor da Pós-graduação em Direito Processual, da Universidade Tiradentes, nas disciplinas Direito Processual Civil (Conhecimento, Procedimentos Especiais, Cautelares e Recursos); Professor da Pós-graduação da Faculdade de Sergipe (FASE-ESTÁCIO), na área de Processo Civil; Secretário Geral da Comissão de Educação Jurídica da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Sergipe (SE); Assessor da Coordenação de Trabalhos de Conclusão de Curso (TCC) do Curso de Direito da Universidade Tiradentes – UNIT; Coordenador de Projetos de Iniciação Científica (PROVIC-UNIT) da Universidade Tiradentes UNIT/SE (2017); Pesquisador-Líder do Grupo de Pesquisa CNPq Gênero, Direitos Humanos e Diversidade Sexual. E-mail: mariltonmota@hotmail.com

3 Graduanda do curso de Direito da Universidade Tiradentes – UNIT. E-mail: hannah-linhares@outlook.com

