

## NOTA À 2ª EDIÇÃO

Foi com grande alegria que recebi da Editora Revista dos Tribunais – Thomson Reuters a notícia de que meu *Antecipação da Tutela – Da tutela cautelar à técnica antecipatória* estava esgotado. E isso em pouco menos de um ano da sua publicação. Daí que me parece imperioso agradecer de forma muito entusiasmada a acolhida do público de meu trabalho.

Vários colegas e amigos leram a 1ª edição deste trabalho e fizeram críticas que considerei atentamente para esta segunda edição. Assim, agradeço de maneira penhorada a atenção dos amigos Alvaro de Oliveira (*in memoriam*), Antônio do Passo Cabral, Klaus Koplín, Sérgio Arenhart e Sérgio Mattos para com o meu texto. É um prazer poder dialogar com vocês sobre minhas ideias. Ainda no plano dos agradecimentos, quero registrar minha alegria por ver a 1ª edição deste livro generosamente resenhada por Teresa Arruda Alvim Wambier na nossa *Revista de Processo*, bem como a sua recepção no debate ibero-americano em face de sua publicação na Espanha, com tradução de Renzo Cavani e prefácio de Eduardo Oteiza. É motivo de grande alegria poder agradecer publicamente a vocês pela inestimável colaboração na difusão deste livro.

Porto Alegre, outono de 2014.

DANIEL MITIDIERO



## NOTA À 3ª EDIÇÃO

Este livro tem despertado grande interesse, o que obviamente é motivo de grande alegria para mim.

Em uma primeira perspectiva, tem despertado o interesse da doutrina nacional e da doutrina estrangeira. Vários foram os autores que procuraram dialogar com as suas páginas desde a publicação da primeira edição em 2013. Além disso, a publicação da versão espanhola (*Anticipación de Tutela – de la Tutela Cautelar a la Técnica Anticipatoria*, tradução de Renzo Cavani. Madrid: Marcial Pons, 2013, com prefácio de Eduardo Oteiza) e da versão italiana (*Anticipazione della Tutela – dalla Tutela Cautelare alla Tecnica Anticipatoria*, tradução de Lorenza Bianchi e de Gabriele Molinaro. Torino: Giappichelli, 2016, com prefácio de Michele Taruffo) fizeram com que o seu público experimentasse um aumento muito sensível. Sinto-me particularmente devedor de um agradecimento especial a todos que se empenharam nesse diálogo e nessa difusão.

Em uma segunda perspectiva, este livro despertou a atenção do legislador do Código de 2015, o que foi, inclusive, percebido pela doutrina estrangeira que já se debruçou sobre o assunto – Rita Lynce de Faria, por exemplo, bem observa o fato em seu excelente *A Tutela Cautelar Antecipatória no Processo Civil Português – Um Difícil Equilíbrio entre a Urgência e a Irreversibilidade* (Lisboa: Universidade de Lisboa, 2016). Várias das críticas nele feitas ao Código de 1973 foram atendidas pelo legislador; outras tantas, é verdade, não tiveram a mesma sorte, mas o balanço ainda assim é positivo, na medida em que as ideias nele defendidas servem para fundamentar em grande parte as opções conceituais, estruturais e funcionais da tutela provisória do Código de 2015. Sinto-me particularmente devedor de um agradecimento especial a Fredie Didier Júnior pela atenção às críticas e às propostas que formulei e ao modo como essas se refletiram na legislação vigente.

Em uma terceira perspectiva, este livro despertou a atenção dos leitores, que o procuraram até que a segunda edição de 2014 estivesse esgotada e cujo interesse determinou a publicação desta terceira edição. Sinto-me particularmente gravado pelo dever de agradecer essa entusiasmada acolhida.

O nome deste livro poderia ter sido alterado. Em uma versão mais fiel à sua proposta crítica, poderia ser chamado de *Antecipação da Tutela – do Processo Cautelar à Tutela Provisória*. Em uma versão menos fiel, mas talvez mais preocupada com a sua difusão, simplesmente *Tutela Provisória*. Optei, no entanto, por manter o nome original: *Antecipação da Tutela – da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória*. Isso por

duas razões: a primeira, porque assim este livro permanece sendo um contraponto crítico à compreensão da tutela cautelar como uma tutela provisória; a segunda, porque assim este livro permanece colocando luzes sobre a técnica antecipatória (ou a antecipação da tutela) que leva à prestação da tutela provisória (satisfativa ou cautelar). Em outras palavras, este livro permanece fazendo a distinção básica que o animou entre técnica processual e tutela do direito, em um exercício de desenvolvimento crítico das ideias de Ovídio Baptista da Silva e Luiz Guilherme Marinoni – aos quais o livro, não por acaso, é dedicado desde a sua primeira edição – sobre a tutela sumária.

Assim como ocorreu com a terceira edição do meu *Colaboração no Processo Civil* e já vinha ocorrendo desde as primeiras edições do meu *Cortes Superiores e Cortes Supremas* e do meu *Precedentes*, essa edição tem sinalizado os anos originais em que publicados todos os trabalhos citados, bem como, quando foi o caso e quando foi possível a obtenção da informação, do ano de nascimento e morte dos autores. Trata-se de providência tomada para facilitação da compreensão do contexto cultural em que surgiram as ideias com que se procurou dialogar ao longo do livro.

Com esta terceira edição procurei colocar o livro em dia com o Código de 2015, com a doutrina formada em torno dos seus debates e da sua promulgação e com as modificações ocorridas no direito estrangeiro – como, por exemplo, no direito português. A ideia que me anima é a mesma: fazer com que a técnica antecipatória seja um instrumento ao mesmo tempo sofisticado do ponto de vista teórico, simples do ponto de vista da sua utilização e efetivo do ponto de vista da tutela dos direitos.

Porto Alegre, Moinhos de Vento, Primavera de 2016.

DANIEL MITIDIERO

## PREFÁCIO

É um grande privilégio ter a oportunidade de falar sobre um trabalho que incorpora três dimensões: ser tema que me é muito caro; ser trabalhado em texto primoroso, pois denso, significativo e bem escrito; e ser livro escrito por amigo e companheiro de trabalho. O instigante tema da tutela antecipada, ao qual venho me dedicando desde os bancos de graduação, é aqui tratado a partir de uma abordagem séria e aprofundada, feita por um jovem que se tornou, com o tempo, mais do que colega e partícipe do meu trabalho de advogado, mas verdadeiro amigo.

Daniel Mitidiero já é figura conhecida no meio acadêmico. Deixou sua marca na Pontifícia Universidade Católica-RS e se tornou, há pouco tempo, Professor Adjunto de Direito Processual Civil da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Dentre os seus livros, além dos *Comentários ao CPC* e do *Projeto do CPC* – escritos ao meu lado –, encontra-se a sua tese de doutorado, também publicada pela Editora Revista dos Tribunais, versando a importante temática da “colaboração no processo civil”.

Tenho insistido para a necessidade de o processo civil ser pensado na perspectiva da tutela dos direitos, o que significa olhar para o tecido normativo processual a partir dos direitos fundamentais processuais, compreendendo-se o processo como o conjunto das técnicas processuais que devem permitir o efetivo alcance da tutela prometida pelo direito substancial. Essa forma de ver o processo civil permeia os meus livros *Antecipação da tutela*, *Tutela inibitória*, *Técnica processual e tutela dos direitos*, constituindo, além disso, o fio condutor dos cinco volumes do *Curso de processo civil*, que escrevi com Sérgio Cruz Arenhart.

O presente livro de Mitidiero também partilha da visão constitucional do processo e da necessidade de a técnica processual ser capaz de prestar a tutela do direito material. Faz, portanto, a importante e necessária relação entre a técnica antecipatória e as tutelas dos direitos. O livro, dessa forma, dá significado à técnica antecipatória, tendo-a como um gênero capaz de servir à prestação de diversas formas de tutela sumária aos direitos. Aliás, o livro vê a tutela cautelar como uma tutela do direito, apta à definitividade.

A obra faz instigante reconstrução histórico-dogmática da tutela cautelar, considerando, inclusive, o direito alemão do final do século XIX e a visão chiovendiana até chegar aos nossos dias, passando por Calamandrei, Proto Pisani e Denti. Realiza-se importante estudo comparatístico, mostrando-se como a técnica antecipatória é organizada em outros ordenamentos para a prestação da tutela sumária. Procedede-se,

também, ao interessante estudo da cognição com o intuito de estabelecer critérios para a adequação do juízo apto à concessão da tutela antecipatória.

O livro, enfim, está muito longe de ser uma mera apresentação do modo como a tutela antecipatória deve ser prestada em nosso ordenamento jurídico. Constitui, isso sim, fabuloso aporte teórico para a compreensão da gênese da tutela cautelar e do desenvolvimento histórico da tutela antecipada, além de uma construção dogmática da mais alta importância para a sua compreensão e utilização.

Por isso tudo, tenho muito gosto em parabenizar Daniel Mitidiero, colega e amigo, pela obra que demonstra sua plena maturidade científica.

LUIZ GUILHERME MARINONI

Titular dos Cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado  
em Direito da Universidade Federal do Paraná.

## PREFÁCIO À EDIÇÃO ESPANHOLA

(Anticipación de Tutela – de la Tutela Cautelar a la Técnica Anticipatoria)

Tem certamente razão Daniel Mitidiero ao assinalar que a relação entre a proteção cautelar e as tutelas antecipadas é um dos temas mais complexos e intrincados da dogmática do direito processual civil. Também cabe concordar com ele quando se propõe a desenvolvê-lo, desde uma perspectiva histórica e submetê-lo a uma reconstrução conceitual crítica, atenta aos desafios do direito comparado.

A demora em dar uma resposta judicial aos conflitos em prazos razoáveis, particularmente em um cenário como o da América Latina, no qual muitos países não lograram levar adiante reformas legais eficientemente implementadas capazes de reduzir os prazos de espera para uma sentença que resolva a contenda e restabeleça os direitos lesionados, determinou que as medidas cautelares e os instrumentos de tutela antecipada despertassem uma especial atenção e adquirissem novas formas de regulação.

Sem embargo, são poucas as obras que, desde a dogmática, se preocupam em conceituar as respostas desde os fundamentos científicos da disciplina. Existe uma inumerável quantidade de livros que comentam os diferentes desenvolvimentos dos direitos nacionais, com especial dedicação à respectiva aplicação pelos juízes. A necessidade de encontrar técnicas de proteção, fomentadas pela urgência na busca por uma resposta que corrija a lentidão do processo, e uma mirada focada no problema local, são duas das razões que ajudaram a gerar o espaço que o estudo de Daniel Mitidiero vem com acerto cobrir.

A distinção entre medidas cautelares e meios processuais para antecipar a tutela é investigada e analisada no livro desde as bases teóricas que sustentam ambas as noções. A proposta de tratar a evolução de cada uma delas é levada adiante com um método acertado, uma explicação adequada e uma exaustiva revisão das fontes. O leitor encontrará nas suas páginas uma evidente paixão pelo detalhe e uma notória capacidade para não se perder em questões estéreis. As ideias da escola alemã do final dos Oitocentos e a teorização que em matéria cautelar articularam Chiovenda, Calamandrei e Carnelutti, na primeira metade dos Novecentos, são reconstruídas em suas principais linhas, prescindindo da conhecida tendência em cair em um academicismo estéril. A perspectiva de ambas as escolas é explicada para solver as dificuldades que derivam de um inadequado tratamento dos acertos e desacertos dessa evolução. Para explicar hoje como opera a antecipação e a

cautela era necessário reconstruir o caminho e trabalhar a respeito de como foram se consolidando essas noções.

Adianta o autor que a tutela antecipada não pode ser identificada com a tutela cautelar. Sustenta que não se trata de duas manifestações que respondem a pressupostos similares. Enquanto a tutela cautelar estaria destinada a assegurar o direito protegido temporariamente, nas palavras de Ovídio Baptista da Silva, contra o perigo de infrutuosidade do direito, a tutela antecipada possibilitaria a imediata realização do direito. A separação e comparação entre ambas as formas de tutela permite a Daniel Mitidiero considerar que elas respondem ao princípio da antecipação dos efeitos, que se manifesta nas tutelas satisfativas dando resposta concreta ao direito que se afirma vulnerado e nas tutelas cautelares permitindo a concretização de um espaço para lograr segurança durante o processo. Com isso, procura mostrar que a diferença entre ambas noções é funcional e não estrutural.

Com acerto conclui, seguindo Marinoni, que a antecipação tem por função distribuir de forma igualitária ou isonômica o ônus do tempo no processo. Trata-se de uma derivação do direito humano a ser tratado em condições de igualdade. Não é somente um problema de urgência. A distribuição equitativa dos ônus e o respeito à igualdade das partes outorgar à antecipação um substrato de justiça, que permite ampliar a noção de perigo e intentar respeitar um valor, que também deve ser tomado em conta na hora de decidir sobre a proteção de um direito.

A formação da sua visão sobre a antecipação recorre os rastros do direito comparado. Encontra semelhanças e diferenças nas tradições anglo-saxônica e continental europeia, no que tange a essas duas formas de tutela. Ademais, ocupa-se de um campo pouco frequentado na literatura processual dos últimos anos: a evolução da antecipação na América Latina conta com uma descrição bem realizada. Culmina o tratamento do direito latino-americano com uma exaustiva explicação sobre o direito brasileiro.

Logo depois de construir as bases de sua posição sobre a tutela antecipada, o livro detém-se sobre certos problemas estruturais implicados naquilo que chama de técnica de antecipação. Os títulos da segunda parte demonstram as dificuldades das questões examinadas. Trata a temática da legitimação, da concessão de ofício, da prova e da verdade, da cognição sumária e da probabilidade lógica, da revogabilidade da decisão, do direito ao contraditório e da sua realização diante da provisoriedade da antecipação da tutela, da interinalidade e da autonomia procedimental, da assunção dos riscos no processo, entre outros. Cada um dos temas da segunda parte do livro é abordado deixando entrever as perguntas e as respostas que sugere o autor para cada um deles.

A terceira, e última parte, dedicada ao perfil funcional da antecipação, ocupa-se da distribuição igualitária do ônus do tempo no processo, da urgência, do grau e



nível de evidência indispensável para conceder a tutela, do respeito ao contraditório, da justificação da decisão e do seu cumprimento.

A breve conclusão que finaliza o último capítulo sintetiza o propósito que anima o livro. Daniel Mitidiero tenta e logra demonstrar que a antecipação é uma figura-chave para obter em um sistema processual o respeito ao direito ao devido processo. Sustenta que a técnica antecipatória é imprescindível para uma correta estruturação do direito ao processo justo, para concluir que é a partir daí que se pode esperar uma melhoria da justiça civil e, portanto, da vida dos litigantes.

Nesse sentido, a metodologia de reconstrução dogmática que é proposta ao longo do seu estudo responde, em boa medida, ao propósito de obter um maior respeito pelo direito essencial a uma justiça atenta aos problemas do consumidor do serviço. Longe de perder-se da finalidade, ela está presente em todas as suas páginas.

O prefácio à edição em português de Luiz Guilherme Marinoni realiza uma justa apreciação sobre Daniel Mitidiero. Concordo plenamente com as palavras de Marinoni. Não há dúvida que nosso companheiro de direção da coleção *Proceso y Derecho* exhibe aqui a sua plena maturidade científica.

Este é o segundo livro de Daniel Mitidiero traduzido para o espanhol. O primeiro, *Colaboração no Processo Civil – Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos*, teve uma excelente recepção na Ibero-América. É a mesma que desejo para *Antecipação da Tutela – da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória*.

EDUARDO OTEIZA

Professor Titular de Direito Processual Civil da  
Universidad de La Plata, Argentina.



## PREFÁCIO À EDIÇÃO ITALIANA

(Anticipazione della Tutela – dalla Tutela Cautelare alla Tecnica Anticipatoria)

Neste livro, o jovem e brilhante processualista de Porto Alegre enfrenta um dos temas mais interessantes entre aqueles que concernem às modalidades de administração da justiça civil, sublinhando com grande clareza o surgimento daquela forma particular, mas muito importante, de tutela dos direitos, que é a tutela antecipatória. De fato, a Parte I do volume explica como essa técnica de tutela tornou-se progressivamente autônoma da tutela cautelar, chegando a adquirir estrutura e função particulares e autônomas. À estrutura e à função são dedicadas, de fato, a Parte II e a Parte III da obra. Não é o caso de resumir aqui os muitos e interessantes aspectos do trabalho de Daniel Mitidiero, dado que – ao menos assim penso – a função dos prefácios é de induzir o leitor a fruir diretamente da obra e não de oferecer uma resenha que possa levá-lo a evitar sua leitura.

Assinalam-se, todavia, ainda que de modo casual e incompleto, alguns aspectos entre os muitos que podem chamar a atenção. Assim, por exemplo, merece ser sublinhada a relação e a distinção que se colocam entre a tutela e as outras técnicas de tutela, enquanto sob o perfil estrutural é particularmente interessante a análise de todos os aspectos mais relevantes, da demanda à prova e à decisão, do procedimento sumário com que se realiza a tutela antecipatória. Igualmente de notável interesse é a parte dedicada à função da tutela antecipatória, em que se evidencia a instrumentalidade da técnica antecipatória sob o perfil da urgência e da efetividade da proteção dos direitos, individualizando-se os efeitos úteis que essa pode a propósito produzir.

Importa dizer que toda a análise desenvolvida por Mitidiero é de grande interesse, seja pelo aprofundado estudo histórico, seja pelo rigor conceitual, seja pela ampla articulação do tema principal e das suas conexões com muitos aspectos gerais do processo civil, seja pela completude do desenvolvimento dos vários temas, seja – por fim – pela capacidade do Autor de inserir coerentemente a tutela antecipatória, em todos os seus perfis, no quadro sistemático da justiça civil como um todo.

À parte dos méritos do volume, um aceno deve ser feito à oportunidade da publicação de uma versão italiana. Essas razões são substancialmente três. A primeira é que esse fornece ao comparatista, inclusive ao italiano, um rico e articulado quadro de como o tema da tutela sumária e antecipatória colocou-se e coloca-se em diversos ordenamentos. A segunda é que da análise de Mitidiero emerge a grande

relevância que a doutrina italiana teve – e em certos sentidos continua tendo – sobre a doutrina brasileira no campo da tutela sumária, cautelar ou antecipatória. Por fim, é de grande utilidade para o jurista italiano o conhecimento direto de uma obra proveniente de uma cultura jurídica que aparece cada vez mais evoluída, rica e interessante.

MICHELE TARUFFO

Professor Titular de Direito Processual Civil da Università degli Studi di Pavia, Itália.

## SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS .....	11
NOTA À 2ª EDIÇÃO .....	13
NOTA À 3ª EDIÇÃO .....	15
PREFÁCIO – LUIZ GUILHERME MARINONI .....	17
PREFÁCIO À EDIÇÃO ESPANHOLA – EDUARDO OTEIZA .....	19
PREFÁCIO À EDIÇÃO ITALIANA – MICHELE TARUFFO .....	23
INTRODUÇÃO .....	29

### PARTE I

#### PERFIL CONCEITUAL DA TUTELA CAUTELAR À TÉCNICA ANTECIPATÓRIA

1. A tutela sumária como tutela cautelar. A tutela cautelar como forma de proteção provisória ao processo e como meio de neutralização do tempo diante do perigo na demora. O processo cautelar como <i>tertium genus</i> . O acento estruturalista. O Código Buzaid ....	32
1.1 A tutela cautelar como antecipação da execução forçada ( <i>antizipirten Zwangsvollstreckung</i> ) .....	33
1.2 A ação cautelar como <i>azione assicurativa</i> . A ação cautelar como <i>mera azione</i> , como <i>diritto dello stato</i> e a jurisdição como <i>attuazione della volontà concreta della legge</i> .....	35
1.3 O <i>provvedimento cautelare</i> como provimento provisório e instrumental. A tutela cautelar como <i>polizia del processo</i> .....	42
1.4. O processo cautelar como <i>tertium genus</i> .....	48
2. A tutela sumária como tutela de urgência. A separação entre tutela cautelar e tutela antecipada. A tutela cautelar como proteção preventiva e temporária ao direito aparente conta o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação. A tutela antecipada como proteção provisória ao direito aparente contra o perigo na demora. O acento funcional. O Código Reformado .....	51

3. A tutela sumária como tutela adequada e efetiva. A antecipação de tutela como meio de distribuição isonômica do ônus do tempo no processo. A tutela antecipada teorizada para além da urgência. Ainda o acento funcional. Ainda o Código Reformado .....	65
4. A tutela sumária como técnica antecipatória. A técnica antecipatória, a tutela jurisdicional e a tutela dos direitos. A necessidade de organização e compreensão do processo a partir do direito material. O conceito de antecipação. Distinções entre técnica antecipatória, técnica monitória e títulos executivos extrajudiciais. A necessidade de conjugação dos acentos estrutural, funcional e cronológico. Uma Base Conceitual para o Código de 2015?.....	69
5. O direito à técnica antecipatória como densificação do direito fundamental ao processo justo. O Estado Constitucional, o direito fundamental à tutela adequada, efetiva e tempestiva dos direitos e a técnica antecipatória atípica .....	76
6. A circulação dos modelos de tutela jurisdicional dos direitos. A técnica antecipatória na perspectiva do direito comparado. A tradição romano-canônica. A tradição do <i>common law</i> . O direito processual civil da América do Sul .....	82
7. A técnica antecipatória no direito brasileiro. Do Regulamento 737, de 1850, ao Código de 2015.....	100

PARTE II  
PERFIL ESTRUTURAL

1. Da ação abstrata à ação adequada. O princípio da demanda e a antecipação da tutela. A legitimidade para requerer a tutela antecipada. O problema da concessão de tutela antecipada de ofício e a solução da colaboração do juiz pelo dever de diálogo.....	105
2. A cognição sumária. Teoria da cognição e tutela jurisdicional diferenciada. Cognição sumária e cognição exauriente não definitiva .....	110
3. A verdade, a probabilidade e a verossimilhança. Prova e verdade. O juízo de cognição sumária e a probabilidade lógica do direito afirmado no processo.....	113
4. A provisoriedade. A provisoriedade da antecipação da tutela e a definitividade da tutela final. A revogabilidade do provimento oriundo da técnica antecipatória. O vínculo de referibilidade entre a tutela cautelar e a tutela satisfativa .....	129
5. O direito ao contraditório e sua realização diante da provisoriedade da antecipação da tutela .....	134
6. A antecipação da tutela entre a interinalidade e a autonomia procedimental. O problema da estabilização da antecipação da tutela satisfativa antecedente.....	140
7. A técnica antecipatória e a assunção de riscos no processo. A irreversibilidade do resultado do provimento como suposto limite à técnica antecipatória. A probabilidade como elemento determinante do direito à antecipação da tutela .....	148

PARTE III  
PERFIL FUNCIONAL

1. A técnica antecipatória como meio de distribuição isonômica do ônus do tempo no processo. Fundamentos .....	153
1.1. A técnica antecipatória fundada na urgência. O perigo na demora da prestação da tutela jurisdicional.....	154
1.2. A técnica antecipatória fundada na evidência. A defesa inconsistente .....	157
1.3. A necessidade de distinção da técnica antecipatória e da tutela definitiva da parcela incontroversa da demanda .....	161
2. A antecipação da tutela jurisdicional dos direitos. A tutela satisfativa e a tutela cautelar. Atipicidade e tipicidade. A compatibilidade da técnica antecipatória com os procedimentos instituídos para tutela dos direitos .....	162
3. A fundamentação da decisão. Contraditório, justificação e decisão justa .....	171
4. O cumprimento da decisão que antecipa a tutela jurisdicional. A execução e a efetivação dos direitos. A antecipação da tutela – e não de seus efeitos – e as técnicas processuais para sua efetivação. O controle do poder executivo do juiz .....	177
5. A responsabilidade pela fruição da antecipação da tutela .....	186
6. A técnica antecipatória e a fungibilidade entre os pedidos de tutela satisfativa e de tutela cautelar.....	189
7. A técnica antecipatória e o Poder Público .....	190
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	195
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	197
OBRAS DO AUTOR.....	219