

USO EXCLUSIVO

REVISTA DE  
**PROCESSO**

Ano 47 • vol. 330 • agosto 2022

# TÉCNICA ANTECIPIATÓRIA E TUTELA DOS DIREITOS

## ANTICIPATORY TECHNIQUE AND PROTECTION OF RIGHTS

**RICARDO ALBUQUERQUE E ALBUQUERQUE**

Mestre e Especialista pela Universidade de Salamanca – USAL/ES. Especialista pela Universidade NOVA de Lisboa – NOVA/PT. Professor Convidado de Processo Civil na UNIFACOL. Membro do Iberoamerican Legal Group. ricardoalbuquerque@usal.es

Recebido em: 02.05.2022  
Aprovado em: 30.05.2022

**ÁREAS DO DIREITO:** Processual; Civil

**RESUMO:** O presente texto consiste numa abordagem sobre a origem dos estudos acerca da tutela cautelar, seu desenvolvimento por meio do amadurecimento da teoria por intermédio de grandes mestres da Alemanha à Itália e, em seguida, chegando ao Brasil para, depois de alguns anos de ensinamentos, evoluir para uma ideia de técnica antecipatória e efetivação da tutela dos direitos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito processual civil – CPC/2015 – Tutela antecipada – Técnica antecipatória – Tutela dos direitos.

**ABSTRACT:** The present text is an approach on the origin of studies on the injunction, its development through the maturation of the theory through great masters from Germany to Italy and then arriving in Brazil to, after some years of teaching, evolve for an idea of anticipatory technique and enforcement of the protection of rights.

**KEYWORDS:** Civil procedural law – CPC/2015 – Anticipated protection – Anticipatory technique – Protection of rights.

**SUMÁRIO:** I. Introdução – Início do percurso. II. Rememorando a primeira ponta – Origem da tutela cautelar – Final dos 800 até primeira metade dos 900 – Desenvolvimento da teoria da tutela cautelar – Navegação marítima. III. Ligando as pontas – Desenvolvimento da tutela cautelar para técnica antecipatória – Metade dos 900 ao período atual – Navegação terrestre. IV. Conclusão. V. Bibliografia.

## I. INTRODUÇÃO – INÍCIO DO PERCURSO

O presente trabalho tem por objetivo realizar uma análise sob perspectiva histórica acerca da evolução do instituto da então tutela cautelar, ligando os pontos, desde a origem dos debates, passando por substanciais mudanças de entendimento para chegar na técnica antecipatória satisfativa ou cautelar.

A viagem tem início no processualismo alemão, com embarque consciente de tri-pulação singular italiana que, a partir desse ponto de encontro crucial, passa a navegar e superar águas tormentosas até ancorar em terra firme, estabelecendo na Itália, início dos 900, lugar e momento marcante para a consolidação da aventura evolucionária. Um pouco mais adiante, por volta de 1940, perseguições políticas levam um importante navegador italiano a seguir viagem rumo ao Atlântico, ao sul. É assim que Enrico Tullio Liebman (1903-1986), acaba por desembarcar em Terra Tupiniquim, passando a lecionar aos processualistas brasileiros, na Faculdade de Direito de São Paulo, as lições aprendidas anos atrás com seu mestre, desbravador singular chamado Giuseppe Chiovenda (1872-1937).

Em terra firme, os estudos se desenvolvem, o tema que se via praticamente órfão passa a ser tratado como filho único, surgem muitos escritos sobre a tutela cautelar, culminando, alguns anos depois, na elaboração do Código de Processo Civil de 1973, cujo “pai”, Alfredo Buzaid (1914-1991), discípulo de Liebman, presenciou o retorno do navegador italiano ao seu lar posteriormente à queda do fascismo, em 1946.

Na sequência, destaca-se o ano de 1983, onde o ex-prefeito de São Borja e ilustre jurista gaúcho, Ovídio A. Baptista da Silva (1929-2009), deu ares nacionalistas à teoria da tutela cautelar, separando, por assim dizer, o joio do trigo, ou seja, distinguindo a tutela cautelar da tutela antecipada, resultando em alterações ao Código de Processo Civil de 1973, notadamente a inclusão dos arts. 273 e 461, § 3º.

O percurso em terra passa por novas abordagens teóricas, com destacada participação de Luiz Guilherme Marinoni nos anos 90, projeto de novo código, até a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, cujo fechamento do presente trabalho se dá com grande base nos estudos do mestre gaúcho, Daniel Mitidiero, com adoção de seu entendimento que, em conclusão, mostra-se bastante acertado para situar o tema da técnica antecipatória, tutela cautelar e satisfativa, dentro de uma visão de justiça civil, onde a tutela antecipada encontra sua razão de ser no direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva, constitucionalmente assegurada.

## II. REMEMORANDO A PRIMEIRA PONTA – ORIGEM DA TUTELA CAUTELAR – FINAL DOS 800 ATÉ PRIMEIRA METADE DOS 900 – DESENVOLVIMENTO DA TEORIA DA TUTELA CAUTELAR – NAVEGAÇÃO MARÍTIMA

A teoria da tutela cautelar se revela como ponto de partida para o estudo da antecipação da tutela, vez que a doutrina, inicialmente, não fazia distinção entre tutela cautelar e antecipação de tutela, bem distante de qualquer possibilidade de menção à existência da autonomia conceitual da técnica antecipatória, como atualmente identificada<sup>1</sup>.

---

1. MITIDIERO, Daniel. *Antecipação de tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 31.

Sob uma perspectiva histórica, vale enunciar os momentos de maior importância durante sua evolução, tendo como ponto de partida a processualística alemã do final dos 800, quando doutrina e legislação situavam a tutela cautelar na atividade de execução, sem autonomia conceitual, cuja vinculação se comprova por meio de texto do Código Civil alemão de 1877, contendo parte dedicada à execução forçada<sup>2</sup>.

Todavia, apesar da doutrina alemã, em um primeiro momento, não ter reconhecido autonomia à tutela cautelar, tem-se que, a partir da monografia de Adolf Wach (1843-1926), elaborada em 1889, possibilita-se a adoção da ação como pretensão à tutela jurisdicional, guardando sua autonomia em face do direito material<sup>3</sup>, onde se abriu caminho para o progressivo distanciamento entre os provimentos de cautela e execução forçada por meio de aprofundamento realizado pela doutrina italiana, tendo como precursor Giuseppe Chiovenda<sup>4</sup>.

Nesse ponto, cabe fazer um importante parêntese para aclarar os caminhos traçados por dois dos mais renomados juristas italianos naquele momento histórico. Lodovico Mortara (1855-1937) acaba seguindo os passos de seu mestre, Luigi Mattiolo (1838-1904), chegando ambos a dividir o topo da hierarquia da escola exegetica, podendo-se dizer que, se não o igualou, o superou, sendo seu último grande expositor. Por outro lado, Chiovenda, fundador da ciência processual italiana moderna, acaba por buscar inspiração no jurista alemão Adolfo Wach. Assim, nota-se que, por ter Chiovenda escolhido desenvolver a doutrina do processualismo alemão, escola distinta da seguida por Mortara, não teria o exegeta influenciado no pensamento chiovendiano<sup>5</sup>.

Apesar de algumas críticas ao legado de Chiovenda, no sentido de ser um copador, importador e adaptador da doutrina alemã, bem como acusações de ser traidor da

---

2. Ibidem, p. 33. Constata Daniel Mitidiero que: “É provável que, por essa razão, ainda hoje a doutrina de direito processual civil alemã cuide do tema majoritariamente, nas suas exposições didáticas, nos livros referentes à execução forçada”; SCARPARO, Eduardo. A supressão do processo cautelar como *tertium genus* no Código de Processo Civil de 2015. In: BOECKEL, Fabrício Dani de; ROSA, Karin Regina; e SCARPARO, Eduardo. *Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*. Porto Alegre: Revista do Advogado, 2015. p. 107.

3. Ibidem, p. 34.

4. Entendendo, ao que nos parece, de forma equivocada, que Lodovico Mortara foi o precursor da ideia que deu origem à teoria desenvolvida por Chiovenda, ver SCARPARO, Eduardo. Op. cit., p. 108.

5. Esclarecendo a questão e confirmando a diferença de pensamento e escolas seguidas pelos juristas italianos Chiovenda e Mortara, Niceto Alcalá-Zamora y Castillo aduz o seguinte: “Mortara con su *Commentario* y Chiovenda con sus *Principii* y ambos con sus respectivos proyectos de reforma del enjuiciamiento civil italiano, sientan en Italia y proyectan fuera de ella dos concepciones procesales muy distintas, aunque desenvueltas en una misma época y con un cierto paralelismo, si bien, mientras con el primero se extingue la vieja escuela, el nuevo credo nace con el segundo. Que el cimiento de la construcción alzada por Chiovenda se encuentra na la ciencia procesal alemana [...]” In: CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y (1906-1985). *La influencia de Wach y de Klein sobre Chiovenda*. In: *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*. 1. reimp. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974. t. II, p. 549-550.

doutrina italiana, certo é que a maior parte das críticas e acusações se mostraram infundadas. Como bem esclareceu Niceto Alcalá-Zamora, sabe-se que o mestre de Roma logrou consolidar sua escola, partindo do processualismo germânico e agregando características próprias, possuindo personalidade inconfundível, afastando as críticas e acusações injustas, alçando a ciência processual italiana à altura da produção alemã em seus tempos de glória, idade de ouro, desde Oskar von Bülow (1837-1907) até o ano de 1914 e da retomada das atividades depois da primeira guerra até o período do nazismo<sup>6</sup>.

Ademais, certo é que Chiovenda evoluiu com a linha do processualismo alemão, acabando por inserir a função de atuação da tutela jurídica no processo por meio dos provimentos cautelares em mesmo patamar das funções de cognição e execução. Tomando as *azioni assicurative* como espécie de ação, contendo caráter urgente e assecuratório, traz a noção de medidas cautelares como provisórias, por meio de uma visão estrutural, o que pode se constatar em sua obra *Principii di diritto processuale civile*, de 1906, como na compilação de seus estudos no livro *Istituzioni di diritto processuale civile*, de 1936, sendo essa última citada por Eduardo J. Couture (1904-1956) como “a obra mestra do direito processual dos povos que seguiram os passos do direito romano”<sup>7</sup>.

Sem embargo, do ponto de vista de evolução teórica em comparação com a concepção atualmente reconhecida como a mais aceita, nos esclarece o professor Daniel Mitidiero que a teoria chiovendiana tem seu valor como marco da separação da função cautelar em face da tutela jurisdicional executiva, havendo seu deslocamento do âmbito de efetiva proteção dos direitos, do direito material da parte, direito à cautela, para tutela da autoridade estatal, restando a pessoa como um meio para efetivação da vontade estatal, não representando, assim, uma verdadeira sistematização da tutela cautelar. A referida sistematização teria se operado somente a partir da teorização por parte de destacado discípulo do mestre de Roma, Piero Calamandrei (1889-1956), ao tratar dos *provvedimenti cautelari*<sup>8</sup>.

Na teorização de Calamandrei, se pode observar uma evolução em face da construção chiovendiana, mas, apesar de tanto, tem-se pela manutenção de um provimento cautelar

---

6. *Ibidem*, p. 551.

7. Reconhecendo a extrema importância da obra de Chiovenda, Eduardo J. Couture, em 1942, considera o seguinte: “E. Literatura italiana. – Sin duda alguna la escuela italiana detenta la primacía en los estudios contemporáneos de esta rama del derecho [...] Sus dos obras más significativas son, en el momento actual, las “Istituzioni di diritto processuale civile”, de Chiovenda, 2 volúmenes, 2ª edición, Nápoles, 1936 y el “Sistema di diritto processuale civile”, de Carnelutti, 3 volúmenes, Padova, 1936-1939. La primera es la culminación de todas las obras anteriores de su autor. Su virtude renovadora corre pareja con lo agudo y sutil de los pensamientos, la limpidez del estilo y la claridade inigualada de la exposición. Obra del jefe de una escuela, tiene el rigor dogmático y la vasta visión del conjunto que impone una posición de esa índole. Es considerada, con justa razón, la obra maestra del derecho procesal de los pueblos que siguieron la huella del derecho romano.” In: COUTURE, Eduardo J. Fundamentos del derecho procesal civil. Buenos Aires: Depalma, 1942. p. 303-304.

8. MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 41.

não direcionado à proteção do direito da parte. É mais, os procedimentos cautelares podem ser assecuratórios ou satisfativos, não havendo distinção quanto à tutela cautelar e à tutela satisfativa, vez que a adoção do critério da provisoriedade resulta entendimento de que qualquer tutela sumária deve ser tratada como tutela cautelar, vislumbrando-se, assim, a adoção de um poder cautelar geral<sup>9</sup>.

O pensamento de Calamandrei ecoou por vários países latino-americanos, acolhendo-se a tutela cautelar como possuidora de função de afastar provisoriamente perigo de dano capaz de prejudicar o resultado útil do processo, garantindo, assim, o resultado útil do processo de conhecimento e de execução. Como dito, o gênero é a tutela cautelar que abarca a antecipação de tutela, reduzindo-a a garantir o provimento final, isolando a cautela do direito material<sup>10</sup>.

Apesar da identificação da modificação de certos aspectos dos estudos em Calamandrei em face da teoria chiovendiana, o professor Daniel Mitidiero, de forma esclarecedora, posiciona o tema e realiza a seguinte crítica:

“O direito ao provimento cautelar, porém, está ligado a uma posição jurídica no plano do direito material concernente à tutela da pessoa. Não se trata de um instrumento do instrumento – ou de atividade de política judiciária. Cuida-se de proteção jurisdicional atinente diretamente ao direito material.”<sup>11</sup>

Ainda, no ano de 1927, Antonino Coniglio (1886-1953) alertava para a necessidade de se desenvolver uma disciplina do processo cautelar, mencionando a importância do Projeto Carnelutti de 1926, que permitia a escolha da via cautelar adequada por parte do julgador. Calamandrei também apontava como exemplo o Projeto Carnelutti (arts. 324 a 335), quando sustentava a adoção do poder cautelar geral e a uniformidade do procedimento sumário<sup>12</sup>.

Nesse passo, orientando a evolução da tutela cautelar por meio da escola italiana, com origem no processualismo alemão do final dos 800, inicialmente com Oskar von Bülow, ainda parcialmente sistematizado por Wach, Chiovenda consagra a autonomia da ação cautelar, vindo Calamandrei a identificar a tônica da autonomia no procedimento.

9. MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 44-45.

10. Confirmando o posicionamento de Calamandrei acerca da ausência de relação entre a tutela cautelar e o direito material, ou seja, entendendo por ser estritamente processual, Galeno Lacerda (1921-2012) comentando o Código Buzaid (1973), aduz que: “Na verdade, as medidas cautelares, por sua natureza puramente processual, mexem a fundo com a complexa teorias dos atos processuais. Para uma visão clara do assunto, para a distinção dos efeitos vários e heterogêneos das cautelares, há que descer à intimidade do procedimento, para então, aí, se desvendar a natureza diversa que podem assumir os atos judiciais no direito processual.” (LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. VIII, t. I, p. 19.)

11. MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 48.

12. LACERDA, Galeno. Op. cit., p. 2.

Seguidos por Enrico Tullio Liebman, que também defendeu a unidade do procedimento cautelar, e Francesco Carnelutti (1879-1965), reconhecendo que a autonomia guardaria conexão com o processo e não com o procedimento, caracterizou-se o processo cautelar como um terceiro tipo, *tertium genus*. Não sendo a cautela espécie de cognição ou execução, constituindo um gênero próprio, falar-se-ia, então, em processo cautelar ao invés de procedimento<sup>13</sup>.

O período de desenvolvimento dos estudos se deu de forma mais moderna, por assim dizer, na primeira metade dos 900. No Brasil, tivemos em vigor, durante essa época, o Código unitário de 1939 e, como se sabe, em nosso país, o tema não estava sendo investigado ou quase isso, vez que um ou outro autor havia se aventurado a discorrer sobre a tutela cautelar, assim como o fez Alfredo de Araújo Lopes da Costa (1885-1966), tendo realizado estudos e escrito sobre medidas preventivas, inclusive consta do prefácio de seu livro *Medidas Preventivas* que “o assunto era interessante e ainda mal explorado”<sup>14</sup>.

No entanto, logo em seguida da edição do Código de 1939, em decorrência de problemas de cunho político, Liebman, mestre da Universidade de Parma, desembarca no Brasil, em 1940, depois de breve passagem por Argentina e Uruguai. A partir de então, os processualistas brasileiros puderam ter acesso ao método científico utilizado pelo mestre italiano que, instalado em São Paulo, a convite do diretor da Faculdade de Direito para ministrar aulas em curso especial até o ano de 1946, acabou por influenciar vários juristas da época.

Ao comentar sobre o magistério de Liebman no Brasil, a memorável professora Ada Pellegrini Grinover (1933-2017), brilhante jurista ítalo-brasileira que emigrou com sua família para o Brasil no ano de 1951, recordou que naquele período o Mestre foi capaz de reunir vários de seus discípulos nas tardes dos sábados, na Alameda Rocha Azevedo, cujas lições transpareceram nos trabalhos de diversos processualistas brasileiros, como citado pela Professora:

“Calmon de Passos, na Bahia; de Galeno Lacerda e Mendonça Lima, no Rio Grande do Sul; de Barbi, em Minas Gerais; de Moniz de Aragão, no Paraná; de Eliézer Rosa, Moraes e Barros, Barbosa Moreira e Sérgio Bermudes, no Rio de Janeiro; e, naturalmente, de

---

13. *Ibidem*, p. 4/6.

14. Ainda em prefácio de sua obra, o jurista “mineiro”, desembargador do TJMG, nascido no Rio de Janeiro, filho de pai carioca e mãe recifense, não deixa dúvidas quanto à inexistência de organização teórica da tutela cautelar, mencionando que: “A matéria não é de fácil sistematização. A terminologia anda embaralhada. O significado comum dos termos serve a essa confusão. Medida preventiva, medida preparatória, medida de conservação. A medida preventiva também é, em sentido comum, preparatória e de conservação. O arresto, por exemplo, previne contra o risco da penhora não encontrar bens em que recaia. Prepara, pois, a penhora. Conserva a possibilidade da satisfação do direito material. No entanto, a natureza dessas três providências diverge.” (COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Medidas preventivas: medidas preparatórias, medidas de conservação*. Belo Horizonte: B. Alvares, 1953.)

todos os processualistas de São Paulo: Celso Neves, Lobo da Costa, Botelho de Mesquita, Dinamarco, Araújo Cintra, todos da Universidade de São Paulo; Mariz de Oliveira, Arruda Alvim e Donaldo Armelin, na Universidade Católica. E tantos outros, que seria impossível enumerar.”<sup>15</sup>

Por certo, diante de sua importância jurídico-política, o discípulo Alfredo Buzaid, ex-ministro da Justiça, teve bastante destaque e certamente foi uma das principais figuras que contribuíram com a evolução acerca do tema, transpondo os ensinamentos do mestre italiano para a codificação brasileira quando da elaboração do Código de Processo Civil de 1973 (Código Buzaid)<sup>16</sup>.

Conforme destacou o professor Galeno Lacerda, ao destinar o terceiro livro, ainda no Anteprojeto do Código, ao processo cautelar, equiparando às demais funções jurisdicionais, Buzaid mostrava-se não somente sensível aos anseios dos processualistas brasileiros, mas, também, colocava o Código em um patamar singular em face dos demais ordenamentos jurídicos, especialmente, em relação às codificações de países que haviam servido de inspiração e base para os últimos Códigos de Processo Civil brasileiros. Assim, testemunhou o ilustre mestre:

“Um dos aspectos que singularizava o Código atual, em confronto com os vigentes em outros Países de maior tradição jurídica, consiste precisamente no destaque outorgado ao processo cautelar, posto no mesmo plano dos processos de conhecimento e de execução. Idêntico tratamento não se encontra em codificações apontadas como fonte de inspiração de nossos últimos Códigos de Processo Civil, como a alemã, a austríaca, a portuguesa e a italiana.”<sup>17</sup>

Em síntese conclusiva, o professor Galeno Lacerda posicionou o Código brasileiro na vanguarda das codificações modernas, podendo ser tido como modelo metodológico por ter conferido ao processo cautelar o destaque, então merecido, por meio do reconhecimento da autonomia à cautela como espécie de função jurisdicional.

---

15. GRINOVER, Ada Pellegrini. O magistério de Enrico Tullio Liebman no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, v. 81, p. 98/102, 1986.

16. Período no qual a doutrina majoritária entendia de forma diversa, pela provisoriedade e instrumentalidade do provimento final nas tutelas cautelares. Entre renomados autores, note-se dizeres de José Roberto dos Santos Bedaque: “Somando a esse aspecto funcional, a cautelar se caracteriza por elementos estruturais: a provisoriedade, que significa inidoneidade para ditar a disciplina definitiva para a relação material controvertida; e a instrumentalidade em relação ao provimento final, definitivo, cujos efeitos são assegurados pela técnica da conservação ou da antecipação.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada*: tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização. S.l.: s.n., 2009, APA. p. 162.)

17. LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil* 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. VIII, t. I, p. 2.

### III. LIGANDO AS PONTAS – DESENVOLVIMENTO DA TUTELA CAUTELAR PARA TÉCNICA ANTECIPATÓRIA – METADE DOS 900 AO PERÍODO ATUAL – NAVEGAÇÃO TERRESTRE

Diante da codificação brasileira, elaboração do Código Buzaid, com grande influência da doutrina italiana, disciplinou-se o processo cautelar em seu livro terceiro (arts. 796 e ss.), incentivando e ensejando vários debates e livros escritos sobre a tutela cautelar. Diante desse momento de evolução, coube ao mestre Ovídio Araújo Baptista da Silva atuar como divisor de águas na doutrina brasileira, ao realizar a distinção entre tutela cautelar e tutela antecipada.

De acordo com Athos Gusmão Carneiro (1925-2014), a sugestão de separar a tutela cautelar da tutela antecipada teve origem no pensamento de Ovídio Baptista, exposto em julho de 1983, quando o mestre, ao participar do 1º Congresso Nacional de Direito Processual, em Porto Alegre, sugeriu a inclusão do parágrafo único ao art. 285 do CPC de 1973, tratando da possibilidade de o juiz conceder medida liminar antecipatória dos efeitos da sentença, depois de exame preliminar dos fundamentos da lide e provas carreadas à exordial, chegando ao convencimento do direito alegado pela parte, caso não houvesse incompatibilidade entre a natureza de tais eficácias com a providência adotada<sup>18</sup>.

A proposta de Ovídio Baptista constou do projeto de lei elaborado em 1985, tendo por objetivo o estudo de reformas ao CPC de 1973, conduzido pela Comissão Revisora designada pelo Ministério da Justiça. Na sequência dos trabalhos, outros dez anteprojetos foram elaborados sob os auspícios da Escola Nacional da Magistratura, com o intuito de atualizar o Código, prezando por uma maior celeridade e efetividade ao processo, resultando, ao final, na sanção da Lei 8.952/1994, momento no qual se passou a generalizar a antecipação de tutela no direito processual brasileiro, em especial, pela inclusão dos arts. 273 e 461, § 3º, ao Código Buzaid<sup>19</sup>.

Com a inclusão, sobretudo, do art. 273 do CPC/1973, a antecipação de tutela passou a ser distinta da tutela cautelar e, para sua identificação, haver-se-ia que juntar prova inequívoca para convencimento do julgador acerca da verossimilhança das alegações da parte autora (*caput* do art. 273<sup>20</sup>), sendo necessária, ainda, demonstração do fundado receio de que a demora no andar da lide pudesse causar ao autor o dano irreparável ou de difícil reparação (art. 273, I<sup>21</sup>), ou, de forma alternativa, verificação de

18. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação da tutela no processo civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 13.

19. *Ibidem*, p. 13-14.

20. 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: (Redação dada pela Lei n. 8.952, de 13.12.1994).

21. I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou (Incluído pela Lei n. 8.952, de 13.12.1994).

abuso do direito de defesa decorrente, por exemplo, de conduta protelatória do réu (art. 273, II<sup>22</sup>).

Não há dúvida de que a inovação legislativa resultou num salto evolutivo no que diz respeito ao instituto da tutela cautelar. No entanto, a doutrina, em grande parte, manteve entendimento equivocado no tocante ao elemento de provisoriedade da proteção cautelar, considerando ser a tutela cautelar simples instrumento que serviria apenas para assegurar a eficácia de provimento posterior<sup>23</sup>.

Em constante evolução, desde o estímulo empregado por Liebman, quando de sua passagem pelo Brasil, os estudos sobre a tutela cautelar não cessaram. Nesse sentido, há que se destacar que, além da grande contribuição dada pelo renomado jurista Ovídio Baptista, outros autores passaram a se dedicar ao tema e, mesmo antes da inclusão do art. 273 do CPC/1973, nos anos 90, o professor Luiz Guilherme Marinoni passou a escrever vários ensaios, consignando a ideia de que a tutela de urgência seria gênero, tendo por espécies a tutela antecipada fundada no perigo e a tutela cautelar.

A título exemplificativo, um dos livros de grande repercussão publicado por Marinoni no final dos anos 90, abordando as tutelas inibitória e cautelar foi, justamente, o *Tutela Inibitória (coletiva e individual)*, de 1998, onde o autor, tomando por base ensinamentos de Aldo Frignani, fez menção aos problemas doutrinários identificados a partir dos estudos da tutela cautelar, tais como: considerações de ordem processual (direito autônomo de cautela), ação cautelar e direito acautelado e relação entre o provimento cautelar e provimento definitivo<sup>24</sup>.

Ovídio Baptista, em seu clássico livro *Jurisdição e execução*, ressalta a distinção constante do Código de 1973 entre tutela, outorgada pelo Processo de Conhecimento, e efeitos da tutela, sendo esses últimos os aptos a serem antecipados. Assim, o julgador poderia antecipar efeitos, mas estaria impossibilitado de antecipar a tutela perseguida pelo autor. Por exemplo: no caso de reintegração de posse, o pedido reintegratório do autor não seria a própria reintegração da posse esbulhada. Isto porque, em caso de deferimento do provimento liminar antecipatório, dar-se-ia a simples declaração de que existira o esbulho, tendo o demandante direito a recuperar sua posse<sup>25</sup>.

Com o passar dos anos, debates e considerações sobre a legislação processual civil levaram o Senado Federal, juntamente com o Poder Judiciário, a preparar um anteprojeto

- 
22. II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. (Incluído pela Lei 8.952, de 13.12.1994).
  23. MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 129. Afirmando que a provisoriedade do provimento estaria evidente na norma legal, à época da vigência do CPC/1973, ver CARNEIRO, Athos Gusmão. Op. cit., p. 15.
  24. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000. p. 192-193.
  25. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo: Ed. RT, 1996. p. 190.

de reforma do CPC/1973, criando Comissão de Juristas nomeada em setembro de 2009, com intento de elaborar um novo Código, conforme parte inicial do anteprojeto, que aduziu o seguinte: “privilegie a simplicidade da linguagem e da ação processual, a celeridade do processo e a efetividade do resultado da ação, além do estímulo à inovação e à modernização de procedimentos, garantindo o respeito ao devido processo legal.”<sup>26</sup>

Resultado desse trabalho, texto apresentado ao Senado Federal, Projeto de Lei de 166/2010, trouxe novidades com a unificação da tutela cautelar com a tutela antecipada, inseridas no campo das tutelas de urgência, deixando de existir o livro destinado ao Procedimento Cautelar, criação da tutela de evidência com intenção de possibilitar maior rapidez aos efeitos dos provimentos judiciais, permitiu-se, assim, a postulação das tutelas antes ou durante o curso do procedimento, conforme art. 277 do Projeto<sup>27</sup>.

Em seguida, na Câmara dos Deputados, o Projeto recebeu o número 8.046/2010, sendo unificado ao PLC 6.025/2005. Nesse momento, tinha-se a ideia de tutela antecipada como gênero das espécies urgência, tutela satisfativa ou cautelar e evidência. Depois de diversas considerações de juristas e propostas de emenda, instituiu-se o gênero tutela provisória, tendo como espécies a tutela de urgência, contemplando a tutela antecipada (de conteúdo satisfativo) e a tutela cautelar (de conteúdo preventivo) e a tutela de evidência (podendo ser assecuratória ou satisfativa).

Implementou-se no novo Código a possibilidade de requerimento da tutela de urgência dentro do procedimento comum e de execução, incidentalmente, quando posterior ao início do procedimento, ou antecedente, se anterior. Assim, verificou-se avanço na nova legislação, porém, questões restaram sem uma devida identificação estrutural, como a decorrente da previsão do art. 283 do Projeto, o que foi objeto de análises e críticas construtivas, inclusive por parte dos professores Marinoni e Mitidiero.

Em livro destinado aos comentários sobre o Projeto do Novo Código, *O Projeto do CPC – crítica e propostas*, Marinoni e Mitidiero, analisando as disposições relativas à tutela da urgência e tutela de evidência, ressaltaram a previsão estampada no art. 283 do Projeto<sup>28</sup> (tutela cautelar e satisfativa), identificando confusão entre tutela antecipatória

- 
26. Texto inicial do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Acesso em: 07.12.2021, às 00:52, no seguinte endereço virtual: [www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496296]. Comissão composta pelos juristas Teresa Arruda Alvim Wambier (Relatora), Adroaldo Furtado, Fabricio Humberto, Theodoro Júnior, Paulo Cesar Pinheiro Carneiro, José Roberto dos Santos Bedaque Almeida, José Miguel Garcia Medina, Bruno Dantas, Jansen Fialho de Almeida, Benedito Cerezzo Pereira Filho, Marcus Vinicius Furtado Coelho e Elpídio Donizetti Nunes.
  27. Projeto de Lei 166/2010, art. 277, *in verbis*: “A tutela de urgência e a tutela de evidência podem ser requeridas antes ou no curso do procedimento, sejam essas medidas de natureza cautelar ou satisfativa.”
  28. Projeto de Lei 166/2010, art. 283, *in verbis*: “Para a concessão de tutela de urgência, serão exigidos elementos que evidenciem a plausibilidade do direito, bem como a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação.”

e tutela cautelar, pela necessidade de demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação em ambos os casos.

Ainda, aduziram que a utilização de terminologia ligada à tutela cautelar, como processo principal ou pedido principal, constantes de vários artigos do Título X do Projeto, reforçaria a confusão. Isto porque risco de dano irreparável ou de difícil reparação corresponderia tecnicamente ao requisito para o deferimento da tutela cautelar, não constituindo requisito para a tutela antecipatória, vez que nesse caso o requisito essencial seria o do perigo na demora do provimento perseguido pela parte. Ao final, sugeriram a alteração do art. 283 do Projeto, com fundadas sugestões<sup>29</sup>.

Nesse particular, os autores renovaram suas críticas ao art. 300 do CPC/2015, vez que o legislador entendeu que a tutela de urgência estaria diretamente vinculada ao combate de um perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. Haveria, em um primeiro momento, suposta exclusão de obtenção de tutelas finais contra o ilícito. Em seguida, estar-se-ia incorrendo em equívoco antigo, ao olvidar que a tutela é um direito da parte. Como se sabe, o legislador previu que a tutela cautelar é voltada a afastar o risco ao resultado útil do processo (equívoco já indicado por outros autores, inclusive Ovídio Baptista e Marinoni)<sup>30</sup>.

Como sugestão, poder-se-ia utilizar do perigo da demora do provimento para viabilizar o deferimento tanto de tutela contra o ilícito quanto de tutela contra o dano, onde a consideração do perigo de dano e risco ao resultado útil do processo deveria ser tomada como perigo na demora para chegar à caracterização da urgência, resultando em interpretação mais condizente com a técnica processual vista sob o ponto de vista da tutela dos direitos.

Ainda, abordando a questão da provisoriedade entre o provimento antecipado decorrente da técnica antecipatória e o provimento final antecipado, tem-se com mais clareza a identificação da técnica antecipatória como meio para obtenção da tutela jurisdicional. A antecipação é técnica para obtenção de provimento antecipado cautelar ou satisfativo, havendo, inclusive, uma relação de identidade, total ou parcial, entre o provimento antecipado e o provimento final. Como leciona Daniel Mitidiero: “Dito de maneira clara: o provimento cautelar antecipado é a versão provisória do provimento cautelar final, assim como o provimento satisfativo antecipado é a versão provisória do provimento satisfativo final”<sup>31</sup>.

Aqui, vale trazer esclarecimento de que tanto a tutela cautelar quanto a tutela satisfativa são tutelas definitivas, não sendo distinguíveis pela estrutura dos provimentos a elas vinculados, consistindo em equívoco classificar a tutela cautelar como espécie de tutela provisória.

---

29. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Projeto do CPC – Crítica e propostas*. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 106-107.

30. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil – Tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Ed. RT, 2019. v. II, p. 210-211.

31. MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.*, p. 130.

Discorrendo sobre a trilha, as árvores e a floresta, o professor Daniel Mitidiero coloca a questão de forma bastante elucidativa, confirmando ser funcional a distinção entre a tutela cautelar e a satisfativa, não estrutural, conforme se pode verificar em seu recente Processo Civil, onde aduz que:

“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 – ou, mais precisamente, dura tendencialmente enquanto durar o perigo. Dura, em outras palavras, enquanto não se alterarem os pressupostos fático-jurídicos que autorizaram a sua prolação. A tutela satisfativa visa à realização de um direito. Dura enquanto não se alterarem os pressupostos fáticos-jurídicos que determinaram a sua prestação. Dura enquanto durar a necessidade inerente à sua proteção. A distinção entre ambas é funcional, e não estrutural. A instabilidade natural à situação de perigo de dano irreparável ou de difícil reparação dá a falsa impressão de que a tutela cautelar não é definitiva, mas aí não há mesmo nada mais do que isso.”<sup>32</sup>

Dentro dessa perspectiva, além de bem pontuar acerca da distinção entre os principais elementos que compõem o tema em estudo, vale, ainda, equacionar a força que o tempo do processo pode representar na vida das partes envolvidas na lide mediante a tutela provisória, importando saber se a urgência ou evidência do direito pode exercer papel de relevância, tomando por base de análise o período compreendido entre a postulação e a decisão final, definitiva, da demanda.

Certamente, diante de todos os argumentos, teorias, críticas e considerações atuais acerca do tema da tutela cautelar, tem-se pela evolução dos conceitos de tutela do direito, tutela jurisdicional e técnica processual para se chegar à convicção da existência de uma técnica antecipada. Em síntese: a tutela cautelar e a tutela satisfativa constituem tutelas jurisdicionais do direito, realizáveis e situadas no plano do direito material. Já a técnica antecipatória constitui um meio para antecipar os resultados, ou seja, encontram-se em planos distintos a técnica antecipatória e as tutelas jurisdicionais do direito (cautelar e satisfativa).

Sendo assim, o direito deve ser visto sob a ótica da tutela dos direitos, ou seja, da efetivação do direito material, estando o processo e o direito envolvidos para promover a segurança jurídica, promover o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva, constitucionalmente assegurada, dando vida e confirmando uma existência convicta e real do Estado Constitucional.

#### IV. CONCLUSÃO

Diante da viagem proposta, certo é que vários personagens fizeram e sempre farão parte dessa jornada, seja pelos ensinamentos do passado que ecoam no presente, seja no presente baseados no passado ecoando no futuro, ou do passado sempre no futuro.

32. MITIDIERO, Daniel. *Processo civil*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 138.

Atualmente, o tema encontra respaldo na codificação processual civil em vigor, apresentando-se de uma maneira organizada, certamente a mais organizada dos tempos, podendo, por óbvio, ser criticada e ajustada, com base em estudos evolutivos, como por meio das pontuações bastante fundamentadas por parte dos professores Marinoni e Miti-diero, que indubitavelmente refletem os anseios da doutrina especializada.

Sem embargo, o que não se pode deixar de ter em mente é que, além de evoluir na compreensão teórica do tema em estudo, seja por meio da consideração do perigo da demora do provimento para viabilizar o deferimento tanto de tutela contra o ilícito quanto de tutela contra o dano, seja pela aclaração da distinção entre tutela cautelar e satisfativa como sendo de natureza funcional, há que se buscar a efetivação ao direito à tutela jurisdicional adequada, visualizando a existência de técnica antecipatória como efetiva técnica processual capaz de, ao final, dar tutela aos direitos.

Os avanços acadêmicos e legislativos acerca da antecipação da tutela devem estar conectados diretamente ao pensamento em favor da entrega de uma tutela jurisdicional adequada, justa, efetiva e tempestiva, com base constitucional, para tutelar de maneira adequada os direitos dos jurisdicionados e, somente dessa forma, confirmar a projeção da justiça civil no Estado Constitucional de Direito.

Nunca deixemos de navegar, de seguir nossas viagens. Nunca deixemos de ser humanos, de pensar socialmente. A solução teórico-jurídica não pode ser tomada à exclusão dos jurisdicionados, caso contrário estaríamos navegando nas bordas de precipícios de uma Terra quadrada, de um mundo irreal, inexistente, fadados ao naufrágio social.

## V. BIBLIOGRAFIA

- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto (1906-1985). La influencia de Wach y de Klein sobre Chiovenda. In: *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*. 1. reimp. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974. t. II.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização*. [S.l: s.n.], APA, 2009.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação da tutela no processo civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Medidas preventivas – Medidas preparatórias e medidas de conservação*. Belo Horizonte: B. Alvares, 1953.
- COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1942.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. O magistério de Enrico Tullio Liebman no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, v. 81, p. 98/102, 1986.
- LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. VIII, t. I.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000.

- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil – Tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Ed. RT, 2019. v. II.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Projeto do CPC – Crítica e propostas*. São Paulo: Ed. RT, 2010.
- MITIDIERO, Daniel. *Antecipação de tutela – Da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017.
- MITIDIERO, Daniel. *Processo civil*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- SCARPARO, Eduardo. A supressão do processo cautelar *como tertium genus* no Código de Processo Civil de 2015. In: BÖECKEL, Fabricio Dani de; ROSA, Karin Regina Rick; SCARPARO, Eduardo (Orgs.). *Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- SCARPARO, Eduardo. Estabilização da tutela antecipada no Código de Processo Civil de 2015. In: DIDIER JR., Fredie Coord. geral). *Grandes temas do novo CPC – Tutela provisória*. Salvador: JusPodivm, 2016.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 1. ed. São Paulo: Ed. RT, 1996.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil – Processo cautelar; tutela de urgência*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2000.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.



## PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Processual; Civil

### Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A tutela de urgência como instrumento de acesso à justiça, de Patricia Miranda Pizzol e Gilson Delgado Miranda – *RePro* 302/175-216;
- Apontamentos para a tutela provisória (urgência e evidência) no novo Código de Processo Civil brasileiro, de Antônio Pereira Gaio Júnior – *Doutrinas Essenciais – Novo Processo Civil 3* e *RePro* 254/195-223; e
- Tempo e processo: da lógica liberal-racionalista à tutela sumária de direitos como fundamento do estado constitucional, de Sérgio Cabral dos Reis – *RePro* 290/209-243.