

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

ARTUR CADORE CORTELINI

A TUTELA FUNDADA EM COGNIÇÃO SUMÁRIA – DO CÓDIGO DE 1973 AO
CÓDIGO DE 2015

PORTO ALEGRE

2018

ARTUR CADORE CORTELINI

A TUTELA FUNDADA EM COGNIÇÃO SUMÁRIA – DO CÓDIGO DE 1973 AO
CÓDIGO DE 2015

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Universidade Federal do Rio Grande do Sul como
requisito parcial para a obtenção de grau de Bacharel
em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Francisco Mitidiero

PORTO ALEGRE

2018

ARTUR CADORE CORTELINI

A TUTELA FUNDADA EM COGNIÇÃO SUMÁRIA – DO CÓDIGO DE 1973 AO
CÓDIGO DE 2015

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Universidade Federal do Rio Grande do Sul como
requisito parcial para a obtenção de grau de Bacharel
em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovado em _____.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Doutor 1

Professor Doutor 2

Professor Doutor 3

“É difícil em tempos como estes: ideais, sonhos e esperanças permanecerem dentro de nós, sendo esmagados pela dura realidade. É um milagre eu não ter abandonado todos os meus ideais, eles parecem tão absurdos e impraticáveis. No entanto, eu me apego a eles, porque ainda acredito, apesar de tudo, que as pessoas são realmente boas de coração.”

O Diário de Anne Frank, Anne Frank

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, com todo meu amor, por nunca medirem esforços quando o assunto foi o estudo.

Agradeço, igualmente, aos meus amigos e colegas, por me acompanharem nessa jornada acadêmica.

Agradeço, particularmente, ao Professor Daniel por ter sido o responsável por me apresentar um universo chamado Processo Civil.

RESUMO

A tônica a ser abordada no trabalho é distinção entre as tutelas prestadas sob cognição sumária no Código de Processo Civil de 2015. Para tanto, faz-se necessária à remissão aos posicionamentos adotados pela doutrina italiana, a qual soube, de forma muito perspicaz, estabelecer as primeiras elucubrações no que se refere à autonomia do processo em relação ao direito material. A importância do tema é revelada pelo confuso entendimento do assunto ainda hoje, por parte dos juristas brasileiros, e a sua conseqüente má utilização dos institutos da tutela cautelar e da tutela antecipada na prática diante dos tribunais brasileiros. Nessa linha, propomos uma sistematização dos conceitos que cercam o tema, delimitando quais são as características da tutela cautelar, da técnica de antecipação da tutela e da tutela satisfativa concedida em caráter antecipado. Um método considerado apropriado para essa distinção no campo teórico foi o de uma pesquisa descritiva e qualitativa dos institutos por parte da melhor doutrina italiana, observando e registrando fatos e fenômenos que influenciaram e projetaram o campo no Brasil. Nesse ínterim, o resultado obtido foi no sentido de que parte da doutrina ainda turva os a definição de alguns conceitos, corroborada pela não tão acertada escolha do Novo Código de Processo Civil de 2015 em denominar o Livro IV, de “Da Tutela Provisória”.

Palavras-chave: Tutela cautelar. Técnica Antecipatória. Tutela Provisória. Cognição Sumária.

ABSTRACT

The scope of this study is to analyze the distinction between the two “tutelas” given under summary cognition under the Civil Procedure Code from 2015. Hence, it is necessary to take notice of the Italian doctrine once it had laid very precisely the first deep thoughts on the autonomy of the procedure in relation to the “direito material”. The relevance of the subject is due to misunderstandings that still take place in the mind of the jurists dedicated to the Brazilian Law, which consequently leads to the wrong utilization of both institutes “tutela cautelar” and “tutela antecipada” on the day-to-day application when facing the Brazilian tribunals. In this regard, it shall be proposed a systematization of the concepts that encompass this subject, narrowing the characteristics of the “injunctive relief”, of the “protection granted anticipatory” and of the “preliminary injunction satisfactory”. The most appropriated method considered to apply onto this distinction upon the theoretical aspect of the subject is based on a descriptive and also qualitative research of the “tutela” institutes given by the Italian doctrine, observing and registering the facts and the phenomena that had influenced and projected the subject within the Brazilian Law. In conclusion, the results given this research have shown that part of the Brazilian doctrine is still not able to fully comprehend the clear definition of the relevant concepts of the subject, especially when paying regards to the imprecise name “Da Tutela Provisória” given to the Book IV, of the 2015 Civil Procedure Code.

Keywords: Injunctive Relief. Protection Granted Anticipatory. Interim Protection. Summary Cognition.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
--------------------------	----------

2 A TUTELA FUNDADA EM COGNIÇÃO SUMÁRIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973.....	10
2.1 O PROCESSO CAUTELAR: DA ITÁLIA AO BRASIL.....	10
2.1.1 Giuseppe Chiovenda e a desvinculação entre direito material e processo.....	10
2.1.2 Piero Calamandrei e o clássico " <i>Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari</i> "	13
2.1.3 Francesco Carnelutti e a autonomia da tutela cautelar como " <i>Tertium Genus</i> ".....	17
2.1.4 Galeno Lacerda e a natureza cautelar de todas "liminares"	18
2.1.5 Humberto Theodoro Júnior e o Estado como "fornecedor" da tutela cautelar.....	22
2.1.6 José Roberto Bedaque e a similaridade do poder cautelar com o " <i>Contempt of Court</i> ".....	23
2.2 A DISTINÇÃO ENTRE PROCESSO CAUTELAR E ANTECIPAÇÃO DA TUTELA.....	25
2.2.1 Teori Zavascki e as medidas acautelatórias.....	25
2.2.2 Ovídio Araújo Baptista da Silva e a "temporariedade" da tutela cautelar.....	28
2.2.3 Luiz Guilherme Marinoni, a reforma de 1994 e a tutela dos direitos.....	33
2.2.4 Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e o surgimento de um novo gênero: a tutela de urgência.....	37
3 A TUTELA FUNDADA EM COGNIÇÃO SUMÁRIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.....	42
3.1 A TUTELA PROVISÓRIA E A DOCTRINA DO CÓDIGO DE 2015.....	42
3.1.1 Da Doutrina que aderiu ao Título "Da Tutela Provisória"	43
3.1.2 Da Doutrina que rechaçou o Título "Da Tutela Provisória".....	46
3.2 DA TÉCNICA ANTECIPATÓRIA À TUTELA PROVISÓRIA: UMA TENTATIVA DE SISTEMATIZAÇÃO.....	51
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	57
REFERÊNCIAS.....	61

1 INTRODUÇÃO

O trabalho em questão tem como escopo propor um estudo acerca das tutelas fundadas em cognição sumária desde a égide do Código de Processo Civil Brasileiro de 1973 – conhecido popularmente como Código Buzaid - perpassando por sua importante onda reformista no ano de 1994, até chegarmos ao estudo da tutela fundada em cognição sumária sob a ordem estabelecida pelo Novo Código de Processo Civil de 2015.

Nesse sentido, o trabalho será dividido em duas partes. Com o objetivo de assentar premissas sobre o tema de forma a aprofundar a matéria, o primeiro capítulo será reservado à reconstrução histórico-crítica do processo cautelar, através de sua paulatina desvinculação entre o direito material e o direito processual durante o final do século XIX e início do século XX, referendada através de expoentes juristas italianos, como Giuseppe Chiovenda, Piero Calamandrei e Francesco Carnelutti.

Diante da vasta produção europeia no que se referia às peculiaridades do processo cautelar, especialmente sua autonomia perante os processos de conhecimento e execução, realizou-se no Brasil um profundo debate a partir da égide italiana, sob notáveis nomes do processo civil pátrio como Galeno Lacerda, Humberto Theodoro Júnior e José Roberto Bedaque.

Outrossim, assuntos como a provisoriedade das medidas cautelares e o seu uso distorcido no Brasil, com intuito de obtenção de medidas satisfativas através de medidas cautelares inominadas, fez com que se tornasse improtelável uma melhor definição entre a função e a estrutura das medidas cautelares, quando postas em comparação com tutelas satisfativas concedidas em caráter antecipado. Apropriada diferenciação entre o processo cautelar e a antecipação dos efeitos da tutela então é feita com o objetivo de elucidar o debate.

O segundo capítulo analisará a tutela dos direitos fundada em cognição sumária em conformidade com a óptica do Novo Código de Processo Civil. Em momento oportuno, serão pormenorizadas as críticas de parte da doutrina pelo fato de o novo diploma ter classificado de forma exótica a antecipação de tutela como “Tutela Provisória”. Há espaço também para demonstrar que a unificação dos requisitos para concessão de uma medida fundada na urgência sob os fundamentos de probabilidade do direito e, especialmente, o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, agradou quinhão doutrinário, abarcados pelo pretexto de que a tutela cautelar e a tutela antecipada teriam diversas características em comum, como a sumariedade da cognição, a revogabilidade a qualquer tempo e a provisoriedade, todas direcionadas a combater os males do tempo no processo.

Ao apresentar como foi concebida a tutela cautelar, em um primeiro plano; como foi recepcionado esse entendimento no Brasil, em um segundo plano; como o novo código assimilou às vicissitudes da prática forense, em um terceiro plano; encerraremos o trabalho com uma proposta de sistematização do tema, além de objetivamente responder se, hoje, subsiste a diferença entre a tutela cautelar e a tutela antecipada no Código de Processo Civil de 2015.

2 A TUTELA FUNDADA EM COGNIÇÃO SUMÁRIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973

2.1 O PROCESSO CAUTELAR: DA ITÁLIA AO BRASIL

2.1.1 Giuseppe Chiovenda e a desvinculação entre direito material e processo

Inequivocamente, devemos inaugurar as primeiras considerações a respeito do estudo do processo cautelar italiano com as ideias revolucionárias, até então, de Giuseppe Chiovenda¹ e seu profundo conhecimento acerca da ciência processual alemã, cuja intensa elaboração de conceitos lhe serviu como ponto de partida a fim de que Giuseppe colocasse o direito processual civil italiano na categoria de uma ciência independente.

Nessa esteira, sua inclinação à processualística alemã do final do século XIX², ambiente de viva discussão das relações entre direito e processo³, foi movida pela indicação da ação⁴ como pretensão à tutela jurídica (*Rechtsschutzanspruch*) e sua relativização em

¹ Giuseppe Chiovenda, 1872-1937, consagrado jurista italiano responsável pela renovação dos estudos processuais no direito italiano. Foi reconhecido como fundador da ciência processual italiana moderna, colocando esta disciplina jurídica na categoria das ciências independentes e com um lugar próprio em um sistema geral dos direitos. Fundou em 1924 a *Rivista de diritto processuali civile*, tendo como diretor Carnelutti, e como redator chefe Calamandrei. Entre suas principais obras estão *L'azione nel sistema dei diritti* (1903) e *Princìpi di diritto processuale civile* (1937).

² “*Che il sistema chiovendiano sia di chiara origine tedesca è unanimemente riconosciuto. Ma va anche detto che il grande processualista italiano mostra maggior finezza in punto di método, rifacendosi piuttosto a quello storico-sistematico originário della scuola storica, ed evitando, ove possibile, gl'irrigidimenti della pandettistica*” (FAZZALARI, 1998, p. 291-292).

³ “*Na origem, portanto, a teorização da tutela cautelar encontrava-se totalmente vinculada ao direito material, compreendida tão somente em termos de pretensão à segurança em um ambiente cultural que ainda confundia *Klagerecht* (direito de ação) e *Anspruch* (pretensão material), e circunscrita com âmbito da tutela executiva*” (MITIDIERO, 2014, p. 22).

⁴ “*Algunos la configuraban como la potestad inmanente al derecho de reaccionar contra la violación, o como El derecho mismo em su tendència a la actuación; algunos como un derecho nuevo y por sí mismo, nacido com la violación del derecho, y teniendo por contenido la obligación del adversario de hacer Cesar la violación; mixtos o impuros estos conceptos, ya que si a la acción se le da por contenido una obligación cualquiera del sujeto pasivo del derecho, se cae fácilmente em una duplicación inútil del concepto mismo del derecho. [...] em Alemania, digo, la doctrina tenía frente a ella una doble terminología: la actio romana, acerca de cuyo sentido preciso se discutia desde hacía mucho tiempo, particularmente desde que El descubrimiento de las instituciones de Gaio había puesto em claro El ordenamiento del proceso romano clásico; y la Klage, entendida como *Klagerecht* o derecho de querrela, término que había sobrevivido al proceso medioeval alemán. [...] pero no ES malo Haber puesto inmediatamente de frente estas dos expresiones de la potestad de obrar porque tiene lugar entre ellas una sutil diferencia, em cuanto la actio se refiere propriamente a una actividad dirigida contra El obligado, y la Klage o querrela no se entiende sino dirigida al Estado*”. Por outro lado “[...] *En la violación El derecho real da lugar a um derecho frente a uma determinada persona, frente a um obligado. Para expresar esta dirección personal, esta tendència a sujetarse a la voluntad ajena, que El derecho manifesta a veces particularmente mediante la violación Windscheid prescinde del uso común y sustituye a la acción el término *Anspruch*, que em Itália se ha traducido por pretesa (pretensión) o ragione (razón)*” (CHIOVENDA, 1992, p. 20-24).

relação à autonomia do direito material⁵, situando a tutela cautelar no plano do direito processual.

Ponto importante a ser destacado em relação à obra Chiovendiana centra-se no seu viés progressista e visionário, na medida em que situado em uma época em que se sobressaía no cenário jurídico italiano e, pode se dizer, em toda ordem jurídica à época, uma afeição ao direito material ao invés da processualística, ainda considerada como complemento do direito material e concebida como um aglomerado de procedimentos concatenados com um único objetivo, qual seria o de solucionar o litígio entre as partes.

Outrossim, é de papel preponderante para a evolução da ciência processual a desvinculação, proposta por Giuseppe, do conceito de ação como parte do direito material e a consequente aproximação da realidade do direito processual. Nesse sentido, Chiovenda, ao buscar nova definição de processo, afasta qualquer base substanciada na defesa do direito subjetivo das partes e converge com o entendimento de que o juiz, a relação jurídica processual e o caráter público-estadista da jurisdição têm função central no sistema de direito processual⁶.

Aliada à composição de um conceito de ação como direito potestativo⁷, a jurisdição como fenômeno de substituição da atividade do particular pela do juiz e o processo como relação jurídica marcam o ponto de arranque da desvinculação dos esquemas privatísticos tradicionais e a colocação do processo civil em seu posto no sistema de direito público.

Assim, Chiovenda (2000) propõe a substituição do conceito-base de ação fundada no direito material e a converte em um instrumento fundado na atribuição estatal onde a parte provoca a atuação da vontade concreta da lei mediante o exercício da jurisdição na relação jurídica processual.⁹ Nesse viés, o processo é determinado como um complexo de atos

⁵ *“Peraltro, più che i risultati colpisce il metodo. Forse, o senza forse, il maggior pregio dell’opera di Chiovenda consiste nell’aver affermato in Itália, in modo compiuto e definitivo, l’autonomia degli studi processualistici”* (FAZZALARI, 1998, p. 294).

⁶ “A ação – como ninguém ignora – tem uma função central no sistema de direito processual civil. Ao lado da relação jurídica processual e do caráter público-estadista da jurisdição, a ação compõe as premissas de fundo do pensamento chiovendiano” (MITIDIERO, 2017, p. 35).

⁷ “[...] *poderes* que o respectivo titular tem de *formar direitos*, mediante a simples realização de um ato voluntário e sem que se exija do obrigado o cumprimento de uma prestação correspondente. Ao contrário das demais espécies de direitos subjetivos, nos denominados *potestativos*, o obrigado, ao invés de prestar, satisfazendo a obrigação, apenas submete-se à vontade do titular do direito” (BAPTISTA DA SILVA, 2000, p. 94).

⁸ *“La acción es, pues, a mi entender un derecho potestativo, y hasta puede decirse que el derecho potestativo por excelência. Hasta aquí la categoría de los derechos potestativos se han agrupado em torno a la característica común, esto es, a la tendencia a producir un estado jurídico nuevo frente a un adversario. [...] Apenas es necesario recordar que esta conformidad del estado de hecho con la voluntad de la ley se obtiene mediante la obligación del juez de actuarla”* (CHIOVENDA, 1992. p. 55-56).

⁹ *“Resulta de esta hipótesis, que la esencia de la acción escapa de la relación que vemos que corre, em nuestro ordenamiento jurídico, entre la voluntad del particular y la voluntad colectiva manifestada en la ley, respecto a*

coordenados para o fim de atuação da vontade da lei, em vista de um bem por ela garantido, atuação realizada pelos órgãos da jurisdição.

Resta clara, dessa forma, a consideração de Chiovenda (2000) quanto à essencialidade e a exclusividade da função da Justiça por parte do Estado, tendo como fim a atuação da vontade concreta da lei por meio da provocação das partes.

Chiovenda, ao se desatar da doutrina tedesca de Wach¹⁰ e Windscheid¹¹, iguala às figuras da função de cognição (*accertamento del diritto*) e execução (*esecuzione di un accertamento di diritto*), a atuação da tutela jurídica no processo a partir de provimentos cautelares (*provvedimenti cautelari*). Nessa perspectiva, a ação cautelar é denominada como “*azione assicurative*”, legitimada como direito do Estado em virtude da atuação da vontade concreta da lei (CHIOVENDA, 1965; PISANI, 1988). Quanto a este tipo de ação, ao vincular a ação cautelar a um caso específico de “ação sem direito”, Chiovenda (1965) elenca o poder jurídico de se garantir um provimento cautelar como “*azione assicurative*”, qualificando-a como “*mera azione*”, ou seja, uma ação com existência desvinculada de um direito subjetivo.

A “*azione assicurative*” visaria a prover com urgência a manutenção do *status quo*, como assegurar a futura satisfação de um possível direito depois de sua celebração, com as quais se efetiva uma “tutela de conservação” (MITIDIERO, 2017)¹². Ainda, o provimento cautelar, sob a égide de direito do Estado, deveria ser provocado pela parte a fim de remover o temor de um dano jurídico sob a existência dos requisitos de “*possibilità del danno*” e a “*possibilità del diritto*” (CHIOVENDA, 1965).¹³

Dessa forma, é possível concluir, através da obra de Giuseppe Chiovenda, a sua inclinação ao explicar a jurisdição como função do Estado a partir da vontade concreta da lei, em virtude da soberania estatal. Nesse sentido, Chiovenda faz desaparecer o direito à segurança e o direito à cautela deixa de estar ligado a uma posição jurídica do indivíduo,

la actuación de ésta. La voluntad del particular no está frente a la voluntad colectiva simplemente como una condición de su concretarse” (CHIOVENDA, 1992. p. 18-20).

¹⁰ Adolf Ludwig Eduard Gustav Wach, jurista alemão (1843 – 1926).

¹¹ Bernhard Windscheid, jurista alemão e membro da escola pandectista de direito (1817 – 1892).

¹² “Chiovenda ensina que as medidas cautelares, também conhecidas como provisórias, *‘perchè si emanano prima Che sai accertata la volontà della legge che si garantisce un bene, o prima Che sai compiuta la sua attenzione, per garanzia della sua futura attuazione pratica’* e constituem *‘una forma per se stante d’azione (azione assicurativa): ed è mera azione, Che num può considerarsi come acessório del diritto acautelato, perchè essa esiste come potere attuale quando ancora non si sa se il diritto cautelato esista’*” (p. 38).

¹³ “[...] *attua una effettiva volontà di legge: se in seguito, ad esempio, questa altra volontà è dimostrata inesistente, anche la volontà attuata colla misura provvisoria si manifesta come una volontà che non avrebbe dovuto esistere. L’azione assicurativa è dunque essa stessa un’azione provisória*” (p. 226).

transportando-a em simples poder de provocação da atividade do Estado (MITIDIERO, 2017)¹⁴.

A contribuição Chiovendiana trouxe à moderna ciência do processo civil a teoria da ação meramente declaratória, porque princípio e fundamento da autonomia de ação, desde a obra de Wach, na Alemanha. Seus pensamentos sobre as ações e sentenças de mera declaração expressam as boas razões de utilidade teórica e prática da sistematização, que soube imprimir ao instituto. Com efeito, dessa sistematização, sob o ponto de vista teórico, nos adveio a argumentação decisiva do princípio da autonomia da ação e toda a nova construção do direito processual civil (CINTRA, 1970).

Diante da desvinculação da função cautelar em relação à tutela jurisdicional executiva e a sua colocação no âmbito da proteção dos direitos para a tutela do Estado, sobreveio a sistematização de outro grande processualista italiano, chamado Piero Calamandrei¹⁵.

2.1.2 Piero Calamandrei e o clássico "*Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*"

É enorme a contribuição da obra de Piero Calamandrei no que tange à evolução teórica do processo cautelar italiano, bem como suas repercussões definitivas sobre a doutrina e a legislação brasileira, em especial no Código de Processo Civil brasileiro de 1973. Sua obra "*Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*" é um marco histórico no estudo do processo cautelar e merece atenção diferenciada quanto a outros provimentos jurisdicionais.

Primeiramente, deve-se elucidar que Calamandrei (2000) não buscou construir sua teoria da tutela cautelar a partir do conceito de ação, assim como realizou Chiovenda. Piero viu na provisoriedade do provimento tomado sob cognição sumária o traço decisivo de caracterização da tutela cautelar. O critério que fundamentaria a separação do provimento cautelar, de um lado, dos provimentos satisfativos, de outro, não é o da atividade do juiz (MITIDIERO, 2017).

¹⁴ “Nada obstante seja polêmica a efetiva inclinação ideológica de Chiovenda, é absolutamente certo que ele, de maneira deliberada ou não, pressupunha nas suas construções dogmáticas a proeminência do interesse público e da autoridade estatal nas relações entre indivíduo, sociedade civil e Estado” (p. 41).

¹⁵ Piero Calamandrei (Florença, 1889 - 1956), influente processualista italiano responsável pela elaboração do então novo Código de Processo Civil Italiano, em 1942. A obra célebre e clássica do processualista de Florença, denominada "*Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*", de 1936, é considerada um marco teórico sobre a tutela cautelar, cujos afirmamentos inspiraram todos os demais estudos sobre o tema, fosse para exaltar a correção de seus ensinamentos, fosse para assinalar críticas sobre as assertivas lá expostas.

Nessa esteira, a provisoriedade distinguiria os provimentos cautelares dos outros procedimentos jurisdicionais, na medida em que estes tenderiam a ser substituídos por outros provimentos definitivos (CALAMANDREI, 2000). Assim, restaria clara a natureza exclusivamente processual.

Nas palavras de Calamandrei, o conceito de provisoriedade é um pouco diferente, e mais restrito, que aquele de temporariedade. Temporário é, simplesmente, aquilo que não dura pra sempre, aquilo que, independentemente da superveniência de outro evento, tem por si mesmo duração limitada. Provisório, é, por sua vez, aquilo que é estabelecido para durar até quando não sobrevenha um evento sucessivo, em vista e na espera do qual o estágio de provisoriedade permanece nesse ínterim. Nesse sentido, provisório equivale a interino: ambas as expressões indicam aquilo que é estabelecido para durar somente aquele tempo intermediário que precede o evento esperado (CALAMANDREI, 2000; MITIDIÉRO, 2017).

Uma vez delimitada a distinção entre a provisoriedade e temporariedade, os procedimentos cautelares, segundo Calamandrei (2000), não só tem duração temporária, mas têm duração limitada àquele período de tempo que deverá transcorrer entre o emanar do procedimento cautelar e a promulgação de outro procedimento jurisdicional, que, na terminologia comum, vem indicando, em contraposição à denominação de cautelar dada ao primeiro, com a denominação de definitivo.

Por outro lado, Piero apresenta outra característica genuinamente típica do processo cautelar: a instrumentalidade (CALAMANDREI, 2000)¹⁶. A tutela cautelar seria, em comparação com o direito substancial, uma tutela mediata: mais do que fazer justiça, serviria para garantir o eficaz funcionamento da justiça. A tutela cautelar, no seu entendimento, estaria ligada a uma tutela definitiva e posterior, dessa forma vinculada pelo conceito de instrumentalidade.

Diante disto, permite-se concluir que a instrumentalidade no processo cautelar é qualificada, na medida em que há uma dupla instrumentalidade no processo cautelar, este então seria o instrumento do instrumento (MITIDIÉRO, 2017).

Nessa perspectiva, o mestre italiano nos revela que a chave para alcançar-se uma plena definição e justificação para a emanação dos procedimentos cautelares é a existência de um

¹⁶ “Essas considerações permitem compreender aquela que, ao que me parece, é a nota verdadeiramente típica dos procedimentos cautelares: os quais não são nunca o fim em si próprios, mas são infalivelmente predispostos à emanação de um ulterior procedimento definitivo, do qual estes preventivamente asseguram o proveito prático. [...] Essa relação de *instrumentalidade* ou, como outros disseram, de *subsidiariedade*, que liga infalivelmente cada procedimento cautelar ao procedimento definitivo em previsão do qual este é emanado, é o caráter que mais claramente distingue o procedimento cautelar da denominada declaração com dominante função executiva” (p. 41).

perigo de dano jurídico, que deriva do atraso de um procedimento jurisdicional definitivo ou *periculum in mora*.

Em um primeiro momento, deve-se distinguir a diferença entre o perigo genérico de dano jurídico, em vista do qual em certos casos a tutela jurisdicional pode assumir caráter preventivo. Não há necessidade de fazer confusão entre tutela preventiva e tutela cautelar (CALAMANDREI, 2000)¹⁷.

Assevera Calamandrei (2000) que para se aproximar de uma clara noção de *periculum in mora* seria necessário que, em razão da iminência do perigo, o procedimento requerido tenha caráter de urgência, quando fosse previsível que, onde este tardasse, o dano temido se transformaria em dano efetivo, ou se agravaria em dano já verificado.

O *periculum in mora*, que é a base das medidas cautelares, não é, portanto, o genérico perigo de dano jurídico, ao qual se pode em certos casos remediar com tutela ordinária; mas é especificamente o dano marginal, que poderia derivar do atraso, tido como inevitável em razão da lentidão do procedimento ordinário, do procedimento definitivo (CALAMANDREI, 2000).

Na doutrina de Calamandrei, a concessão de uma medida cautelar prescinde de um elemento de urgência classificado como *periculum in mora*, e se baseia não somente na existência de um perigo de dano, mas na situação em que esse perigo de dano seja imediato, o que consubstancia a realizar o pedido em caráter de urgência.

Dessa forma, a partir de uma divisão dos provimentos cautelares em conservativos e antecipatórios, de acordo com a necessidade das situações fáticas e jurídicas quando da concretização de um risco urgente, Calamandrei assevera a presença de dois tipos de *periculum in mora*, um baseado no perigo de infrutuosidade (*pericolo di infruttosità*) e perigo de tardança (*pericolo di tardività*).

Nesse sentido, a atribuição de uma medida cautelar de cada uma dessas espécies mencionadas estaria vinculada a um perigo diferente. O perigo de infrutuosidade deve-se referir a uma medida cautelar conservativa a fim de que durante o tempo necessário para o desenvolvimento do processo sobrevenham fatos que impossibilitem ou dificultem a efetiva tutela jurisdicional. Já, o perigo de tardança, refere-se a uma medida cautelar satisfativa para

¹⁷ “Em certos casos também o nosso sistema processual admite que o interesse suficiente para invocar a tutela jurisdicional possa surgir, antes que o direito tenha sido definitivamente lesado, tão só pelo fato de que a lesão se pronuncie próxima e provável: nesses casos a tutela jurisdicional, em lugar da finalidade de eliminar *a posteriori* o dano produzido pela lesão de um direito, atua *a priori* com a finalidade de evitar o dano que poderia derivar da lesão de um direito, ameaçada, mas não ainda realizada. Refere-se a esses casos, em contraposição à tutela sucessiva ou repressiva, como casos de tutela jurisdicional preventiva, na qual o interesse de agir surge não pelo dano, mas pelo perigo de um dano jurídico” (p. 34).

que se acelere a satisfação do direito em contrapartida ao perigo de insatisfação desse mesmo direito em virtude do tempo.

A conclusão da obra de Calamandrei (2000)¹⁸, no que toca ao caráter da instrumentalidade, a fim de que os procedimentos cautelares se revistam sempre em relação a outro procedimento principal, faz parecer, mais do que em todas outras categorias de procedimentos jurisdicionais, o objetivo publicístico que ele atribuiu a sua função para que houvesse um melhor funcionamento da Justiça.

As medidas cautelares seriam predispostas, segundo o jurista, mais do que pelos interesses dos individuais, pelo interesse da administração da justiça, das quais garantem o bom funcionamento e, também poderia se dizer, o bom nome (CALAMANDREI, 2000)¹⁹.

É inegável a influência e a maestria de Piero Calamandrei (2000) em seus conceitos acerca da tutela cautelar, todavia, ainda assim precisamos tecer informações pertinentes. Primeiramente, podemos afirmar que a tutela jurisdicional prestada sob cognição sumária é correlacionada com a tutela cautelar²⁰. Calamandrei não percebeu qualquer diferença entre tutela cautelar e tutela satisfativa – já que diante do critério provisoriedade, em ambos os casos poder-se-ia cogitar tutela cautelar -. Daí se passou a compreender toda tutela sumária como tutela cautelar e, como tal, vinculada à proteção contra o *periculum in mora*. Assim, a tutela cautelar assume a função de neutralizar provisoriamente o perigo de dano capaz de frustrar o resultado útil do exercício da jurisdição, o resultado útil do processo principal (MITIDIERO, 2017).

Por outro viés, no que tange à segurança do direito material, esta estaria intimamente ligada ao Estado e não à pessoa. O direito ao provimento cautelar está ligado a uma posição jurídica no plano do direito material concernente à tutela da pessoa. Não se trata de

¹⁸ “Eles (processos cautelares), como já se notou, são dirigidos, mais do que a defender os direitos subjetivos, a garantir a eficácia e por assim dizer a seriedade da função jurisdicional” (p. 209).

¹⁹ “Se a expressão “polícia judiciária” não tivesse já no nosso ordenamento um exato significado, ela poderia parecer singularmente adequada para designar a tutela cautelar: nesta encontram-se de fato, colocados ao serviço da função jurisdicional, aqueles poderes de prevenção, exercitados com urgência e com base em um juízo provisório no qual têm parte extensa as considerações de oportunidade, que são sem dúvida características da verdadeira e própria função de polícia. Poderia se dizer, aliás, que mesmo a matéria dos procedimentos cautelares constitui a área-limite entre a função jurisdicional e aquela, administrativa, de polícia” (p. 210).

²⁰ “Em certos casos em que o pedido se fundamenta nos meios probatórios particularmente aceitáveis, ou em que a simplicidade ou fragilidade econômica da relação fazem considerar como improvável a existência a favor do réu de sérias razões para contestar o pedido, a lei permite que o autor, para obter os efeitos do procedimento jurisdicional, percorra, em lugar do longo e dispendioso caminho do conhecimento ordinário, atalho de conhecimento sumário. [...] Aqui, portanto, a provisoriedade do primeiro procedimento (sumário) nasce da possibilidade de um último procedimento (definitivo), que pode eventualmente vir a anular ou a modificar os efeitos do primeiro. [...] O procedimento sumário, é, portanto, um procedimento provisório que aspira a tornar-se definitivo: ele nasce provisório, mas na esperança de perde em um determinado ponto esse seu caráter de provisoriedade, e de tornar-se assim, como se tivesse sido criado no processo ordinário, o procedimento que define irrevogavelmente o mérito” (p. 29-32).

instrumento do instrumento ou de atividade de polícia judiciária. A tutela cautelar é uma forma de proteção jurisdicional que, em virtude de urgência, determinada por circunstâncias especiais, deve tutelar a simples aparência do direito posto em estado de risco de dano iminente (BAPTISTA DA SILVA, 2000).

Encerraremos nossa reconstrução história dos expoentes juristas italianos com o célebre processualista Francesco Carnelutti²¹ e suas exposições sobre o processo cautelar com o objetivo de nos aproximarmos do Código de Processo Civil de 1973, o Código Buzaid.

2.1.3 Francesco Carnelutti e a autonomia da tutela cautelar como “*Tertium Genus*”

O Código Buzaid²² reconheceu o processo cautelar como “*tertium genus*”, inspirado na doutrina de Carnelutti, disciplinando-o ao lado do processo de conhecimento e do processo de execução (MITIDIERO, 2017).

Francesco propôs a compreensão do processo cautelar como “*tutela del processo*” – como meio para composição provisória da lide “*mediata attraverso un altro processo*” (CARNELUTTI, 1936). Carnelutti abandona a clássica bipartição dos processos cautelares em conservativos e antecipatórios e passa a adotar a tripartição: processos cautelares inibitórios (*impedire il mutamento probabile di una situazione*), restituitórios (*eliminare il mutamento già avvenuto di una situazione*) e antecipatórios (*anticipare il mutamento probabile o anche soltanto possibile di una situazione*) (MITIDIERO, 2017).

Carnelutti observou que a ação cautelar seria um direito da parte em face do juiz, embora tenha partido do pressuposto de que a tutela cautelar visaria à tutela do processo e não diretamente à proteção de um direito material. Dessa forma, o direito alegado na ação cautelar não seria diferente daquele que deva ser tutelado no processo definitivo, fiel ao seu pressuposto de que o processo cautelar apenas visa a compor provisoriamente a lide enquanto não sobrevém a sua definitiva resolução (MITIDIERO, 2017).

Outrossim, podemos afirmar que conquanto a independência do processo cautelar em relação ao processo de conhecimento e de execução, proposto por Carnelutti, tenha

²¹ Francesco Carnelutti (1879 – 1965), requintado processualista italiano responsável, conjuntamente com Piero Calamandrei, sob o convite de Mussolini, para liderar a elaboração do novo Código de Processo Civil Italiano, em 1942. Além disso, escreveu clássicos como *Studi di diritto processuale* (1925-28) *Del processo di cognizione* (1926) *Teoria generale del diritto* (1940), *Istituzioni del nuovo processo civile italiano* (1942), *Diritto e processo* (1958).

²² O Código de Processo Civil de 1973 ficou conhecido como o Código Buzaid, em virtude de que um dos principais elaboradores deste era o jurista brasileiro Alfredo Buzaid (1914 – 1991).

influenciado diretamente a elaboração do Código Buzaid, existem críticas a serem tecidas sobre a teorização proposta pelo jurista italiano.

No que concerne à particularização do processo cautelar em face do de conhecimento e execução pelo seu fim preventivo. Cautela e prevenção não são palavras sinônimas. A assecuração, como pressuposto do processo cautelar, prevê a ocorrência de um dano, portanto repressiva. Por sua vez, a prevenção visa a evitar a prática, reiteração ou continuação de um ilícito, como é característica da tutela preventiva (MITIDIERO, 2017). A tutela preventiva não prescindiria a existência de nenhuma outra forma de tutela, sendo, nesse viés, tutela bastante em si própria.

Por outro lado, a tripartição dos processos cautelares inibitórios, restituitórios e antecipatórios é deficitária no momento que compara duas formas de tutela (inibição e restituição) com uma técnica processual para viabilizar o alcance de determinado resultado (antecipação) (MITIDIERO, 2017).

Finalmente, em convergência com os pensamentos de Chiovenda e Calamandrei, Carnelutti (1957, p. 44) compreende o processo cautelar como “*tutela del processo mediata attraverso um altro processo*” e nega que o processo cautelar vise tutelar o próprio direito material.

A obrigação de demonstrar a importância da compreensão e explicação das origens do processo cautelar italiano, através da escola processualística em que pertenceram Chiovenda, Calamandrei, Carnelutti, como também Liebman, Michelli, Capelletti e tantos outros, se faz fundamental para debatermos a influência de que o Código de Processo Italiano de 1942 acabou inspirando a doutrina brasileira a formular o Código de Processo Civil Brasileiro de 1973.

Podemos afirmar que a recepção do modelo do Código de Processo Civil Italiano de 1942, já no Anteprojeto de Alfredo Buzaid, foi de grande recepção pela doutrina brasileira, ainda que com ressalvas. Assim, deve se dar atenção às primeiras elucidações da ordem jurídica brasileira da época faz-se necessária, a fim de reconhecer quais as premissas utilizadas no debate italiano puderam formular as bases do processo cautelar nacional e sua paulatina desvinculação entre este instituto e a antecipação dos efeitos da tutela.

2.1.4 Galeno Lacerda e a natureza cautelar de todas “liminares”

Galeno Lacerda²³ foi um dos críticos mais influentes na processualística brasileira e apontou que o projeto de novo Código se mostrara sensível às sugestões de processualistas em torno da doutrina italiana -. Segundo ele, Calamandrei, anteriormente, já recomendava nas conclusões de seu célebre livro "*Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*" (1936) um revigoramento do sistema cautelar italiano, mediante adoção de um poder geral de cautela, com uniformidade de procedimento sumário (LACERDA, 1981).

Todavia, para Galeno (1981), devemos a Enrico Tullio Liebman²⁴ e, principalmente, a Francesco Carnelutti a tomada de posição mais autorizada sobre a matéria. Nas palavras de Galeno, o primeiro defende a unidade do procedimento cautelar, mostra-lhe os caracteres distintivos e conclui por afirmá-lo como "*tertium genus*", em face dos processos de cognição e de execução.

Por outro lado, segundo Galeno, Carnelutti, em seu último e monumental Tratado (CARNELUTTI, 1953), ao retificar conceitos anteriormente emitidos sobre o tema, explica os motivos técnicos pelos quais a autonomia deve referir-se ao *processo* e não propriamente ao *procedimento*, a fim de destacar sua autonomia em confronto com o processo *principal* e, portanto sua distinção dos *procedimentos especiais*, que se enquadram no processo de cognição. Bem andou, pois, Alfredo Buzaid na denominação que deu ao Livro III do Código, colocando a tutela cautelar no mesmo nível dos processos de conhecimento e de execução. Acolheu os ensinamentos da doutrina italiana, coroada pela lição do grande mestre Carnelutti (LACERDA, 1981).

Lacerda, então, afirma que o Código de Processo Civil de 1973 seguiu os passos da doutrina majoritária, em especial, Piero Calamandrei, para quem a medida cautelar é provisória quanto à finalidade. O caráter provisório decorreria de sua natureza temporária e transitória. Acentua Liebman à relação complementar, isto é, a uma ação principal, já proposta ou a propor (LACERDA, 1981).

Nesse sentido, o jurista gaúcho realizou sua própria classificação das medidas cautelares, as quais seriam divididas de três formas: segundo a finalidade (quanto à prova, aos bens e mediante antecipação provisória da prestação jurisdicional), segundo a posição

²³ Galeno de Vellinho Lacerda, processualista gaúcho, formado pela UFRGS (1943), foi Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do RS, foi também premiado como renomado jurista brasileiro, em 1999, com o prêmio Doutor Honoris Causa pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Sua mais notável obra é *Despacho Saneador* (1953)

²⁴ Enrico Tullio Liebman (1903 - 1986) foi um importante jurista italiano. Suas obras exerceram bastante influência no direito processual civil brasileiro, sendo um dos maiores defensores da teoria eclética do direito de ação. O Código de Processo Civil brasileiro de 1973 seguiu suas teorias em virtude da influência de Alfredo Buzaid. Entre suas principais obras estão: *Le opposizioni di merito nel processo d'esecuzione*, *Efficacia ed autorità della sentenza*, *Manuale di diritto processuale civile* e *Problemi del processo civile*.

processual e o caráter da medida (antecedentes ou incidentes) e, por fim, segundo a natureza da tutela cautelar (jurisdicional ou administrativa/voluntária) (LACERDA, 1981).

Assevera Galeno (1981) que as medidas cautelares, por sua natureza puramente processual, mexeriam a fundo com a complexa teoria dos atos processuais e converge com o entendimento adotado por Carnelutti, no que tange à conexão entre as lides principal e cautelar. Entre elas ocorre aquela espécie de conexão que se define como *contingência*. Com efeito, entre elas, dos três elementos fundamentais da relação processual, dois se apresentam idênticos: sujeitos ou partes, e na causa, que é o fato do conflito. Difere apenas o objeto: no processo principal, o bem material controvertido; no cautelar, a necessidade de segurança para o resultado útil daquele processo.

Além disso, afirmou que do fato jurídico da lide cautelar brota o direito subjetivo processual de ação cautelar. Esta, na verdade, não se confunde com a ação principal, não só porque se refere a um aspecto peculiar da lide, senão porque seu objeto é diverso, como se viu, ou aparentemente idêntico, encarado sob outra perspectiva que é a segurança diante do “*periculum in mora*” (LACERDA, 1981).

Em novo momento de sua carreira jurídica, Galeno Lacerda passou a tecer comentários mais críticos em relação à estrutura do Código de Processo Civil de 1973, além de entender que os dispositivos acerca da tutela cautelar não condiriam com a realidade jurídica da época.

A seguir, uma revisão crítica proposta pelo processualista gaúcho: “Nosso código inovou o sistema tradicional e modelou a programação da matéria pelo desdobramento de um programa de cátedra. Considerando que a doutrina distingue em três funções na jurisdição: *de conhecimento*, *de execução*, e *cautelar*, incidiu no equívoco de transformá-las nos três primeiros e fundamentais livros da codificação. E, assim, a parte geral foi colocada no processo de conhecimento, quando, na verdade, ela é comum a todas as funções (LACERDA, 1992).

O Código atribuiu a cada função o título de “processo” tratado em “livros” separados, como se elas fossem de todo estanques e autônomos, o que, positivamente, não é certo, e atenta contra a adequação do procedimento às peculiaridades da relação ou da situação material (LACERDA, 1992).

Se conhecimento e execução se mesclam, assim, no sentido de afinar e de adaptar a dinâmica do processo às peculiaridades do caso concreto, com muito mais razão o mesmo deverá acontecer com a função cautelar, a qual, por sua própria natureza de tutela, de segurança, com vistas a garantir o resultado útil das demais funções, deve, necessariamente, se traduzir em vigilância permanente do juiz ao longo de todos os processos e, por isso, não

calha de modo nenhum, ofende sua natureza, espartilhar e sufocar as cautelas sob o formalismo de um processo separado e autônomo (LACERDA, 1992).

A análise que acaba de ser feita demonstra como a função cautelar não pode figurar em livro à parte, sob forma de ação e procedimentos próprios, quando, na verdade, ele pode efetivar-se mediante simples ato judicial direto, mesmo de ofício, em todo e qualquer procedimento, seja de cognição, de execução, especial ou voluntário, regulado pelo Código ou por lei extravagante (LACERDA, 1992).

Nesse diapasão, Galeno (1992) asseverava que a matéria exigiria profunda revisão. Ele não contestava a utilidade de um procedimento próprio para as medidas cautelares, mas apenas para antecedentes – hoje tutela de urgência cautelar requerida em caráter antecedente – ao processo e para as que exigissem rito especial.

Diante disso, o que verificaria, em suma, é que os dispositivos do Código sobre a função cautelar não condiriam com a realidade, e urgiria modificá-los. O erro lógico mais frequente consiste na generalização dos dispositivos, sem atentar-se para o caráter altamente heterogêneo das medidas cautelares, que podem ser jurisdicionais ou voluntárias, antecedentes ou incidentes ao processo principal, concernirem à segurança da prova ou dos bens, ou consistir em antecipação provisória da prestação jurisdicional – cada uma dessas espécies a apresentar peculiaridades, que repele normas genéricas e globais (LACERDA, 1992).

É nítida a inclinação de Galeno Lacerda (1981) aos ensinamentos da escola italiana como, por exemplo, sua manifestação de que as providências cautelares constituiriam zona fronteira entre a função jurisdicional e a administrativa, de polícia.

Medidas cautelares deveriam se traduzir em vigilância permanente do juiz ao longo de todos os processos, dessa forma, não haveria o porquê de formalizá-las em processo autônomo. Para Galeno, a função cautelar é uma função permanente, concomitante às demais e que nelas se interpenetra, como resulta de uma análise global de nosso sistema.

Entretanto, há de se fazer a ressalva de que Galeno ainda supunha que a técnica antecipatória de tutela era classificada como medida cautelar de segurança mediante antecipação provisória da prestação jurisdicional. Para Lacerda, no processo moderno, mediante a criação de procedimentos dotados de liminar, a qual nada mais é do que um ato que torna manifesta a função cautelar do magistrado, quando presentes o risco de lesão e a verossimilhança do direito ameaçado. Neste sentido, todas as liminares possuem, sem dúvida, natureza cautelar (LACERDA, 1993).

2.1.5 Humberto Theodoro Júnior e o Estado como “fornecedor” da tutela cautelar

Outro grande jurista brasileiro atinente ao tema é Humberto Theodoro Júnior²⁵. Vinculado às idéias de Carnelutti, entende que o processo cautelar como uma nova face da jurisdição e como um “*tertium genus*”, contendo a um só tempo as funções do processo de conhecimento e de execução, e tendo por elemento específico a prevenção (THEODORO JÚNIOR, 2014).

Enquanto o processo principal (de cognição ou de execução) busca a composição da lide, o processo cautelar contenta-se em outorgar situação provisória de segurança para os interesses dos litigantes (THEODORO JÚNIOR, 2014). Conforme preceito de Carnelutti, ao processo cautelar caberia uma função “auxiliar e subsidiária” de servir à “tutela do processo principal, onde será protegido o direito e eliminado o litígio.

Dessa forma, a atividade cautelar dirigir-se-ia à segurança e garantia do eficaz desenvolvimento e do profícuo resultado das atividades de cognição e execução, concorrendo, dessa maneira, para o atingimento do escopo geral da jurisdição (THEODORO JÚNIOR, 2014).

Assim como os mestres italianos, Theodoro classifica a tutela cautelar sob quatro peculiaridades: a instrumentalidade, a provisoriedade, a revogabilidade e a autonomia.

O processo principal tem por escopo a definitiva composição da lide, enquanto o cautelar apenas visa afastar situações de perigo para garantir o bom resultado daquela mesma composição da lide. Na verdade, o processo principal busca tutelar o direito, no mais amplo sentido, cabendo ao processo a missão de tutelar o processo, de modo a garantir que o seu resultado seja eficaz, útil e operante (THEODORO JÚNIOR, 2014). É instrumental a função cautelar, porque não se liga à declaração de direito, nem promove a eventual realização deste. A dependência é expressa no art. 796, do Código de Processo Civil de 1973²⁶.

Humberto garante que a provisoriedade das medidas cautelares têm duração temporal limitada àquele período de tempo que deverá transcorrer entre a sua decretação e a superveniência do provimento principal ou definitivo. Por sua natureza, estão destinadas a ser absorvidas ou substituídas pela solução definitiva de mérito (THEODORO JÚNIOR, 2014).

²⁵ Humberto Theodoro Júnior, processualista mineiro, formado pela UFMG (1989), Professor titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da UFMG. Entre suas principais obras estão: A Execução de Sentença e a Garantia do Devido Processo Legal, As Inovações no Código de Processo Civil e As novas reformas do Código de Processo Civil.

²⁶ Art. 796. O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente.

Com base nos artigos 805²⁷ e 807²⁸, do Código de Processo Civil de 1973, Theodoro Júnior afirma que é característica da medida cautelar como provimento emergencial de segurança a possibilidade de substituição, modificação ou revogação, a qualquer tempo. A mutabilidade e a revogabilidade da medida cautelar são de sua própria natureza, se desaparece a situação fática que levou o órgão jurisdicional a acautelar o interesse da parte, cessa a razão de ser da precaução (THEODORO JÚNIOR, 2014).

Por fim, aduz o jurista brasileiro que é inegável a autonomia técnica do processo cautelar. A autonomia do processo, em suas palavras, mais se destaca quando se verifica que o resultado de um não reflete sobre a substância do outro, podendo, muito bem, a parte que logrou êxito na ação cautelar sair vencida na ação principal, ou vice-versa (THEODORO JÚNIOR, 2014).

Diante do exposto acerca de Humberto Theodoro Júnior, sem sombra de dúvidas, vemos seu posicionamento no que se refere à tutela cautelar como um a escopo servir o interesse público na defesa do instrumento criado pelo Estado. Essa visão assemelha-se, e muito, com o caráter publicista, de Chiovenda, e um exagerado poder de polícia, proposto por Calamandrei. Além disso, une-se à Carnelutti ao ratificar o entendimento de que o processo cautelar, na visão do então Código Buzaid, é visto com a autonomia de um “*tertium genus*”.

Com o objetivo de demonstrar a receptividade da doutrina italiana e a sua conseqüente influência no Código de Processo Civil de 1973, encerramos esse capítulo com os posicionamentos de outro grande processualista brasileiro, José Roberto dos Santos Bedaque²⁹.

2.1.6 José Roberto Bedaque e a similaridade do poder cautelar com o “*Contempt of Court*”

Bedaque (2001) define a tutela cautelar como a providência requerida antes ou no curso do processo de cognição ordinária, destinada a neutralizar perigos que possam

²⁷ Art. 805. A medida cautelar poderá ser substituída, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pela prestação de caução ou outra garantia menos gravosa para o requerido, sempre que adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente.

²⁸ Art. 807. As medidas cautelares conservam a sua eficácia no prazo do artigo antecedente e na pendência do processo principal; mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas.

²⁹ José Roberto dos Santos Bedaque, professor titular de Direito Processual da USP, foi Desembargador do TJSP e hoje é advogado. Integrou a Comissão de Juristas encarregada de elaborar o anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Entre suas principais obras estão: *Efetividade do Processo e Técnica Processual* (2010), *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)* (2009) e *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo* (2012).

comprometer a efetividade (ou *a fruttosità*) do resultado final, em razão do tempo necessário para alcançá-lo.

Convergindo com Galeno e Theodoro Júnior, entende que as características fundamentais dessa modalidade de tutela são a instrumentalidade, a provisoriedade e a sumariedade. Guarda com a tutela final relação de subordinação instrumental, pois visa a preservar sua efetividade pelo quê carece de autonomia. Por isso é provisória ou interina, ou seja, deixa de existir se o direito, para cuja proteção foi admitida, não for reconhecido no final, no provimento definitivo. Tendo em vista a urgência que lhe é inerente, a tutela cautelar se caracteriza pela sumariedade da cognição (BEDAQUE, 2001).

A partir de um comparativo entre os sistemas da *Civil Law* e da *Common Law*, Bedaque (2001) demonstra as diferenças no que se refere à tipicidade ou atipicidade das medidas cautelares. No sistema de *Common Law*, optou-se por conferir ao juiz o poder de escolha do mecanismo mais adequado ao caso concreto, a fim de garantir a efetividade da tutela jurisdicional. Não há, em princípio, medidas determinadas. A noção desse amplo poder cautelar está fundada no *contempt of Court*, que admite a utilização de qualquer meio, por parte do juiz, para afastar óbices ao normal desenvolvimento da atividade jurisdicional.

Dessa forma, José Roberto conclui que o poder geral de cautela do juiz nos sistemas inglês e norte-americano é o mais amplo possível (BEDAQUE, 2001).

Ao trazer a discussão para o alvitre do processo italiano, Bedaque assevera que enquanto no direito italiano não se regulamentou o poder geral de cautela no Código de 1865, havendo ainda hoje discussões a respeito de sua existência no sistema processual, os ordenamentos inglês e norte-americano o admitem incluído no *contempt of Court*.³⁰

Haveria, dessa forma, dois sistemas facilmente distinguíveis. Aquele que regula o poder cautelar geral do juiz e o que estabelece medidas cautelares típicas. No sistema da *Civil Law* a tendência, todavia, é de tipificar as modalidades de tutela cautelar mediante previsão das situações que comportam a proteção assecuratória (BEDAQUE, 2001).

Para Bedaque (2001), todas as medidas cautelares podem ser identificadas pelas características comuns: sumariedade da cognição, provisoriedade e instrumentalidade em relação ao provimento de cognição plena.

Fala-se em provisoriedade no sentido de que os provimentos cautelares não são idôneos a regulamentar definitivamente a relação de direito material controvertida. Destinam-se a produzir efeitos pelo tempo necessário à prolação do provimento final. Por isso, não

³⁰ *Contempt of Court* pode ser classificada como uma ofensa ou desobediência com relação ao Tribunal, de forma que esse comportamento desafia a autoridade, a justiça e a dignidade do Tribunal.

possuem autonomia, mantêm-se ligados à tutela definitiva, que depende de cognição exauriente.

Embora arraigado pela doutrina italiana, Bedaque (2001) destaca que a tutela cautelar de urgência deve ser incluída no âmbito de proteção que a Constituição Federal confere ao direito de ação, que, em última análise, é direito de acesso às garantias do devido processo legal ou devido processo constitucional. A garantia constitucional da tutela jurisdicional somente se cumpre efetivamente se forem asseguradas plenas condições de obtenção tempestiva da proteção requerida.

Diante da reconstrução histórica proposta através de notáveis juristas como Chiovenda, Calamandrei e Carnelutti, no que se refere à construção da origem do processo cautelar italiano, e as incorporações de suas respectivas idéias, refletidas no processo civil brasileiro e que geraram grande influência no Código Buzaid, pelo meio de renomados processualistas como Galeno Lacerda, Humberto Theodoro Júnior e José Roberto dos Santos Bedaque, passaremos a expor sobre os anseios da doutrina brasileira a respeito da obscura distinção entre o Processo Cautelar e a Antecipação da Tutela.

2.2 A DISTINÇÃO ENTRE PROCESSO CAUTELAR E ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

2.2.1 Teori Zavascki e as medidas acautelatórias

Adentraremos nas questões relativas às diferenças entre a tutela cautelar e a antecipação de tutela através de um dos grandes processualistas brasileiros do século XX e XXI, chamado Teori Albino Zavascki³¹.

Teori Zavascki firma suas raízes sobre a função jurisdicional a partir dos direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988. Ao afirmar que esta função é prometida pelo Estado em contrapartida com a vedação da autotutela (“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, art. 5º, LIV), aquele assume o compromisso de apreciar toda e qualquer “lesão ou ameaça de direito” (art. 5º, XXXV). Tem-se aí a promessa de tutela para um ilimitado espectro de situações em que o indivíduo possa se encontrar: ela se destina não apenas a reparar a lesão que alguém tenha sofrido em seu direito (tutela

³¹ Teori Albino Zavascki, jurista gaúcho, formado na UFRGS (1971), mestre e doutor em Direito Processual Civil, foi também professor, Desembargador no TRF4 (2001 – 2003) e Ministro do Superior Tribunal de Justiça (2003 – 2012) e do Supremo Tribunal Federal (2012 – 2017). Morreu no ano de 2017, em um grave acidente aéreo, na cidade de Paraty, RJ. Seu principal livro foi *Antecipação da Tutela* (1999).

reparatória ou sancionatória), mas até mesmo a evitar que tal lesão venha a ocorrer (tutela preventiva) (ZAVASCKI, 2008).

Nessa esteira, juntamente com entendimento de que qualquer lesão ou ameaça de direito será tutelada pelo Estado, Teori (2008) afirma que esta função deverá ser oportunizada aos litigantes com igualdade de condições, a oportunidade de formular suas razões de ataque e de defesa em face do litigante adversário, produzir provas, interpor recursos, enfim, utilizar amplamente os meios apropriados a fazer com que o prato da balança penda em seu favor.

Uma tutela-padrão oferecida pelo Estado, ao olhar de Zavascki (2008), deveria deter duas características essenciais: (a) construída no âmbito de um processo com *cognição exauriente*³²; e, assim construída e prestada, (b) além de assumir caráter de *definitividade*. O procedimento comum ordinário, por que se presta à cognição integral, seja no plano horizontal, seja no plano vertical (cognição plena e exauriente, portanto), é considerado “o arquétipo dos processos jurisdicionais civis”, o modelo para os outros processos de cognição (ZAVASCKI, 2008, p. 20).

Acerca do conceito de cognição plena e exauriente, válida a citação de Kazuo Watanabe (2000, p. 85):

[...] a solução definitiva do conflito de interesses é buscada através de provimento que se assente em cognição plena e exauriente, vale dizer, em procedimento plenário quanto à extensão do debate das partes e da cognição do juiz, e completo quanto à profundidade dessa cognição. Decisão proferida com base em semelhante cognição propicia um juízo com índice de segurança maior quanto à certeza do direito controvertido, de sorte que a ela o Estado confere autoridade de coisa julgada.

Somada a um processo em que as partes tiveram oportunidade de exercer o direito à cognição exauriente, a tutela jurisdicional que daí decorre assumirá caráter definitivo em relação aos litigantes, assume caráter de imutabilidade. Desta feita, para o jurista gaúcho, a tutela jurisdicional prometida na Constituição é a tutela de cognição exauriente, que persegue juízo o mais aproximado possível da certeza jurídica, bem como é a tutela definitiva, cuja imutabilidade confere adequado nível de estabilidade às relações sociais; é, em suma, tutela que privilegia o valor da segurança (ZAVASCKI, 2008).

Após ater-se à tutela-padrão a ser conferida pelo Estado às partes, Teori (2008) assenta sobre a realidade processual comum ao Brasil e a outros ordenamentos jurídicos no que se refere à demora da concessão desta tutela, de forma não instantânea. Assim, diante do

³² Pode ser visualizada em dos planos distintos: horizontal e vertical. No plano horizontal, a cognição pode ser plena ou limitada. No plano vertical, a cognição pode ser sumária ou exauriente.

comprometimento da eficácia da prestação jurisdicional, faz-se necessária a adoção de medidas acautelatórias.

As referidas medidas acautelatórias outorgam providências de duas raízes, quer sejam as antecipatórias do gozo do direito reivindicado, quer sejam de garantia para a futura execução. No entanto, essas espécies de tutelas jurisdicionais supõem a existência de uma situação de risco embaraço à efetividade da jurisdição, tais como risco de dano ao direito, risco de ineficácia da execução, obstáculos que o réu maliciosamente põe ao andamento normal do processo e assim por diante (ZAVASCKI, 2008).

Diante deste risco, contraposto à entrega de uma tutela em tempo e em condições inadequadas a certos casos, surge a tutela provisória, em contraposição à tutela-padrão, aquela formada à base de cognição sumária, no que diz respeito à profundidade.

A cognição sumária é própria da tutela jurisdicional não autônoma, de caráter temporário, inapta a formar coisa julgada material, sempre relacionada a uma tutela definitiva à qual serve. Ao contrário da tutela-padrão, que tem a marca da definitividade, assim considerada pela sua imutabilidade jurídica - coisa julgada -, a tutela especial ora em exame é concedida em caráter precário e com a condição de vigorar por prazo determinado (ZAVASCKI, 2008).

Sob seu prisma, Teori Zavascki (2008) assevera que as medidas antecipatórias e cautelares são tecnicamente distintas. Em suma, há casos em que apenas a certificação do direito está em perigo, sem que sua satisfação seja urgente ou que sua execução esteja sob risco; há casos em que o perigo ronda a execução do direito certificado, sem que a sua certificação esteja ameaçada ou que sua satisfação seja urgente. Em qualquer de tais hipóteses, garante-se o direito, sem satisfazê-lo. A tutela cautelar é garantia.

Por conseguinte, há casos em que, embora nem a certificação nem a execução estejam em perigo, a satisfação do direito é, todavia, urgente, dado em que a demora na fruição constitui, por si, elemento desencadeante de dano grave. Essa última é a situação de urgência legitimadora da medida antecipatória. A tutela antecipada é satisfativa (ZAVASCKI, 2008).

Pinceladas as premissas do ex-ministro quanto às características distintivas entre a tutela cautelar e a antecipação de tutela, cabe agora o engrandecimento do tema proposto pelo posicionamento do extraordinário jurista da processualística gaúcha, Ovídio Araújo Baptista da Silva³³.

³³ Ovídio Araújo Baptista da Silva (1929 – 2009), nascido em São Borja/RS, foi Bacharel na UFRGS (1954), Doutor em Direito (1977) e Professor titular de Direito Processual Civil (1980 – 1998), na mesma instituição. Lecionou em diversas universidades no Brasil, além de ter sido fundador e professor dos cursos de

2.2.2 Ovídio Araújo Baptista da Silva e a “temporiedade” da tutela cautelar

Ovídio, sem sombra de dúvidas, foi um dos maiores revolucionários no que se refere ao conceito de tutela cautelar e suas decorrentes distinções, no direito processual brasileiro. Suas teses, a seguir expostas, foram determinantes para se aproximar do conceito que hoje detemos acerca da tutela cautelar.

Em seu célebre livro “Do Processo Cautelar” (2001), o mestre gaúcho arquiteta seu posicionamento, no que concerne a teoria da tutela cautelar, em cinco pressupostos: a sumariedade da cognição; a iminência de dano irreparável; a temporiedade; a situação cautelanda e a sentença mandamental.

A existência de cognição sumária, imposta pela natureza da tutela cautelar, insere-a definitivamente na classe dos processos sumários (BAPTISTA DA SILVA, 2001). A cognição exauriente que o magistrado tivesse de desenvolver, quando ele fosse convocado para prestar a tutela cautelar, além de supérflua e inútil, seria incompatível com a urgência que se presume, invariavelmente, como elemento constante para o cabimento da tutela cautelar. Ora, tal exigência torna inadequado o procedimento ordinário (BAPTISTA DA SILVA, 2001).

Somente um processo célere, simplificado e ágil poderá responder às exigências impostas pela tutela cautelar. O processo cautelar corresponde, em verdade, a uma dupla sumarização: uma formal, outra substancial (BAPTISTA DA SILVA, 2010). Baptista acreditava que toda medida cautelar, adotada sob o signo da urgência sustentar-se-ia necessariamente num juízo de simples verossimilhança, traduzido em cognição sumária, mas nem todas as formas de cognição sumária serão, só por isso, cautelares (BAPTISTA DA SILVA, 2001).

Ovídio Baptista afirmava que a tutela cautelar é uma tutela essencialmente preventiva de proteção jurisdicional, destinada a preservar a incolumidade dos direitos ou de algum interesse legítimo, ante uma situação de emergência que os coloque em posição de risco iminente de periclitación (BAPTISTA DA SILVA, 2010).

Na verdade, se quiséssemos resumir num conceito unitário todos os pressupostos legitimadores da tutela cautelar, de que ora nos ocupamos, poderíamos dizer que, em questão

especialização e mestrado na PUCRS. Foi membro da Academia Brasileira de Direito Processual Civil. É considerado no Brasil e no exterior como um grande estudioso do Direito, tendo se dedicado especialmente ao exame dos aspectos ideológicos do processo. Entre suas grandes obras estão: “*A ação cautelar inominada no direito brasileiro*” (1979), “*Comentários ao Código de Processo Civil*” (1985), “*Teoria Geral do Processo Civil*” (1983) e “*Do Processo Cautelar*” (1996).

de tutela cautelar, o que se busca é o tratamento processual dessa pressão temporal determinada pela urgência (BAPTISTA DA SILVA, 2001).

O contraste existente entre as formas comuns de tutela processual e as técnicas de sumarização utilizadas pelo direito processual nada mais é do que o empenho, constantemente renovado pela ciência do Direito, de reduzir a influência do tempo, de que o processo nunca poderá prescindir inteiramente, em sua função de dar realização prática ao direito.

Neste sentido, poderíamos, sob o ponto de vista lógico, antepor o que a doutrina indica como *periculum in mora*, uma vez que a sumariedade da cognição (“*fumus bonus iuris*”) é, em verdade, determinada pela situação de dano iminente a que se encontra exposto o direito provável a ser protegido pela tutela cautelar (BAPTISTA DA SILVA, 2001).

A tutela cautelar é dimensionada como uma tutela de simples segurança e nasce como uma resposta a esses estados emergenciais. Nesse diapasão, portanto, para que o juiz possa determinar uma medida cautelar será a prova de existência de um estado perigoso, capaz de ameaçar seriamente a incolumidade de um determinado direito da parte, seja por ato voluntário da outra parte, seja em decorrência até mesmo de ato de terceiro ou de algum fato natural (BAPTISTA DA SILVA, 2010). A doutrina dominante, para indicar esse requisito a que denominamos estado perigoso, emprega o conceito de “*periculum in mora*”. No entanto, Ovídio Baptista (2008) prefere denominar essa situação de urgência como “*risco de dano iminente*”.

Nesse sentido, pertinente a remissão aos ensinamentos de Calamandrei quanto às diferentes situações entre o *perigo de dano* e o *perigo na demora/tardança*. Para o jurista italiano, o elemento de urgência que prescindiria a tutela de uma medida cautelar é centrado no *periculum in mora*, dividido em duas espécies de perigo de dano.

Diante de uma situação de necessidade de urgência, Calamandrei classificou os provimentos cautelares em conservativos e satisfativos e, por conseguinte, haveria dois tipos de *periculum in mora*, perigo de infrutuosidade (“*pericolo di infruttosità*”) e perigo de tardança (“*pericolo di tardività*”).

Cada um desses “*pericolos*” seria cabível diante um tipo de provimento cautelar. Enquanto o perigo de infrutuosidade estaria vinculado à situação em que se visa assegurar a possibilidade de fruição eventual e futura do direito acautelado, o perigo de tardança estaria intimamente ligado à satisfação do direito pleiteado em juízo.

Em suma, enquanto a tutela cautelar, entendida por Calamandrei como provimento cautelar conservativo, tenderia a extinguir um perigo de dano de infrutuosidade, a antecipação

da tutela, entendida por Calamandrei como provimento cautelar satisfativo, tenderia a eliminar o perigo de tardança ou perigo da demora na tutela jurisdicional.

Retornando ao processualista gaúcho, se a urgência deve ser uma condição permanente, para ter lugar esse tipo de proteção jurisdicional, dado que a medida cautelar há de responder invariavelmente a um estado de risco iminente de dano, a cognição judicial que instrumentaliza a respectiva sentença terá de ser, necessariamente, sumária, pois as formas ordinárias de procedimento nunca poderiam oferecer uma solução pronta e eficaz, condizente com a situação de perigo (BAPTISTA DA SILVA, 2010).

Dessa forma, Ovídio (2010) determina que a demanda cautelar define-se, precisamente, por responder a um estado de perigo e urgência, preferencialmente chamado por ele de *iminência de dano*, não previsto pelo legislado, capaz de por em risco a incolumidade de uma situação de direito material ou mesmo de direito processual.

Costuma-se afirmar que a característica que particularmente define a medida cautelar está na *provisoriedade*, enquanto não sobrevinha a sentença definitiva. Todavia, Ovídio assevera uma distinção básica e que necessariamente precisa ser feita aos ensinamentos de Calamandrei, entre o que é provisório e o que é temporário.

Tanto o que é provisório, quanto aquilo que é temporário, não são feitos para durar sempre, não tem caráter definitivo. Diz-se que uma coisa é temporária quando ela não se destina a durar sempre, enquanto as coisas provisórias são igualmente temporárias, com a diferença, porém, de serem feitas para se substituírem por outras definitivas (BAPTISTA DA SILVA, 2010).

Nesse viés, há uma referência à Carnelutti no sentido de que este indicou o provimento cautelar como uma forma provisória da lide, e à Calamandrei, preocupado com o caráter instrumental da tutela cautelar. Ambos vincularam a provisoriedade da duração dos provimentos cautelares à emanção da sentença de mérito.

Nas palavras de Ovídio (BAPTISTA DA SILVA, 2010), a medida cautelar não tem por função proteger a jurisdição ordinária, mas, ao contrário, sua missão é dar proteção a um direito da parte, enquanto perdurar o estado perigoso que a provocou.

Não há aqui nenhuma ideia de *provisoriedade*, mas simplesmente a outorga de uma tutela temporária, concedida pelo magistrado enquanto durar enquanto persistir o *estado perigoso*. Se esse estado de perigo ou de periclitção, no interesse da parte, eventualmente, desaparecer em razão da sentença de mérito, isso não significa que a medida cautelar haja desempenhado uma função instrumental em relação à sentença definitiva.

Em virtude disto, Ovídio (BAPTISTA DA SILVA, 2010) rechaça a tese de Calamandrei no que se refere à existência de um vínculo indissolúvel de preordenação entre o provimento cautelar e o provimento definitivo, de modo a caracterizar o primeiro como um instrumento do segundo.

Partindo de um pressuposto de ausência de instrumentalidade, surge para Ovídio (2008), a possibilidade da doutrina moderna acerca da tutela cautelar conceder uma medida cautelar pelo juiz sem a necessidade da parte promover, a seguir, um processo principal que a confirme ou a revogue, qual seja, uma medida cautelar inominada.

Sendo a tutela cautelar uma proteção outorgada pela ordem jurídica contra o estado perigoso, e devendo, em razão desse caráter de instrumentalidade, durar somente enquanto persistir a situação de ameaça ao direito da parte que a obteve, em princípio não poderá qualquer medida cautelar se revestir de um cunho de irreversibilidade, de modo que não possa desaparecer com o desaparecimento do estado perigoso, sem deixar vestígios definitivos capaz de mutilar o eventual direito da parte que haja sofrido seus efeitos.

Por esse ângulo, a exigência de que a tutela cautelar não crie uma situação fática definitiva, ou uma situação cujos resultados sejam irreversíveis, é uma contingência que promana de sua característica de ser uma forma de tutela processual que deverá perdurar enquanto dure o estado perigoso, não podendo ultrapassá-lo no tempo, sob pena de tornar-se arbitrária e lesiva ao direito da parte que a suporta (BAPTISTA DA SILVA, 2001).

Por fim, no que toca à temporariedade, Ovídio afirma que toda medida cautelar deverá *temporária*, deverá igualmente ser *reversível*, de modo a não outorgar ao requerente, em detrimento da parte contrária, uma situação fática ou jurídica *definitiva*, o que, por si só, invalidaria o próprio requisito de *temporariedade* ou de *provisoriamente*, como pretende a doutrina dominante. A medida cautelar, portanto, há de ser temporária em sua natureza e reversível em seus efeitos.

Quanto à situação acautelanda, podemos afirmar que toda medida cautelar deve ter específica referência a uma situação de direito material ou de direito processual a que se dá proteção. Afirma Ovídio que o requerente da medida cautelar deve ter condições concretas de individualizar qual o interesse eventual protegido pela ordem jurídica que estaria sob ameaça de dano iminente ou irreparável (BAPTISTA DA SILVA, 2010).

Nesse ponto, o célebre jurista gaúcho distancia-se da doutrina majoritária no sentido de esta confundiria a proteção cautelar com tutela do processo e apenas indiretamente e por via reflexa poderia proteger igualmente um direito subjetivo da parte. Além disso, o mestre assegura que o objeto da proteção cautelar há de ser sempre, primariamente, um direito da

parte, ou uma pretensão ou ação, ou até mesmo uma simples exceção substancial (BAPTISTA DA SILVA, 2001).

Tecidas as bases de Ovídio no que cerca o assunto, sua definição de tutela cautelar é a de que esta é uma forma particular de proteção jurisdicional predisposta a assegurar, preventivamente, a efetiva realização dos direitos subjetivos ou de outras formas de interesse reconhecidos pela ordem jurídica como legítimos, sempre que eles estejam sob ameaça de sofrer algum dano iminente e de difícil reparação, desde que tal estado de perigo não possa ser evitado através das formas normais de tutela jurisdicional (BAPTISTA DA SILVA, 2010).

Particularmente e minoritariamente, Ovídio (2010) classifica a tutela cautelar como uma forma essencialmente preventiva de proteção jurisdicional, destinada a preservar a incolumidade dos direitos ou de algum interesse legítimo, ante uma situação de emergência que os coloque em posição de risco iminente de periclitamento.

Nesse ínterim, deixemos claro que o tópico referente à preventividade da tutela cautelar será minuciosamente analisado a seguir, quando a mais nova doutrina brasileira rechaça tal posicionamento em face de uma tutela repressiva.

No entanto, cabe proferir a grandeza do trabalho do jurista em questão, na medida em que, com base nas premissas processuais italianas do tema, firma sua fundamentação e crítica conceituando a tutela cautelar como nova função, qual seja retirar do cerne cautelar a função de proteção e segurança do processo para colocá-lo na proteção do direito aparente da parte em casos de incidência de um risco de dano iminente.

A tutela cautelar, portanto, protegeria o direito e não o processo, como entendia a doutrina majoritária, em virtude de uma situação de urgência, determinada por circunstâncias especiais, devendo-se tutelar a simples aparência do direito posto em estado de risco de dano iminente. Nessa esteira, perpassando aos seus seguidores, a tutela cautelar passa a ser voltada à proteção ou segurança de um direito efetivamente, em contrapartida com a definição de proteção indireta, por via reflexa à tutela do processo.

Na mesma linha adotada por Ovídio Baptista quanto à necessidade de tutela dos direitos em face da tutela do processo, abordaremos as considerações, no que toca ao tema, de outro grande processualista brasileiro da escola moderna do processo civil, chamado Luiz Guilherme Marinoni³⁴.

³⁴ Luiz Guilherme Marinoni, jurista paranaense, Professor titular de direito processual civil na UFPR, Mestre e Doutor em Direito pela USP, Pós-Doutor pela Universidade Estatal de Milão, Ex-Procurador da República e hoje advogado e parecerista. Entre suas grandes obras estão: Tutela cautelar e tutela antecipatória (1992), Efetividade do processo e tutela de urgência (1995), Processo cautelar (2011), Tutela dos Direitos mediante Procedimento Comum (2016) e Tutela dos Direitos mediante Procedimentos Diferenciados (2016).

2.2.3 Luiz Guilherme Marinoni, a reforma de 1994 e a tutela dos direitos

Marinoni ilustra que 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. Nesse sentido, resta demonstrado que a noção clássica de tutela cautelar é tributária do próprio conceito de jurisdição de sua época, apenas voltada a garantir a efetividade da atuação da vontade da lei (MARINONI; ARENHARDT, 2010).

Assim como Ovídio, Marinoni (2010) contrapõe-se à teoria clássica do processo cautelar, a qual não se relacionava a função jurisdicional com a tutela do direito material, a fim de propagar uma teoria que atribui 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.

Marinoni (2010) forma seu entendimento relativamente à tutela cautelar em função do direito material, ao contrário da definição de que a cautelaridade é baseada na provisoriedade ou na circunstância de a tutela ser concedida no curso do processo de conhecimento. A tutela que satisfaz o direito material, ainda que no curso do processo – tutela antecipatória -, não pode ser confundida com a tutela cautelar, pois esta última não tem o escopo de realizar ou satisfazer o direito, mas apenas o de assegurá-lo.

Nesse viés, a tutela cautelar é direito da parte, correlacionada com o próprio direito à tutela do direito. O direito à tutela cautelar não advém do processo. A tutela cautelar não se destina a garantir a efetividade da ação, e por isto mesmo, não pode ser pensada como uma mera técnica processual necessária a lhe outorgar efetividade. O direito à tutela cautelar está situado no plano do direito material, assim como o direito às tutelas inibitória e ressarcitória (MARINONI; ARENHARDT, 2010).

O mestre paranaense afirma que a tutela cautelar assegura a tutela de um direito violado e não pode ser vista como dirigida a assegurar a utilidade do processo (MARINONI; ARENHARDT, 2010). Além disso, a tutela cautelar sempre estaria referida – referibilidade - a uma provável tutela já requerida ou que poderia vir a ser consolidada através da ação principal. Para Marinoni, seguindo os passos de Kazuo Watanabe, afirma que quando não há referibilidade, não existe cautelaridade.

Nesse sentido, inexistindo aquela, nenhum direito é acautelado e nenhuma prestação de segurança (cautelar) é concedida (MARINONI, 2010). O conceito de referibilidade advém da ideia de ligação assecurativa da tutela cautelar à tutela do direito (MARINONI; ARENHARDT, 2010).

Por tal motivo, a tutela cautelar é dita não satisfativa, uma vez que se destina apenas a assegurar a tutela jurisdicional do direito, não sendo capaz de prestá-la ou de satisfazer ou realizar o direito. A tutela cautelar tem como fim assegurar a viabilidade da realização de um direito, não podendo realiza-lo. Assim, a tutela que satisfaz um direito, embora fundada num juízo de aparência, é tutela satisfativa sumária e esta em nada tem a ver com a tutela cautelar (MARINONI, 2010).

Por sua vez, quanto ao perigo de dano, o notável jurista garante que embora o perigo de dano faça surgir uma situação de urgência, tornando insuportável a demora no processo, não há razão para identificar o perigo de dano com *periculum in mora*, como se ambos tivessem o mesmo significado.

O perigo de dano faz surgir o perigo na demora do processo, existindo, aí, uma relação de causa e efeito. Por isto mesmo, para se evidenciar a necessidade da tutela cautelar, não basta alegar *periculum in mora*, sendo preciso demonstrar a existência da sua causa, ou seja, o perigo de dano (MARINONI; ARENHARDT, 2010).

Além disso, o perigo de dano não é suficiente quando a tutela do direito material não é provável ou verossímil. Trata-se de probabilidade relacionada à conhecida locução “fumaça do bom direito”, ou *fumus boni iuris*. Para obter a tutela cautelar, o autor deve convencer o juiz de que a tutela do direito provavelmente lhe será concedida (MARINONI; ARENHARDT, 2010, p. 30).

Tais pressupostos demonstram que a eficácia da tutela cautelar se liga ao perigo de dano, tendo com ele uma relação de temporariedade, como asseverou Ovidio, e não com a sentença de mérito, com a qual teria uma relação de provisoriedade.

Nesse ponto, uma crítica aos ensinamentos do mestre fiorentino no que tange à abstração do processo em relação ao direito material. Calamandrei afirmava que toda decisão que antecipa o julgamento de mérito, por dar regulação provisória à relação jurídica controvertida, teria natureza cautelar. Na doutrina deste, o que define a natureza da tutela é a provisoriedade, pouco importando o resultado que é proporcionado ao autor. É por isso que Calamandrei, ao escrever a sua obra a partir da premissa de que o que define a cautelaridade é a provisoriedade, acabou falando mais da tutela antecipatória do que da tutela cautelar (MARINONI, 2010).

Firmada algumas idéias iniciais sobre o posicionamento de Marinoni, discorreremos sobre a consagração da tutela sumária satisfativa na reforma do Código de Processo Civil de 1994 e a mudança no rumo da processualística brasileira, a partir de então.

Pertinente a distinção, realizada por Luiz Guilherme, entre a tutela cautelar e a tutela antecipatória. A provisoriedade, isto é, o fato de a “decisão” ser dotada de cognição sumária não é a nota que possa servir para essa distinção. A tutela cautelar não pode satisfazer, ainda que provisoriamente, o direito acautelado. A tutela cautelar não pode assumir uma configuração que desnature sua função, pois, de outra forma, estará como simples tutela de cognição sumaria (MARINONI; ARENHARDT, 2005).

Como visto, a tutela cautelar se destina a assegurar a efetividade da tutela satisfativa do direito material. Por esta razão, é considerada pela instrumentalidade e pela referibilidade. A tutela cautelar é instrumento da tutela satisfativa, na medida em que objetiva garantir sua frutuosidade. Além disso, a tutela cautelar sempre se refere a uma tutela satisfativa do direito, que desde logo pode ser exigida, ou que, dependendo do acontecimento de certas circunstâncias, poderá ser exigida (MARINONI; ARENHARDT, 2010).

A tutela antecipatória, porém, é satisfativa do direito material, permitindo a sua realização – e não sua segurança – mediante cognição sumária ou verossimilhança. Na verdade, a tutela antecipatória, de lado hipóteses excepcionais, tem a mesma substância da tutela final, com a única diferença de que é lastreada em verossimilhança e, por isto, não fica acobertada pela imutabilidade inerente à coisa julgada material. A tutela antecipatória é a tutela final, antecipada com base em cognição sumária (MARINONI; ARENHARDT, 2010).

A tutela antecipatória se confunde com a tutela cautelar apenas quando se frisa a característica da provisoriedade. Porém, o elemento provisoriedade serve, no máximo, para caracterizar a situação que concede a tutela no curso do processo, jamais a tutela em si. Não há tutela antecipatória provisória ou tutela cautelar provisória.

A tutela antecipatória satisfaz no plano fático, nada tendo de provisório, como se pudesse vir a ser substituída por uma tutela final. Aliás, como anteriormente visto, nem mesmo a tutela cautelar é provisória, mas sim temporária, estando subordinada à manutenção do estado perigoso indicativo da probabilidade de dano.

Provisória, assim, é a decisão tomada com base na cognição sumária. A decisão provisória não se contrapõe com a tutela final, mas sim à decisão final, isto é, a sentença. A tutela final pode ser *assegurada* pela tutela cautelar ou *satisfeita* (antecipada) pela tutela antecipatória (MARINONI; ARENHARDT, 2010).

Como visualizamos, a distinção entre a tutela antecipatória e a tutela cautelar é evidente. Cabe advertir que a tutela antecipatória foi introduzida no Código de Processo Civil justamente pela razão de que parte da doutrina e a jurisprudência anteriores ao ano de 1994 não admitiam que o autor pudesse obter a satisfação de seu direito mediante a ação cautelar,

que nessa perspectiva seria usada como técnica de antecipação da tutela que deveria ser prestada pelo processo de conhecimento ou pelo processo de execução (MARINONI; ARENHARDT, 2005).

A necessidade de tutela antecipatória, evidenciada mediante o uso distorcido da tutela 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 461, do Código de Processo Civil (MARINONI; ARENHARDT, 2010). Pertinente a transcrição dos dispositivos:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado

§3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A.

§4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.

§6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

§7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

E:

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287).

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

§ 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

Como a prática forense evidenciou a necessidade de uma tutela mais célere, e assim da “antecipação da tutela”, e essa “antecipação” não podia ser obtida por meio da ação cautelar, o legislador corrigiu o Código de Processo Civil para viabilizar tutela tempestiva e efetiva nos casos de “fundado receio de dano” e de “abuso de direito de defesa”, nele inserindo o art. 273 (MARINONI; ARENHARDT, 2005).

Portanto, os artigos 273 e 461 consagraram esta emergência da antecipação da realização dos direitos nos casos de “*periculum in mora*” e de “*abuso do direito de defesa*”, não somente pela razão de que a evolução da sociedade demonstrou que a demora do procedimento comum não era suportável, mas especialmente pelo motivo de que a grande maioria dos doutrinadores e dos tribunais não admitia que a tutela sumária satisfativa fosse prestada debaixo do manto protetor da ação cautelar inominada (MARINONI, 2010).

Pertinente afirmar que Marinoni é um dos grandes expoentes no cenário processual brasileiro, na medida em que seu clássico livro “Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória”, de 1992, foi de grande importância para a reformulação do Código de Processo Civil de 1973. Sua incessante busca pela transposição dos ideais processualísticos em face da tutela dos direitos pode ser perfeitamente elucidada no seguinte trecho: “na perspectiva do consumidor da prestação jurisdicional, o que vale é a tutela do direito, pouco importando que esta venha por meio de uma decisão de cognição sumária o mediante uma decisão de cognição completa e definitiva” (MARINONI, 2010, p. 30).

A fim de encerrarmos este capítulo destinado à distinção entre a tutela cautelar e a tutela antecipatória, enobrecemos o tema com as compreensões do inigualável processualista gaúcho Carlos Alberto Alvaro de Oliveira³⁵.

2.2.4 Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e o surgimento de um novo gênero: a tutela de urgência

Carlos Alberto remete ao Direito Romano as primeiras hipóteses de antecipação dos efeitos materiais, no direito processual, por cognição *prima facie*, em casos de tutela de

³⁵ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (1942 – 2013). Foi Professor titular de Direito Processual Civil nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da UFRGS, Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP), Pós-doutor pela Universidade de Roma. Foi Desembargador do TJRS, além de Advogado e Parecerista. Entre suas obras estão: *Do Formalismo no Processo Civil, Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional e A Tutela de Urgência e o Direito de Família*.

conhecimento. Esta evolução posterior determinou a necessidade sempre maior de procurar se eliminar com presteza o conflito, mediante o emprego de meios reconhecidamente idôneos (ALVARO DE OLIVEIRA, 2010).

Todavia, no seu entendimento, se acentuara no século XX, o entendimento de que o processo era um mal social, um fenômeno enfermo, a ser suprimido da maneira mais rápida possível, principalmente porque sua frequente repetição representa um autêntico perigo para a sociedade.

Nesse sentido, notou-se a desarticulação da finalidade social das atividades jurídicas do Estado. Para Alvaro (2010), um aspecto importante dessa função pacificadora é constituído por uma maior eficiência na administração da justiça, questão que somente pode ser vista a luz da relação de proporcionalidade entre os meios disponíveis e o fim a ser alcançado.

Com a constitucionalização da tutela jurisdicional dos direitos, a ponte entre o direito material e o processual dá-se por meio do direito fundamental de tutela, instrumentalizado pela outorga de jurisdição e respectiva pretensão (ambas situadas no direito público) (ALVARO DE OLIVEIRA, 2007). Nessa visão dinâmica, que decorre da teoria dos princípios, incumbe aos direitos fundamentais precisar os conteúdos mínimos do chamado “direito ao processo”.

Para Carlos Alberto (2007), o importante é que a constitucionalização do direito ao processo e à jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF), de envoltas com o direito fundamental de efetividade e a um processo justo (art. 5º, XXXVII, LIII, LIV, LVI e LXXVIII), determina também uma garantia de “resultado”, ressaltando o nexó teleológico fundamental entre “o agir em juízo” e a “tutela” jurisdicional do direito afirmado.

Essa situação subjetiva assegurada ao longo do art. 5º da Constituição brasileira, traduz-se, segundo o mestre gaúcho, no poder de exigir do órgão judicial, em tempo razoável, o desenvolvimento completo de suas atividades, tanto instrutórias, necessárias para a cognição da demanda, quanto decisórias, com emissão de um pronunciamento processual ou de mérito sobre o objeto da pretensão processual, e que possa ser realizado efetivamente do ponto de vista material. Daí decorre o direito fundamental a um processo justo e o direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva e adequada (ALVARO DE OLIVEIRA, 2007).

Nessa linha, conforme a consciência do caráter público do processo insere-se o direito fundamental à efetividade, ganha cada vez mais um destacado lugar nas preocupações da doutrina (ALVARO DE OLIVEIRA, 2010).

Portanto, para o efeito de uma efetividade qualificada não basta apenas readequar a ação processual, atípica por definição, mas sim estabelecer meios e procedimentos adequados,

de conformidade com técnicas melhor predispostas à realização dos direitos, e principalmente tutelas jurisdicionais seguras e eficientes, além de adequadas (ALVARO DE OLIVEIRA, 2007).

Nesse viés, justificam-se a expansão sem precedentes da tutela cautelar em nossa época, de acordo com Carlos Alberto (2010), no sentido de que concepção de remédios jurisdicionais de índole provisória, autônomos ou não, com caráter antecipatório e satisfativo do direito pretendido.

Alvaro de Oliveira (2010) assevera que o direito brasileiro há muito tempo vem se inserindo nessa linha de evolução. A partir do Código de Processo Civil de 1973 se verificou na jurisprudência uma viva discussão de adoção de medidas adequadas para prevenir tanto o dano, inclusive com caráter satisfativo do direito alegado.

No entanto, a doutrina brasileira desenvolveu essa problemática de maneira extremamente criativa, que mereceu a dogmática atual o nome mais genérico de “*tutela de urgência*”, abarcando não somente a tutela estritamente cautelar como também a tutela antecipatória.

Realmente, o exame atento das diversas espécies de tutela de urgência existentes no sistema jurídico brasileiro aponta o emprego de técnicas de distintas configurações, embora quase todas caracterizadas por um elemento comum de urgência, considerada *lato sensu*. Assim, por exemplo, ao lado dos embargos, sequestro e do inventário, providências de natureza evidentemente cautelar, introduzem-se outras de perfil não muito nítido, como por exemplo, a dos alimentos provisórios, a busca e apreensão, a exibição de documentos (ALVARO DE OLIVEIRA, 2010).

Não há dúvida, por conseguinte, de que tanto a tutela cautelar típica como a tutela antecipatória têm como função principal a prevenção de dano, pois ambas estão vinculadas à urgência. Um aspecto importante, sem dúvidas, verifica-se na desigual relação desenvolvida entre a urgência e o dano, não obstante o temor de lesão tenha origem no fato comum da demora dos meios ordinários para a satisfação do direito.

Carlos Alberto (2010) afirma que, embora cautela e antecipação trabalhem com a urgência, buscando a prevenção do dano proveniente da demora do curso do processo de conhecimento ou de execução, não há como apartar a manifesta diversidade da natureza do temor de lesão, elemento importante para diferenciá-las, porquanto interferem na eficácia e efeitos da decisão a ser lavrada pelo órgão judicial.

Ressalta-se na tutela antecipatória, tal como sucede com a tutela de conhecimento, a eficácia e o efeito provêm da lei substancial. O objeto da cognição do órgão judicial gira em

torno do direito, do dever e da lesão, e o conteúdo da decisão pode assemelhar-se ao conteúdo da sentença definitiva, ocorrendo o mesmo com os efeitos, embora predispostos à prevenção do dano (ALVARO DE OLIVEIRA, 2010). Nesse sentido, convém advertir, por outro lado, que o dever de antecipação se comporta nos limites exatos de sua finalidade essencial, justamente a prevenção do dano.

Já na tutela cautelar, o objeto da cognição não é o mesmo do processo de conhecimento, abarcando única e exclusivamente elementos conexos a própria função cautelar, ou seja, o temor de lesão e a aparência do bom direito (*fumus bônus iuris*). A eficácia e o efeito se erguem não da lei substancial, mas da própria lei processual, enquanto a regulação da conduta humana ante os órgãos da administração da justiça.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2010, p. 296) buscou inserir a tutela antecipatória no quadro geral da função jurisdicional. No entanto, a diferenciação da tutela cautelar da antecipação da tutela não fornece material suficiente para o enquadramento da tutela antecipatória na classificação tripartite tradicional: tutela de conhecimento, tutela de execução e tutela cautelar. A seguir, indaga: “Excluída a antecipação da função cautelar, seria possível enquadrá-la na função executiva ou de conhecimento? A nossa ver, a resposta só pode ser negativa, de modo que o angustiante problema permanece sem solução”.

A afinidade entre a tutela antecipatória e a tutela cautelar é reiterada pela função de garantia do processo definitivo na finalidade de prevenção do dano, e não em reconhecer o direito ou realizá-lo praticamente. Além disso, ambos os institutos trabalham com a verossimilhança e a probabilidade.

No plano da eficácia e dos efeitos, tanto na tutela cautelar quanto na antecipatória, se verifica ontológica e estruturalmente a provisoriedade e instrumentalidade, já que seus respectivos efeitos tendem a ser provisórios e podem caducar em qualquer momento. Tampouco se eximem suficientes os elementos de sumariedade da cognição e da possibilidade de realização prática do direito ameaçado, para considerar-se a antecipação investida de uma função preponderantemente executiva.

Conquanto, há a impossibilidade de agrupar a tutela antecipatória ao processo de conhecimento ou de execução, principalmente por sua afinidade com o processo cautelar, de qual divide a mesma função, todavia, não o mesmo efeito jurídico. Completa Alvaro (2010), que o efeito jurídico, o qual aproxima a tutela antecipatória do verbo satisfazer e a tutela cautelar do verbo assegurar, é que realmente as diferencia, impedindo que possam ser da mesma espécie.

Não obstante, embora não sejam da mesma espécie, a tutela cautelar e a antecipatória compartilhem o mesmo gênero, o qual está destinado à prevenção do dano ao provável direito da parte, mediante ordens e mandatos que interferem desde logo no plano sensível.

Portanto, ao estudar a doutrina de Carlos Alberto (2010), nos deparamos com sua inclinação a uma mudança terminológica, esta causada pela impropriedade de designação de um novo gênero, convergindo com a idéia de falar-se em tutela de urgência. Nessa nova perspectiva, resta evidenciada uma crise com relação à classificação tripartite, bem como o dever de adoção de uma forma mais abrangente e pertinente às especificidades processuais atuais.

O objetivo deste capítulo foi direcionado ao entendimento formado pela doutrina brasileira quanto à diferenciação entre os institutos da tutela antecipada e a tutela cautelar, tecendo, de forma gradual, as mudanças nos seus respectivos significados, durante o período compreendido entre a prolação do Código de Processo Civil de 1973 - Código Buzaid - e o atual.

Como se explanará, a seguir, as afirmações de Teori Zavascki, Ovídio Araújo Baptista da Silva, Luiz Guilherme Marinoni e, por fim, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira estão arraigadas seja na doutrina, seja no posicionamento dos Tribunais, de forma a evidenciar a necessidade de uma nova estruturação, na qual resultou a formulação do Capítulo IV – Da Tutela Provisória, do Código de Processo Civil de 2015.

3 A TUTELA FUNDADA EM COGNIÇÃO SUMÁRIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

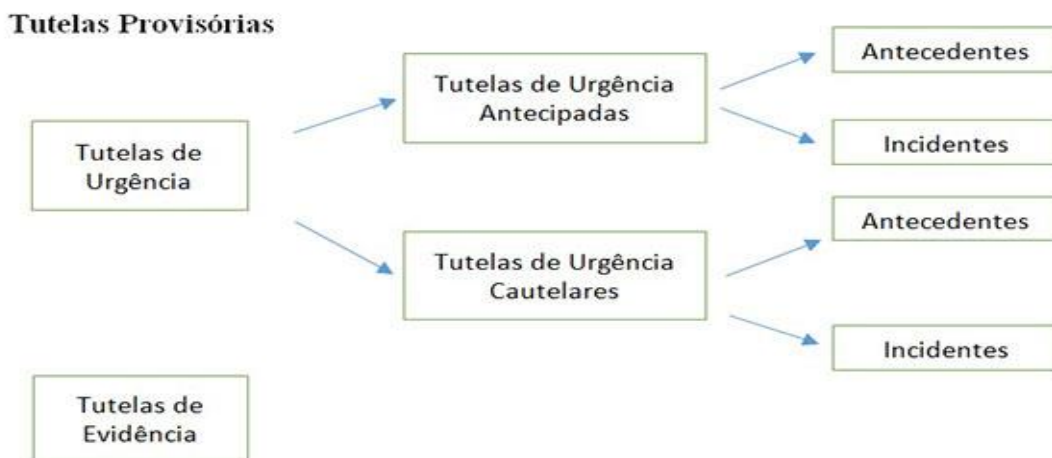
3.1 A TUTELA PROVISÓRIA E A DOUTRINA DO CÓDIGO DE 2015

Uma vez vencida a etapa de reconstrução histórica dos institutos da tutela cautelar e da antecipação da tutela, bem como, minuciosamente, demonstrada de forma minuciosa como se procedeu a receptividade da influência italiana pelos processualistas brasileiros no que concerne ao tema, é oportuno o enfoque crítico na reformulação dos institutos no Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105/15).

Para tanto, há de ser realizada, de forma didática, uma demonstração de como o referido código abarcou o tema no Capítulo IV, chamado de “Da Tutela Provisória”, entre os artigos 294 e 311.

No Código de Processo Civil de 2015, a Tutela Provisória, em contraposição à Tutela Definitiva, pode ser dividida entre Tutela de Urgência e Tutela de Evidência. A Tutela de Urgência divide-se em Tutela de Urgência Antecipada e Tutela de Urgência Cautelar, situação em que ambas podem ser requeridas em caráter antecedente ou incidental. Pertinente a visualização através da Imagem 1 a seguir:

Imagem 1 – Tutelas provisórias



Fonte: Código de Processo Civil (2015).

Diante dessa contemporânea perspectiva proposta pelo legislador, apresentaremos como a “nova” doutrina processual brasileira vem se posicionando sobre a temática, seja de

forma a celebrar as mudanças unificadoras da tutela cautelar e da antecipação da tutela, ambas nominadas sob o título de tutela provisória, seja para rechaçar essa ideia.

3.1.1 Da Doutrina que aderiu ao Título “Da Tutela Provisória”

Segundo os(as) doutrinadores(as) Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lucia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello, em seu manual *“Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil Artigo por Artigo”*, a adoção de um regime jurídico único para as tutelas de urgência já não era sem tempo. Essa mudança representa uma mudança de foco na lei processual que, sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, tratava da tutela antecipada e da tutela cautelar como tipos distintos, sujeitos a procedimentos e requisitos igualmente distintos (WAMBIER, 2015).

Os referidos doutrinadores sustentam, inclusive, que parcela importante da doutrina pátria estaria preocupada demasiadamente em diferenciá-las conceitualmente, demonstrando com precisão cirúrgica os diferentes contornos de uma e outra.

Nesse sentido, a tutela cautelar e a tutela antecipada, na terminologia usada pelo NCPC são espécies do mesmo gênero (tutela de urgência) com muitos aspectos similares. Ambas estão caracterizadas por uma cognição sumária, são revogáveis e provisórias e estão precipuamente vocacionadas a neutralizar os males do tempo no processo judicial, mesmo que por meio de técnicas distintas, uma preservando (cautelar) e outra satisfazendo (antecipada) (WAMBIER, 2015).

Em suma, nos seus respectivos pontos de vista, ambas detêm a mesma finalidade, qual seja a de neutralizar os males corrosivos do tempo no processo. A tutela cautelar evita que o processo trilhe um caminho insatisfatório que o conduzirá à inutilidade. Por sua vez, a tutela antecipada possibilita à parte, desde já, a fruição de algo que muito provavelmente virá a ter reconhecido ao final. Pode-se dizer que na cautelar protege-se para satisfazer; enquanto na tutela antecipada satisfaz-se para proteger (WAMBIER, 2015).

Na medida em que esta e aquela são similares seria inescusável, para eles, o recebimento do mesmo tratamento jurídico pelo novo código. Todavia, os referidos autos insurgem-se quanto à distinção de procedimentos, a depender da natureza da tutela de urgência: se cautelar ou satisfativa. E acrescentam que o Novo Código de Processo Civil poderia ter avançado mais, prevendo um único procedimento para ambas, evitando, nos seus respectivos entendimentos, uma discussão estéril na tentativa de classificar cada medida (WAMBIER, 2015).

Outrossim, referem que a inovação pela extinção da autonomia do processo cautelar, em face do processo de conhecimento e de execução, faz com que o ordenamento processual convirja com o direito francês, onde não há um processo autônomo para a tutela de urgência. Vislumbra-se, dessa forma, que o novo Código rompeu com a tradição adotada pelo sistema brasileiro, inspirada no direito italiano, na qual se prevê um processo autônomo para a tutela cautelar.

Tais doutrinadores aludem que, conquanto a tutela cautelar no sistema adotado pelo novo Código não tenha autonomia, ou seja, não seja deduzida por meio de um processo autônomo, ela não perdeu sua característica essencial de instrumentalidade em relação ao pedido principal. Se sob a égide do Código de 1973 afirma-se que a tutela cautelar serve ao processo principal, sob a ótica do novo Código, pode-se dizer que ela serve ao pedido principal (WAMBIER, 2015).

Por outro lado, no que tange ao *“periculum in mora”*, os mencionados juristas asseveram que não se pode exigir gradações diferentes de demonstração do direito para a tutela satisfativa e para a conservativa. Nesse sentido, divergem de parte da doutrina, na medida em que entendem que o elemento dano já estaria sempre implícito no conceito de *“periculum in mora”* e este, no processo cautelar, deve ser observado, tal como se dá na tutela antecipada, à luz do direito tutelado pelo pedido principal (WAMBIER, 2015).

Por fim, resta a observação de que a decisão relativa ao pedido cautelar, porque baseada em cognição não exauriente, não faz coisa julgada, de forma que o seu resultado não pode influenciar o pedido principal.

Em uma linha crítica convergente, em partes, com a recém mencionada doutrina, José Miguel Garcia Medina, em seu *“Direito Processual Civil Moderno”*, afirma que foi a partir de um ambiente de discussão vivente sobre o “poder geral de cautela” que conduziu o panorama do Código de Processo Civil de 2015. Segundo Medina (2016), o legislador deixou de lado a concessão de medidas em casos não previstos, como as chamadas medidas cautelares inominadas ou atípicas, e passou a não prever procedimentos diferentes para as tutelas cautelares específicas.

Para Medina (2016), o novo Código adota a atipicidade, no que se refere a esse “poder geral” de cautela ou de antecipação dos efeitos da tutela e, embora, haja evidentes diferenças entre a tutela cautelar e satisfativa, de urgência e de evidência, em quaisquer casos as medidas concedidas relacionam-se de algum modo, ao pedido dito principal.

Assim, como previamente pormenorizado, Medina alega que a tutela de urgência é considerada como gênero, de acordo com o parágrafo único, do art. 294, onde a tutela

antecipada, assim, tal como a tutela cautelar, é considerada pela lei processual como espécies deste gênero.

Afirma-se que a tutela antecipada é satisfativa, a cautelar é conservativa. No caso da tutela cautelar, praticam-se atos tendentes a garantir a utilidade prática do resultado que se obterá com o acolhimento de outro pedido (de conhecimento ou de execução). A tutela antecipada, por sua vez, permite a fruição imediata dos efeitos do possível acolhimento do pedido (MEDINA, 2016).

A tutela antecipada, assim, consiste em antecipação de efeitos do resultado; a tutela cautelar, em segurança para que se possa usufruir de tal resultado. A rigor, a tutela antecipada, como se disse, apenas antecipa efeitos da própria tutela, não havendo ampliação do objeto litigioso. Já a tutela cautelar contém pedido diferente do pedido “principal”, objeto litigioso (ainda que se refira àquele denominado “principal”) (MEDINA, 2016).

Consoante José Miguel (2016), o Código de Processo Civil de 2015 unificou o entendimento de parte da doutrina no que se refere à irrelevância da distinção entre as disciplinas das tutelas de urgência antecipatória e cautelar. Não se destroem, contudo, as diferenças existentes entre tais institutos.

A partir de uma dificuldade da doutrina em distinguir a pretensão do autor quanto à escolha entre a tutela antecipada ou medida cautelar, sobreveio um posicionamento não diferencia-los totalmente. Nesse viés, afirma-se haver “fungibilidade” entre as medidas cautelares e medidas antecipadas. Evidenciados os pressupostos do *fumus bônus iuris* e do *periculum in mora*, impõe-se o deferimento da tutela cautelar, ainda que requerida com a denominação de tutela antecipada (MEDINA, 2016).

Medina (2016) remete ao processo cautelar italiano a compreensão do modo como relacionam os fenômenos de perigo de provimento tardio ou infrutífero, mas afirma que parte da doutrina rechaça essa ideia, afirmando que o “*periculum in mora*” ligar-se-ia unicamente às tutelas antecipatórias de urgência – satisfativas, pois – enquanto as tutelas cautelares diriam a respeito ao perigo de “*damnum irreparabile*”.

Acrescenta, ainda, que essa distinção das duas formas de “*periculum in mora*”, ainda que se apresente na maioria dos casos, não é passível de ser empregada em termos absolutos e que a tutela de urgência a que se refere o Código de Processo Civil de 2015 é ampla, para abarcar tanto o perigo de dano quanto o perigo na demora (MEDINA, 2016).

A título do que foi exposto, importante o reconhecimento de que a tutela de urgência a que se refere o Código de 2015 é ampla, para abarcar tanto o perigo de dano quanto o perigo na demora.

Pertinente afirmar que as elucidações distintivas que aludem aos institutos concedidos sob cognição sumária merecem amplo debate e, por mais que parte da doutrina entenda que as discussões são demasiadas, a devida classificação deve ser pormenorizada a fim de que haja, paulatinamente, menos dúvidas sobre a origem, a forma de uso e seu reflexo no cotidiano jurídico pátrio.

3.1.2 Da Doutrina que rechaçou o Título “Da Tutela Provisória”

Com o intuito de prosseguir o recebimento doutrinário, trazem-se à baila os comentários de Robson Renault Godinho, no livro “*Comentários ao Novo Código de Processo Civil*”, obra coordenada por Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer, concorda que o fato de o processo cautelar não receber mais uma previsão extensa como no Código Buzaid não significa qualquer diminuição de sua relevância e, muito menos, de sua eficácia.

Nessa perspectiva, trata-se apenas de uma opção de política legislativa que inspirou o processo legislativo que resultou no novo Código, situação em que desde a origem do projeto no Senado Federal tratou conjuntamente das espécies de tutela de urgência fundadas no perigo e também da tutela de evidência. Para ele, a partir do momento em que se considera existente um direito material à cautela, necessariamente haverá tutela processual, de modo que o direito à segurança permanece sendo objeto da tutela jurisdicional (CABRAL; CRAMER, 2015).

De acordo com o jurista, a denominação genérica – *Tutela Provisória* -, na qual abarca a tutela jurisdicional cautelar, a técnica de antecipação de tutela e a tutela de evidência, é infeliz. Nessa esteira, a “tutela provisória” possibilitaria as seguintes classificações:

- a) Baseada no perigo da demora, a tutela provisória pode ser de urgência ou evidência;
- b) Com base no critério temporal, a tutela pode ser antecedente ou incidental;
- c) Com base na aptidão da tutela provisória em permitir a tutela do direito, a tutela provisória pode ser satisfativa ou cautelar.

A fim de cristalizar o raciocínio atribuído ao termo tutela provisória, Robson Godinho sustenta que o conceito de provisório exige que seja complementado pela ideia de definitivo. Ao se considerar que algo é provisório, necessariamente teremos que trabalhar com a noção de que algo o substituirá com maior força, ocupando seu lugar e o relegando para uma posição transitória e subsidiária. Essa ideia, quando relacionada ao processo cautelar, expressava a conhecida adesão à doutrina que o considerava “instrumento do instrumento”, isto é, uma

proteção da jurisdição, até que sobreviesse a sentença definitiva “de conhecimento”, não contraponto a cautelaridade à satisfatividade, mas sim à definitividade.

A tutela jurisdicional cautelar, conceitualmente, assegura o direito sem satisfazê-lo, mas há interferência na situação de direito material, ao menos quanto à pretensão de segurança ou garantia. Se a tutela cautelar é objeto de tutela jurisdicional, trata-se de tema relacionado à tutela dos direitos (CABRAL; CRAMER, 2015).

A provisoriedade, na realidade, é uma ideia ligada à técnica antecipatória, que possui relação de identidade com o provimento final. Nesse ponto é fundamental fixar a seguinte noção: a tutela jurisdicional cautelar possui objeto próprio e consiste na assecuração do direito à outra tutela de direito, ou seja, assegura para possibilitar a satisfação (“segurança para execução”). Tanto a tutela cautelar quanto a tutela satisfativa podem ser obtidas de modo antecipado. E essa técnica antecipatória é que, a rigor, deve ser considerada provisória e sujeita a uma cognição sumária, já que somente pode ser provisório aquilo que pode ser definitivo (CABRAL; CRAMER, 2015).

Tutela definitiva relaciona-se com o resultado do processo e, assim, pode ser cautelar ou satisfativa. A definitividade exige cognição exauriente e possibilita a formação de coisa julgada material. Ainda que haja diferenças relevantes sobre o tema, adota-se como premissa desses comentários a possibilidade da tutela jurisdicional cautelar ser obtida a partir da cognição exauriente e formar coisa julgada material, ainda que sua eficácia seja temporária. A tutela definitiva, portanto, pode ser satisfativa ou cautelar (não satisfativa, salvo em relação ao próprio direito à cautela). Sendo definitivas, ambas podem ser obtidas por meio da técnica antecipatória (tutela provisória) (CABRAL; CRAMER, 2015).

Dessa lógica, extrai-se que a tutela provisória de urgência é a técnica processual que visa a antecipar a tutela jurisdicional definitiva, por meio do provimento provisório e a partir da cognição sumária, afetando o impacto do ônus do tempo no processo. No entanto, para o legislador, haveria uma tutela provisória de urgência cautelar e uma tutela provisória de urgência antecipada. O retrocesso dessa previsão está em confundir técnica com tutela jurisdicional de direitos (CABRAL; CRAMER, 2015).

Com igualdade de argumentos e um discurso didático, Fredie Didier Jr. em seu consagrado “*Curso de Direito Processual Civil*”, a fim de firmar as bases da tutela provisória, começa a explicar, em contrapartida, sobre a tutela definitiva.

A tutela jurisdicional oferecida pelo Estado-juiz pode ser definitiva ou provisória (DIDIER JR, 2015).

Para Fredie (2015), a tutela definitiva é aquela obtida com base em cognição exauriente, com profundo debate acerca do objeto da decisão, garantindo-se o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. É predisposta a produzir resultados imutáveis, cristalizados pela coisa julgada. É espécie de tutela que prestigia, sobretudo, a segurança jurídica.

Dessa forma, a tutela definitiva pode ser satisfativa ou cautelar. A tutela definitiva satisfativa é aquela que visa certificar e/ou efetivar o direito material. É a chamada tutela-padrão (DIDIER JR, 2015).

Em sentido contrário à efetivação rápida da tutela dos direitos, as atividades processuais necessárias para a obtenção de uma tutela satisfativa podem ser demoradas, o que coloca em risco a própria realização do direito afirmado. Surge, então, o chamado perigo da demora (*periculum in mora*) da prestação jurisdicional.

Em virtude disso, há tutela definitiva não-satisfativa, de cunho assecuratório, para conservar o direito afirmado e, com isso, neutralizar os efeitos maléficos do tempo: a tutela cautelar. A tutela cautelar não visa à satisfação de um direito, mas, sim, a assegurar a sua futura satisfação, protegendo-o.

Essa tutela de cunho assecuratório, qual seja a tutela cautelar, detém duas características essenciais, segundo o entendimento de Didier: a referibilidade e a temporariedade.

Quanto àquela, a tutela cautelar deve, necessariamente, referir-se a outro direito, este distinto. Há o direito à cautela e o direito que se acautela. O direito à cautela é o direito à tutela cautelar; o direito que se acautela, ou direito acautelado, é o direito sobre que recai a tutela cautelar.

Quanto a esta, a tutela cautelar deve ter sua eficácia limitada no tempo, de forma temporária. A tutela cautelar dura o tempo necessário para a preservação a que se propõe. Cumprida sua função acautelatória, perde a eficácia (DIDIER JR, 2015).

Didier (2015) segue a linha da temporariedade de Calamandrei e de Ovídio Baptista, no sentido de que a tutela cautelar é temporária, mas não é provisória, na medida em que nada virá em seu lugar da mesma natureza – é ela a tutela assecuratória definitiva -. Em resumo, a decisão é definitiva, mas seus efeitos são temporários.

Outrossim, fala-se que há cognição exauriente do mérito cautelar e, pois, do direito à cautela. A cognição do direito material acautelado é que é sumária, bastando que se revele provável para o julgador.

Nessa esteira, importante ressaltarmos a forma pedagógica com que Didier (2015) esmiúça os novos termos empregados pelo novo Código de Processo Civil de 2015 no que se refere à tutela provisória e tutela antecipada. Vejamos.

Diante da premissa de uma situação de urgência, o tempo necessário para a obtenção da tutela definitiva (satisfativa ou cautelar) pode colocar em risco sua efetividade. No intuito de abrandar os efeitos perniciosos do tempo do processo, o legislador instituiu uma importante técnica processual: a antecipação provisória dos efeitos finais da tutela definitiva, que permite o gozo antecipado e imediato dos efeitos próprios da tutela definitiva pretendida (DIDIER JR, 2015).

Percebe-se que Didier converge com parte da doutrina que classifica a tutela provisória como uma técnica de antecipação provisória dos efeitos finais da tutela definitiva com o intuito de abrandar os males do tempo e garantir a efetividade da jurisdição.

Essa é a tutela antecipada, denominada no Código de Processo Civil de 2015 como “tutela provisória”. Com riqueza de detalhes, Didier, como membro da comissão de reforma do novo código, afirma que, na versão do Projeto do CPC de 2015 aprovada na Câmara de Deputados, o instituto fora denominado de “Tutela Antecipada”, designação que para ele parece tecnicamente mais adequada, que inclusive foi o título dado ao livro V dedicado à matéria.

Entretanto, quando o referido projeto voltou para o Senado, substituiu-se o termo “Tutela Antecipada” por “Tutela Provisória”, reservando a expressão “Tutela Antecipada” exclusivamente para aquelas tutelas provisórias de caráter satisfativo. Não foi a opção mais adequada, como se verá, pois não há uma tutela antecipada definitiva, que se oporia à tutela antecipada provisória. Antecipar é técnica. Satisfazer tem a ver com o tipo de tutela. A tutela provisória é, isso sim, uma técnica processual de antecipação provisória dos efeitos finais da tutela definitiva, sendo esta última (a tutela definitiva) a única que goza da autonomia necessária para ser designada de “tutela”, representando funções jurisdicionais próprias de certificação, a efetivação e o acautelamento do direito. E essa tutela antecipada pode ser tanto satisfativa como não satisfativa (DIDIER JR, 2015).

Nessa perspectiva, segundo o mestre baiano, a tutela provisória (antecipação provisória dos efeitos da tutela definitiva) detém, três características essenciais:

- a) Sumariedade da cognição, vez que a decisão se assenta em análise superficial do objeto litigioso e, por isso, autoriza que o julgador decida a partir de um juízo de probabilidade;

- b) Precariedade. A princípio, a tutela provisória conservará sua eficácia ao longo do processo, ressalvada a possibilidade de decisão judicial em sentido contrário. Mas ela poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo.
- c) E, por ser assim, fundada em cognição sumária e precária, a tutela provisória é inapta a tornar-se indiscutível pela coisa julgada.

Apresentadas as características, diz-se que a tutela provisória pode ser, então, satisfativa ou cautelar (DIDIER JR, 2015).

A tutela provisória satisfativa antecipa os efeitos da tutela definitiva satisfativa, conferindo eficácia imediata ao direito afirmado. Adianta-se, assim, a satisfação do direito, com a atribuição do bem da vida. Esta é a espécie de tutela provisória que o legislador resolveu denominar “tutela antecipada”, terminologia inadequada, para Fredie Didier (2015).

Enquanto que por outro lado, a tutela provisória cautelar antecipa os efeitos de tutela definitiva não-satisfativa (cautelar), conferindo eficácia imediata ao direito à cautela. Adianta-se, assim, a cautela a determinado direito. Ela somente se justifica diante de uma situação de urgência do direito acautelado, que exija sua preservação imediata, garantindo sua futura e eventual satisfação. A tutela provisória cautelar tem, assim, dupla função: é provisória por dar eficácia imediata à tutela definitiva não-satisfativa; e é cautelar por assegurar a futura eficácia da tutela definitiva satisfativa, na medida em que resguarda o direito a ser satisfeito, acautelando-o.

Por fim, cabe ressaltar o posicionamento de Didier (2015) quanto aos requisitos necessários para a concessão das medidas “provisórias”. Em ambos os casos, a sua concessão pressupõe, genericamente, a demonstração da probabilidade do direito (*fumus bônus iuris*) e, junto a isso, a demonstração do perigo de dano ou de ilícito, ou ainda do resultado final que a demora do processo representa (*periculum in mora*).

Dessa forma, é possível afirmar que o novo código superou a distinção entre os requisitos da concessão para a tutela cautelar e para a tutela satisfativa de urgência, erigindo a probabilidade e o perigo de dano na demora a requisitos comuns para a prestação de ambas tutelas de forma antecipada.

Conforme se depreende através do que foi resgatado pela doutrina, pós-prolação do Código de Processo Civil de 2015, é proporcional afirmar que há grandes divergências entre os juristas formadores de opinião na processualística brasileira.

Se por um lado podemos afirmar que parte dos juristas acredita que urgência, há um bom tempo, a necessidade de um regime único para as tutelas de urgência, na medida em que

ambos os institutos estariam direcionados a neutralizar os males do tempo no processo judicial, bem como estariam ligados a uma mesma situação de urgência - “*periculum in mora*”-, caracterizando, sob seu espectro, uma discussão distintiva sobre as medidas como infrutífera e irrelevante. De outro, conseguimos elencar um grupo de doutrinadores engajados com problemas de estruturabilidade, funcionalidade, terminologia e classificação das entidades, apontando, de certa forma, as incongruências realizadas pelo projeto de novo Código, ao equiparar uma técnica processual a uma tutela do direito.

Encerra-se esse capítulo como forma de elucidação de divergências doutrinárias principiológicas no que toca à uniformidade de concessão de medidas sob o gênero urgência. A partir de então, sob este prisma inarmônico, realizar-se-á uma tentativa de sistematização da tutela antecipatória à tutela provisória.

3.2 DA TÉCNICA ANTECIPATÓRIA À TUTELA PROVISÓRIA: UMA TENTATIVA DE SISTEMATIZAÇÃO

Não haveria outra forma de querer formular um pensamento crítico sobre a sistematização da técnica antecipatória à provisoriedade dos efeitos da tutela definitiva sem debruçar-se sobre os ensinamentos de Daniel Francisco Mitidiero³⁶ e o seu renomado livro “*Antecipação da Tutela - Da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória*”

Como profundo estudioso do processo civil italiano, Daniel afirma que toda teorização de Calamandrei tem por objeto não propriamente a tutela cautelar, mas sim a técnica antecipatória que pode levar à prestação de tutela jurisdicional dos direitos sob cognição sumária (MITIDIERO, 2017).

E, nesse sentido, há remissão a Ovídio, na medida em que foi o responsável, na processualística brasileira, por compreender que nem toda tutela sumária é tutela cautelar. Assim, a tutela cautelar (espécie) estaria ligada à tutela de urgência (gênero), em conjunto com a tutela satisfativa de urgência autônoma e a tutela satisfativa interinal.

Mitidiero (2017) assevera que a tutela cautelar não é temporária, não pode ser caracterizada a partir da cognição sumária nem pode ser considerada forma de tutela preventiva. A tutela cautelar e a tutela satisfativa não são distinguíveis pela estrutura de seus

³⁶ Daniel Francisco Mitidiero, Pós-doutor em Direito pela *Università degli Studi di Pavia*, Itália. Doutor em Direito pela UFRGS. Professor de Direito Processual Civil dos Cursos de Graduação, Especialização, Mestrado e Doutorado da Faculdade de Direito da UFRGS. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), do Instituto Iberoamericano de Direito Processual (IIDP) e da Associação Internacional de Direito Processual (IAPL).

provimentos. Tanto a tutela cautelar como a tutela satisfativa são tutelas finais que visam a disciplinar de forma definitiva determinada situação fático-jurídica.

A tutela cautelar visa à proteção assecuratória de um direito submetido ao perigo de dano irreparável ou de difícil reparação. Dura enquanto durar o perigo, dura enquanto não se alterarem os pressupostos fático-jurídicos que suportaram sua prolação. A tutela satisfativa visa à realização de um direito. Dura enquanto não se alterarem os pressupostos fático-jurídicos que determinaram sua prestação, dura enquanto durar a necessidade inerente à sua proteção.

Para Mitidiero (2017), a tutela cautelar é tão definitiva como a tutela satisfativa e a distinção entre ambas seria funcional e não estrutural, pelo simples motivo de que as situações fático-jurídicas submetidas à tutela cautelar são naturalmente mais instáveis do que submetidas à tutela satisfativa.

Daniel (2017) classifica a tutela cautelar e a tutela satisfativa como definitivas. Dessa forma, ambas as tutelas seriam idôneas a adquirir a qualidade de coisa julgada. No entanto, a diferença em que o objeto da coisa julgada na tutela cautelar – como é óbvio – está no direito *acautelado*. O direito declarado existente é simplesmente o direito à cautela, ligado ao direito acautelado pelo vínculo da *refiribilidade*. Isso mostra, igualmente, que o processo que visa à prestação de tutela cautelar se desenvolve mediante *cognição exauriente* do direito à cautela – apenas o *direito acautelado* é que é conhecido de *forma sumária*. Daí não ser possível caracterizar a tutela cautelar elegendo-se como critério distintivo a cognição sumária.

Diante dessa perspectiva, o direito à cautela é conhecido de forma exauriente pelo juiz; o direito acautelado, de forma sumária. Em contrapartida à definitividade, a provisoriedade e a cognição sumária dizem respeito à técnica antecipatória e não à tutela cautelar. Para Mitidiero (2017), toda liminar que concede a tutela cautelar é uma genuína antecipação da tutela cautelar.

Partindo de uma perspectiva material, Daniel (2017) relembra que Calamandrei e Chiovenda, ambos tomados pelo entendimento que a ação é um direito autônomo, público e concreto, fizeram desaparecer não só o direito à cautela do plano do direito material, mas também o próprio direito à cautela como posição jurídica do indivíduo, transformando-o em mero poder do particular e direito do Estado vinculado à defesa da jurisdição e do processo.

Ainda, houve espaço para remissão à Carnelutti, o qual, embora não tenha suprimido o direito à cautela e o tenha afirmado como direito da parte contra o Estado, situou-o no plano do direito processual (MITIDIERO, 2017).

Nessa perspectiva, Daniel (2017) iguala o direito à segurança da tutela do direito ao direito à tutela do direito, ambos localizados no plano de direito material. O direito à segurança da tutela do direito independe da efetiva existência do direito à tutela do direito. São direitos com objetos diferentes e finalidades distintas. A tutela cautelar visa à proteção do direito da parte mediante simples asseguaração. Não visa à proteção do processo.

Sua definição de tutela cautelar envolve, portanto, uma forma de proteção ao direito no plano material – especificamente, uma forma de proteção de simples segurança ao direito - . Constitui caso de tutela definitiva, aferida mediante cognição exauriente do direito à cautela e a cognição sumária do direito acautelado.

Há, ainda, a menção à obra de Ovídio Baptista, o qual enquadrava a tutela cautelar no âmbito da tutela preventiva, todavia, erroneamente, não é possível enquadrá-la dessa maneira. Daniel (2017) explica que a asseguaração acautelatória visa à efetiva ocorrência de um dano ao direito acautelado, sendo, nesse viés, repressiva. A tutela preventiva, conforme a luz da melhor doutrina, visa a evitar a prática, reiteração ou continuação de um ilícito (MARINONI, 2000).

O problema da processualística não está em separar a tutela cautelar e antecipação da tutela, na medida em que a tutela cautelar não se confunde com a tutela satisfativa antecipada. Equivoca-se, nessa ordem, o tratamento igualitário entre uma tutela e uma técnica, já que ambas detêm conceitos distintos.

A tutela cautelar é uma proteção jurisdicional que visa resguardar o direito à outra tutela do direito. Não visa a resguardar o processo. Apenas assegura para que possa eventualmente ocorrer satisfação. Há segurança-para-execução (MITIDIERO, 2017). Já a tutela satisfativa é uma proteção jurisdicional que desde logo realiza um direito, sem qualquer ligação com outro direito. E se a tutela satisfativa é realizada de forma antecipada motivada pela urgência, então há execução-para-segurança. As duas formas de tutela podem ser prestadas de forma antecipada (MITIDIERO, 2017).

A técnica antecipatória diz respeito ao momento em que a tutela é prestada e ao módulo de cognição a ele vinculado. A tutela satisfativa realiza desde logo o direito antecipado (combate o perigo na tardança), fazendo-o, inclusive, tanto para prevenir ilícitos como para reprimir ilícitos e/ou danos. A técnica antecipatória estaria vinculada ao combate do perigo na tardança, ou, como previamente definido, “*pericolo di tardività*”.

Por outro lado, a tutela cautelar apenas assegura a possibilidade de fruição futura do direito acautelado e não prejudica o resultado do processo que visa à prestação da tutela satisfativa. Atua repressivamente com intuito de simples conservação. A tutela cautelar está

intimamente ligada ao combate no perigo de infrutuosidade ou, como já referido, “*pericolo di infrutosità*”.

Diante disso, é fácil perceber que o pressuposto para a antecipação é tão somente o perigo na tardança da tutela jurisdicional. Vale dizer o *periculum in mora*. Nessa linha, o perigo na demora constitui o pressuposto processual que concerne à utilização da técnica processual. Por outro lado, o conceito de perigo de infrutuosidade não está no mesmo plano do conceito de perigo de tardança. Enquanto o perigo na demora concerne à estruturação do processo, o perigo de infrutuosidade diz respeito à tutela do direito. O perigo de infrutuosidade concerne à possibilidade de obtenção de tutela específica e, portanto, diz respeito à integridade da tutela do direito. A infrutuosidade é conceito ligado ao plano de direito material (MITIDIERO, 2017).

A técnica antecipatória, quando aplicada à tutela satisfativa, pode tanto prestar tutela preventiva (impedir a prática, reiteração ou a continuação de um ilícito) quanto à tutela repressiva (remover um ilícito, reparar um dano ou ressarcir-lo).

Marinoni (2009) e Mitidiero (2017), à luz da nova perspectiva processual no que se refere à tutela dos direitos em face da tutela do processo, entendem que a tutela sumária, além de pressupor a existência e o combate ao perigo de tardança, é uma manifestação do direito fundamental à tutela adequada e efetiva.

Além de uma função precipuamente urgente, segundo Marinoni (2009), a técnica antecipatória tem por função distribuir de forma isonômica o ônus do tempo no processo. Essa distribuição pode 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.

Para fixar suas premissas, vislumbra-se que a urgência não está presente na tutela satisfativa sumária fundada na evidência, de modo que não é possível sistematizar o fenômeno da antecipação de tutela com um único pressuposto, qual seja a urgência.

A técnica antecipatória pode prestar tutela jurisdicional ao direito em face da evidencia do direito postulado em juízo. Aí a tutela antecipada vem prevista despregada totalmente do perigo, fato que deixa à vista importante mudança na sua função, não mais assimilável simplesmente à tutela de urgência (MITIDIERO, 2017).

Nessa leva, entende-se que a distribuição isonômica do ônus do tempo ao longo do processo é, também, pressuposto da técnica de antecipação da tutela, servindo, dessa forma, como sistematizadora das tutelas sumárias. O que interessa para a técnica antecipatória,

portanto, é a promoção do equilíbrio das partes de acordo com a respectiva posição processual diante do direito material.

Nesse quadro, a tutela sumária serve à prestação da tutela adequada e efetiva aos direitos, ela não se esgota no fenômeno da urgência. A técnica antecipatória serve para adequar o processo às finalidades 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 asseguaração 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 asseguaração dos direitos (MITIDIERO, 2017).

Por conseguinte, já que a tutela satisfativa e a tutela cautelar são tutelas jurisdicionais do direito, bem como a técnica antecipatória é simples meio para antecipação de resultados, pode-se afirmar que tutela e técnica estão, portanto, em planos distintos: a primeira é resultado, a segunda é meio para sua obtenção.

O entendimento firmado por Daniel (2017) converge com a colocação do direito à técnica antecipatória como uma posição jurídica que integra o direito de ação como direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva mediante processo justo.

É o direito processual que outorga direito à técnica antecipatória e, portanto, direito à antecipação da tutela. Enquanto o direito à tutela do direito (direito à satisfação) e o direito à segurança da tutela do direito (tutela cautelar) constituem posições jurídicas oriundas do plano do direito material, a técnica antecipatória consubstancia-se em posição jurídica inerente ao processo justo.

Visto o conceito de técnica antecipatória, cabe afirmar que este depende de três critérios: estrutural, funcional e cronológico. Do ponto de vista estrutural, o provimento antecipado é formado sob cognição sumária. Do ponto de vista funcional, visa a 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. Por fim, do ponto de vista cronológico, a antecipação caracteriza-se pelo fato de constituir um provimento prolatado necessariamente em momento anterior a outro (MITIDIERO, 2017).

À vista do que foi trazido à baila, pelo ainda jovem e contundente professor Daniel (2017), é concebível afirmar que o direito ao processo justo é o direito ao processo civil no Estado Constitucional, na medida em que só é legítimo se for pautado pela obtenção de decisões baseadas em direitos à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva.

Ao prever a técnica antecipatória, o legislador infraconstitucional realiza a um só tempo todo arcabouço conceitual ligada ao Estado Constitucional: a tutela sumária visa a distribuir de forma isonômica o ônus do tempo no processo, adequando-o às necessidades nele evidenciadas a fim de que a tutela jurisdicional seja prestada de forma efetiva aos direitos e em prazo razoável. É a Constituição como um todo, portanto, que assegura o direito à técnica antecipatória (MITIDIERO, 2017).

Nesse ínterim, então, em busca de uma necessária ligação entre o processo e o direito material, para que formas de tutela jurisdicional e técnicas processuais idôneas realizem o direito das partes em litígio, Daniel (2017) afirma que a técnica antecipatória desempenha, além de uma função de natureza puramente processual, uma função de natureza constitucional.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme disposto na introdução do aludido trabalho de conclusão de curso, a proposta de divisão dos capítulos estabelecida entre a tutela fundada em cognição sumária no Código de Processo Civil de 1973 e a tutela fundada em cognição sumária no Código de Processo Civil de 2015 detém como finalidade uma melhor compreensão histórica, funcional e estrutural diante das diferenças características dos institutos estudados: a tutela cautelar e a tutela antecipada (tutela satisfativa antecipada).

A escolha por uma minuciosa pesquisa na clássica doutrina italiana, sob o tópico “O processo Cautelar: da Itália ao Brasil”, é deveras imprescindível para compreender a transição entre os pensamentos do Velho Continente e a realidade dos processualistas brasileiros na tentativa de criar um ordenamento jurídico pátrio forte e seguro, a fim de que pudesse prosperar um debate inteligente e passível de ser aplicado na prática.

Nesse sentido, o viés publicista dos ensinamentos de Chiovenda, Calamandrei e Carnelutti no que se refere ao processo cautelar não é passível de ser visto de forma anacrônica diante do fato de que na origem do trabalho de formação da equipe, para que se reformasse o antigo “*Codice di Procedura Civile Italiano di 1942*”, a Itália vivia sob o regime fascista, situação em que o ditador Benito Mussolini almejava uma completa reforma da legislação processual com o escopo de deixá-la como herança do regime totalitário.

A extensa elucidação reservada aos três doutrinadores italianos é deveras imprescindível para se atentar ao que foi recebido pelo campo jurídico brasileiro nas décadas de 40, 50, 60 e 70, ainda sob a vigência do Código de Processo Civil de 1939, para que surgisse um movimento e uma reformulação do recém mencionado código.

A similaridade do modelo tripartite atribuído ao Código de Processo Civil de 1973, sob a guarda do então Ministro da Justiça Alfredo Buzaid, em relação à autonomia do processo cautelar italiano é claro. A escolha de explanar o tema através de autores como Galeno Lacerda, Humberto Theodoro Júnior e José Roberto Bedaque é involuntária, na medida em que tantos outros autores poderiam ser aqui elencados como demonstração de uma séria doutrina.

Nesta senda, cabível a afirmação de que a tradição cautelar italiana foi arraigada de forma contundente pela processualística brasileira. Os ideais de uma tutela como segurança do processo podem ser plenamente ilustrados pelos entendimentos citados até aqui de forma a caracterizar a tutela cautelar brasileira com as particularidades da intrumentalidade, da provisoriedade e da sumariedade da cognição.

Passo seguinte, com a advinda do Código Buzaid, ao aprofundar-se no estudo do processo cautelar, uma porção de juristas pátrios, despretensiosamente, acabou por obscurecer a distinção entre os conceitos de tutela conservativa e tutela satisfativa de caráter antecipado – utilizada nominalmente como tutela cautelar satisfativa -, deslinde que ensejou o capítulo “A Distinção entre Processo Cautelar e Antecipação da Tutela”.

A busca por uma resposta jurisdicional assegurada por princípios fundamentais processuais elencados constitucionalmente nos leva a prezar por uma tutela concedida através de cognição exauriente, bem como revestida de caráter definitivo. Conquanto, a preocupação demasiada com o princípio da segurança jurídica cegou parte da doutrina – leia-se, também a doutrina italiana - no sentido de que o processo deveria ser visto como papel central na ordem jurídica não somente como uma asseguarção ao resultado útil do processo.

O resgate do viés constitucional e do caráter efetivo de tutela dos direitos foi realizado, em especial, por nomes como Teori Zavascki, Ovídio Araújo Baptista da Silva, Luiz Guilherme Marinoni e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Além disso, a reforma de 1994 veio para solucionar a tentativa de utilizar a tutela cautelar como medida de celeridade em face da excessiva demora de uma decisão de cunho definitivo. Nesse diapasão, para que a ação cautelar inominada fosse usada como tutela sumária satisfativa, houve a inclusão dos arts. 273 e 461, do Código Buzaid.

Destarte, urgia, diante do direito processual brasileiro, a necessidade de maior celeridade processual e eficiência da administração da Justiça, ambas voltadas a preceitos constitucionais que levassem a uma tutela jurisdicional efetiva e adequada, estabelecendo meios e procedimentos adequados, de conformidade com técnicas melhor predispostas à realização dos direitos.

Nesse meio de ampla discussão, a elaboração do tópico “A Tutela Provisória e a Doutrina do Código de 2015”, já dentro do capítulo “A Tutela Fundada em Cognição Sumária no Código de Processo Civil de 2015”, busca demonstrar como foi recepcionada a unificação de institutos de diferentes espécies sob o fundamento da urgência.

Como já demonstrado no corpo do processo, o legislador optou por classificou o Capítulo IV como “Da Tutela Provisória”, como gênero, de onde se subdividiriam em tutela fundada na urgência e tutela fundada na evidência, como espécies. Nessa perspectiva adotada, a tutela cautelar e a tutela satisfativa podem ser requeridas em caráter antecedente ou incidental.

De um lado da doutrina, como Freddie Didier e Robson Renault Godinho, acredita que houve infelicidade no sentido de que o nome tutela provisória contrapõe-se com tutela

definitiva e não com antecipação da tutela, técnica processual. A tutela provisória é uma técnica processual de antecipação provisória dos efeitos finais da tutela definitiva.

Por outro lado, não há como não mencionar que outra parcela doutrinária, seguida por nomes como Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lucia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro, Rogério Licastro Torres de Mello e José Miguel Garcia Medina, comemoraram a unificação das situações que pressupõem urgência.

Diante dos fatos apresentados, a última parte do trabalho “Da Técnica Antecipatória à Tutela Provisória: Uma Tentativa de Sistematização” buscou-se, através do excelente trabalho de Daniel Mitidiero, sistematizar conceitualmente o que se entende por tutela cautelar, por tutela satisfativa e pela técnica de antecipação de tutela, além de responder a pergunta que move esta pesquisa. A tutela cautelar e a tutela satisfativa são tutelas finais, ou seja, tutelas definitivas. A diferença está no fato de que as situações fático-jurídicas impostas a cada uma estão em níveis diferentes de instabilidade. Enquanto a tutela cautelar dura o tempo que durar o perigo, a tutela satisfativa dura enquanto os pressupostos de fato e de direito não se alterarem.

De outra sorte, a tutela cautelar não é temporária, não é analisada sob cognição sumária, além de não deter caráter preventivo. É tutela que pressupõe a efetiva ocorrência de um dano ao direito acautelado, devendo ser classificada como tutela repressiva. A tutela cautelar visa à proteção assecuratória de um direito submetido ao perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, perigo de infrutuosidade, este ligado à tutela do direito.

Quanto à forma de cognição, cabe afirmar que o direito à cautela pressupõe cognição exauriente, diferentemente da cognição do direito acautelado, a qual pressupõe cognição sumária, ambos os direitos ligados pelo vínculo da referibilidade. Essa definição é resultado do entendimento de que há direito à tutela do direito e há direito à segurança do direito, no plano material.

Há também de referir que a tutela cautelar não tem caráter preventivo, porquanto não pressupõe a evitar a prática, reiteração ou continuação de um ilícito – tutela preventiva –, mas sim à ocorrência de dano – tutela repressiva.

Dessa forma, um conceito adequado para a tutela cautelar seria o de que é uma forma de proteção ao direito no plano material – especificamente, uma forma de proteção de simples segurança ao direito -, constituindo caso de tutela definitiva, aferida mediante cognição exauriente do direito à cautela e a cognição sumária do direito acautelado.

Por sua vez, a tutela satisfativa visa à realização de um direito, visa a certificar e/ou efetivar o direito material. É uma proteção jurisdicional que desde logo realiza um direito,

sem qualquer ligação com outro direito. É tutela definitiva. Portanto, a distinção entre a tutela cautelar e a tutela satisfativa é funcional e não estrutural.

A tão contemplada provisoriedade, característica precípua da tutela cautelar, aos passos de Calamandrei, contraposta ao conceito de temporariedade, por Ovídio, é característica da técnica antecipatória. A técnica antecipatória diz respeito apenas ao momento em que a tutela é prestada e ao módulo de cognição a ele vinculado. Toda liminar que concede tutela cautelar ou tutela satisfativa é, respectivamente, antecipação da tutela cautelar e antecipação da tutela satisfativa – leia-se, tutela antecipada.

A técnica de antecipação de tutela pressupõe o perigo na tardança – “*pericolo di tardività*” -, situada como critério estrutural do processo. Nesse sentido, em confronto com a tutela definitiva – tutela-padrão -, prestada sob cognição exauriente, a técnica de antecipação, como forma de prestação provisória, necessariamente deve ser obtida sob cognição sumária. Diante do exposto, as características principais da técnica antecipatória são a provisoriedade e a cognição sumária.

Além disso, a melhor doutrina anteviu que não é somente o perigo de urgência que compreende a tutela sumária, realizada por meio da técnica antecipatória, mas sim o direito fundamental à tutela adequada e efetiva, basilares da nova ordem processual constituída por matrizes constitucionais.

A técnica antecipatória tem por função também a distribuição isonômica do ônus do tempo no processo, - como, por exemplo, a tutela de evidência -, cujo objetivo é a promoção do equilíbrio das partes de acordo com a respectiva posição processual diante do direito material. É uma posição jurídica que integra o direito de ação como direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva, mediante processo justo.

Em vista do que foi exposto, com segurança, pode-se afirmar que subsiste diferença entre a tutela cautelar e a tutela antecipada no Código de Processo Civil de 2015. Enquanto a tutela cautelar é uma tutela genuína de direitos, a “tutela antecipada”, cujo nome adequado deveria ser tutela satisfativa antecipada é uma combinação de uma técnica antecipatória com uma forma de tutela, não podendo, dessa forma, igualá-las.

REFERÊNCIAS

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Estudios sobre las medidas cautelares en el proceso civil** – tutela cautelar, anticipatoria y urgente – Notas sobre la tutela de urgencia. Gaceta Jurídica S.A., 2010.

_____. **Revista Magister de Direito Civil e Processual**, nº 21, 2007.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. **Curso de processo civil: processo cautelar** (tutela de urgência). 3ª.ed. São Paulo: RT, v.3, 2000.

_____. **Do Processo Cautelar**, 3ª Ed. 2001.

_____. **Teoria Geral do Processo Civil**, 6ª Ed. 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência** (Tentativa de Sistematização). 2ª Ed, 2001.

CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares**. Tradução de Carla Roberta Andreasi Bassi – traduzida da versão italiana de 1936. Campinas, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema del diritto processuale civile**. Padova, Cedam, vol.1, 1936.

_____. **Istituzioni del processo civile italiano**. Roma, Foro Italiano, 1957.

_____. **Trattado** – Diritto e Processo. Nápoles, 1953.

CHIOVENDA, Giuseppe. **La accion en el sistema de los derechos**. Colecion Juristas Perennes, 1992.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo, 1969.

_____. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 2000.

_____. **Principii di diritto processuale civile (1906)**. Napoli, Jovene, 1965.

CINTRA, Geraldo de Ulhoa. **Estudo sobre a ação meramente declaratória** – Retorno à supremacia doutrinária de Chiovenda. São Paulo, M. Limonad, 1970.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 10ª Edição. Editora Juspodivm, 2015.

FAZZALARI, Elio. **Rivista di Diritto Processuale**. Anno XLVIII, n. 2, 1998.

GODINHO, Robson Renault, sob coordenação de CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Editora Forense. 2015.

LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Ed. Forense, 1981.

_____. **Função e Processo Cautelar** – Revisão Crítica. Revista AJURIS nº 56 – Novembro de 1992.

_____. **Limites ao Poder Cautelar Geral e à Concessão de Liminares**. Revista AJURIS nº 58 – Julho de 1993.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Estúdios sobre las medidas cautelares en el proceso civil – tutela cautelar, anticipatoria y urgente – De la tutela cautelar a la tutela anticipatoria.** Gaceta Jurídica S.A., 2010.

_____. **Tutela inibitória.** 2ª ed. São Paulo, ED. RT, 2000.

_____. **Antecipação da Tutela.** 11ª ed.,. São Paulo, ED. RT, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sergio Cruz. **Curso de Processo Civil,** Volume IV, 3ª Ed. 2010.

_____. **Manual do Processo de Conhecimento.** 4ª Ed. Editora RT, 2005.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito Processual Civil Moderno.** Ed. Revista dos Tribunais, 2016.

MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da Tutela, Da tutela cautelar à Técnica Antecipatória.** 3ª Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2017.

PISANI, Andrea Proto. **Chiovenda e la tutela cautelare.** In: Rivista di Diritto Processuale, Padova, Cedam, 1988.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** Volume II, 49ª Ed. 2014.

WAMBIER, Tereza A. A; CONCEIÇÃO, Maria L. L; SILVA RIBEIRO, Leonardo Ferres Da; TORRES DE MELLO, Rogério Licastro. **Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil Artigo por Artigo.** Ed. Revista dos Tribunais, 1ª Ed. 2015.

WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil,** 2ª Ed. 2000.

ZAVASCKI, Teori. **Antecipação da Tutela,** 6ª Ed, 2008.