

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

EDUARDO FURQUIM VIEGAS DA SILVA

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA
O perfil conceitual da técnica antecipatória

PORTO ALEGRE

2015

EDUARDO FURQUIM VIEGAS DA SILVA

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

O perfil conceitual da técnica antecipatória

Monografia de conclusão de curso de Pós Graduação Lato-senso em Processo Civil apresentado no Programa de Pós graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Processo Civil.

Orientador: Prof. Doutor Daniel Francisco Mitidiero.

PORTO ALEGRE

2015

RESUMO

A presente monografia de conclusão de curso de Especialização em Processo Civil pelo Programa de Pós-graduação em direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul versa sobre o tema da antecipação de tutela, mais especificamente no que tange o perfil conceitual do instituto, com o objetivo de expor a evolução conceitual da matéria, desde a época da doutrina de Chiovenda, quando se trabalhava o conceito de *mera azione* até o perfil da técnica antecipatória como meio de distribuição isonômica do tempo do processo, conforme conceito concebido por Daniel Mitidiero em seu livro *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*.

Palavras-chave: Celeridade. Acesso à justiça. Efetividade. Técnicas de aceleração. Tutela Cautelar. Antecipação da tutela. Técnica Antecipatória.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	4
2 PERFIL CONCEITUAL – DA TUTELA CAUTELAR À TÉCNICA ANTECIPATÓRIA.....	6
2.1 TUTELA CAUTELAR COMO <i>MERA AZZIONE</i>	7
2.2 TUTELA CAUTELAR BASEADA NO PROVIMENTO CAUTELAR.....	9
2.3 TUTELA SUMÁRIA COMO TUTELA DE URGÊNCIA.....	15
2.4 TUTELA SUMÁRIA COMO TUTELA ADEQUADA E EFETIVA.....	18
2.5 TUTELA SUMARIA COMO TÉCNICA ANTECIPATÓRIA. DIREITO À TÉCNICA ANTECIPATÓRIA PARA ALCANCE DO PROCESSO JUSTO.....	21
3 CONCLUSÃO.....	30
4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	32

1 INTRODUÇÃO

O objetivo da presente monografia foi, com base na sistematização sugerida pelo livro *Antecipação da tutela: da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória*, de Daniel Francisco Mitidiero, traçar um quadro conceitual da antecipação de tutela com foco primordial nos conceitos adotados para o estudo da matéria ao longo da evolução doutrinária.

Ao se debruçar com as obras de Daniel Mitidiero e de Luiz Guilherme Marinoni, ambas sobre a antecipação de tutela, vimos que o conceito de antecipação de tutela vinha alicerçado com base nos conceitos da execução, e, pensados, primeiramente por Chiovenda, com base nos conceitos da autonomia do direito processual, analisando as tutelas cautelares como *mera azione*, e, portanto, notando o primeiro marco importante sobre o estudo da antecipação de tutela, qual seja a separação das medidas cautelares da execução.

Após parte-se para o próximo caminho, e a partir da obra de Piero Calamandrei, que homenageia o professor Chiovenda, refina a matéria no estudo sistemático dos procedimentos cautelares, onde, como poderemos verificar, o autor identifica a tutela cautelar a partir do provimento, analisando à com base no procedimento, trazendo uma visão instrumental da matéria.

O estudo de Calamandrei é de vital importância para o desenvolvimento da matéria, e, portanto, inescusável o resgate a todo tempo dos conceitos por ele trabalhados sobre o tema. Todavia, o Código de Processo Civil de 1973 adota postura diferente da teoria trazida por Calamandrei, cabendo, portanto, no Brasil, ao professor Ovídio Baptista a tarefa de propor uma nova sistematização.

A partir deste momento, os conceitos de urgência e satisfatividade são explorados para a matéria, indicando a separação da antecipação de tutela (tutela satisfativa) da tutela cautelar, fazendo mais sentido à realidade da legislação adotada no Brasil.

Então, Luiz Guilherme Marinoni nos chama a atenção para a análise do tema sob a ótica da tutela dos direitos, argumentando que todas as sistematizações até então propostas são equívocas por não sistematizarem como um todo a matéria da antecipação da tutela. Então, a distribuição isonômica do ônus do tempo do processo, como forma de garantia da tutela dos direitos, passa a ser o ponto comum a ser analisado entre a tutela cautelar e a tutela satisfativa.

Por fim, o Professor Daniel Mitidiero apresenta sua sistematização a partir da separação do conceito de técnica e tutela, onde passamos a enxergar a técnica antecipatória como um meio de distribuir isonomicamente o ônus do tempo do processo, como fim de garantir a adequada, efetiva e tempestiva tutela dos direitos.

Sendo, portanto, esta evolução conceitual, a sistematização adotada para o estudo da antecipação da tutela e para traçar o perfil conceitual da técnica antecipatória.

2 PERFIL CONCEITUAL – DA TUTELA CAUTELAR À TÉCNICA ANTECIPATÓRIA

A antecipação de tutela é a técnica que objetiva antecipar o direito de parte de forma provisória, por meio de cognição sumária, para diminuir os efeitos do tempo à parte, mediante a distribuição isonômica do tempo do processo.¹

Todavia, para chegarmos a compreensão de todos os aspectos que permeiam o conceito da antecipação da tutela, como técnica processual, devemos analisar o desenvolvimento do conceito pela doutrina, partindo da análise da teoria da tutela cautelar, uma vez que durante muito tempo a doutrina não percebeu a autonomia conceitual da técnica antecipatória.² A exemplo disto, a citação de Liebman ao falar em “função antecipatória” por meio dos *provvedimenti d’urgenza*³ que demonstra a vinculação dos conceitos de antecipação da tutela e tutela cautelar.

Outra demonstração do traço da união entre os conceitos de tutela cautelar e antecipação de tutela no Direito Processual italiano, que antes da sua reforma em 2005, adotava um padrão de “instrumentalidade atenuada” nas medidas cautelares, não distinguindo estas dos provimentos antecipatórios⁴. Após a reforma, o sistema italiano abandona o padrão seguido a respeito da tutela de urgência no sistema anteriormente adotado, para adequar-se a um sistema similar ao do *reféré* francês, que objetivava acelerar a prestação jurisdicional, atuando no campo da sumarização do procedimento cognitivo (e não da cautelaridade), prevalecendo a autonomia e a sumariedade das ações cautelares satisfativas.⁵

¹ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 19.

² MITIDIERO, Daniel Francisco. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 19.

³ LIEBMAN, Enrico Tulio. Per un Nuovo Codice di Procedura Civile. Riv. Dir. Proc., 1982.

⁴ TORRALBA, Alberto José Laufente. Revista de Processo, nº 156, p. 78.

⁵ SILVA, Jaqueline Mielke. **Tutela de urgência**: de Piero Calamandrei a Ovídio Araújo Baptista da Silva. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 45 e 46.

Assim, não há como não iniciar os estudos sobre a antecipação de tutela, sem passar pela teoria cautelar, compreendendo os pontos de vista doutrinários mais marcantes, até enfim chegarmos à autonomia conceitual da técnica antecipatória.

2.1 TUTELA CAUTELAR COMO *MERA AZZIONE*

A tutela cautelar confundia-se conceitualmente com a técnica antecipatória por serem ambas compreendidas como algo relacionado à tutela de urgência. A doutrina sempre debateu, quando procurou dar aos procedimentos cautelares uma colocação no sistema processual civil, considerando os procedimentos cautelares como um apêndice da execução forçada.⁶ Chiovenda, todavia, com base numa nova classificação da ação que se concebe da natureza e do escopo da ação, pois esta é o direito por meio do qual se busca a vontade concreta da lei⁷, mediante o exercício da jurisdição na relação jurídica processual, propõe a autonomização da tutela cautelar dos domínios da execução forçada.⁸

Em princípio, Chiovenda chama de “medidas especiais” aquelas determinadas pelo perigo e pela urgência, dizendo-se estas como *provisórias acautelatórias* ou *conservadoras*, uma vez que expedidas antes da declaração da vontade concreta da lei, ou, antes da realização da atuação da vontade, como forma de garantia futura da atuação prática, tudo conforme se varia a natureza do bem que se aspira.⁹

⁶ CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Campinas: Servanda, 2003, p 21.

⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002, p 37.

⁸ MITIDIÉRO, Daniel Francisco. **Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p 25.

⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002, p 331.

Distinguem-se, portanto, as *medidas provisórias acautelatórias*, pela natureza e por suas condições, daquelas também provisórias, que ao juiz é lícito expedir à vista da particular certeza do direito ou da natureza especial.¹⁰

Sobre tal fundamento, Daniel Mitidiero opina que, ao colocar ao lado das funções de cognição e execução, a função da atuação da tutela jurídica no processo mediante provimentos cautelares, Chiovenda passa a concebê-la como uma figura geral.¹¹ Consequentemente, tendo em vista que a ação constitui no meio com o qual se busca a vontade concreta da lei¹², Chiovenda arrola como espécie de ação as “azione assicurative”, que tem a atuação da lei mediante as medidas provisórias acautelatórias ou provisórias. Assim, a cautelaridade é tomada por Chiovenda como sinônimo de *provisoriedade* – daí revelando na construção de seu pensamento o “aspecto estrutural da *azione assicurativa*”.¹³

Portanto, seguro dizermos que o pensamento Chiovendiano sobre a tutela cautelar e os provimentos antecipatórios permitem a classificação da tutela cautelar como uma mera *azione*, constituindo-se em um direito do estado, fundado na necessidade geral da tutela do direito, onde à parte apenas cabe o direito de provocação do estado para seu exercício.¹⁴

Daí se derivam duas observações, alerta Mitidiero: “a primeira concernente às relações entre o direito e processo na perspectiva da ação”, que debate o conceito de mera ação, e “a segunda atinente ao conceito de tutela cautelar como “*diritto dello Stato*” e não como tutela do direito da parte”.¹⁵

¹⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002, p 332.

¹¹ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p 24.

¹² CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002, p 37.

¹³ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p 24.

¹⁴ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p 25.

¹⁵ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p 26.

Ou seja, é mera ação (*azione*) aquela que não possui coordenação com o direito subjetivo pré-existente, momento em que Chiovenda retira a tutela cautelar do plano do direito material, legitimando, inclusive a submissão da tutela cautelar à discricionariedade judicial, afeição-a à atividade meramente administrativa.¹⁶

A *azione assicurativa* de Chiovenda serve de marco para a separação da tutela cautelar da tutela jurisdicional executiva, e desloca-se do âmbito de proteção dos direitos para proteção autoridade do Estado. Todavia, é Calamandrei quem traz teorização capaz de influenciar a maior parte da doutrina e legislações posteriores, através da conceituação dos *provvedimenti cautelari*.¹⁷

2.2 TUTELA CAUTELAR BASEADA NO PROVIMENTO CAUTELAR

A doutrina do final do século XIX e início do século XX pretendeu se afastar definitivamente da teoria que confundiu o direito de ação com o direito material, de modo que a necessidade de se firmar a autonomia do direito processual e a finalidade pública do processo conduziu ao abandono da ideia de que a jurisdição daria tutela aos direitos.¹⁸

A exemplo disto, Piero Calamandrei dedicou obra ao pensamento de Chiovenda a respeito da tutela cautelar, todavia, não buscou construir a teoria cautelar a partir do conceito de ação, mas sim, decide sistematizar o assunto pelo ponto de vista do “*provvedimento*”.¹⁹

¹⁶ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p 26 e 27.

¹⁷ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p 29.

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo cautelar**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 19.

¹⁹ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p 29.

A autonomia da função cautelar, como categoria diversa daquelas exercidas pelo juiz, foi identificada por Chiovenda, que, juntamente com Calamandrei, foi dos que mais contribuíram para o desenvolvimento das ideias a respeito desta matéria.²⁰

Calamandrei diz que os procedimentos cautelares “nascem, por assim dizer, de um procedimento definitivo, com a função de predispor o terreno e de preparar os meios adequados para seu êxito”.²¹ Calamandrei viu na *provisoriedade* do provimento em sede de cognição sumária, o traço marcante para a caracterização da tutela cautelar.²² Afirma o professor Daniel Mitidiero que “o critério que fundamenta a separação do provimento cautelar, de um lado os provimentos satisfativos, de outro, não é o da atividade do juiz”, continua dizendo, e com base na expressão utilizada por Enrico Tulio Liebman, que “sob esse ponto de vista, o provimento cautelar é uma *“unità”*”. Daí advém sua afirmação de que o critério fundamental da separação do provimento cautelar dos procedimentos de conhecimento e execução é a *estrutura dos provimentos*.²³

Calamandrei dizia que “parece que cada classificação das ações, que se fundamente na natureza do procedimento judicial a cuja ação visa, como cada classificação dos processos, que se fundamente nas finalidades que as partes se propõe, a atingir através do procedimento no qual o processo se inicia, resolva-se na realidade em uma classificação dos vários tipos de ação ou de processo não são mais do que um acessório e uma premissa”.²⁴ E complementa dizendo que seu estudo não é sobre processo cautelar, mas sobre o procedimento cautelar.²⁵

²⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e tutela Antecipada**: Tutelas sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização), São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p 33.

²¹ CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Campinas: Servanda, 2003, p 42.

²² MITIDIERO, Daniel Francisco. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p 29.

²³ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p 30.

²⁴ CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Campinas: Servanda, 2003, p 17.

Na ótica de Calamandrei os provimentos cautelares são *provisórios*, sendo seguro assumir que sua conceituação supunha um “aspecto estruturalista ainda mais acentuado” do provimento cautelar do que os critérios Chiovendianos na *azione assicurativa*.²⁶

Há, portanto, nos procedimentos cautelares, mais do que o objetivo de aplicar o direito, a finalidade imediata de se assegurar a eficácia do procedimento definitivo que servirá por sua vez para exercer o direito. A tutela cautelar é, em comparação ao direito substancial, uma tutela mediata: mais do que fazer justiça, serve para garanti o eficaz funcionamento da justiça.²⁷ Calamandrei ressalta que se todos os procedimentos jurisdicionais são um instrumento de direito substancial que, através destes, se cumpre, nos procedimentos cautelares verifica-se uma instrumentalidade qualificada, ou seja, um meio predisposto para melhor resultado do procedimento definitivo, que por sua vez é um meio para a aplicação do direito, sendo portanto, instrumentos do instrumento.²⁸

Calamandrei vê como um caráter diferencial dos procedimentos cautelares a sua provisoriedade, ou seja, na limitação da duração dos efeitos próprios destes procedimentos.²⁹ Temporário, ou *temporâneo*³⁰ é simplesmente aquilo que não dura para sempre, que independentemente da superveniência de outro, tem por si só uma duração limitada. Provisório é aquilo que não é destinado a durar para sempre, mas que será necessariamente substituído por algo definitivo. Então o procedimento cautelar constitui proteção provisória

²⁶ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p 30.

²⁷ SILVA, Jaqueline Mielke. **Tutela de urgência**: de Piero Calamandrei a Ovídio Araújo Baptista da Silva. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 22.

²⁸ CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Campinas: Servanda, 2003, p 42.

²⁹ CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Campinas: Servanda, 2003, p 25.

³⁰ CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Campinas: Servanda, 2003, p 25.

emprestada aos processos de conhecimento e execução, sendo dependente e acessório do provimento do processo de conhecimento ou de execução.³¹

Fala-se, portanto, em provisoriedade no sentido de que os provimentos cautelares não são idôneos a regulamentar definitivamente a relação de direito material controvertida, mas destinam-se à produção de efeitos pelo tempo necessário à prolação do provimento final. Assim não possuem autonomia mantendo-se ligados à tutela definitiva que depende da cognição exauriente.³²

A provisoriedade dos procedimentos cautelares seria um aspecto e uma consequência de uma relação que transcorre entre os efeitos do procedimento antecedente (cautelar) e aqueles do procedimento subsequente (definitivo), que assinalaria o início da cessação dos efeitos do primeiro.³³ A concepção de provisório tem incluída em seu interior a ideia de substituição e, por via de consequência, de antecipação. A partir do momento em que o provisório é substituído pelo definitivo é porque houve antecipação. Logo, a satisfação será inafastável.³⁴

E por isso, Calamandrei adverte que a provisoriedade, entendida como expressão da relação cronológica comum entre os dois procedimentos (cautelar e definitivo) não é suficiente para demonstrar a diferença específica dos procedimentos cautelares, por não ser caráter exclusivo dos procedimentos cautelares, uma vez que o próprio caráter provisório se confronta com outro grupo denominado por Chiovenda como “declarações com dominante função executiva”, que são medidas provisórias que ao juiz é consentido proferir ou pela particular certeza do direito ou por sua natureza

³¹ MITIDIÉRO, Daniel Francisco. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p 31.

³² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e tutela Antecipada**: Tutelas sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização), São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p 42.

³³ CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Campinas: Servanda, 2003, p 27.

³⁴ SILVA, Jaqueline Mielke. **Tutela de urgência**: de Piero Calamandrei a Ovídio Araújo Baptista da Silva. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 25.

especial. Bastando, portanto, essa informação para que esse compreenda que não todos os procedimentos provisórios são procedimentos cautelares.³⁵

Então ao definir o real sentido da provisoriedade dos procedimentos cautelares, Calamandrei esclarece que o procedimento cautelar refere-se ao objeto, ou à finalidade do procedimento, que se justifica pela existência de um perigo de dano jurídico e de um atraso de um procedimento jurisdicional definitivo. Ou seja, a provisoriedade tem relação com a função preventiva dos procedimentos cautelares, onde o interesse de agir surge não pelo dano, mas pelo *perigo e um dano jurídico*.³⁶

Todavia, não basta que o interesse de agir surja de um estado de perigo e que o procedimento invocado tenha um intento preventivo, mas é necessário que o procedimento requerido tenha caráter de *urgência*, quando fosse previsível que, com a tardia, o dano temido se tornasse dano efetivo, ou se agravaria dano já verificado, de modo a prejudicar a eficácia preventiva do procedimento.³⁷

Ainda, a fim de que surja o interesse específico da medida cautelar, é necessário que para remediar tempestivamente o perigo de dano que ameaça o direito, a tutela ordinária se revele muito lenta. A função dos procedimentos cautelares nasce, portanto, da relação entre a necessidade do que o procedimento, para ser praticamente eficaz, seja proferido sem atraso e a inaptidão do processo ordinário para criar sem atraso um procedimento definitivo.³⁸

³⁵ CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Campinas: Servanda, 2003, p 28.

³⁶ CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Campinas: Servanda, 2003, p 33-34.

³⁷ CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Campinas: Servanda, 2003, p 35.

³⁸ CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Campinas: Servanda, 2003, p 37-38.

Essas considerações demonstram a instrumentalidade como caráter típico dos procedimentos cautelares, os quais nunca são um fim em si próprio, nascendo, por assim dizer, *a serviço de um procedimento definitivo*.³⁹

Assim se vê o procedimento cautelar como a antecipação provisória de certos efeitos do procedimento definitivo, dirigida a prevenir o dano que poderia derivar do atraso deste.⁴⁰ Nessa linha, desimportante a satisfatividade ou não do provimento para caracterização da função cautelar, pois para Calamandrei, podem ser tanto assecuratórios como satisfativos.⁴¹

Daniel Mitidiero explica que “*diante deste quadro teórico, a tutela jurisdicional prestada sob cognição sumária sempre foi afeiçoada à tutela cautelar*”. Isto se reforça pelo fato de Calamandrei não perceber a diferença de tutela cautelar e tutela satisfativa, em razão de que o critério da provisoriedade, em ambos casos poderia se cogitar de tutela cautelar. Assim, na ideia de Calamandrei, passou-se a compreender toda a tutela sumária como tutela cautelar, esta assumindo função de neutralizar provisoriamente o perigo de dano capaz de frustrar o resultado útil do processo principal.⁴²

Daniel Mitidiero alerta que as mesmas críticas realizadas a Chiovenda servem para Calamandrei, pois este se serve do discutível conceito de “*mera azione*” e, com isso, transforma-se o direito material à segurança em posição judicial ligada ao Estado e não à pessoa. Sustenta o professor Daniel, que o direito ao provimento cautelar está ligado a uma posição jurídica no plano do direito material concernente à tutela da pessoa, não se tratando de um instrumento do instrumento ou de atividade de polícia judiciária, mas sim de proteção jurisdicional atinente ao direito material.⁴³

³⁹ CALAMANDREI, Piero. Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares. Campinas: Servanda, 2003, p 41.

⁴⁰ CALAMANDREI, Piero. Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares. Campinas: Servanda, 2003, p 43.

⁴¹ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p 32.

⁴² MITIDIERO, Daniel Francisco. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p 32.

⁴³ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p 35.

Assim, as inconsistências teóricas, e a fragilidade dos argumentos da doutrina italiana da época de Calamandrei e Chiovenda, bem como a necessidade de se pensar o processo frente a uma realidade social, impuseram a reconstrução dogmática da tutela sumária com base em outros aspectos conceituais.⁴⁴

2.3 TUTELA SUMÁRIA COMO TUTELA DE URGÊNCIA

Tem-se por claro que o objetivo de Piero Calamandrei ao sistematizar o provimento cautelar, visa demonstrar a técnica antecipatória que pode levar a prestação de tutela jurisdicional dos direitos sob cognição sumária, restando claro que o objetivo é a aceleração da prestação jurisdicional.⁴⁵

Ovídio Baptista, todavia, se encarrega de trazer a baila o conceito de separação entre a tutela cautelar e a tutela antecipada, enxergando a tutela cautelar como proteção preventiva e temporária ao direito aparente, quando existente perigo de dano, e a tutela antecipada como proteção provisória ao direito aparente contra o perigo na demora.⁴⁶

Então, Ovídio Baptista insere a tutela cautelar no âmbito da tutela de simples segurança, distinguindo a mesma de outras formas jurisdicionais satisfativas, adiantando que não há que se falar em antecipação de tutela em sede cautelar, o que indica a separação dos conceitos.⁴⁷

A Tutela Antecipada, portanto, é entendida como técnica que independe de autonomia procedimental, de provimento com cunho provisório, que antecipa os efeitos da sentença final satisfazendo o direito da parte, devendo

⁴⁴ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p 38.

⁴⁵ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p 39-40.

⁴⁶ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p 39-52.

⁴⁷ SILVA, Jaqueline Mielke. **Tutela de urgência**: de Piero Calamandrei a Ovídio Araújo Baptista da Silva. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 29.

ser utilizada quando é presente perigo de dano irreparável, ou de difícil reparação.⁴⁸

Contra-pondo-se à teoria clássica, Ovídio Baptista conseguiu demonstrar a superioridade da teoria que atribui à função cautelar a proteção de um dano aparente submetido ao perigo de dano iminente, onde a tutela cautelar, ao contrário da doutrina de Calamandrei, não protege o processo, mas o direito. O professor Ovídio evidencia que a tutela marcada pela característica da provisoriedade nem sempre é uma tutela cautelar, sendo que o que define a cautelaridade não é a provisoriedade ou a circunstância de a tutela ser concedida no curso do processo de conhecimento, mas sim a sua função diante do direito material.⁴⁹

Isso porque, como já citou o professor Ovídio, devemos recordar a distinção feita por Calamandrei das duas modalidades de perigo por ele incluídas, sendo o perigo da “*infruttuosità*” do direito a ser atendido pelas medidas e apenas assegurassem proventivamente sua futura realização, e o perigo de “*tardività*” na satisfação do direito, que segundo ele, poder-se-ia igualmente atender por meio de um provimento cautelar. A segunda modalidade de *periculum in mora* representam as formas de *tutela satisfativa antecipada*, cuja *provisoriedade* é visualizada do plano da disciplina normativa, enquanto a decisão que os concede poderá sempre ser revogada ou modificada, não, porém, sob o plano de seus efeitos fáticos, que não são absolutamente provisórios, por tratarem de matéria inerente ao mérito da pretensão principal.⁵⁰

Por estes conceitos, deixa-se de compreender toda a tutela sumária como tutela cautelar, onde a tutela sumária passa a ser compreendida como *tutela de urgência*, gênero no qual se inserem a tutela cautelar, a tutela satisfativa de urgência autônoma e a tutela antecipada, onde tanto a tutela

⁴⁸ SILVA, Jaqueline Mielke. **Tutela de urgência**: de Piero Calamandrei a Ovídio Araújo Baptista da Silva. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 40.

⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo cautelar**. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 22.

⁵⁰ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Curso de Processo Civil**. 3 ed. São Paulo: Ed. RT, 2000. Vol 3. P. 83-85.

cautelar como a tutela satisfativa são tutelas que visam a disciplinar de forma definitiva determinada situação fático-jurídica, sendo a tutela cautelar tão definitiva quanto a tutela satisfativa.⁵¹

Define Mitidiero que se a tutela cautelar e a tutela satisfativa são definitivas, então as decisões que prestam tutela cautelar também são idôneas para adquirir a qualidade de coisa julgada, encontrando-se a diferença no *objeto* da coisa julgada, onde na cautelar *não está no direito acautelado*. O direito declarado existente é simplesmente o direito à cautela, o que demonstra que o processo que visa à prestação de tutela cautelar se desenvolve mediante cognição exauriente do direito à cautela, sendo que apenas o *direito acautelado* é que é conhecido de forma sumária, sendo, portanto, impossível caracterizar a tutela cautelar pelo critério da cognição sumária.⁵²

A provisoriedade e a cognição sumária dizem respeito à técnica antecipatória, e esta sim é tomada sob cognição sumária do direito acautelado e do direito à cautela.⁵³ A técnica de cognição sumária é utilizada nos processos sumários em geral, em que são espécie os processos cautelares, de antecipação de tutela em qualquer processo de conhecimento, e também em alguns processos de conhecimento de cognição exauriente que admitem a concessão de provimentos antecipatórios, como ações possessórias, por exemplo.⁵⁴ Todavia, devemos prestar atenção para distinção da liminar que concede tutela cautelar sob cognição sumária do direito acautelado e do direito à cautela, durará apenas enquanto não sobrevém a decisão final e definitiva que a substituirá, esta fundada em *cognição exauriente do direito à cautela*.⁵⁵

⁵¹ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p 41-42.

⁵² MITIDIERO, Daniel Francisco. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p 44-45.

⁵³ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p 45.

⁵⁴ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 4.ed. rev. e atual São Paulo: Saraiva, 2012. p. 139.

⁵⁵ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p 45.

A tutela que satisfaz o direito material, ainda que no curso do processo, é tutela antecipatória, e não pode ser confundida com a tutela cautelar, pois esta última não tem o escopo de satisfazer o direito, mas apenas de assegurá-lo.⁵⁶ Não se confunde, portanto, tutela cautelar com a tutela satisfativa antecipada, sendo o problema agora perceber que a técnica antecipatória é apenas um meio para a realização da tutela satisfativa ou da tutela cautelar e que essas formas de pensar devem partir do direito material, ou seja, a luz da teoria da tutela de direitos.⁵⁷

Alerta Daniel Mitidiero que o problema da dogmática processual não está em separar tutela cautelar e antecipação da tutela, pois, em seu entendimento, esta impositação está equivocada, visto que não é possível tratar no mesmo plano de uma tutela e de uma técnica, tratando-se de conceitos distintos, que melhor devem ser avaliados, sob a perspectiva da tutela sumária como tutela efetiva, e da antecipação de tutela como meio de distribuição isonômica do tempo do processo.⁵⁸

2.4 TUTELA SUMÁRIA COMO TUTELA ADEQUADA E EFETIVA

A técnica antecipatória não tem por objetivo compor o perigo de tardança do provimento jurisdicional, mas sim distribuir de forma isonômica o ônus do tempo do processo.⁵⁹

O aumento da população e a falta de adequação do organismo judiciário à realidade das novas relações sociais acabam gerando a demora na entrega da tutela em favor de quem deve recebê-la. E para amenizar este problema, que compromete a própria concepção de direito processual como ciência,

⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo cautelar**. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 22.

⁵⁷ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 50.

⁵⁸ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 49.

⁵⁹ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 53; MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 11 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 23.

passou-se à utilização indiscriminada da tutela cautelar como via alternativa de solução de controvérsias.⁶⁰

Assim a tutela cautelar e a tutela antecipatória não compartilham o gênero destinado à prevenção do direito da parte, e não ingressam no gênero da tutela de urgência. Quando se fala em tutela de urgência como gênero no qual se inserem as espécies tutela satisfativa sumária e tutela cautelar acentua-se a suposta finalidade comum – a urgência. Esse elemento, contudo, não está presente na tutela satisfativa sumária fundada na evidência, de modo que não é possível sistematizar todo o fenômeno. Assim, parece apropriado trabalhar a tutela cautelar e a tutela satisfativa sumária a partir da finalidade comum de equacionamento do ônus do tempo do processo, a partir da técnica antecipatória.⁶¹

Calamandrei já traçava esboço da consideração da evidência no âmbito da tutela cautelar, apesar de percebermos que o seu conceito baseado na provisoriedade do provimento é impreciso em diversos aspectos, uma vez que desconsidera a satisfatividade dos procedimentos urgentes, quando dizia que a provisoriedade das denominadas “declarações com dominante função executiva” é um contrapeso e uma amenização da sumariedade no processo de conhecimento, através do qual esses procedimentos são proferidos. Em certos casos em que o pedido se fundamenta nos *meios probatórios particularmente aceitáveis*, ou em que a simplicidade ou a 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, o atalho do conhecimento sumário, o qual chega a mesma meta (título executivo) como maior celeridade

⁶⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e tutela Antecipada:** Tutelas sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização), São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p 274-275. Sobre o assunto, também o professor Ovídio Baptista discorre. In: **Curso de Processo Civil**. 3 ed. São Paulo: Ed. RT, 2000. Vol 3, p 21 – 37.

⁶¹ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Antecipação da tutela:** da tutela cautelar à técnica antecipatória. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p 53; MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 11 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p .46.

e simplicidade, eliminando ou limitando, ou contendo um único grau, o contraditório do réu.⁶²

Ou seja, se a teoria de Calamandrei, que apenas considera a provisoriedade e a presença de perigo de dano na demora, desconsiderando a satisfatividade do provimento, engloba no conceito da tutela sumária a evidência, e, que a sistematização ofertada por Ovídio Baptista utiliza o critério da satisfatividade para diferenciar a tutela cautelar da tutela satisfativa sumária, elegendo como elemento comum entre ambas a urgência, retirando as hipóteses de evidência do âmbito da tutela cautelar e tutela antecipatória, então, podemos concluir que a sistematização pela técnica antecipatória, como sugerido por Luiz Guilherme Marinoni, que considera a distribuição isonômica do tempo do processo como ponto comum entre as tutelas cautelar e antecipatória, como a que melhor sistematiza o problema conceitual da antecipação da tutela.

Daniel Mitidiero explica que a suposta impossibilidade teórica de reunir-se a partir da técnica antecipatória a tutela satisfativa e a tutela cautelar deriva do fato de comumente entender-se a tutela cautelar ao lado da antecipação de tutela, quando o correto está em colocar no mesmo plano apenas formas de tutela jurisdicional do direito, já que a técnica processual não se confunde com a tutela jurisdicional do direito que por meio dela pode ser prestada, sendo que a técnica antecipatória é o denominador comum capaz de sistematizar o fenômeno da tutela sumária.⁶³

Marinoni afirma que a teoria de Calamandrei está viciada pela abstração do processo em relação ao direito material. E isto fica visível quando Calamandrei afirma que toda decisão que antecipa o julgamento de mérito, por dar regulação provisória à relação jurídica controvertida, tem natureza cautelar. Na doutrina de Calamandrei, o que define a natureza da tutela é a provisoriedade pouco importando o resultado que é proporcionado ao autor. É

⁶² CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Campinas: Servanda, 2003, p 29-30.

⁶³ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p 55.

por isso, diz Marinoni, que Calamandrei acabou falando mais de tutela antecipatória do que de tutela cautelar, e os conceitos acabaram confundidos.⁶⁴

Então, fica evidenciado que Marinoni inova o pensamento conceitual da tutela sumária a partir da análise não com base no provimento, mas sim repensando a função jurisdicional com base na tutela dos direitos.⁶⁵

Esclarece o autor que o processo de cognição sumária não permite o conhecimento aprofundado da matéria litigiosa. De outra parte, o processo com procedimento abreviado viabiliza a prestação da tutela em um tempo menor que o despendido pelo procedimento comum ordinário, diante da aceleração dos atos processuais, os quais são praticados num espaço mais curto de tempo.⁶⁶

Ou seja, Marinoni olha para a tutela sumária pelo prisma da tutela dos direitos, e vê na distribuição isonômica do ônus do tempo do processo, o ponto comum da tutela cautelar e da tutela satisfativa antecipatória. A técnica antecipatória serve para adequar o processo às especificidades do direito material alegado em juízo (urgência ou evidência) a fim de que o processo seja capaz de promover a efetividade da tutela jurisdicional. Nesse quadro, a tutela sumária serve à prestação de tutela adequada e efetiva aos direitos.⁶⁷

2.5 TUTELA SUMARIA COMO TÉCNICA ANTECIPATÓRIA. DIREITO À TÉCNICA ANTECIPATÓRIA PARA ALCANCE DO PROCESSO JUSTO

Antes do SEC XIX, os processualistas não falavam em processo, mas sim em procedimento. O conceito de processo com autonomia surge apenas na metade do século XIX. Então, se falava que o processo civil, chamado de

⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 11 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 59.

⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo cautelar**. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 65-66.

⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo cautelar**. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 116.

⁶⁷ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 55.

procedure civile, e no Brasil, chamado de direito Judiciário Civil, era o procedimento forma para alcance de jurisdição, antes da chegada do momento de transformação de procedimento em processo: ruptura da *actio*, adquirindo o processo um conceito autônomo, e desvinculado do direito civil.⁶⁸

O conceito de processo passou por uma conceituação a partir de dois grandes marcos: a) do conceito de relação jurídica processual, e b) a partir do conceito de pressupostos processuais. O primeiro objetivo é deixar de tratar o processo como mero procedimento, outorgando-lhe estatuto científico. A partir daí evidenciar a autonomia do direito processual civil em relação ao direito material, a partir do conceito de pressupostos processuais.⁶⁹ Assim tínhamos: 1) Teoria da ação: "A ação não é desdobramento do direito material", e 2) Teoria do Processo: ocorre em função do conceito de pressupostos processuais.

Bülow dizia que o processo é uma relação jurídica que se estabelece entre autor, juiz e réu. E não depende do direito material para existir, ser válido, e ser eficaz. Depende apenas do atendimento aos pressupostos processuais, que determinavam a existência e validade do processo. Seria logicamente impossível analisar o mérito, sem que estivessem presentes os pressupostos processuais, porque no direito Romano Clássico, já se antevia a priorizava-se a análise dos aspectos processuais.⁷⁰

É característica do Conceitualismo privilegiar o Processo em detrimento do Direito Material como tentativa de resolver demandas pelo processo e não pelo direito material. Isto provava a autonomia do Direito Processual, considerando a despreocupação na ocorrência de decisões puramente processuais, sem análise de mérito.

As transformações políticas e sociais havidas entre Estado e indivíduo, acabaram por romper certos conceitos, sendo isto responsável em definir os

⁶⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14^a. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 18.

⁶⁹ BÜLOW, Oskar Von. **Teoria das exceções e dos pressupostos processuais**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Imprensa: Campinas, SP, 2005.

⁷⁰ Idem.

primeiros fenômenos do processo, que antes se baseavam sobre o *direito judiciário civil* (mera *procédure*).⁷¹

Todavia, o pensamento de autonomia do processo constituiu base para o aprimoramento de técnicas processuais, facilitando o estudo do processo como uma ciência única e fundamentada seus próprios princípios e métodos, mesmo antes da evolução do conceito. E a partir daqui se começou a falar em técnicas processuais, se chegando a um momento metodológico caracterizado pela consciência da *instrumentalidade* do processo.⁷²

Enxergar o processo de forma a valorizar apenas a teoria de autonomia é esquecer o seu caráter instrumental puro, que sirva de alcance para os objetivos sociais, políticos e jurídicos da sociedade. Explica Dinamarco que não se trata da renúncia aos conceitos da autonomia, muito menos aos princípios solidamente instalados em sua ciência e no plano das garantias constitucionais, mas que esta não implica seu isolamento e seu culto como se fosse “um valor em si mesmo”⁷³, pois é claro que sem os conhecimentos que ela proporcionou, não chegaríamos às conclusões e evoluções que se pretendem, “seria tentar a fisiologia, quem não conhece a anatomia”.⁷⁴

Arruda Alvim, sobre a autonomia do processo, expos sua conclusão a respeito do caráter autônomo do processo, salientando que este não condiz apenas à um *Direito Judiciário Civil*, pois não tão restrito apenas ao processo de conhecimento, o que para o autor, seria a jurisdição ocorrendo em face do direito material em si, mas que também não se deveria esquecer o processo de execução, que também é atividade jurisdicional. Todavia, *Direito Judiciário Civil* é amplo demais, pois os assuntos relativos à organização judiciária, que embora tradicionalmente estudados na mesma ciência, não compreendem o que se entenderia por Direito Processual Civil.

⁷¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14^a. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 18.

⁷² DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14^a. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 22.

⁷³ DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit., p. 316.

⁷⁴ Idem.

Da mesma forma, então, a antecipação da tutela, depois de adequadamente compreendidas a tutela cautelar – como resultado – e a antecipação da tutela – como meio, é que devemos alinhar os conceitos de tutela do direito, tutela jurisdiciona e técnica processual para a efetiva compreensão da técnica antecipatória.⁷⁵

Ao contrário da clássica visão da doutrina, que adotava a autonomia do processo perante o direito material como forma de melhor compreensão das técnicas processuais, a técnica antecipatória deve ser compreendida a partir do conceito da tutela dos direitos, ou seja, considerando-a como um meio idôneo para a realização do direito material.⁷⁶

Tutela é *proteção* e consiste na melhora que o litigante vencedor recebe na situação jurídica deduzida em juízo, de modo que, terminado o processo, ele se encontre, na sua vida comum em relação ao outro litigante e aos bens controvertidos, em situação melhor do que aquela em que se encontrava antes do processo.⁷⁷

Um dos problemas mais recorrentes entre os processualistas contemporâneos é a conferência da efetividade à tutela de direitos.⁷⁸ Kazuo Watanabe, por exemplo, aduz que hoje os processualistas partem para a busca de um instrumentalismo mais efetivo do processo, dentro de uma ótica mais abrangente e mais penetrante de toda a problemática sócio jurídica. Não se trata de negar os resultados alcançados até esta data. O que se pretende é fazer dessas conquistas doutrinárias e de seus melhores resultados um sólido patamar para, com uma visão crítica e mais ampla da utilidade do processo, proceder ao melhor estudo dos institutos processuais – prestigiando ou adaptando ou reformulando os institutos tradicionais, ou concebendo institutos novos –, sempre com a preocupação de fazer com que o processo tenha plena

⁷⁵ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p 56.

⁷⁶ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p 56.

⁷⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel; RULLI NETO, Antônio. **Fundamentos do processo civil moderno**. 5.ed, rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. 2 v., p. 755.

⁷⁸ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 3.ed. rev. e atual São Paulo: Perfil, 2005. p. 21.

e total aderência à realidade sócio-jurídica, a que se destina, cumprindo sua primordial vocação que é a de servir de instrumento à efetiva realização dos direitos.⁷⁹

A celeridade, portanto, é medida que se impõe à concretização da tutela jurisdicional efetiva. Mas, afinal, o que é a tutela jurisdicional efetiva? O que significa dizer que a resposta do Estado significou algo para a sociedade e até onde esta resposta efetivou os Direitos que por ventura teriam sido sonegados?

É tempestiva a tutela jurisdicional quando os prazos legalmente prefixados para o trâmite e instrução do processo, concebidos em vista das circunstâncias de fato da demanda, do direito a ser protegido, do contraditório e da ampla defesa, são cumpridos pelas partes e pelo órgão jurisdicional.⁸⁰

Atualmente a tempestividade da tutela jurisdicional, além de compreendida entre os Direitos Humanos, encontra suporte dentro de um amplo conceito constitucional de acesso à justiça⁸¹, onde aqui se engloba inclusive o conceito de “direito à celeridade do processo”⁸² de modo que a intempestividade da tutela atenta contra o próprio conceito de jurisdição⁸³. Fernando da Fonseca Gajardoni nos mostra que em diversos países, seja em seus ordenamentos internos, seja através de tratados internacionais, vêm assimilando que a própria proteção jurídica do direito é direito inalienável do ser humano. E sendo direito humano, não pode ser mitigado através de uma proteção (prestação jurisdicional) imperfeita (ineficaz e/ou intempestiva).⁸⁴

Para melhor entendermos o alcance da tempestividade da tutela, é necessário o entendimento daquilo que é a tutela estatal. Basicamente existem

⁷⁹ Idem, p.22.

⁸⁰ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Técnicas de aceleração do Processo**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003, p. 60.

⁸¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Op. Cit., p. 49.

⁸² ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe, **Il modello costituzionale Del processo civile italiano**. Turim: Giappichelli, 1990. p. 90.

⁸³ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Op. Cit., p. 49.

⁸⁴ Idem.

duas perspectivas, que, ao final, chegam ao mesmo resultado.⁸⁵ A primeira, em que Pontes de Miranda nos esclarece o conceito, é a do direito material, onde é preciso não se confundir o pedido com o direito, dando valor à ideia de autonomia do direito processual.⁸⁶

Nesta visão a tutela é o direito à ação, para com essa buscar o direito. Ou seja, a ação não é exigível, mas sim praticável, e, a partir deste exercício é que o Estado fornecerá o direito pretendido. A tutela Estatal, portanto, é a demanda, a ação, e não o comando sentencial, pois este é o reflexo do direito material em si. Pontes de Miranda ainda ressalta que quando se exerce a pretensão a tutela jurídica, faz-se por meio de pedidos de cumprimento da promessa do Estado de concessão de tutela. Este exercício dá razão ao nascimento de pretensões a sentença, pretensões processuais. O que se exerceu, pré-processualmente, foi a pretensão à tutela jurídica. Quem a tem ainda não tem pretensão processual: a pretensão processual depende (nasce) do pedido. Quem tem pretensão a tutela jurídica, tem-na ainda que não a exerça. Quem exerceu não a perde e faz-se titular da pretensão processual, pretensão ao remédio jurídico-processual.⁸⁷

Este pensamento reforça a lição de Fernando Fonseca Gajardoni de que “a pretensão jurídica do direito é direito inalienável do ser humano”⁸⁸ justamente no sentido de que a tutela estatal é direito inerente ao ser humano, para ser exercido a qualquer tempo, mas, não buscado por meio de uma ação, justamente, por se traduzir na própria ação.

O segundo posicionamento é no sentido do direito processual, como exemplo da ideia de Chiovenda é completamente aplicável quando diz que “o processo deve dar quanto for possível praticamente, a quem tenha direito, tudo

⁸⁵ WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. 3.ed. rev. e atual São Paulo: Perfil, 2005. p. 23.

⁸⁶ PONTES DE MIRANDA. **Comentários ao Código de Processo Civil de 1973**. t. I, 1974. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p.218.

⁸⁷ PONTES DE MIRANDA. Op. Cit., p.219.

⁸⁸ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Técnicas de aceleração do Processo**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003, p. 49.

aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir”⁸⁹, o que significa dizer que a tutela é o processo em si, e a ação representa o direito material, não sendo apenas um direito inerente a pessoa, mas sim, a concretização deste direito por meio do processo.

A diferença entre as teorias, na realidade reside no momento que se que vislumbra a tutela. Para Pontes de Miranda, a tutela é pré-processual, existe junto com o ser humano, para que, quando da necessidade de busca por um direito material, se a utilize. Para Chiovenda, a tutela é o resultado final do processo, que, deve alcançar todo o direito do tutelado.

Todavia, ambos os posicionamentos são de extrema relevância para o estudo da busca pela efetividade da tutela. Kazuo Watanabe nos expõe que ambas as perspectivas são igualmente relevantes. Busca-se, portanto, um pensamento unitário, para que com um comum objetivo, se alcance a tutela efetiva de todos os direitos, pois de um lado há exigências próprias do direito material por uma adequada tutela, há de outro as técnicas e soluções específicas do direito processual, não somente quanto à natureza do provimento, como também no tocante à duração do processo, à eventual antecipação de tutela, à intensidade e amplitude da cognição, e a muitos outros aspectos.⁹⁰

A partir disto, podemos concluir então, que a tutela jurisdicional é direito humano, inalienável e exercível a qualquer momento, para a busca de um direito, sendo, ou o meio de acesso a este direito (teoria do direito material), ou sendo a concretização deste direito através de um meio de acesso (teoria do direito processual). E a tempestividade desta tutela é o ponto fundamental para que se concretize de forma efetiva. Se feita análise com base na teoria de Pontes de Miranda, quando a tutela não é tempestiva, o detentor da tutela não a busca, deixando de exercê-la pela falta de confiança na prestação

⁸⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 84.

⁹⁰ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 3.ed. rev. e atual São Paulo: Perfil, 2005. p. 27.

jurisdicional.⁹¹ Se analisarmos pela teoria de Chiovenda, a demora na concretização da tutela resulta na perda de seus objetivos principal, a concretização do direito. Então, tutela jurisdicional tempestiva é a união do acesso à justiça, e do direito a razoável duração do processo, para o alcance da efetividade da justiça pretendida.

Daniel Mitidiero explica que a partir daí, resta saber quais são as técnicas processuais que são exigidas pela tutela do direito para a adequada, efetiva e tempestiva realização em juízo. E é inquestionável que dentre elas se insira o direito à técnica antecipatória, que aparece e se consagra como corolário essencial da organização de um processo justo. O direito à técnica antecipatória, é uma das posições jurídicas que integra o direito de ação como direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva mediante o processo justo, e é o direito processual que outorga direito à técnica antecipatória e, portanto, direito à antecipação de tutela.

A técnica antecipatória é um meio para prestação de tutela antecipada pelo juiz, que tem por objetivo neutralizar os males do tempo no processo e distribuir isonomicamente o ônus do tempo do processo mediante a satisfação ou simples segurança da tutela do direito afirmada em juízo.⁹²

Então, conclui-se que a técnica antecipatória é o meio pelo qual se chegam às tutelas cautelares e tutelas satisfativas, com o objetivo de assegurar ou antecipar a tutela dos direitos mediante cognição sumária, dando lugar a prolação de um provimento provisório, cujo conteúdo é demarcado, total ou parcialmente, pelo conteúdo do provimento, promovendo a adequação do processo às particularidades e às necessidades exigidas pelo direito material, não prestigiando apenas as hipóteses de urgência, mas também a evidência das posições jurídicas postas em juízo, como forma totalmente idônea a efetivar o direito ao processo justo.

⁹¹ ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 2. ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2008, p. 70.

⁹² MITIDIERO, Daniel Francisco. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p 60-65.

Dito isto, a técnica antecipatória tem de estar predisposta para a tutela geral de toda e qualquer situação jurídica no plano do direito material, sendo impositiva em um sistema realmente preocupado com a realização efetiva dos direitos.⁹³

⁹³ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p 67.

3 CONCLUSÃO

Não se duvida de que um processo, atualmente, no Brasil, é lento. Esta afirmação permeia os maiores comentários e estudos jurídicos atualmente em andamento, justamente porque, toda a sociedade sabe que a Justiça do Brasil é tardia. Por esta razão é que as técnicas que visam garantir a adequada, efetiva e tempestiva tutela dos direitos devem ser a fundo estudadas.

E aqui notamos a importância do entendimento da técnica antecipatória como meio de distribuição isonômica do ônus do tempo do processo, como forma de garantia da prestação da tutela adequada, efetiva e tempestiva.

Ao longo da pesquisa pudemos notar que os conceitos iniciais traçados pela doutrina italiana são de grande importância para entender o contexto histórico da evolução dos institutos de direito processual que visavam garantir a antecipação da tutela.

Entender, portanto, a desvinculação da tutela cautelar da execução, e depois analisa-la sob o ponto de vista do provimento, nos faz compreender a razão pela qual os requisitos do perigo de dano ou perigo da demora são até hoje adotados.

Ainda, entender o quadro sistemático apresentado por Ovídio Baptista, que nos indica a separação dos conceitos de tutela cautelar e tutela satisfativa antecipada, com base na urgência, indicando a satisfatividade como critério diferenciador, nos faz entender a adoção legislativa de 1973, e qual o objetivo da antecipação de tutela, que seria da proteção do direito material acautelado quando verificada a necessidade de provimento urgente.

Todavia, sem a análise da matéria pelo ponto de vista da tutela dos direitos, abandonando os conceitos da autonomia do processo, não conseguiríamos entender onde a tutela de evidência se encaixaria no âmbito da antecipação de tutela, uma vez que esta não é justificada na urgência. Assim, chegamos à adoção de um novo critério para a formação dos conceitos

de tutela sumária, ou seja, a distribuição isonômica do ônus do tempo do processo como forma de garantia da prestação de tutela adequada, efetiva e tempestiva dos direitos.

Contudo, concluímos, a partir da sistematização proposta por Daniel Mitidiero, que a técnica antecipatória não é a tutela sumária, mas sim o meio pelo qual se alcança a tutela sumária, como forma de efetivar a distribuição isonômica do ônus do tempo do processo, e assim, garantir, por ser direito constitucional, a tutela adequada, efetiva e tempestiva dos direitos.

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe, **Il modelo costituzionale Del processo civile italiano**. Turim: Giappichelli, 1990.

ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 2. ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 2008.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Curso de Processo Civil**. 3 ed. São Paulo: Ed. RT, 2000. Vol 3. P. 83-85.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____, **Tutela Cautelar e tutela Antecipada**: Tutelas sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização), São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p 33.

BÜLOW, Oskar Von. **Teoria das exceções e dos pressupostos processuais**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Imprensa: Campinas, SP, 2005.

CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Campinas: Servanda, 2003, p 21.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14^a. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____; RULLI NETO, Antônio. **O futuro do processo civil brasileiro**. in:

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Técnicas de aceleração do Processo**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003.

LIEBMAN, Enrico Tulio. Per um Nuovo Codice di Procedura Civile. Riv. Dir. Proc., 1982.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 11 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____, **Processo cautelar**. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____, **Processo cautelar**. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p 19.

PONTES DE MIRANDA. **Comentários ao Código de Processo Civil de 1973**. t. I, 1974. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

SILVA, Jaqueline Mielke. **Tutela de urgência**: de Piero Calamandrei a Ovídio Araújo Baptista da Silva. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

TORRALBA, Alberto José Laufente. Revista de Processo, nº 156.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 4.ed. rev. e atual São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Da cognição no processo civil**. 3.ed. rev. e atual São Paulo: Perfil, 2005.