

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Bruna Nunes Pompeu

TUTELA PROVISÓRIA: DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973
(CÓDIGO BUZAID) AO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Porto Alegre

2022

Bruna Nunes Pompeu

**TUTELA PROVISÓRIA: DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973
(CÓDIGO BUZAID) AO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015**

Monografia de graduação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Mitidiero.

Porto Alegre

2022

Ao amor da minha vida, meu
alicerce, meu tudo, meu filho
amado: João Lucas.

AGRADECIMENTOS

Os agradecimentos são destinados a todos aqueles que, de forma direta ou indireta, exercem protagonismo em minha formação.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo examinar do processo cautelar à técnica antecipatória e sua evolução histórica, a fim de atender às demandas que surgiram ao longo dos anos.

Palavras-chave: Processo cautelar. Tutela antecipada. Técnica antecipatória.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	A TUTELA PROVISÓRIA COMO TUTELA CAUTELAR	8
2.1	Considerações introdutórias	8
2.2	A raiz no pensamento de Piero Calamandrei e Francesco Carnelutti	11
2.2.1	A doutrina de Calamandrei	12
2.2.2	A doutrina de Carnelutti	13
2.2.3	A classificação das medidas cautelares na perspectiva de Calamandrei e Carnelutti	17
2.3	A recepção de Calamandrei e Carnelutti na doutrina brasileira: Galeno Lacerda, Humberto Theodoro Júnior e José Roberto dos Santos Bedaque	18
2.3.1	Da autonomia da tutela cautelar	23
2.3.2	Da instrumentalidade da tutela cautelar	23
3	A TUTELA PROVISÓRIA NO CÓDIGO REFORMADO	25
3.1	O art. 273 do Código Buzaid	26
3.2	A crítica de Ovídio Baptista à doutrina dominante e seu reflexo na legislação brasileira	27
3.2.1	A expansão da tutela cautelar no direito brasileiro	27
3.2.2	A tutela provisória como tutela de urgência	32
3.3	A crítica de Luiz Guilherme Marinoni à doutrina dominante e seu reflexo na legislação brasileira	33
3.3.1	Considerações prévias	33
3.3.2	A influência carneluttiana: é a sentença que compõe a lide	36
3.3.3	A tutela antecipada para além da urgência (a hipótese da tutela da evidência de Luiz Fux)	38
4	A TUTELA PROVISÓRIA NO CÓDIGO DE 2015	40
4.1	Do regulamento 737, de 1850, ao Código de 2015	40

4.2	O estado de coisas na doutrina	41
4.3	Uma possível sistematização	43
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	47

1 INTRODUÇÃO

A técnica da antecipação da tutela permanece sendo objeto de amplos debates, quer no âmbito doutrinário, quer no âmbito judicial. De um lado, porque constitui elemento indispensável à promoção da segurança jurídica; de outro, porque é objeto de críticas, sobretudo daqueles que defendem a possibilidade de relativizá-la, com fundamento no princípio da isonomia e da supremacia da Constituição.

Feitas essas considerações contextuais e preliminares, que se pretendem justificadoras da escolha do tema considerando a relevância e a atualidade que o permeia, parte-se à apresentação metodológica do estudo.

O objeto do estudo, em suma, é a antecipação da tutela. Pretende-se, através de pesquisa doutrinária e jurisprudencial, responder às questões relacionadas à época do surgimento do processo cautelar, assim como a sua evolução ao longo dos anos no direito processual civil brasileiro. Ao mesmo tempo, cumpre representar a limitação do objeto do presente trabalho, que irá dispor apenas da sua transformação, dispensando os detalhes técnicos processuais da sua aplicação. A estrutura textual seguirá o padrão usual em trabalhos de conclusão.

Para fins de desenvolvimento, o trabalho se dividirá em três momentos. No primeiro capítulo, será abordada a questão da raiz do pensamento de Francesco Carnelutti e Piero Calamandrei, principais doutrinadores italianos sobre o assunto tratado. No segundo capítulo, examina-se a recepção do processo cautelar na doutrina brasileira, assim como a reforma do Código de Processo Civil de 1973. No terceiro, iremos analisar o Código de Processo Civil de 2015 e uma possível sistematização da técnica antecipatória. Na conclusão, com amparo nos diversos argumentos e conceitos complementares abordados nos capítulos que antecedem a última parte do trabalho, **FALTA CONCLUIR ESSA FRASE!**

Finalmente, destaca-se que não se tem a pretensão de esgotar aqui a análise do tema, considerando a inegável complexidade que possui. Busca-se, antes disso, analisar aqueles que parecem constituir os principais institutos relativos ao assunto e o âmbito de aplicação respectivo. Trabalho que, longe de pretender resolver a divergência da doutrina, propõe-se apenas a provocar a atenção dos profissionais do direito para a relevância do tema.

Boa leitura.

2 A TUTELA PROVISÓRIA COMO TUTELA CAUTELAR

2.1 Considerações introdutórias

O caráter instrumental do processo constitui premissa inafastável de qualquer estudo envolvendo temas relacionados a esse ramo do direito. É essa a lição de José Roberto dos Santos Bedaque¹:

O direito material ou substancial é formado por um conjunto de regras abstratas de conduta, destinadas à solução de conflitos de interesses entre as pessoas, determinando qual deve prevalecer e conferindo situação de vantagem ao seu titular. O legislador prevê abstratamente as inúmeras relações que os sujeitos de direito travam uns com os outros e estabelece as soluções que, em seu entender, são adequadas, assegurando a satisfação do interesse de um deles. Esse resultado corresponde ao que o sistema considera correto [...].

Nas palavras do autor, o direito processual é formado por um conjunto de regras destinadas a estabelecer meios de aplicação coercitiva das soluções previstas no plano substancial e não adotadas naturalmente pelas partes envolvidas.² Destinam-se, pois, as regras de direito processual à regulamentação de todos os aspectos relacionados ao combate das crises surgidas com o descumprimento das normas de comportamento previstas.

O Estado, como garantidor da paz social, impôs-se a solução monopolizada dos conflitos intersubjetivos pela transgressão à ordem, limitando o âmbito da autotutela. Então, para exercer sua função jurisdicional, o Estado criou órgãos especializados. No entanto, esses órgãos não poderiam atuar discricionária e livremente, dada a própria natureza da atividade que lhes competia. Por conta disso, subordinaram-se a um método ou sistema de atuação que vem a ser o *processo*.³ Assim, como instrumento da atividade intelectual do juiz, o processo se apresenta como a “série de atos coordenados, regulados pelo direito processual, através dos quais se leva a cabo o exercício da jurisdição.”⁴

Através da função legislativa, o Estado estabeleceu a ordem jurídica, fixando – de forma preventiva e hipotética –, as normas que deveriam incidir sobre as situações ou relações

¹ BEDAQUE, José Roberto. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

² *Ibidem*, p. 11.

³ JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Processo cautelar**. 18. ed. São Paulo: Leud, 1999. p. 31.

⁴ CALAMANDREI, Piero. *Estudios sobre el Proceso Civil*. Buenos Aires, 1945 apud JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Processo cautelar**. 11. ed. São Paulo: Leud, 1989. p. 26.

que possivelmente viriam a ocorrer entre os homens em seu convívio social. Desse modo, o ordenamento jurídico conferiu direitos e deveres aos cidadãos, prefixando a pretensão que cada um poderia ostentar diante de outros.⁵

Nesse sentido, o comando da ordem jurídica, que visa a paz social e o bem comum, geralmente era aceito pelos membros da coletividade. Contudo, a aceitação, bem como a obediência, em muitas ocasiões não ocorria de forma espontânea pelas partes. Dessa forma, considerando que as normas de direito são de observância imperativa, cabia ao Estado a adoção de medidas de coação para que não viesse seu ordenamento a transformar-se em letra morta e desacreditada.

Com efeito, como bem pontuou Humberto Theodoro Júnior, vieram a surgir outras problemáticas frente à necessidade de respaldo jurisdicional. Nessa época o Estado era fraco e limitava-se apenas a definir os direitos. Competia tão somente aos próprios titulares dos direitos reconhecidos pelos órgãos estatais defendê-los, assim como realizá-los com os meios de que dispunham. Eram os tempos da justiça privada ou da justiça pelas próprias mãos que, naturalmente, era imperfeita e incapaz de gerar a paz social desejada pela coletividade.⁶

Não por outra razão, conforme aponta Roberto de Aguiar em sua obra *A crise da advocacia no Brasil*, que houve uma época sombria do nosso ordenamento jurídico em que “a justiça não era para os pobres, nem os pobres eram para os advogados.”⁷ À época, havia um notório e escancarado *apartheid* social, impedindo que o acesso ao direito fosse de forma igual àqueles em condição de vulnerabilidade social.

Por essa e outras razões, as pessoas em condição de hipossuficiência financeira, o lado mais fraco da angularização processual, deixaram de procurar a tutela jurisdicional a fim de resolver seus conflitos, visto que a justiça era inefetiva e não cumpria o que prometia se a pessoa não tivesse meios de patrocinar o direito que lhe foi atribuído, principalmente em razão da sua devastadora lentidão, exercitando, assim, a alternativa caótica da lei do mais forte, cujos resultados eram perfeitamente previsíveis.

A tutela jurisdicional do Estado não tomava em consideração as diferentes necessidades ou sequer se importava em trabalhar em prol da proteção das posições sociais mais frágeis. Por diversos anos ignorou as diferentes necessidades das pessoas, limitando-se a conservar o funcionamento do mercado.⁸

⁵ JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Processo cautelar**. 11. ed. São Paulo: Leud, 1989. p. 20.

⁶ *Ibidem*, p. 20.

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 12. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 21.

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: tutelas dos direitos mediante procedimentos diferenciados**. v. 3. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2017. p. 30.

Ainda, a morosidade processual era e ainda é um dos principais problemas da justiça, visto que viola o princípio da igualdade. Isso porque a classe dominante sempre conseguiu patrocinar procedimentos ditos diferenciados para a tutela dos seus interesses, enquanto os mais fracos e pobres ficam reféns da tramitação processual, abrindo mão de suas pretensões porque, em que pese fossem realizadas, o lapso temporal transcorrido seria de forte impacto na efetivação do pleito aventado.

Assim, para que a tutela jurisdicional fosse eficaz quanto ao resultado que dela se esperava, era imprescindível que o titular da situação substancial carente de proteção pudesse utilizar instrumento estruturado para assegurar não apenas a tutela formal de seu direito, mas também proteção capaz de lhe proporcionar de modo prático a mesma situação que o cumprimento espontâneo da norma lhe conferiria.⁹ Isso significava que a efetividade do processo dependia fundamentalmente da existência de meios adequados para resolver os problemas surgidos no plano material.

Ao estabelecer as regras de direito material, o legislador formulou normas de conduta, cuja observância era imprescindível à paz social. Contudo, toda vez que alguém não agia em conformidade com o comando imperativo estatal, violava de fato a regra geral de comportamento e acabava por criar situações ditas patológicas, impedindo que o direito fosse exercido de maneira espontânea.

Nesse mesmo passo, o legislador não podia traçar procedimentos diferenciados em atenção às dificuldades de acesso à justiça dos economicamente menos favorecidos, nem procedimentos especiais para a tutela de situações específicas. Se a jurisdição deve tratar a tudo e a todos da mesma forma, é inevitável a instituição de um procedimento único e uniforme para todas as classes sociais e todos os direitos.¹⁰

Então, em dado momento da nossa história, o processualista compreendeu que a justiça era elitista e, por consequência, se mantinha fora do alcance dos mais vulneráveis, ou seja, da grande maioria da população. Com isso, entendeu-se que não só a ação poderia causar prejuízo, mas também a omissão.

Se os órgãos jurisdicionais não contassem com um meio pronto e eficaz para assegurar a permanência ou conservação do estado das pessoas, coisas e provas, enquanto não atingido o estágio último da prestação jurisdicional, esta correria o risco de cair no vazio, ou de transformar-se em providência inócua.¹¹

⁹ BEDAQUE, José Roberto. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 13.

¹⁰ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *op. cit.*, p. 31.

¹¹ JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Processo cautelar**. 18. ed. São Paulo: Leud, 1999. p. 43.

Não menos importante, a transformação do Estado e a evolução da sociedade fizeram surgir novas situações tuteláveis e, assim, o aparecimento de outras razões para demandar. Além disso, como já referido, percebeu-se que a fruição dos direitos pode ter um componente econômico de que alguns direitos dependem para ser efetivamente exercidos.¹²

Diante da problemática apresentada, qual a técnica utilizada pelos operadores do direito na tentativa de afastar a disparidade perante o acesso à justiça?

É o que se passa a examinar.

2.2 A raiz no pensamento de Piero Calamandrei e Francesco Carnelutti

A fim de resolver a problemática da questão apresentada, surgiu o processo cautelar, tema objeto desta pesquisa, como uma nova fase da jurisdição e como um *tertium genus*, contendo, nas palavras de Alfredo Buzaid em *Exposição de Motivos* nº 11 de 1972, “a um tempo as funções do processo de conhecimento e de execução”, tendo a “prevenção” como seu “elemento específico”.¹³

De modo mais categórico, voltando um tanto na história do direito processual, o Direito Romano conheceu algumas medidas preventivas, entretanto não tinha uma visão autônoma do processo cautelar como forma especial de jurisdição. Foi na doutrina alemã que apareceram as primeiras tentativas de fixar uma concepção processual dessa classe de medidas e de estruturar sua sistematização.¹⁴

Todavia, foram os grandes processualistas italianos do século XX que realizaram elaborações mais científicas que, embora divergindo entre si acerca do fundamento básico, coincidiam quanto à autonomia do já referido processo cautelar, assim como sua unidade conceitual. Entre os referidos processualistas, três realmente construíram a dogmática do processo cautelar, fornecendo uma visão harmônica da prevenção como um dos aspectos da função jurisdicional, servindo à universalidade do direito e contribuindo sensivelmente para o aperfeiçoamento das legislações e códigos. São eles Chiovenda, Calamandrei e Carnelutti. Analisaremos de forma mais detalhada a doutrina dos dois últimos. Ao observar o

¹² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: tutelas dos direitos mediante procedimentos diferenciados**. v. 3. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2017. p. 39.

¹³ BUZOID, Alfredo. *Exposição de Motivos* nº 11, 1972 apud JÚNIOR, *op. cit.*, p. 43.

¹⁴ LANCELOTTI, Franco. *Osservazioni critiche intorno all'autonomia processuale de la tutela cautelare*. Rivista di Diritto Processuale Civile, vol. XVI, [1928] apud JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Processo cautelar**. 11. ed. São Paulo: Leud, 1989. p. 50.

pensamento de ambos os doutrinadores, primeiramente de forma separada, será possível compreender de maneira clara a grandiosidade e profundidade do assunto aqui abordado.

2.2.1 A doutrina de Calamandrei

Um dos grandes doutrinadores italianos, Piero Calamandrei, deu um grande passo na sistematização dos provimentos cautelares, proclamando sua instrumentalidade. Para ele, as providências cautelares nunca constituíram um fim por si só, visto que estão preordenadas à emanção de uma ulterior providência definitiva, cujo resultado prático assegura preventivamente. Nasce, portanto, para servir a uma providência definitiva, com o encargo de “preparar o terreno” e aprontar os meios mais eficazes para o seu êxito.

Ainda nos dias atuais, uma das doutrinas de grande referência nesse assunto é o clássico *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari* de Piero Calamandrei, publicado no ano de 1936. Calamandrei defendia a ideia de que “toda tutela cautelar teria natureza antecipatória”, enxergando no procedimento a tônica da autonomia.

De tal sorte, sobre as medidas cautelares, segundo Calamandrei, mais que a “finalidade de atuar o direito, existe a finalidade imediata de assegurar a eficácia prática da providência definitiva”. A tutela cautelar é, em relação ao direito substancial, “uma tutela mediata”, ou seja, mais que fazer justiça, contribui para garantir o eficaz pronunciamento da justiça.¹⁵

Se todas as providências jurisdicionais são um instrumento do direito substancial, que se atua através delas, nas providências cautelares se encontra uma instrumentalidade qualificada, ou seja, elevada, por assim dizer, ao quadrado; são, com efeito, de maneira inevitável, um meio predisposto para o melhor êxito da providência definitiva, que, a sua vez, é um meio para a atuação do direito, isto é, são em realidade a finalidade última da função jurisdicional, instrumento do instrumento.¹⁶

Calamandrei não coloca a tutela cautelar como *tertium genus*, no mesmo plano do processo de cognição e do de execução. Embora possuam as medidas cautelares inconfundível fisionomia processual, que lhes garante uma categoria própria na sistemática processual, o critério que as distingue não é o mesmo que serve para distinguir as providências de conhecimento das de execução. No entendimento do autor, a definição das providências

¹⁵ JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Processo cautelar**. 18. ed. São Paulo: Leud, 1999, p. 51.

¹⁶ CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, 1936 apud JÚNIOR, *op. cit.*, p. 51.

cautelares deveria buscar um critério teleológico: não em seus efeitos, mas no fim a que seus efeitos estão preordenados.¹⁷

2.2.2 A doutrina de Carnelutti

A Francesco Carnelutti devemos a tomada de posição mais autorizada sobre a matéria, seguida pela grande maioria dos processualistas.¹⁸ Em seu tratado *Diritto e Processo*, ele explica os motivos técnicos pelos quais a autonomia deve se referir ao processo e não ao procedimento propriamente dito. Efetivamente, procedimento significa um conjunto de atos preordenados ao exercício de determinada função jurisdicional.¹⁹

Com efeito, o processo cautelar tratava-se de mero processo contencioso. Contudo, em vez de se preocupar com a tutela do direito (composição da lide), o processo cautelar exercia função *auxiliar e subsidiária*, servindo à tutela do processo, onde seria protegido o direito.²⁰

O início do estudo da antecipação da tutela, compreendida como a técnica direcionada a antecipar de forma provisória, mediante cognição sumária, a tutela jurisdicional do direito à parte visando a distribuição isonômica do ônus do tempo no processo, deve partir da teoria da tutela cautelar.²¹ Esse estudo é extremamente importante para entendermos o surgimento da atual técnica antecipatória em nosso ordenamento.

Primeiramente, precisamos entender que as duas são inconfundíveis. Enquanto a antecipação é o meio que visa a obtenção do fim tutela jurisdicional do direito, uma mera técnica processual, a tutela cautelar é um dos fins possíveis resultantes do emprego do meio, sendo uma espécie de tutela jurisdicional do direito. Conforme entendimento de um de nossos grandes doutrinadores, Ovídio Baptista, a tutela cautelar faz parte do gênero tutela preventiva, cujo objetivo é dar proteção jurisdicional ao direito subjetivo que não se identifica com os denominados direitos subjetivos.²²

Falava-se, com base na lição de Carnelutti, que o processo principal visava a composição *definitiva*, e o cautelar a composição *provisória* da lide.²³ Muito embora, sob

¹⁷ JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Processo cautelar**. 11. ed. São Paulo: Leud, 1989. p. 52.

¹⁸ *Ibidem*, p. 4.

¹⁹ *Ibidem*, p. 4.

²⁰ CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*, 1958 apud JÚNIOR, *op. cit.*, p. 43.

²¹ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2019. p. 29.

²² SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência)**. v. 3. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2000. p. 17.

²³ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di Diritto Processuale Civile*, 1958, p. 206 apud JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Processo cautelar**. 18. ed. São Paulo: Leud, 1999. p. 46.

vários aspectos e em vários casos típicos de cautela, realmente ocorra uma “composição provisória e parcial da lide”, esse conceito era impróprio para justificar outros procedimentos tipicamente cautelares, e não explicava o porquê ou o fim que justificava a existência dessa espécie de tutela provisória.²⁴ Por isso mesmo, o próprio Carnelutti reviu sua opinião primitiva e a abandonou, passando a colocar o objetivo do processo cautelar não mais na *composição provisória* da lide, mas na *tutela do processo*.²⁵

A atividade de prestar tutela jurisdicional e com isso eliminar conflitos, além de promover, na expressão de Carnelutti, a “justa composição da lide”, constitui também um poder-dever do Estado.²⁶ Desse modo, a tutela cautelar poderá ser prestada antes ou durante a tramitação processual, mas nunca depois dela, conforme disposto no art. 796 do nosso antigo Código de Processo Civil, ou Código Buzaid, em homenagem àquele que o escreveu.

Alfredo Buzaid, na ocasião da elaboração do Código de Processo Civil de 1973, acolheu os ensinamentos da doutrina italiana, especificamente a lição de Carnelutti, colocando a tutela no mesmo nível dos processos de conhecimento e de execução.

De forma clara, a tutela cautelar tem por fim proteger não apenas direitos subjetivos, mas também, de forma até preponderante, proteger as pretensões de direito material, quando as partes alegarem que seus interesses se encontram sob a ameaça de dano irreparável.²⁷ Isso faz com que o melhor modo de justificar a tutela cautelar seja, sem sombra de dúvidas, a urgência.

Com isso, pode-se concluir que a tutela cautelar baseia-se na imperiosa necessidade de estabilidade da situação de fato e tem como pressuposto uma situação de perigo (*periculum in mora*) que ameaça a eficiência do processo principal em razão de prováveis mutações a ocorrer na duração temporal do mesmo processo.²⁸

A opinião de Carnelutti, sem dúvida a mais avançada sobre o tema da tutela cautelar, sofreu sensível mutação ao longo de sua obra. Inicialmente, entendeu-se que a ação cautelar produzia a “sistematização de fato durante a lide”.²⁹ Depois passou a ser concebida como uma “composição provisória da lide”.³⁰ Mais tarde, esse entendimento foi substituído pelo de que o

²⁴ *Ibidem*, p. 46.

²⁵ *Ibidem*, p. 46.

²⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 6.

²⁷ SILVA, *op. cit.*, p. 17.

²⁸ JÚNIOR, *op. cit.*, p. 47.

²⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Lezione di Diritto Processuale Civile*, v. II, [19-?] apud JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Processo Cautelar**. 18. ed. São Paulo: Leud, 1999. p. 52.

³⁰ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di Diritto Processuale Civile*, v. I, 1958 apud JÚNIOR, *loc. cit.*

processo cautelar serve à tutela do processo, como instrumento não só para garantir os meios do processo definitivo como também para garantir a utilidade prática do processo definitivo.³¹

Por fim, aperfeiçoou-se a concepção do processo cautelar, concluindo-se que sua finalidade é assegurar o “equilíbrio inicial entre as partes, isto é, a tutela cautelar destina-se a evitar, no limite do possível, qualquer alteração no equilíbrio inicial das partes que possa derivar da duração do processo”.³²

De tal maneira, Carnelutti conseguiu libertar a tutela cautelar da imprópria conceituação de que seria ela antecipação provisória da tutela definitiva, mesmo porque tal afirmação é insuficiente para explicar a razão de ser ou a finalidade última da cautela: por que merece ser antecipada a tutela de mérito se ainda não se sabe se a parte realmente faz jus à proteção substancial?

Essa explicação foi encontrada por Carnelutti ao colocar o processo cautelar como instrumento de realização da tutela jurisdicional, como meio hábil para garantir o exercício eficiente do monopólio da justiça.³³

Em resumo, na função cautelar a prestação jurisdicional se caracteriza pela outorga de segurança a fim de garantir o resultado útil das demais funções.³⁴ Assim, quando se fala em tutela jurisdicional, fala-se exatamente da assistência, amparo, defesa e vigilância que o Estado presta aos indivíduos por meio de seus órgãos jurisdicionais.

Isso porque, no decorrer da demanda, ou então no tempo que se espera antes de iniciar o processo propriamente dito, os meios necessários a ele podem ficar expostos a perigos, desaparecer e, por consequência, ser subtraídos ao alcance da justiça. De modo mais claro, em muitos casos, o direito cujo reconhecimento se postula pode estar ameaçado e com risco de dano irreparável.

Justamente por esse motivo que é permitido que a parte interessada peça aos órgãos jurisdicionais que preservem as provas e os bens, colocando-os em segurança, ou então que tornem a rechaçar a ameaça a que o direito está sendo exposto, assegurando, dessa forma, o resultado útil do pleito.

Assim, para Carnelutti, a tutela cautelar existe não para assegurar antecipadamente um suposto e problemático direito da parte, mas para tornar realmente útil e eficaz o processo como remédio adequado à justa composição da lide.³⁵

³¹ CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*, [19-?] apud JÚNIOR, *loc. cit.*

³² CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*, 1958 apud JÚNIOR, *loc. cit.*

³³ JÚNIOR, *loc. cit.*

³⁴ LACERDA, Galeno. **Comentários ao código de processo civil; Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. 10. ed. v. VIII, tomo I, arts. 796 a 812. Rio de Janeiro: [s.n.], 2007. p. 3.

³⁵ JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Processo cautelar**. 18. ed. São Paulo: Leud, 1999. p. 53.

Era reconhecido pela melhor doutrina que o processo cautelar, embora autônomo, não justificava sua existência por si mesmo, mas pela relação necessária que guarda com outro processo principal, ao qual serviria como instrumento de segurança de eficaz atuação.³⁶ Não é por outra razão que Carnelutti reconheceu que, enquanto o processo principal serve à tutela do direito, o processo cautelar, ao contrário, serve à tutela do processo.³⁷

Acerca do fim do processo cautelar, é ilusória a impressão de que a medida cautelar serve para dar a um dos litigantes uma posição favorável no processo principal. Na verdade, tal medida não tem outro objetivo senão o de evitar que a duração do processo redunde em uma alteração do equilíbrio inicial de forças entre as partes.³⁸

As consequências materiais e jurídicas da inevitável demora no processo não devem ser suportadas por quem não tinha razão para litigar, mas por aquele que infundadamente sustentou pretensão contrária. Como não se pode de antemão definir o direito dos litigantes, é justamente a fim de evitar os efeitos do tempo sobre a situação das partes que compõem o processo principal é que existia o processo cautelar, o qual, como já mencionado, não pode ter um fim em si mesmo, visto que sua função é servir ao processo principal, sendo sua existência provisória.³⁹

Assim, como também já referido no presente trabalho, mesmo quando o processo cautelar produz efeitos imediatos, encontra-se nele “o fim de evitar, no limite do possível, aquela alteração no equilíbrio inicial das partes que possa resultar da duração do processo”.⁴⁰

Importa salientar que a característica mais importante do processo cautelar era a sua instrumentalidade, ou seja, significava que a medida cautelar não tinha um fim em si mesma, mas sim em relação a uma providência definitiva que havia de sobrevir e cujos efeitos antecipa, para que assim possa se evitar o dano que derivaria da demora na prolação da futura sentença de mérito.⁴¹ Conforme já dito de modo exaustivo, o processo principal servia à tutela do direito, enquanto o cautelar à tutela do processo. Contentava-se em proteger o simples interesse da parte, preparando o terreno, bem como os meios necessários para que o provimento jurisdicional definitivo fosse útil e eficaz.

³⁶ CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, 1936 apud JÚNIOR, *op. cit.*, p. 61.

³⁷ CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*, 1958 apud JÚNIOR, *loc. cit.*

³⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*, 1958 apud JÚNIOR, *op. cit.*, p. 62.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*, 1958 apud JÚNIOR, *op. cit.*, p. 63.

⁴¹ VERA, Javier Arturo Torres. *Jurisdicción y cautela*, n. 19, [19-?] apud JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Processo cautelar**. 18. ed. São Paulo: Leud, 1999. p. 67.

Na lição de Calamandrei, mais que fazer justiça, é garantir o seu eficaz funcionamento, de modo que essas medidas nascem a serviço de uma providência definitiva, cujo resultado prático é assegurado preventivamente.⁴²

Outrossim, era inegável a autonomia técnica do processo cautelar, visto que ele sempre dependia da existência ou da probabilidade de um processo principal. Essa autonomia decorria dos fins próprios perseguidos pelo processo cautelar, que são realizados independentemente da procedência do principal.⁴³

Restou incontestável, perante a doutrina de Carnelutti, que a jurisdição compreende três espécies distintas de atividades, quais sejam: cognição, execução e cautelar. De tal arte, o pressuposto da autonomia do processo cautelar encontra-se na diversidade de sua função, diante das demais atividades jurisdicionais.⁴⁴

2.2.3 *A classificação das medidas cautelares na perspectiva de Calamandrei e Carnelutti*

A respeito das classificações das medidas cautelares, para Calamandrei, elas deveriam ser classificadas em quatro espécies, sendo:

- a) *providências instrutórias antecipadas*, destinadas a assegurar a prova;
- b) *providências destinadas a assegurar o resultado prático de uma futura execução forçada*, cujo objetivo primordial seria o de evitar a dispersão dos bens sobre o que deveria incidir a execução;
- c) *providências que decidem provisoriamente uma situação controvertida*, com as quais se procurava evitar o advento de um dano irreparável em razão da demora na obtenção da providência definitiva;
- d) *providências cuja finalidade consiste na imposição de um caução*, que são dirigidas a assegurar os eventuais danos que a concessão de outra medida cautelar possa eventualmente acarretar para a parte contrária.⁴⁵

Carnelutti, por sua vez, engendrou a seguinte classificação:

⁴² CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, 1936 apud JÚNIOR, *loc. cit.*

⁴³ *Ibidem*, p. 68.

⁴⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*, n. 234, 1958 apud JÚNIOR, *loc. cit.*

⁴⁵ JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Processo cautelar**. 18. ed. São Paulo: Leud, 1999. p. 84.

- a) *processo cautelar inibitório*, quando a medida visa impedir a mutação de uma situação;
- b) *processo cautelar restitutivo*, quando a medida procura eliminar uma alteração da situação já ocorrida;
- c) *processo cautelar antecipatório*, quando a medida importa antecipação da mutação provável ou possível da situação das partes, como nos alimentos provisionais.⁴⁶

2.3 A recepção de Calamandrei e Carnelutti na doutrina brasileira: Galeno Lacerda, Humberto Theodoro Júnior e José Roberto dos Santos Bedaque

Necessário seja concebida a expressão tutela jurisdicional como garantia efetiva, constitucionalmente prevista, de proteção eficaz e tempestiva ao direito material aventado. O tempo constitui um dos grandes óbices à efetividade da tutela jurisdicional, pois, para o desenvolvimento da atividade cognitiva do julgador, é necessária a prática de diversos atos. Logo, o trâmite processual impede a concessão imediata do provimento requerido, o que pode gerar risco de inutilidade ou ineficácia, assim como o perecimento do direito reclamado.⁴⁷

Por conseguinte, torna-se inaceitável que alguém tenha que aguardar durante anos para obter a satisfação do seu direito na via judicial. Quem procura a proteção estatal, ante a lesão ou a ameaça a seus interesses juridicamente assegurados, precisa de uma resposta tempestiva capaz de lhe devolver a situação a que faz jus, de acordo com o entendimento de José Roberto dos Santos Bedaque.⁴⁸

Conforme bem explanado no capítulo anterior, reforço aqui que o processo principal e o processo cautelar existiam para atuar sobre uma mesma lide, mas diferiam quanto ao seu escopo, visto que o processo acautelatório servia para garantir o bom resultado do processo definitivo, ao passo que o definitivo servia imediatamente à composição da lide.⁴⁹ A função cautelar do processo é dirigida a assegurar e garantir o eficaz desenvolvimento e o profícuo resultado das outras duas funções, cognição e execução.

Ainda em conformidade com o referido por José Roberto dos Santos Bedaque, o mesmo poder de onde emana a norma impede a autotutela privada. Nessa medida, instituiu-se outra função estatal, destinada a atuar de forma coercitiva a fim de alcançar a paz social,

⁴⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*, n. 235, 1958 apud JÚNIOR, *loc. cit.*

⁴⁷ BEDAQUE, José Roberto. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 18.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ BUZAID, Alfredo. Agravo de Petição nº 74, [19-?], p. 140 apud JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Processo Cautelar**. 18. ed. São Paulo: Leud, 1999. p. 67.

substituindo a autotutela anteriormente mencionada, mediante o processo. A necessidade da tutela cautelar estava ligada a uma disfunção processual incapaz de solucionar imediatamente as problemáticas que vieram a surgir. Sob essa perspectiva, ela representou antídoto encontrado pelo Estado contra a demora na prestação da tutela jurisdicional.

Uma breve observação faz-se necessária. O Código de Processo Civil de 1973, em seus três primeiros livros, distribuiu a matéria segundo a classificação que a doutrina moderna à época, de inspiração italiana, costumava atribuir às suas funções jurisdicionais.⁵⁰ No entanto, lenta e sem recuos mostrou-se a evolução da doutrina italiana, no que tange à fixação da autonomia da função cautelar. Sem sombra de dúvidas, deve-se a Chiovenda o primeiro e grande passo nesse sentido, ao consagrar autônoma a ação cautelar.⁵¹ Depois, seguiu-se a obra clássica de Calamandrei, que viu no procedimento a tônica da autonomia.⁵² Todavia, devemos a Liebman e, principalmente, a Carnelutti a tomada de posição mais autorizada sobre a matéria. Por fim, em seu monumental *Tratado*, Carnelutti explica os motivos técnicos pelos quais a autonomia deveria se referir ao *processo* e não propriamente ao *procedimento*.⁵³

Bem andou, pois Alfredo Buzaid, na denominação que deu ao livro III do Código, colocou a tutela no mesmo nível dos processos de conhecimento e de execução. Acolheu os ensinamentos da doutrina italiana, coroada pela lição do grande mestre Carnelutti.⁵⁴

Ainda não era possível adotar um critério homogêneo para a classificação das medidas cautelares. A finalidade do processo cautelar consistia em obter segurança que tornasse útil e possível a prestação jurisdicional de conhecimento ou de execução. Nesse contexto, poderiam surgir as necessidades de garantir a segurança quanto à prova, a execução quanto aos bens e a de outorgar a antecipação provisória e necessária.

A segurança quanto à prova tinha por objeto antecipá-la quando houvesse risco de que percesse ou se tornasse impossível, caso a parte interessada em produzi-la tivesse de aguardar o momento no processo principal. Nesse caso, a cautela propicia ao juiz o necessário conhecimento das provas.⁵⁵ A segurança quanto aos bens visava, em regra, a possibilidade de executar. Compreendia as medidas coercitivas de garantia, por exemplo, o arresto. Nessa toada, as cautelas asseguradoras da execução, ou inibitórias, tendiam a manter o *status quo*

⁵⁰ LACERDA, Galeno. **Comentários ao código de processo civil: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. 10. ed. v. VIII, tomo I, arts. 796 a 812. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 1.

⁵¹ CHIOVENDA. *Instituições*. 1. ed. v. 1, [19-?] apud LACERDA, *op. cit.*, p. 3.

⁵² CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, 1936 apud LACERDA, *op. cit.*, p. 4.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 5.

⁵⁵ LACERDA, Galeno. **Comentários ao código de processo civil: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. 10. ed. v. VIII, tomo I, arts. 796 a 812. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 5.

entre as partes e “evitar que a duração do processo se traduzisse em alteração do equilíbrio inicial”, como acentuava Carnelutti.⁵⁶ A segurança mediante antecipação provisória da prestação jurisdicional atendia, em regra, à necessidade de proteção imediata de pessoas, em matéria de alimentos, por exemplo. A antecipação preventiva da tutela se justifica pela relevância dos valores humanos em jogo.⁵⁷

Com ela, no entendimento de Bedaque, é possível pleitear-se não a declaração de um direito, mas a tutela de segurança como um valor em si mesmo. O objetivo está limitado a assegurar a eficácia e a utilidade do resultado buscado pelas demais tutelas, sendo elas cognitivas ou satisfativas. A demora na sua obtenção poderá comprometer a efetividade que dela se espera no plano jurídico-material. Surge então a necessidade de providências de natureza assecuratória, voltadas a garantir os resultados a serem produzidos posteriormente.⁵⁸

Nas palavras de Galeno Lacerda, as medidas cautelares, por sua natureza puramente processual, mexem a fundo com a complexa teoria dos atos processuais. Segundo o autor, análise só terá êxito se conjugar as intuições geniais, uma de Carnelutti, quanto ao conceito de questão e à importância da lide como nota essencial da jurisdição, e outra de Calamandrei, a respeito da atividade administrativa do juiz dentro do processo jurisdicional.⁵⁹

A única maneira de diferenciar os atos jurisdicionais dos administrativos praticados pelo juiz consiste no apelo à ideia de Carnelutti, que fez da lide a pedra de toque dessa distinção. Da polêmica entre ele e Calamandrei (*Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1928) resultou a necessidade de alargar seu conceito de lide, muito restrito, por abranger apenas o conflito privado de interesses. Dito isso, feita a correção, de maneira que nela se compreendam os conflitos com o interesse público ou de ordem pública, torna a lide, nesse sentido mais amplo, elemento essencial para o verdadeiro conceito de jurisdição.⁶⁰

Galeno Lacerda traduziu que a lide, ao ingressar no processo como realidade dialética, adquire feição polimórfica, se irradia e extravasa em ambos os planos, o material e o processual, através das pretensões e razões das partes, a suscitar outras tantas questões controvertidas, de direito ou de fato, que exigem, todas e cada uma, qualquer que seja seu objeto e conteúdo, a decisão jurisdicional do juiz. Aqui também as lições de Carnelutti sobre os conceitos de pretensão, razão e questão se mostram fundamentais.⁶¹

⁵⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*, 1958 apud LACERDA, *op. cit.*, p. 13.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 13.

⁵⁸ BEDAQUE, José Roberto. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 119.

⁵⁹ LACERDA, *op. cit.*, p. 16.

⁶⁰ LACERDA, Galeno. **Comentários ao código de processo civil: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. 10. ed. v. VIII, tomo I, arts. 796 a 812. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 16.

⁶¹ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di Diritto Processuale Civile*, v. I, 1958 apud LACERDA, *op. cit.*, p. 17.

Bem afirma Galeno que a atividade administrativa exercida pelo juiz no processo jurisdicional resulta não tanto da analogia com a jurisdição voluntária quanto da circunstância de o magistrado dirigir o processo. Todo procedimento constitui-se de um sem-número de atos praticados por vários sujeitos. O juiz, portanto, dirige o processo como condutor responsável por essa coordenação e pela finalidade que a anima. Por conseguinte, assentado que o juiz ora administra e ora direciona o processo, estaremos aptos para definir e distinguir as medidas cautelares.⁶²

Essas considerações permitem concluir, previamente, que a necessidade de segurança, a qual provoca a antecipação da medida na luta contra o tempo (prevenção) ou a manutenção do *status quo* entre as partes (repressão cautelar), ou nasce desde logo em caráter litigioso a exigir decisão jurisdicional, ou dela prescinde em face da inexistência de questão, sendo que, no primeiro caso, ocorre simples lide derivada da principal, tendo por objeto apenas a questão da cautela.

Vale lembrar que, por sua natureza e seu fim específico, a eficácia da medida preventiva obtida por meio de ação cautelar é essencialmente temporária e provisória, ou seja, só dura enquanto se aguarda a solução do processo de cognição ou de execução, ambos processos principais, que solucionam de fato a lide.⁶³ Ainda, destina-se a ser substituída por outra medida que será determinada, em caráter definitivo, pelo processo principal.

Nesse quadro, para Bedaque, ainda que não se trate de duração patológica do processo de conhecimento, ainda assim se demanda tempo para a efetivação dos atos a ele inerentes, mas pasmem que o dano sofrido pelo inadimplemento do direito seria por óbvio agravado pelo processo, cujo objetivo é exatamente o contrário, ou seja, restabelecer a normalidade.

Essas considerações permitiram satisfazer antecipadamente, não para solucionar o litígio, mas para assegurar que essa solução pudesse ocorrer de forma eficaz. É por isso que uma das principais características dessa espécie de tutela jurisdicional está na sua inaptidão para representar a solução definitiva do litígio, satisfazendo faticamente o pleito veiculado.

Com tais observações, percebe-se claramente que, acerca do conceito de *lide parcial*⁶⁴ suscitado por Carnelutti, se o conflito material de interesses exige que se resguarde algum deles ou ambos, e se nesse resguardo se projeta a litigiosidade das partes, não há como negar a existência de uma lide derivada, parcial. Existindo a lide e ação cautelar, o respectivo

⁶² *Ibidem*, p. 20.

⁶³ JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Processo cautelar**. 11. ed. São Paulo: Leud, 1989. p. 44.

⁶⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, v. IV, 1926 apud LACERDA, Galeno. **Comentários ao código de processo civil: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. 10. ed. v. VIII, tomo I, arts. 796 a 812. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 20.

processo finda normalmente através de sentença terminativa, que dirá sobre a procedência ou não da pretensão de segurança. Havia, inclusive, a possibilidade de ocorrer a concessão de uma liminar preventiva.

Desse modo, a incidência da cautela consiste na mera antecipação de tais atos, que se formalizam em outro processo, distinto do principal. Nesse procedimento, logicamente não há mudança de natureza dos despachos já proferidos pelo magistrado no processo cautelar, por exemplo, a nomeação de respectivo perito.

É importante apontar e, com isso, refletir que a proteção judicial era predominantemente sancionatória, ou seja, atuava apenas através da violação do direito. Existem, contudo, os direitos cujo valor não poderá ser convertido em pecúnia. Os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana são exemplos recorrentes do assunto. Nesse caso, a dita tutela ressarcitória é ineficaz, oportunidade em que se faz necessária a utilização de outro tipo de tutela como meio adequado para o fim a que se pretende chegar. Estamos falando da tutela preventiva, a qual se destina a tão somente prevenir ou impedir que haja o dano, ou então que ele se torne mais grave, representando o perecimento definitivo do direito.

Por tudo que foi dito, podemos chegar tranquilamente à conclusão de que a tutela cautelar é providência requerida antes ou no curso do processo de cognição ordinária, destinada a neutralizar perigos que possam comprometer a efetividade do resultado final em razão do tempo necessário para alcançá-lo.⁶⁵

Essa é a lição de José Roberto dos Santos Bedaque, com base no pensamento de Piero Carnelutti⁶⁶:

No exercício da função cautelar o juiz atua como verdadeiro artesão. Para obter o melhor resultado possível de seu trabalho, coloca a matéria-prima e os instrumentos na posição mais favorável possível. Isso ele faz para impedir que o fator tempo possa comprometer a qualidade do produto de sua atividade. Para tanto, pode impedir a mudança provável de uma situação, eliminar a alteração já ocorrida ou antecipar modificação possível de uma situação.⁶⁷

Feitas tais considerações, passaremos a analisar a autonomia e a instrumentalidade do processo cautelar na doutrina brasileira.

⁶⁵ BEDAQUE, José Roberto. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 36.

⁶⁶ A imagem é de Carnelutti (*Diritto e Processo*). Pertence ao passado, ainda que recente da ciência processual, a ideia de que a tutela cautelar não tem natureza jurisdicional, mas administrativa.

⁶⁷ BEDAQUE, José Roberto. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 119.

2.3.1 *Da autonomia da tutela cautelar*

A autonomia do processo cautelar encontrava-se guardada no art. 810 do Código Buzaid, em que se assentou que o “indeferimento da medida não obsta a que a parte intente a ação, nem influi no julgamento desta”. Ou seja, o que se aprecia na ação cautelar é o interesse processual pela segurança e eficácia do processo principal, partindo da apreciação do perigo de que a demora do processo possa alterar o equilíbrio inicial das partes e tornar inócua e imperfeita a providência final da composição da lide.⁶⁸ Como categoria diversa daquelas exercidas pelo juiz, foi identificada por Chiovenda, que, em conjunto com Calamandrei, foi um dos que mais contribuíram para o desenvolvimento das ideias a respeito dessa modalidade de tutela jurisdicional.

Conclui-se que o que se decide na ação cautelar é apenas se houve ou não o risco para a efetividade ou utilidade do processo principal, e nunca se a parte teria ou não o direito subjetivo material que pretende litigar com a parte adversa. A solução da demanda fica inteiramente reservada para a função jurisdicional de cognição ou de execução, de modo que qualquer que seja a decisão do magistrado no processo cautelar não irá refletir de modo vantajoso ou prejudicial sobre a decisão de mérito. É nesse exato ponto que se localiza com maior nitidez a autonomia do processo cautelar.⁶⁹

2.3.2 *Da instrumentalidade da tutela cautelar*

A instrumentalidade do processo cautelar consistia em visar, imediatamente, a tutela do processo e não a composição da lide. Há uma correlação, de maneira que a medida cautelar não depende propriamente do processo principal, mas apenas pressupõe sua existência. Enquanto os processos de cognição e de execução, voltados imediatamente para a composição da lide, tutelam o interesse público na solução do litígio, o processo cautelar não objetiva imediatamente compor a lide, de modo que não poderá tutelar de forma imediata o interesse público na composição dela.⁷⁰

⁶⁸ JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Processo cautelar**. 11. ed. São Paulo: Leud, 1989. p. 94.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Processo cautelar**. 11. ed. São Paulo: Leud, 1989. p. 93.

Essa instrumentalidade faz com que a tutela cautelar seja teleologicamente provisória, pois sua finalidade de proteger o resultado do processo, obtida mediante outra tutela jurisdicional, faz com que tenha duração limitada, isto é, até a emissão da tutela final.⁷¹

Ao encontro do que ora se sustenta, convém aqui fazer referência à lição de José Roberto dos Santos Bedaque⁷², no sentido de que:

A necessidade da tutela cautelar surge com o *periculum in mora*, que deve ser não só afirmado na inicial, como também demonstrado, ainda que sumariamente, juntamente com o *fumus boni iuris*, constitui o exame do mérito da tutela cautelar. O perigo do dano, todavia, não é aquele que justifica a tutela preventiva, destinada a evitar lesão previsível, mas que o perigo causado pela demora na entrega da prestação jurisdicional definitiva.

Fixadas tais premissas, a seguir será analisado o tema das tutelas provisórias no código reformado.

⁷¹ BEDAQUE, José Roberto. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 137.

⁷² *Ibidem*.

3 A TUTELA PROVISÓRIA NO CÓDIGO REFORMADO

A doutrina clássica afirma que a tutela cautelar se destina a dar efetividade à jurisdição e ao processo.⁷³ Tal ideia, de certa forma, consequência do conceito que vê na jurisdição apenas a função de dar atuação à vontade da lei. Contudo, ao afirmar que o fim da jurisdição é atuar a vontade da lei⁷⁴ e não dar tutela ao direito material, a doutrina do final do século XIX e início do século XX pretendeu ficar definitivamente distante da teoria que confundiu o direito de ação com o direito material. Desse modo, a necessidade de estabelecer a autonomia do direito processual e a finalidade pública do processo conduziu ao abandono do pensamento de que a jurisdição daria tutela aos direitos.⁷⁵

Se a função da jurisdição era atuar a vontade da lei, a tutela que se mostrasse necessária para garantir a efetividade da função jurisdicional não poderia ser concebida como tutela do direito, ou como tutela a serviço da tutela do direito, mas apenas como tutela voltada a garantir a efetividade da atuação da vontade da lei. Com isso, Marinoni e Arenhart pretenderam demonstrar que a noção clássica da tutela cautelar é tributária do próprio conceito de jurisdição da sua época. Se o escopo da tutela dos direitos é esquecido quando se diz que a jurisdição deve apenas atuar a vontade da lei, é evidente que a doutrina não poderá concluir que a função cautelar almeja a tutela de um direito, devendo necessariamente admitir que a tutela cautelar tem como razão de ser apenas a função de atuar o ordenamento jurídico.⁷⁶

A escola processual italiana do início do século XX teve o grande mérito de reconstruir o processo a partir de bases publicistas; no entanto, iniciou a história que permitiu ao processo se afastar perigosamente dos seus compromissos com o direito material. A ação abstrata, preocupada em se despir de toda e qualquer mancha de direito material, não se ligou a qualquer forma processual que pudesse indicar uma relação do processo com as necessidades do direito material. A escola clássica italiana não só negou à ação qualquer vínculo com um procedimento que pudesse apontar para as necessidades do direito material, como também organizou as formas processuais que necessariamente deveriam estar ao redor da ação a partir de critérios unicamente processuais.⁷⁷

⁷³ CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, 1936 apud MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: processo cautelar**. v. 4. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011. p. 21.

⁷⁴ Foi Chiovenda quem afirmou que a função da jurisdição era a de dar atuação à vontade concreta da lei (MARINONI; ARENHART, 2011, p. 21).

⁷⁵ MARINONI; ARENHART, *loc. cit.*

⁷⁶ *Ibidem*, p. 22.

⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2021. p. 17.

No Estado constitucional, pretender que o processo seja neutro em relação ao direito material é o mesmo que lhe negar qualquer valor. Isso porque ser indiferente ao que ocorre no plano do direito material é ser incapaz de atender às necessidades de proteção ou de tutela reveladas pelos novos direitos, em especial os fundamentais. Como é óbvio, essa forma de conceber a função jurisdicional faz com que a ação neutra perca sustentação, já que ela é completamente incapaz de atentar para o papel que o direito hegemônico desenvolve diante da sociedade e do Estado.⁷⁸

Assim, contrapondo-se à teoria clássica, a qual não relacionava a função jurisdicional com a tutela do direito material, surgiu a teoria que atribuiu à função cautelar a proteção de um direito aparente submetido a perigo de dano iminente. Nessa direção, a tutela cautelar não protege o processo, mas sim o direito nele contido. Ovídio Baptista da Silva conseguiu demonstrar a superioridade dessa teoria ao evidenciar que a tutela é marcada pela característica da “provisoriedade” – qualidade que advém da sumariedade da cognição e significa a contradição da “definitividade” da tutela prestada ao final do processo, sendo que nem sempre está se falando de uma tutela cautelar.⁷⁹

Nesse sentido, o que define a cautelaridade não é a provisoriedade ou a circunstância de a tutela ser concedida no curso do processo de conhecimento, mas sim a sua função diante do direito material. A tutela que satisfaz o direito material, ainda que no curso do processo, não pode ser confundida com a tutela cautelar, pois esta última não tem escopo de realizar ou satisfazer o direito, apenas o de assegurá-lo.⁸⁰ Em outras palavras, a doutrina clássica entende que a tutela cautelar não é um direito da parte, mas sim um direito do Estado, imprescindível para que a própria jurisdição garanta a seriedade e a utilidade da sua função.⁸¹

3.1 O art. 273 do Código Buzaid

A necessidade de tutela antecipatória, evidenciada mediante o uso distorcido da técnica cautelar para a obtenção da tutela que em princípio apenas poderia ser concedida ao final do processo de conhecimento, levou o legislador a inserir novas regras nos arts. 273 e

⁷⁸ *Ibidem*, p. 18.

⁷⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. A ação cautelar inominada do direito brasileiro, [19-?] apud MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: processo cautelar**. v. 4. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011. p. 22.

⁸⁰ MARINONI; ARENHART, *loc. cit.*

⁸¹ CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, 1936 apud MARINONI; ARENHART, *op. cit.*, p. 24.

461 do Código de Processo Civil de 1973. Essas normas abriram oportunidade para o requerimento de tutela antecipatória, em caso de *periculum in mora*,⁸² diante de qualquer espécie de situação material litigiosa. Após a nova regra do art. 273 do Código Buzaid, sentiu-se certa dificuldade em precisar a natureza da tutela de cognição sumária contra o *periculum in mora* nas ações declaratória e (des)constitutiva. Existiria aí uma zona de penumbra capaz de embaralhar os operadores do direito à época.

3.2 A crítica de Ovídio Baptista à doutrina dominante e seu reflexo na legislação brasileira

3.2.1 A expansão da tutela cautelar no direito brasileiro

Na precisa lição de Ovídio Baptista da Silva⁸³:

O direito não é uma pura abstração lógica que os juristas possam organizar, através de um castelo conceitual, formador do que eles próprios denominam “mundo jurídico”. Superadas as ilusões criadas pela ideia de um direito natural eterno e imutável, capaz de ser aplicado em todos os tempos e latitudes, e os teoremas lógicos de todas as formas de positivismo normativo, os juristas têm hoje uma consciência bem viva com a *historicidade* do direito, de seus inexprimíveis compromissos com a realidade social, com as aspirações e exigências predominantes de uma dada comunidade humana, cuja convivência lhe caiba regular.

Fenômenos sociais e históricos contribuíram para essa mudança de perspectiva, mas igualmente fatores normativos, de enorme importância, associaram-se aos primeiros para exacerbar a busca das formas de tutela urgente.⁸⁴ Basta recordar o processo de modernização do povo brasileira, com o crescente e acelerado desenvolvimento das comunidades urbanas e o correlativo surgimento de uma sociedade em constante processo de mudança social, a qual exige instrumentos jurisdicionais adequados e efetivos, capazes de atender às aspirações de uma sociedade moderna e democrática.

Segundo Ovídio Baptista, a contribuição oferecida pelo próprio Código de Processo Civil de 1973 para a expansão da tutela de urgência (cautelar ou não) tem duas causas principais: a primeira foi desejada pelo legislador e está representada pela importância e dignidade que o Código emprestou ao processo cautelar, destacando-o para formar um livro

⁸² Assim como nas hipóteses de abuso de defesa e parte incontroversa da demanda.

⁸³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência)**. v. 3. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2000. p. 21.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 22.

especial, com cerca de cem artigos. A segunda razão deve-se igualmente a essa mesma opção do legislador, mas decorre de uma premissa ideológica sobre a qual ele não teve uma consciência muito nítida.⁸⁵

A crítica do autor girou em torno do fato de tanto Chiovenda quanto Calamandrei passarem a classificar esses provimentos como cautelares, não mais segundo a função desempenhada pelo provimento, que foi o critério por eles invariavelmente seguido, mas em razão da estrutura do provimento na respectiva relação processual.

De outra banda, com base na doutrina de Galeno Lacerda, Ovídio pontificou a lição do doutrinador, no sentido de proclamar a natureza cautelar de todas as liminares⁸⁶:

Nem é outro, aliás, o motivo da perplexidade que tomou conta da doutrina brasileira, ao ver a inclusão no sistema das medidas antecipatórias genéricas, que passaram a dividir com as medidas cautelares o campo das tutelas de urgência, circunstância com a qual os seguidores de Calamandrei não poderão conviver em paz, pois o mestre de Florença definia a cautelaridade pelo sentido antecipatório do provimento, característica, segundo ele, presente no grupo mais importante dessa espécie de tutela, o que torna o caráter antecipatório atribuído às cautelares o ponto central de sua doutrina.

Tais ponderações do autor permitem que se apresentem algumas conclusões acerca do assunto em exame. Em primeiro lugar, a distinção entre satisfação jurídica como solução do litígio, alcançável somente com a declaração produtora de coisa julgada, e as outras decorrentes de providências pelas quais “satisfaz-se faticamente” o pedido, antecipando eventuais efeitos concretos da tutela final”.⁸⁷ Em segundo lugar, este realmente é o pressuposto do pensamento dominante, que essa “satisfação fática” nada teria a ver com a causa do mérito. Em terceiro, a “satisfação fática” seria a mesma quer tivesse natureza cautelar, quer correspondesse a uma “satisfação antecipada” do pedido, pois ambas teriam caráter provisório e nenhuma delas, como bem asseverou Bedaque, solucionaria a lide.

A fim de ilustrar o que está sendo pontuado pelo autor, aqui vai o exemplo de um sequestro que retire do demandado a posse de uma imensa fazenda de criação de gado, ou a medida provisional que decreta a interdição de um importante estabelecimento comercial,

⁸⁵ Nas palavras de Ovídio, o extraordinário em tudo isso é que tanto Liebman quanto todos os juristas italianos que escreveram depois de Calamandrei dizem-se seus fiéis seguidores, e não obstante este último, ao escrever sobre tutela cautelar, já denunciava equívoco lógico contido na classificação das formas de tutela jurisdicionais em conhecimento, execução e cautelar, que, segundo ele dizia, não obedeciam a um critério uniforme ou com uma única dimensão. Pouco tempo depois, ao escrever novamente sobre as cautelares, Calamandrei foi mais explícito ao demonstrar o equívoco da classificação do processo cautelar como *tertium genus*. (SILVA, 2000, p. 23).

⁸⁶ LACERDA, Galeno. Comentários do Código de Processo Civil, v. VIII, tomo I, arts. 796 a 812. Rio de Janeiro: Forense, 2007 apud SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência)**. v. 3. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2000. p. 29.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 30.

privando seus proprietários de exercer, por um longo período, a atividade rural ou o comércio; serão sempre medidas que “não vão diretamente a uma situação de vida”. Os danos porventura suportados pela parte que sofre essas medidas, provisórias ou temporárias, tanto faz, seriam danos fáticos, não mais jurídicos, de modo que a distinção entre suas respectivas naturezas (cautelar e antecipatória) não seria relevante para a ciência processual.⁸⁸

Segundo Bedaque, o legislador pode adotar a “solução cautelar” nos casos em que seja desaconselhável a redução do campo da cognição judicial, quando for conveniente que a demanda preserve a cognição exauriente. Teria o legislador, nesse caso, adotado a “solução cautelar”, mesmo que a natureza do provimento fosse, como ele proclama, antecipatória da sentença final.

Ovídio Baptista penalizou com duras palavras aqueles processualistas brasileiros que copiaram a doutrina dos mestres italianos, sob pena de estarmos condenados a reproduzir a doutrina de Calamandrei. Ainda reforçou que, enquanto o Brasil não criar jeito e buscar sua identidade cultural, continuaremos a importar “obsolescências, relíquias culturais da velha Europa”. Aduziu ser lamentável que certos juristas, em suas palavras, afoitamente se aventurassem a escrever a respeito de processos sumários e da tutela cautelar sem haver lido a teoria de Pontes de Miranda sobre esses temas. É essa a sua posição⁸⁹:

Leitura que lhes seria, sem dúvida, penosa, porque a construção da autêntica tutela de simples segurança – que a doutrina italiana jamais concebeu e muito menos praticou –, para começo, exigiria que esses juristas assimilassem um conceito que a “ciência” processual excluiu, que é o conceito de pretensão, cujas raízes ideológicas foram por nós indicadas noutra lugar (jurisdição e execução na tradição romano-canônica). O verdadeiro obstáculo para os juristas que copiam a doutrina europeia, representante do velho e bolorento racionalismo dos séculos passados, está em que a ação cautelar pode conceder tutela a quem não tenha direito, consequência que a doutrina, fiel aos princípios do direito romano-canônico, não tolera, como bem advertiu Liebman (*Manuale di diritto processuale civile*, n. 71) e Cândido Dinamarco (*Fundamentos...*, p. 63).

Não menos importante acerca da crítica de Ovídio, referiu que a vitalidade do conceito tem uma razão ideológica profunda. Nosso sistema “sobrevive” na doce ilusão de que a missão do juiz é, como dizia Chiovenda, descobrir e apenas verbalizar uma suposta vontade da lei. Isto seria a justiça do juiz, e não a imposta pela lei, justiça esta, portanto, segundo Hobbes, injusta por definição.

⁸⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência)**. v. 3. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2000. p. 31.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 32.

Para aqueles que estavam mergulhados na ideologia da ordinariedade, toda suposta satisfação que porventura tenha lugar antes da sentença não será uma verdadeira satisfação, mas apenas uma satisfação fática ou, como ensinava o grande jurista italiano, “satisfação cautelar”. Sobre isso, tanto Calamandrei quanto seus seguidores brasileiros não contrapõem cautelaridade à satisfatividade, e sim à definitividade, ao julgamento definitivo, de modo que ambas são decisões provisórias para a doutrina e não haveria critérios para distinguir entre elas. Com isso, como bem se percebe, essa breve referência já seria suficiente para mostrar que a pretensa unanimidade da doutrina italiana quanto às posições de Calamandrei não passava de uma ilusão.⁹⁰

A introdução das medidas antecipatórias no Código de Processo Civil de 1973 (arts. 273 e 461), longe de infirmar nosso ponto de vista, na verdade o confirma, pois esses provimentos judiciais, caindo como caíram no seio do procedimento ordinário, têm de ser tratados não como decisões de mérito ou provimentos que de alguma forma antecipem tutela de mérito, e sim como simples decisões interlocutórias, resultado sem dúvida aberrante a revelar o artificialismo da solução legislativa e a difícil entre a tutela ordinária e a interdita.

Com essas observações, Ovídio afirmou que não pretendia menosprezar a importância das medidas de antecipação de tutela, mas sim saudar a introdução delas em nosso sistema, tanto por sua inegável contribuição para a maior efetividade da prestação jurisdicional, quanto pela possibilidade que oferecem à doutrina de distinguir uma tutela de simples segurança (não satisfativa) daquelas que possam representar a “entrega”, ainda que provisória, do pedido formulado na ação.⁹¹

Ainda, no dizer de Ovídio Baptista da Silva⁹²:

Alguém poderia objetar contra nosso argumento de que o Código Brasileiro de 1973 tende para a universalização da ordinariedade, alegando que o legislador dedicou aos procedimentos especiais todo um livro do Código, no qual tratou justamente dos procedimentos que fogem à ordinariedade. Esta objeção poderia, à primeira vista, impressionar. Contudo, há circunstâncias históricas e manifestações doutrinárias que, antes de dar peso ao argumento, confirmam nossa conclusão. Em verdade, o inteiro Livro IV de nosso Código não foi sequer redigido por seu autor, e os procedimentos especiais que ele abriga não passam, para a doutrina dominante em nosso país, de vestígios arcaicos de institutos e princípios medievais apenas conservados em nosso direito contemporâneo por força da tradição [...].

⁹⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência)**. v. 3. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2000. p. 34.

⁹¹ *Ibidem*, p. 36.

⁹² *Ibidem*, p. 37.

Nosso entendimento do que é a satisfação de um direito toma este conceito como equivalente à sua realização concreta e objetiva. Satisfazer um direito para nós é realizá-lo concretamente no plano das relações humanas. Ovídio entendeu que todo direito necessariamente tende a realização. O direito, pode-se dizer, é uma ordem normativa carente de realizabilidade prática, com isso, afirma-se que os direitos tendem a se realizar no plano social, e a tutela cautelar é, precisamente, um instrumento eficaz concebido para assegurar tal realização.⁹³

Como restou claro, a tutela cautelar é a tutela assecuratória da tutela prometida pelo direito material e da situação a que o direito material confere tutela jurídica. Tal tutela é um direito da parte e um dever do Estado, não se fundando no direito de ação, mas sim no próprio plano do direito material.⁹⁴ A tutela cautelar não é uma tutela da jurisdição ou do processo, por várias razões. Caso fosse tutela do Estado, não poderia ser entregue aos litigantes. Ademais, se a tutela cautelar foi reconhecida como tutela a serviço do Estado, não é possível esquecer que o Estado constitucional tem como característica o dever de tutelar os direitos fundamentais e, em razão do direito fundamental à tutela jurisdicional, o dever de tutelar de forma efetiva todo e qualquer direito.⁹⁵

Assim, a tutela cautelar não podia ser vista como dirigida a assegurar a utilidade do processo. Como é evidente, a única utilidade a que o autor almeja quando vai a juízo é a tutela do direito material. A doutrina clássica, ao supor a tutela cautelar como dirigida a assegurar a efetividade do processo, frisou o seu caráter provisório, isto é, a circunstância de que nasceria para morrer quando da prolação da sentença que decidisse o litígio, pondo fim ao processo. A falta de percepção de que a tutela cautelar se destina a assegurar uma tutela do direito, não sendo, portanto, uma simples decisão marcada pela cognição sumária, levou a doutrina a incidir no grave equívoco de subordinar o tempo de vida da tutela cautelar à sentença condenatória.⁹⁶

Feitas tais considerações, conclui-se que, no entendimento de Ovídio, a tutela cautelar é uma forma de proteção jurisdicional que, em virtude da situação de urgência, determinada por circunstâncias especiais, deve tutelar a simples aparência do direito posto em estado de risco de dano iminente. Com efeito, a tutela cautelar protege o direito e não o processo, como muitos entendem. Então, a primeira exigência que se faz presente, quando se quer conceituar

⁹³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência)**. v. 3. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2000. p. 37.

⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: processo cautelar**. v. 4. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011. p. 25.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 26.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 26.

a tutela cautelar, é a de estabelecer, no caso concreto, qual o interesse jurídico ameaçado de dano iminente que está a carecer de proteção cautelar.⁹⁷

3.2.2 *A tutela provisória como tutela de urgência*

Como bem delineou o professor Daniel Mitidiero, no mesmo ano em que foi promulgado o código Buzaid, importante setor da doutrina insurgiu-se contra a sistematização ofertada pela doutrina italiana da primeira metade do século passado e docilmente encampada pela nossa legislação processual civil.⁹⁸ É facilmente perceptível que toda a teorização de Calamandrei, e de muitos outros que seguem suas lições, tem por objeto não propriamente a tutela cautelar, mas sim a técnica antecipatória que poderá levar à prestação de tutela jurisdicional dos direitos sob cognição sumária. É preciso perceber, contudo, que constitui requintada extravagância da doutrina colocar sob o mesmo gênero tutelas jurisdicionais diferentes apenas pela circunstância técnica de ambas se prestarem à realização de forma antecipada sob cognição sumária, ficando a encargo de Ovídio Baptista da Silva mostrar que não é possível confundir os dois conceitos.⁹⁹

A tutela cautelar não pode ser confundida com a tutela antecipada: aquela apenas assegura a possibilidade de fruição eventual e futura do direito acautelado, ao passo que esta desde logo possibilita a imediata realização do direito. Nessa linha, a satisfatividade converte-se em um requisito negativo da tutela cautelar.¹⁰⁰ Segundo Ovídio Baptista, a tutela cautelar é a tutela sumária que visa combater, mediante providência “mandamental”, o perigo da “infrutuosidade do direito de forma temporária e preventiva”¹⁰¹, não tendo por objetivo atacar o perigo na demora da prestação jurisdicional, nem prestar tutela a outro processo. A tutela antecipada, por sua vez, tem função de combater o perigo de tardança do provimento jurisdicional compondo a situação litigiosa provisoriamente entre as partes. Lança-se Ovídio

⁹⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência)**. v. 3. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2000. p. 49.

⁹⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *As ações cautelares e o novo processo civil*. Porto Alegre: Sulina, 1973 apud MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2019. p. 49.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 50.

¹⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: RT, 1992 apud MITIDIERO, *op. cit.*, p. 51.

¹⁰¹ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2019. p. 51.

da estrutura à função: para a caracterização da tutela cautelar, tira o foco da provisoriedade do provimento e coloca-o na *satisfação* ou simples *asseguração* do direito.¹⁰²

Por força da doutrina de Ovídio Baptista da Silva, deixou-se de compreender toda tutela sumária como tutela cautelar. Em seu pensamento, a tutela sumária passa a ser entendida como tutela de urgência, gênero no qual se inserem a tutela cautelar, a tutela satisfativa de urgência autônoma e a tutela satisfativa interinal (tutela antecipada).¹⁰³ Foi por conta de suas lições que o direito processual civil positivo, em determinado momento, passou a distinguir tutela cautelar e antecipação de tutela.

3.3 A crítica de Luiz Guilherme Marinoni à doutrina dominante e seu reflexo na legislação brasileira

3.3.1 Considerações prévias

A tutela cautelar é conhecida desde os primórdios do direito. A teoria da tutela cautelar, por sua vez, tem importantes raízes no direito processual civil que se desenvolveu no final do século XIX e início do século XX na Itália. Nos dias atuais, ainda que se tenha falado em tutela cautelar em favor do processo ou da jurisdição, é indiscutível que a tutela cautelar protege o direito daquele que pode ser prejudicado pela demora do trâmite processual.

Tutela é a proteção que o Estado deve dar aos direitos, seja mediante as normas, as atividades fático-administrativas ou as decisões judiciais, ou seja, a tutela jurisdicional do direito certamente não pode se confundir com a técnica processual utilizada a fim de viabilizá-la. Nesse mesmo sentido, a tutela antecipada também é tutela do direito material. É a tutela de direito que o autor pretende obter ao final do processo, mas que é concedida antecipadamente em virtude de perigo de dano.¹⁰⁴ Em outras palavras, tutela antecipada é a tutela do direito que, em vista de uma situação de urgência, é prestada com base em probabilidade ou mediante cognição sumária.¹⁰⁵

¹⁰² FLACH, Daisson. A verossimilhança no processo civil. São Paulo, [2009] apud MITIDIERO, *op. cit.*, p. 52.

¹⁰³ SILVA, Ovídio Baptista da. Curso de processo civil. 3. ed. São Paulo, 1993 apud MITIDIERO, *op. cit.*, p. 52.

¹⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2021. p. 37.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 38.

A tutela antecipatória constituiu-se em um grande sinal de esperança em meio à crise que afetava a Justiça Civil. Tratava-se de instrumento que, se corretamente usado, contribuiria para a restauração da igualdade no procedimento. Embora Chiovenda tenha dito que “o processo deve dar a quem tem um direito tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tem o direito de obter”, a doutrina jamais compreendeu que o tempo do processo não é ônus da parte autora.

A técnica antecipatória, sob a perspectiva de Guilherme Marinoni, é uma técnica de distribuição do ônus do tempo do processo. A antecipação certamente eliminará uma das vantagens adicionais do réu contra o autor que não pode suportar sem grave prejuízo. Já se disse que

A justiça realizada morosamente é sobretudo um grave mal social; provoca danos econômicos, favorece a especulação e a insolvência, acentua a discriminação entre os que têm possibilidade de esperar e aqueles que, esperando, tudo têm a perder. Um processo que perdura por longo tempo transforma-se também em um cômodo instrumento de ameaça e pressão, em uma arma formidável nas mãos dos mais fortes para ditar ao adversário as condições de rendição.¹⁰⁶

Em concordância com o já exposto no presente trabalho, Marinoni é cirúrgico em sua lição¹⁰⁷:

O juiz que omite é tão nocivo quanto o juiz que julga mal. Prudência e equilíbrio não se confundem com medo, e a lentidão da justiça exige que o juiz deixe de lado o comodismo do velho procedimento ordinário no qual alguns imaginam que ele não erra para assumir as responsabilidades de um novo juiz, de um juiz que trata dos “novos direitos” e que também tem que entender, para cumprir sua função, sem deixar de lado a sua responsabilidade ética e social, que as novas situações carentes de tutela não podem, em casos não raros, suportar o mesmo tempo que era gasto para a realização dos direitos de sessenta anos atrás, época em que foi publicada a célebre obra de Calamandrei, sistematizando as providências cautelares.

Ao propor a demanda, o autor afirma o direito e a existência de uma situação de ameaça ou lesão com o intuito de pedir a tutela jurisdicional do direito e o provimento que reputar adequado à sua prestação; já analisamos esse aspecto anteriormente. Contudo, conforme também já analisado sob outras perspectivas, Marinoni afirmou que a pouca sensibilidade para a necessidade de adequação do processo ao direito material e o fascínio que o procedimento comum sempre despertou nos processualistas permitiram o surgimento de grandes lacunas no sistema de tutela dos direitos. Em determinada época, é importante

¹⁰⁶ TROCKER Nicolo, *Processo civile e costituzione*, [1974] apud MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 12. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 23.

¹⁰⁷ CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, 1936 apud MARINONI, *loc. cit.*

lembrar, a instrumentalidade do processo foi confundida com a sua neutralidade em relação ao direito material nele tratado.¹⁰⁸

A insensibilidade ínsita à neutralidade do procedimento ordinário não só acarretou a ausência de tutela adequada aos “novos direitos”,¹⁰⁹ como também abandonou o manejo da técnica dos procedimentos diferenciados, o que de certa forma conduziu a uma verdadeira falta de inspiração para a criação de procedimentos aptos à adequada tutela jurisdicional.

A tutela antecipatória, expressamente prevista no Código de Processo Civil de 1973, é fruto da visão da doutrina processual moderníssima, que foi capaz de enxergar o equívoco de um procedimento destituído de uma técnica de distribuição do ônus do tempo no processo. A tutela antecipatória constitui instrumento de mais alta importância para a efetividade do processo, não só porque abre oportunidade para a realização urgente dos direitos em casos de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, mas também porque permite a antecipação da realização dos direitos em caso de abuso de direito de defesa, manobra meramente protelatória usada com frequência pelo réu no processo de conhecimento. Dessa forma, concretiza-se o princípio de que a demora do processo não pode prejudicar o autor que tem razão, assim como restaura a ideia apagada pelo cientificismo de uma teoria distante do direito material de que o tempo do processo não pode ser um ônus suportado pelo autor.¹¹⁰

Em resumo de tudo que foi dito até o momento, a técnica antecipatória permitiu que se desse tratamento diferenciado aos direitos evidentes e aos direitos que correm risco de lesão. O direito que pode ser evidenciado de plano exige uma tutela imediata, e o legislador responde a tal necessidade tornando viável a antecipação, quando, evidenciado o direito, a defesa é exercida de modo abusivo. No caso do risco de lesão, a tutela antecipatória funda-se na probabilidade da existência do direito e no fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.¹¹¹

O Código de Processo Civil de 1973 atribuiu ao juiz o poder de 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 pessoa lesão grave e de difícil reparação.¹¹² Todavia, a inefetividade do procedimento ordinário fez com que os tribunais passassem a falar de “ação cautelar satisfativa”, o que é lamentável; os tribunais e a doutrina cometeram

¹⁰⁸ BEDAQUE, José Roberto. *Direito e processo (influência do direito material sobre o processo)*, 1. ed., 1995 apud MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 12. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 28.

¹⁰⁹ Não é preciso grande esforço para demonstrar que as modalidades de tutela jurisdicional mais prestigiadas pela tradição se revelam frequentemente incapazes de desempenhar a contento missão de tamanha delicadeza.

¹¹⁰ MARINONI, *op. cit.*, p. 29.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 43.

¹¹² MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 12. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 102.

inúmeros equívocos em razão da não consideração da cognição inerente ao procedimento materialmente sumário.¹¹³

3.3.2 *A influência carneluttiana: é a sentença que compõe a lide*

Os doutrinadores que seguem Carnelutti, sabidamente influenciados pela teoria unitária do ordenamento jurídico, têm dificuldade em deixar de lado a ideia de que o juízo de cognição sumária é apenas juízo provisório sobre a lide. A teoria unitária faz supor a insuficiência das normas de direito material para a composição da lide, a qual somente poderia se dar, no pensamento de Carnelutti, através da sentença de cognição plena e exauriente.¹¹⁴ Nessa perspectiva, como é óbvio, a sentença de cognição sumária não poderia ser outra coisa que não a sentença provisória sobre a lide; sentença que sequer disciplina a lide e que, portanto, não poderia ser apta para a “satisfação do direito”.¹¹⁵

Carnelutti, fiel à sua visão da relação entre direito e processo, ao tentar estabelecer o escopo do processo cautelar, falou inicialmente em sistematização dos fatos da lide, depois em composição provisória da lide e em tutela do processo. A tutela que antecipa o efeito executivo da sentença condenatória, porque fundada em cognição sumária, sempre seria tutela do processo, já que não poderia “compor a lide”.¹¹⁶

Calamandrei, ao escrever a sua tentativa de sistematização das “providências cautelares”, colocando em relevo a característica da provisoriedade, misturou a tutela sumária satisfativa com tutela cautelar. É importante salientar que os direitos que hoje precisam de tutela urgente não são os mesmos que emergem da *Introdução* de Calamandrei.¹¹⁷

¹¹³ *Ibidem*, p. 103.

¹¹⁴ “Todos conhecem o pensamento de Carnelutti sobre o escopo do processo. Quando ele diz que este existe para a *justa composição da lide*, pressupõe naturalmente que as normas jurídicas substanciais contidas na lei não tenham por si só aptidão para compô-la. Essa ideia, que está à base de todo sistema de Carnelutti, foi por ele manifestada num de seus mais antigos escritos, um trabalho sobre a sentença condicional. O efeito da sentença, segundo ele, é *tornar concreto ou particular* o preceito abstrato ou genérico contido na norma legal [...]”. (DINAMARCO, [20-?] apud MARINONI, 2011, p. 112).

¹¹⁵ MARINONI, *op. cit.*, p. 112.

¹¹⁶ Bedaque é fiel à doutrina de Carnelutti e por esse motivo conclui que a tutela antecipatória confere apenas “satisfação fática” e não “jurídica”. Bem verdade, posiciona-se ao lado de Carnelutti e Calamandrei, aduzindo que somente a sentença como ato final do processo tem aptidão para representar a solução da controvérsia, transformando-se na regra emitida para o caso concreto. (MARINONI, 2011, p. 112).

¹¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 12. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 118.

A neutralidade do procedimento ordinário e a completa insensibilidade para a necessidade de instrumentos de tutela adequados às novas necessidades de uma sociedade em constante evolução também são responsáveis pela chamada crise da justiça civil.¹¹⁸

Outrossim, se a tutela sumária satisfativa dá àquele que afirma ter um direito tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tem o direito de obter,¹¹⁹ ou possibilita o desencadeamento das atividades tendentes à realização do direito, não é possível aceitar a afirmação de Calamandrei no sentido de que a tutela antecipatória constitui apenas um meio para a atuação do direito, ou a tese de que ela visa assegurar o resultado útil do processo, já que o único resultado útil que o autor espera do processo é obtido exatamente no momento em que é efetivada a tutela.¹²⁰

Todas essas ponderações e os diversos argumentos a que se fez menção até aqui permitem, enfim, concluir o motivo pelo qual Marinoni rechaçou a doutrina dominante em sua obra. Sobre o assunto, merece integral transcrição a observação deste autor¹²¹:

Não há mais razão para se sustentar que a satisfação de um direito, com base em cognição sumária, configura apenas tutela cautelar, exatamente pelo fato de que todos sabem, na atualidade, que a satisfação de um direito mediante cognição sumária, quando necessária, é indispensável para a sua efetiva tutela, e esta tutela, como é evidente, não pode significar uma simples segurança para a obtenção do resultado útil objetivado pela parte. Por tal razão, não é possível concordar com Antônio Cláudio da Costa Machado (Tutela antecipada), José Roberto dos Santos Bedaque (Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência) e Marcelo Lima Guerra (Estudos sobre o processo cautelar), que sustentam a natureza cautelar da tutela antecipatória, supondo que a satisfação de um direito com base em cognição sumária não importa, sendo relevantes apenas as clássicas ideias de que somente a sentença e não a decisão que concede a tutela antecipatória é capaz de compor a lide (Carnelutti) ou pode significar atuação concreta do direito (Chiovenda). Ora, ninguém nega que, nos termos das teorias de Carnelutti e Chiovenda, a decisão fundada em cognição sumária não pode compor a lide ou atuar o direito, mas somente pode contribuir para a composição da lide (Carnelutti fala em composição provisória da lide) ou para a atuação concreta do direito. Porém, deixando-se tais teorias e os critérios que as caracterizam e voltando-se para a teoria da tutela dos direitos, resta claro que a decisão visualizada na perspectiva processual da provisoriedade pode ser vista através do ângulo da tutela do direito material, quando se toma evidente a distinção entre tutela cautelar e tutela antecipatória.

Ademais, há quem ainda diga que a tutela antecipatória assegura o resultado útil do processo e, por essa razão, caracteriza-se pela “instrumentalidade”.¹²² Parte da doutrina

¹¹⁸ Modificaram-se as razões de demandar, e essa modificação qualitativa é que tornou insuportável a demora do procedimento ordinário.

¹¹⁹ Atendendo, portanto, à justa exigência de Chiovenda.

¹²⁰ MARINONI, *op. cit.*, p. 121.

¹²¹ *Ibidem.*

¹²² Carlos Alberto de Oliveira, em *Perfil dogmático da tutela de urgência*, e José Roberto dos Santos Bedaque, em *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias de urgência*, entenderam que a tutela antecipatória era caracterizada pela instrumentalidade. Cabe recordar, porém, que a tutela antecipatória transformou-se em tutela

italiana, em que se baseia a doutrina brasileira divergente, afirma que a tutela antecipatória deve ser considerada como cautelar “apenas para viabilizar a utilização da tutela antecipatória na prática forense”.¹²³

3.3.3 *A tutela antecipada para além da urgência (a hipótese da tutela da evidência de Luiz Fux)*

O processo civil, à época do Estado de Direito de matriz liberal, não tinha preocupação em dar tutela preventiva aos direitos. Nessa época, o direito era voltado a proteger as liberdades e as conquistas da classe burguesa contra a ameaça de arbítrio do Estado. O Estado, para garantir a liberdade, era obrigado a tratar todos da mesma forma, independentemente das suas diferenças concretas. Tomava-se em conta o conceito de igualdade formal perante a lei, sendo que qualquer tratamento desigual – ainda que em posições desiguais – era visto como privilégio.¹²⁴

De tudo que aqui foi exposto, merece estender-se a tese ao que se denomina “direito evidente”. A expressão vincula-se àquelas pretensões deduzidas em juízo nas quais o direito da parte revela-se evidente, tal como o direito líquido e certo que autoriza a concessão do *mandamus* ou o direito documentado ao exequente.¹²⁵

Tais situações em que se opera mais do que o *fumus boni juris*, mas a probabilidade de certeza do direito alegado, aliada à injustificada demora que o processo ordinário carregará até a satisfação do interesse do demandante, com grave desprestígio para o poder judiciário, posto que injusta a espera determinada. Destarte, a descompressão de fases dessa espécie de rito é ditada pela naturalidade das etapas formadoras do convencimento do juiz. Tudo que se pratica antes da fase probatória é material antecedente lógico sobre o qual recairá a mesma.¹²⁶

A problemática ora apresentada, segundo Fux, é tanto mais relevante, posto que o processo hodiernamente se encontra sob o crivo da “efetividade” dos direitos, a qual reclama realizabilidade prática, satisfatividade plena e celeridade. Essa dissintonia entre o processo e

antecipatória justamente por ter perdido o seu carácter instrumental, ou seja, se uma liminar conceder alimentos ao autor, a pretensão de obter alimentos estaria realizada e, portanto, não poderia ser definida como instrumental.

¹²³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 12. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 123.

¹²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2021. p. 46.

¹²⁵ FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela da evidência: fundamentos da tutela antecipada**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 305.

¹²⁶ FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela da evidência: fundamentos da tutela antecipada**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 306.

as novas exigências revela uma crise capaz de ser solucionada com novos instrumentos, diante desse fenômeno dos novos direitos ou novos anseios, como bem frisou o jurista. Assim, como nos primórdios da civilização, o anseio era da justiça institucionalizada contra a justiça privada; hoje, a aspiração social é da justiça urgente em confronto com a justiça ordinária e ritual.¹²⁷

Em contrapartida, afirma Fux, a prontidão ora preconizada se ajusta à moderna exegese do princípio da “justiça adequada”, porque ao preceito constitucional de que “nenhuma lesão escapará à apreciação judicial” deveria se encaixar a tutela célere do direito material. O decurso do tempo diante do direito evidente sem resposta por si só representa grave lesão.¹²⁸ Além disso, o material probatório fornecido pela parte interessada com a postulação de “tutela urgente” que irá indicar a “evidência do direito”.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 308.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 309.

4 A TUTELA PROVISÓRIA NO CÓDIGO DE 2015

4.1 Do regulamento 737, de 1850, ao Código de 2015

Conforme restou bem demonstrado na monografia ora apresentada, a tutela antecipada não é técnica de antecipação da tutela ou técnica antecipatória.¹²⁹ A tutela antecipada exige a consideração dos pressupostos de direito material da tutela de direito que se quer antecipar, enquanto a técnica de antecipação nada mais é do que a previsão técnico-processual que autoriza a antecipação da tutela do direito. De lado a tutela cautelar, a técnica antecipatória permite que se dê tratamento diferenciado aos direitos que correm risco de lesão e aos direitos evidentes no procedimento comum. O perigo de dano é um dos fundamentos da tutela antecipada, no entanto, o legislador chamou outra forma de tutela antecipada de “tutela da evidência” (art. 311 do Código de Processo Civil de 2015). Ou seja, qualificou a tutela antecipada em “direito evidente” de “tutela da evidência”.¹³⁰ Nesse caso, o processo linguístico suprimiu a palavra “antecipada”, que sugere se tratar de tutela do direito prestada mediante cognição sumária, para usar o qualificativo “da evidência”, que indica apenas um dos fundamentos para se obter tutela antecipada.¹³¹

Tal como leciona Daniel Mitidiero, além da comparação horizontal das tradições jurídicas, a adequada compreensão da técnica antecipatória impõe uma comparação vertical do instituto, centrada na sua história na experiência jurídica nacional.¹³² Contudo, considerando tamanha profundidade e longevidade da atual técnica antecipatória, o tema, nesse ponto em específico, será tratado de modo superficial nesta monografia, apenas para nos situarmos no espaço-tempo e entender a evolução do Código de Processo Civil de 2015, nosso atual diploma de direito processual civil.

O legislador daquela época não dispunha de um conceito de tutela cautelar, menos ainda acerca de técnica antecipatória, capaz de orientá-lo para a organização e regulação da matéria. Superado o período em que a competência para legislar sobre o processo civil passou aos Estados, foi promulgado o Código de Processo Civil de 1939, que não foi influenciado

¹²⁹ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela*. São Paulo: RT, 2014 apud MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2021. p. 38.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 39.

¹³¹ *Ibidem*, p. 40.

¹³² MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2019. p. 100.

pela então já publicada monografia de Piero Calamandrei, sendo a doutrina unânime nesse quesito.¹³³ A raiz do desinteresse é facilmente explicável: o Código de 1939 tratou do tema dispondo apenas de base empírica e do manancial teórico anterior à autonomização conceitual da tutela cautelar.¹³⁴

A situação, como se sabe, mudou com o advento do Código Buzaid. Sendo o processo cautelar uma das grandes inovações do Código de 1973, disciplinado em livro próprio ao lado do “processo de conhecimento” e do “processo de execução”, foi inspirado integral e declaradamente na doutrina italiana da primeira metade do século XX¹³⁵, assunto já tratado de maneira tautológica nesta monografia.

Para o Código Buzaid, a tutela cautelar visava a outorga de tutela preventiva, era caracterizada por sua provisoriedade e tinha por fim a proteção do processo principal. Gozando de autonomia do ponto de vista processual, o processo cautelar poderia tanto prestar tutela cautelar como tutela satisfativa. Por força do debate conceitual atinente aos exatos contornos da tutela cautelar, frente à pujante defesa de Ovídio Baptista da Silva de sua inovadora perspectiva a respeito do tema, a ampla reforma empreendida no Código Buzaid acabou por distinguir a antecipação da tutela e tutela cautelar.¹³⁶

Inspirada em conhecida proposta formulada por Ovídio Baptista da Silva, a Comissão de Juristas que redigiu a Lei nº 8.952, de 1994, capitaneada por Athos Gusmão Carneiro e Sálvio de Figueiredo Teixeira, positivou nos arts. 273 e 461, §3º, a possibilidade de antecipação da tutela jurisdicional. A partir desse advento, iniciou-se um novo capítulo na história da dogmática processual civil, em especial na compreensão do processo como um instrumento para realização da adequada, efetiva e tempestiva tutela jurisdicional dos direitos. Esse capítulo acabou encontrando um desdobramento significativo com o Código de 2015.¹³⁷

4.2 O estado de coisas na doutrina

O Código de Processo Civil delineou a tutela cautelar diante da tutela antecipada. Portanto, o art. 301 é norma de enorme importância dentro do cenário da tutela provisória, na

¹³³ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2019. p. 101.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 103.

¹³⁵ BUZOID, 1972; MITIDIERO, 2010 apud MITIDIERO, *op. cit.*, p. 103.

¹³⁶ MITIDIERO, *loc. cit.*

¹³⁷ *Ibidem*, p. 104.

medida em que define questão que há muito atormentou a doutrina e os tribunais. Agora não há mais dúvida de que a tutela cautelar não tem o mesmo significado de tutela antecipada.

A técnica antecipatória é um meio para prestação de tutela antecipada pelo juiz no processo. A sua exata formulação do conceito de técnica antecipatória depende da conjugação dos critérios *estrutural*, *funcional* e *cronológico*. Do ponto de vista estrutural, o provimento antecipado é formado sob cognição sumária, é provisório, destinado a durar enquanto não sobrevém o provimento definitivo, e mantém uma relação de identidade, total ou parcial, com o provimento final. Não há uma relação de instrumentalidade entre tutela antecipada e tutela final, sequer mínima. O emprego da técnica antecipatória implica coincidência, identidade e não instrumentalidade entre o provimento provisório e o provimento definitivo.¹³⁸

Do ponto de vista funcional, visa neutralizar os males do tempo no processo e distribuir isonomicamente o ônus temporal entre os litigantes mediante satisfação ou simples segurança da tutela do direito afirmada em juízo. Ela objetiva neutralizar o perigo na tardança da tutela jurisdicional ou prestigiar a maior robustez da posição jurídica de uma das partes em comparação com a outra.¹³⁹

Nessa linha, a tutela jurisdicional do direito pode ser prestada ao final do procedimento, mediante cognição exauriente, ou de forma antecipada, por meio de cognição sumária. Neste último caso, a antecipação da tutela ocorre por força da técnica antecipatória, que dá lugar à prolação de um provimento provisório, cujo conteúdo é demarcado, total ou parcialmente, pelo conteúdo do provimento definitivo. É tarefa do magistrado valorar no caso concreto as circunstâncias da causa, de acordo com os pressupostos legais, para conceder ou não a antecipação da tutela. Com isso, ele promoverá a adequação do processo às particularidades evidenciadas e às necessidades exigidas pelo direito material postulado, atuando na realização da efetividade e da tempestividade da tutela jurisdicional. A técnica antecipatória é meio para a realização da tutela satisfativa ou cautelar do direito, mediante tutela jurisdicional.¹⁴⁰ Em síntese: a técnica antecipatória dá lugar a uma tutela jurisdicional provisória dos direitos.¹⁴¹

Alinhadas tais premissas, importa saber se elas servem para a sistematização do tema no Código de Processo Civil de 2015.

¹³⁸ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2019. p. 73.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 74.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 75.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 76.

4.3 Uma possível sistematização

A técnica antecipatória tem por função distribuir de forma isonômica o ônus do tempo no processo.¹⁴² Tal distribuição poderá ocorrer tanto em face da alegação de urgência (perigo de ilícito ou perigo de dano) como em face da necessidade de outorgar o devido valor à evidência do direito posto em juízo. É por tal motivo que não é possível afirmar que “tutelas cautelar e antecipatória compartilham do mesmo gênero, gênero esse destinado à prevenção do dano ao provável direito da parte” e que ambas as espécies podem ingressar no gênero “tutela de urgência” ou “processo de urgência”.¹⁴³ Não se trata, contudo, de mero problema terminológico; portanto, quanto se fala em tutela de urgência como gênero, no qual se inserem as espécies tutela satisfativa sumária e tutela cautelar, acentua-se a suposta finalidade comum, qual seja, a urgência.

O Código de Processo Civil de 2015 assimilou integralmente tal distinção ao proferir que a “tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência”. A técnica antecipatória pode prestar tutela satisfativa ou cautelar em face da *urgência*. Nessa linha, visa realizar ou acautelar um direito diante do *perigo de tardança* da tutela jurisdicional final. O *perigo de ilícito* pode ser *prevenido* ou *reprimido* mediante tutela *satisfativa* antecipada (*tutela inibitória* ou *tutela de remoção do ilícito*). O *perigo de dano* pode ser *reprimido* mediante tutela *satisfativa* antecipada (tutela reparatória ou tutela ressarcitória) ou *reprimido* mediante tutela cautelar antecipada.¹⁴⁴

Luiz Guilherme Marinoni, além de ter visto a técnica antecipatória como meio para a distribuição de ônus do tempo no processo de forma isonômica, também teve o mérito de propor pela primeira vez a sua compreensão na perspectiva da tutela dos direitos e, com isso, evidenciar a inequívoca relação do meio e fim que se estabelece entre *técnica processual* e *tutela dos direitos*.

Nesse sentido, percebeu-se que a técnica antecipatória poderia muito bem servir para a *sistematização* das tutelas sumárias. A antecipação da tutela oriunda do emprego da *técnica antecipatória* serve como elemento comum à tutela satisfativa e à tutela cautelar, na medida

¹⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação da tutela. 11. ed. São Paulo: RT, 1996 apud MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2019. p. 64.

¹⁴³ OLIVEIRA, Alvaro de. Perfil dogmático da tutela de urgência. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, 1997.

¹⁴⁴ MITIDIERO, *op. cit.*, p. 65.

em que ambas podem ser prestadas de forma sumária. Em resumo, a técnica antecipatória é o denominador comum capaz de sistematizar o fenômeno da tutela sumária.¹⁴⁵

Esse é o motivo pelo qual o Código de 2015 teria andado melhor se tivesse falado, no seu livro V da Parte Geral, em “antecipação de tutela”, “tutela antecipada” ou “técnica antecipatória”. Em todos os casos, o legislador estaria se referindo à técnica processual capaz de prestar tutela do direito de maneira provisória, seja ela satisfativa ou cautelar, fundada na urgência ou na evidência. Ao contrário, preferiu adotar uma terminologia conservadora, que, segundo Mitidiero, é rigorosamente incapaz de equacionar de forma satisfatória as relações entre direito e processo.¹⁴⁶

Em suma, a finalidade da tutela sumária consiste em distribuir de forma isonômica o ônus do tempo no processo de acordo com as necessidades e particularidades do direito do direito material afirmado em juízo, fazendo com que prevaleça o direito provável em detrimento do improvável. O que interessa para a técnica antecipatória, portanto, é a promoção de equilíbrio das partes de acordo com a respectiva posição processual perante o direito material. A tutela sumária serve, por conseguinte, à prestação de tutela adequada e efetiva aos direitos, não se esgotando no fenômeno da urgência. A técnica antecipatória serve para adequar o processo às especificidades do direito material alegado em juízo (urgência ou evidência), a fim de que o processo seja capaz de promover a efetividade da tutela jurisdicional (satisfação ou asseguarção dos direitos). A técnica antecipatória dá lugar a provimentos provisórios, tomados sob cognição sumária, distinguíveis pela finalidade ditada pelo interesse da parte que propõe ação para realização ou simples asseguarção dos direitos, sendo tal distinção de cunho meramente funcional.¹⁴⁷

Em termos de tutela do direito, a primeira divisão que deve ser assinalada está entre o direito à satisfação e o direito à cautela. Existe direito à tutela do direito e direito à segurança da tutela do direito. A postura dogmática preocupada em outorgar ao processo a função adequada, efetiva e tempestiva de proteção aos direitos está muito longe de concebê-lo a partir de um ângulo puramente interno de visão e, por consequência, muito longe de ver os direitos como simples proclamações abstratas. Ser titular de um direito significa ter direito tanto à sua satisfação quanto ao seu acautelamento.¹⁴⁸ Nessa mesma linha, o direito à satisfação do direito

¹⁴⁵ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2019. p. 66.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 67.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 68.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 70.

é o direito à sua realização concreta.¹⁴⁹ O direito à realização do direito pode ser direcionado contra o ilícito ou contra o dano, não se obstando que uma única ação viabilize a tutela do direito contra o ilícito e contra o dano ao mesmo tempo. Ato ilícito é contrário ao direito.¹⁵⁰

Chega-se à conclusão, dessa forma, que existem tutelas que visam a outorga de proteção contra o ilícito e tutelas que visam a outorga de proteção contra o dano. Existem tantas tutelas quantos são os direitos, já que vige na nossa ordem jurídica a regra da atipicidade e generabilidade da tutela de todos os direitos. Com isso, a tutela contra o ilícito pode ser preventiva ou repressiva. A tutela inibitória é a tutela preventiva contra o ilícito. Essa tutela visa impedir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito. É uma tutela voltada para o futuro. A tutela de remoção do ilícito, também conhecida como tutela reintegratória, é uma tutela repressiva contra o ilícito, que objetiva restaurar o estado de fato anterior à prática do ilícito, suprimindo a causa ou os efeitos de um ato ilícito que já ocorreu.¹⁵¹ É uma tutela cuja direção é o passado. A tutela contra o dano é sempre repressiva. Frente ao dano, a tutela do direito pode ser reparatória ou ressarcitória, sendo que a primeira visa combater o dano de forma específica, ao passo que a segunda oferece à parte lesada o seu equivalente monetário.¹⁵²

Outrossim, a ação é um direito *compósito* que visa a prestação de tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva mediante processo justo.¹⁵³ A fim de que o processo possa proteger de forma mais completa possível as mais diversas situações substanciais, a doutrina tem apontado decididamente para a necessidade de atipicidade da tutela jurisdicional predisposta pelo Estado. Então, embalado por esse objetivo de “cobertura geral”, pode o legislador processual civil desincumbir-se de seu dever de organizar um processo capaz de prestar tutela adequada mediante a previsão de tutelas jurisdicionais diferenciadas para cada situação substancial digna de tutela, ou pode prever técnicas processuais mediante normas abertas para que possam as partes e o juiz dimensionar as reais necessidades da situação substancial posta em juízo.¹⁵⁴

¹⁴⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de processo civil. 3. ed. São Paulo: RT, 1993 apud MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2019. p. 70.

¹⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela inibitória. 2. ed. São Paulo: RT, 1998 apud MITIDIERO, *op. cit.*, p. 71.

¹⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. 3. ed. São Paulo: RT, 2004 apud MITIDIERO, *loc. cit.*

¹⁵² *Ibidem*.

¹⁵³ Afirmar a ação como direito *compósito* significa defini-la não pelo simples ato de exigência de tutela jurisdicional (demanda), mas como um complexo de posições jurídicas coordenadas e reduzidas à unidade pelo vínculo que o procedimento representa na vida do processo.

¹⁵⁴ É a fecunda e acertada proposta de Luiz Guilherme Marinoni, quando descreve a necessidade de irmos “da ação abstrata e uniforme à ação adequada à tutela do direito material e do caso concreto” (MITIDIERO, 2019, p. 81).

Além de abandonar a ideia de que o processo pode ser qualificado como cautelar, reconduzindo corretamente a cautelaridade à tutela ou ao provimento, o Código Civil de 2015 manteve firme a distinção entre tutela satisfativa e tutela cautelar. Ainda, autonomizou a antecipação da tutela, possibilitando a sua estabilização, e reconheceu inquestionavelmente a necessidade de pensar a técnica antecipatória para além da urgência, viabilizando a sua prestação com base na simples evidência do direito postulado, além de realizar inúmeras opções técnicas para a estruturação e funcionalização do instituto.¹⁵⁵

¹⁵⁵ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2019. p. 104.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo alcançou algumas importantes conclusões relativas à antecipação da tutela, cuja importância transcende as ponderações individuais feitas ao longo do texto:

1. O Estado, como garantidor da paz social, impôs-se a solução monopolizada dos conflitos intersubjetivos pela transgressão à ordem, limitando o âmbito da autotutela. Então, para exercer sua função jurisdicional, o Estado criou órgãos especializados. No entanto, esses órgãos não poderiam atuar discricionária e livremente, dada a própria natureza da atividade que lhes competia. Por conta disso, subordinaram-se a um método ou sistema de atuação que vem a ser o *processo*.

2. A tutela jurisdicional do Estado não tomava em consideração as diferentes necessidades ou sequer se importava em trabalhar em prol da proteção das posições sociais mais frágeis.

3. Foram os grandes processualistas italianos do século XX que realizaram elaborações mais científicas que, embora divergindo entre si acerca do fundamento básico, coincidem quanto à autonomia do já referido processo cautelar, assim como sua unidade conceitual. Entre os referidos processualistas, três realmente construíram a dogmática do processo cautelar, fornecendo uma visão harmônica da prevenção como um dos aspectos da função jurisdicional, servindo à universalidade do direito e contribuindo sensivelmente para o aperfeiçoamento das legislações e códigos. São eles: Chiovenda, Calamandrei e Carnelutti.

4. A respeito das classificações das medidas cautelares, para Calamandrei, elas deveriam ser classificadas em quatro espécies, sendo:

- a) *providências instrutórias antecipadas*, destinadas a assegurar a prova;
- b) *providências destinadas a assegurar o resultado prático de uma futura execução forçada*, cujo objetivo primordial seria o de evitar a dispersão dos bens sobre o que deveria incidir a execução;
- c) *providências que decidem provisoriamente uma situação controvertida*, com as quais se procurava evitar o advento de um dano irreparável em razão da demora na obtenção da providência definitiva;
- d) *providências cuja finalidade consiste na imposição de um caução*, que são dirigidas a assegurar os eventuais danos que a concessão de outra medida cautelar possa eventualmente acarretar para a parte contrária.

5. A doutrina clássica afirmou que a tutela cautelar se destina a dar efetividade à jurisdição e ao processo. A ideia de que a tutela cautelar objetiva garantir a efetividade da jurisdição é, de certa forma, consequência do conceito que vê na jurisdição apenas a função de dar atuação à vontade da lei. Contudo, ao afirmar que o fim da jurisdição é atuar a vontade da lei e não dar tutela ao direito material, a doutrina do final do século XIX e início do século XX pretendeu ficar definitivamente distante da teoria que confundiu o direito de ação com o direito material. Desse modo, a necessidade de estabelecer a autonomia do direito processual e a finalidade pública do processo conduziu ao abandono da ideia de que a jurisdição daria tutela aos direitos.

6. Fenômenos sociais e históricos contribuíram para essa mudança de perspectiva, mas igualmente fatores normativos, de enorme importância, associaram-se aos primeiros para exacerbar a busca das formas de tutela urgente. Bastou-se recordar o processo de modernização da sociedade brasileira, com o crescente e acelerado desenvolvimento das comunidades urbanas e o correlativo surgimento de uma sociedade em constante processo de mudança social, a qual exige instrumentos jurisdicionais adequados, assim como efetivos, capazes de atender às aspirações de uma sociedade moderna e democrática.

7. A tutela cautelar é a tutela assecuratória da tutela prometida pelo direito material e da situação a que o direito material confere tutela jurídica. Tal tutela é um direito da parte e um dever do Estado, não se fundando no direito de ação, mas sim no próprio plano do direito material. A tutela cautelar não é uma tutela da jurisdição ou do processo, por várias razões. Se fosse tutela do Estado, não poderia ser entregue aos litigantes. Ademais, se a tutela cautelar foi reconhecida como tutela a serviço do Estado, não é possível esquecer que o Estado constitucional tem como característica o dever de tutelar os direitos fundamentais e, em razão do direito fundamental à tutela jurisdicional, o dever de tutelar de forma efetiva todo e qualquer direito.

8. Assim, a tutela cautelar não podia ser vista como dirigida a assegurar a utilidade do processo. Como é evidente, a única utilidade que o autor almeja quando vai a juízo é a tutela do direito material. A doutrina clássica, ao supor a tutela cautelar como dirigida a assegurar a efetividade do processo, frisou o seu caráter provisório, isto é, a circunstância de que nasceria para morrer quando da prolação da sentença que decidisse o litígio, pondo fim ao processo. A falta de percepção de que a tutela cautelar se destina a assegurar uma tutela do direito, não sendo, portanto, uma simples decisão marcada pela cognição sumária, levou a doutrina a incidir no grave equívoco de subordinar o tempo de vida da tutela cautelar à sentença condenatória.

9. A tutela cautelar não pode ser confundida com a tutela antecipada: a tutela cautelar apenas assegura a possibilidade de fruição eventual e futura do direito acautelado, ao passo que a tutela antecipada desde logo possibilita a imediata realização do direito. Nessa linha, a satisfatividade converte-se em um requisito negativo da tutela cautelar. Segundo Ovídio Baptista, a tutela cautelar é a tutela sumária que visa combater, mediante providência *mandamental*, o perigo da *infrutuosidade do direito de forma temporária e preventiva*, não tendo por objetivo atacar o perigo na demora da prestação jurisdicional, nem prestar tutela a outro processo. A tutela antecipada, por sua vez, tem função de combater o perigo de tardança do provimento jurisdicional compondo a situação litigiosa provisoriamente entre as partes. Lança-se Ovídio da estrutura à função: para caracterização da tutela cautelar, tira o foco da provisoriedade do provimento e coloca-o na *satisfação* ou simples *asseguração* do direito.

Enfim, o que se quis dizer com todas essas ponderações, é que, como bem já foi mencionado na obra do Professor Daniel Mitidiero, o direito à tutela jurisdicional adequada impõe ao legislador infraconstitucional o dever de organizar o processo de modo a viabilizar a idônea realização dos direitos. A partir do direito à tutela adequada, conclui-se pela imprescindibilidade da antecipação da tutela como técnica processual inerente a uma ordem jurídica realmente preocupada com a missão de dar tutela aos direitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BEDAQUE, José Roberto. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e tutela da evidência: fundamentos da tutela antecipada**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Processo cautelar**. 11. ed. São Paulo: Leud, 1989.
- JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Processo cautelar**. 18. ed. São Paulo: Leud, 1999.
- LACERDA, Galeno. **Comentários ao código de processo civil: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. 10. ed. v. VIII, tomo I, arts. 796 a 812. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 12. ed. São Paulo: RT, 2011.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2021.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: processo cautelar**. v. 4. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: tutelas dos direitos mediante procedimentos diferenciados**. v. 3. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2017.
- MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da Tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2019.
- OLIVEIRA, Alvaro de. Perfil dogmático da tutela de urgência. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, 1997.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência)**. v. 3. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2000.
- ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.