

## Conceito e Características da Tutela Cautelar

SUMÁRIO: 1.1 Conceito de tutela cautelar – 1.2 Tutela assecuratória da tutela do direito material ou da situação jurídica tutelável – 1.3 Perigo de dano – 1.4 Probabilidade do direito à tutela do direito material – 1.5 Temporariedade – 1.6 Não satisfatividade – 1.7 Instrumentalidade – 1.8 Referibilidade – 1.9 Cautelaridade e não preventividade.

### 1.1 Conceito de tutela cautelar

A doutrina clássica afirma que a tutela cautelar se destina a dar efetividade à jurisdição e ao processo.<sup>1</sup> A ideia de que a tutela cautelar objetiva garantir a efetividade da jurisdição é, de certa forma, consequência do conceito que vê na jurisdição apenas a função de dar atuação à vontade da lei.

Ao afirmar que o fim da jurisdição é atuar a vontade da lei<sup>2</sup> e não dar tutela ao direito material, a doutrina do final do século XIX e início do século XX pretendeu ficar definitivamente distante da teoria que confundiu o direito de ação com o direito material.<sup>3</sup> De modo que a necessidade de estabelecer a autohómia do direito processual e a finalidade pública do processo conduziu ao abandono da ideia de que a jurisdição daria tutela aos direitos.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Piero Calamandrei, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*.

<sup>2</sup> Foi Chiovenda quem afirmou que a função da jurisdição era a de dar atuação à vontade concreta da lei (Giuseppe Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, v. 1).

<sup>3</sup> Abordando a obra de Chiovenda, Giannini escreveu: "Affrontava decisamente una ricostruzione del diritto processuale, con carattere pubblicistico; sulla base dell'autonomia dell'azione e del rapporto giuridico processuale, elevando la scienza processuale, con un balzo di dignità, su quello già compiuto dal Mortara, ad una ricostruzione sistematica storico-dogmatica (...)" (Amedeo Giannini, *Gli studi di diritto processuale civile in Italia. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, p. 109).

<sup>4</sup> "La c. d. 'pubblicizzazione' del processo civile inverte i presupposti di fondo che erano alla base del codice del 1865 e della dottrina ottocentesca: il processo non è più esclusivamente un 'affare delle parti' ma un luogo in cui si esprime l'autorità dello Stato; esso non mira solo alla tutela

Ora, se a função da jurisdição era atuar a vontade da lei, a tutela que se mostrasse necessária para garantir a efetividade da função jurisdicional, obviamente, não poderia ser concebida como tutela do direito, ou como tutela a serviço da tutela do direito, mas apenas como tutela voltada a garantir a efetividade da atuação da vontade da lei.

Pretende-se, com isto, demonstrar que a noção clássica de tutela cautelar é tributária do próprio conceito de jurisdição da sua época. Se o escopo de tutela dos direitos é esquecido quando se diz que a jurisdição deve apenas atuar a vontade da lei, é evidente que a doutrina não poderá concluir que a função cautelar almeja a tutela de um direito, tendo que necessariamente admitir, para ser coerente com as suas bases ideológicas e jurídicas, que a tutela cautelar tem como razão de ser apenas a função de atuar o ordenamento jurídico.

Contraopondo-se à teoria clássica – que, repita-se, não relacionava a função jurisdicional com a tutela do direito material –, surgiu a teoria que atribuiu à função cautelar a proteção de um direito aparente submetido a perigo de dano iminente. Nesta direção, a tutela cautelar não protege o processo, mas sim o direito. Ovídio Baptista da Silva conseguiu demonstrar a superioridade desta teoria, ao evidenciar que a tutela marcada pela característica da “provisoriidade” – qualidade que advém da sumariedade da cognição e significa a contradição da “definitividade” da tutela prestada ao final do processo – nem sempre é uma tutela cautelar.<sup>5</sup> O que define a cautelaridade não é a provisoriedade ou a circunstância de a tutela ser concedida no curso do processo de conhecimento, mas sim a sua função diante do direito material. A tutela que satisfaz o direito material, ainda que no curso do processo – tutela antecipatória –, não pode ser confundida com a tutela cautelar, pois esta última não tem o escopo de realizar ou satisfazer o direito, mas apenas o de assegurar-lo.

*di interessi privati, ma realizza l'interesse pubblico all'amministrazione della giustizia; il perno del processo non è più l'iniziativa delle parti, ma la funzione del giudice. In sintesi, il processo non è più visto come una forma in cui si esplica l'autonomia privata nell'esercizio dei diritti, ma come uno strumento che lo Stato mette a disposizione dei privati in vista dell'attuazione della legge. Con tutto ciò si salda perfettamente la ridefinizione del concetto di azione, compiuta essenzialmente da Chiovenda: l'azione non è più una sorta di appendice del diritto sostanziale privato, ma un diritto autonomo di natura pubblica, che mira a produrre conseguenze giuridiche nella sfera della controparte (dove la nota definizione dell'azione come diritto potestativo), ma che soprattutto chiama in gioco l'autorità dello Stato come tramite e garante dell'attuazione della legge”* (Michele Taruffo, *La giustizia civile in Italia dal 700 a oggi*, p. 188).

<sup>5</sup> Ovídio Baptista da Silva, *Ação cautelar inominada no direito brasileiro*; Ovídio Baptista da Silva, *Do processo cautelar*; Ovídio Baptista da Silva, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 11. Sobre a tutela cautelar, ver, ainda, no direito brasileiro, Galeno Lacerda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, t. 1; Galeno Lacerda e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8, t. 2; Alcides Alberto Munhoz da Cunha, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 11; Victor A. Bomfim Martins, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 12; José Joaquim Calmon de Passos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 10, t. 1; Egas Moniz de Aragão, *Medidas cautelares inominadas. Revista Brasileira de Direito Processual*, v. 57, p. 33 e ss.; Humberto Theodoro Júnior, *Processo cautelar*.

A teoria do processo desenvolvida no presente *Curso de Processo Civil* tem como bases o dever estatal de tutela aos direitos e o direito à tutela do direito material, que, na verdade, também expressam as premissas de que este *Curso* parte para conceituar a jurisdição e a ação. É importante repetir, neste momento, duas proposições afirmadas no volume 1. Foi dito que a função jurisdicional é uma consequência natural do dever estatal de proteger os direitos, o qual constitui a essência do Estado contemporâneo. Sem a jurisdição não seria possível garantir as *formas de tutela* do direito material.<sup>6</sup> Também se afirmou que a ação atípica e abstrata apenas poderá constituir um direito capaz de dar efetividade ao direito material, deixando de ser uma mera proclamação retórica, caso permita ao autor a utilização das técnicas processuais adequadas à obtenção das tutelas prometidas pelo direito material.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> “Não há dúvida de que a jurisdição, atualmente, tem a função de tutelar (ou proteger) os direitos, especialmente os direitos fundamentais. Isto não quer dizer, como é óbvio, que a jurisdição não se preocupe em garantir a idoneidade da defesa ou a adequada participação do réu. *O que se deseja evidenciar é que a função jurisdicional é uma consequência natural do dever estatal de proteger os direitos, o qual constitui a essência do Estado contemporâneo.* Sem ela seria impossível ao Estado não apenas dar tutela aos direitos fundamentais e permitir a participação do povo na reivindicação dos direitos transindividuais e na correção dos desvios na gestão da coisa pública, mas sobretudo garantir a razão de ser do ordenamento jurídico, dos direitos e das suas próprias formas de tutela ou proteção. Quando se diz que a jurisdição tem o fim de dar tutela aos direitos se está muito longe das antigas concepções privatistas, próprias do século XIX, especialmente do conceito de direito subjetivo, característico ao espírito dessa época e desenvolvido particularmente por Windscheid. Ao escrever *Ação do direito romano do ponto de vista do direito civil*, inaugurando a célebre polémica sobre a ação que travou com Muther, Windscheid apresentou as linhas de uma nova concepção de direito subjetivo, caracterizado pelo poder (do sujeito ativo) de exigir uma conduta e pelo dever (do sujeito passivo) de prestá-la. Esse conceito de direito subjetivo, como não poderia deixar de ser – diante da evidente relatividade histórica das doutrinas jurídicas –, recebeu forte influência do princípio da autonomia da vontade, sabidamente a base de todo o sistema individualista que marcou o século XIX. O dever de proteção ou de tutela dos direitos, que identifica o Estado constitucional, nada tem a ver com a noção clássica de direito subjetivo. O Estado possui o dever de tutelar determinados direitos, mediante normas e atividades fático-administrativas, em razão da sua *relevância social e jurídica*. Trata-se do dever de tutelar os direitos fundamentais. Mas não é só. O Estado também tem o dever de tutelar *jurisdicionalmente* os direitos fundamentais, inclusive suprindo eventuais omissões de tutela *normativa*, além de ter o dever de dar tutela *jurisdicional* a toda e qualquer espécie de direito – em razão do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (art. 5.º, XXXV, da CF). Assim, por exemplo, o Estado tem o dever de tutelar, através de normas e atividades fático-administrativas, o meio ambiente. Mas também tem o dever de dar-lhe tutela *jurisdicional*, conforme as necessidades derivadas da situação concreta. Isso porque determinada situação concreta pode demonstrar a necessidade de tutela jurisdicional inibitória, outra de tutela jurisdicional ressarcitória na forma específica, e assim por diante. *O Estado tem o dever de prestar a tutela jurisdicional prometida pelos direitos – transindividuais ou individuais*” [Luiz Guilherme Marinoni, *Teoria Geral do Processo (Curso de Processo Civil)*, v. 1, p. 139-141].

<sup>7</sup> “Ao se dizer que a jurisdição tem o dever de tutelar os direitos, deseja-se igualmente pôr às claras que ela tem o dever de viabilizar as tutelas prometidas pelo direito material e pela Constituição. Em termos concretos, *o que se deseja evitar é que a idoneidade técnica do processo ou a falta*

A doutrina clássica entende que a tutela cautelar não é um direito da parte, mas sim um direito do Estado, imprescindível para que a própria jurisdição garanta a seriedade e a utilidade da sua função.<sup>8</sup> Esta concepção é fundada na ideia de que a parte apenas tem direito de obter tutela jurisdicional ao final do processo. O equívoco desta concepção é facilmente visível, não apenas porque, numa perspectiva técnico-jurídica, nada impede a tutela do direito material com base em verossimilhança ou no curso do processo, mas também porque, caso a tutela cautelar fosse direito do Estado, ela não teria sido entregue nas mãos do litigante.

A tutela cautelar é direito da parte, correlacionada com o próprio direito à tutela do direito. Em razão deste direito, a jurisdição tem o dever de dar tutela cautelar à parte que tem o seu direito à tutela do direito submetido a perigo de dano. O titular do direito ao ressarcimento, que vê o infrator se desfazer dos seus bens para futuramente não poder ser alcançado pela execução, tem ameaçado o seu direito à tutela ressarcitória, e, por isto, tem direito à tutela de segurança (cautelar) da tutela ressarcitória. Ora, da mesma forma que tem dever de prestar tutela ressarcitória, a jurisdição tem dever de conceder tutela que seja capaz de garantir a efetividade da tutela ressarcitória. Em outros termos, a jurisdição tem o dever de tutelar o direito provável (verossimilhança) — ameaçado por dano — à tutela do direito (p. ex., tutela ressarcitória).

Note-se, ademais, que o direito à tutela cautelar não deriva do direito de ação. É certo que o direito de ação tem como corolário o direito às técnicas processuais idóneas à obtenção da efetiva tutela do direito material, decorrendo do direito de ação, por exemplo, o direito à técnica antecipatória — isto é, à técnica capaz de permitir a antecipação da tutela final — e o direito à técnica idónea a viabilizar a obtenção da tutela cautelar. Porém, aí se está aludindo às técnicas processuais derivadas do direito de ação e não às tutelas prometidas pelo direito material.

Há direito à técnica processual quando há, em abstrato, direito à tutela do direito material. As técnicas processuais idóneas à obtenção da tutela inibitória, por exemplo, decorrem do fato de que o direito substancial promete tutela inibitória, ou de que há direito abstrato à tutela inibitória.

O mesmo raciocínio vale para a tutela cautelar. O direito de ação impõe o dever legislativo de instituição de técnica processual capaz de permitir a obtenção de

de compreensão constitucional do juiz impoçam a efetiva proteção das diferentes necessidades do direito material — como, por exemplo, a tutela preventiva (a tutela inibitória) de um direito da personalidade" [Luiz Guilherme Marinoni, *Teoria Geral do Processo* (Curso de Processo Civil, v. 1), cit., p. 144]. "O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva incide sobre o legislador e o juiz, ou seja, sobre a estrutura legal do processo e sobre a conformação dessa estrutura pela jurisdição" (idem, p. 118). Sobre o direito à construção da ação adequada à tutela do direito, ver Luiz Guilherme Marinoni, *Teoria Geral do Processo* (Curso de Processo Civil, v. 1), cit., p. 230 e ss. Ver ainda Luiz Guilherme Marinoni, *Il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva nella prospettiva della teoria dei diritti fondamentali. Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, v. 1, p. 93-162.

<sup>8</sup> Piero Calamandrei, *Introduzione al estudio sistemático de las providencias cautelares*, cit.

tutela cautelar exatamente porque há direito, situado no plano do direito substancial, à tutela cautelar.

O direito à tutela cautelar não advém do processo. A tutela cautelar não se destina a garantir a efetividade da ação e, por isto mesmo, não pode ser pensada como uma mera técnica processual necessária a lhe outorgar efetividade. O direito à tutela cautelar está situado no plano do direito material, assim como o direito às tutelas inibitória e ressarcitória. O titular do direito à tutela do direito — por exemplo, ressarcitória — também possui direito à tutela de segurança (cautelar) do direito à tutela do direito.

De modo que, se a tutela cautelar é instrumento de algo, ela somente pode ser instrumento para assegurar a viabilidade da obtenção da tutela do direito ou para assegurar uma situação jurídica tutelável, conforme o caso. Aliás, caso a tutela cautelar fosse considerada instrumento do processo, ela somente poderia ser instrumento do processo que, ao final, concede a tutela do direito material. Isto, na verdade, é compreensível, pois o elaborador da teoria da instrumentalidade ao quadrado da tutela cautelar, isto é, da teoria de que a tutela cautelar é instrumento do próprio processo — que já teria a natureza de instrumento do direito material —, é um dos mais célebres defensores da teoria concreta do direito de ação.<sup>9</sup> Ora, quem entende que a ação depende da tutela do direito material pode confundir, com facilidade, tutela destinada a assegurar a tutela do direito material com tutela do processo.

Deixe-se claro, porém, que, além de não ser possível aceitar a teoria que enxerga na função cautelar a tutela do processo, é preciso frisar que a tutela cautelar não se destina a inibir o ilícito (tutela inibitória) e a remover os efeitos concretos do ilícito (tutela de remoção do ilícito), e, portanto, não constitui uma genuína tutela preventiva. A tutela cautelar assegura a tutela de um direito violado ou, em outro caso, assegura uma situação jurídica tutelável, ou seja, uma situação jurídica a ser tutelada através do chamado processo principal.

## 1.2 Tutela assecuratória da tutela do direito material ou da situação jurídica tutelável

Como está claro, entendemos que a tutela cautelar é a tutela assecuratória da tutela prometida pelo direito material e da situação a que o direito material confere tutela jurídica. Tal tutela é um direito da parte e um dever do Estado, não se fundando no direito de ação, mas sim no próprio plano do direito material.

A tutela cautelar não é uma tutela da jurisdição ou do processo, por várias razões. A mais óbvia é a de que, caso fosse tutela do Estado, não poderia ser entregue aos litigantes. Ademais, se a tutela cautelar foi reconhecida como tutela a serviço do Estado há aproximadamente um século, não é possível esquecer que o Estado cons-

<sup>9</sup> Piero Calamandrei, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Parte 1.

titucional<sup>10</sup>, tem, como característica, o dever de tutelar os direitos fundamentais, e, em razão do direito fundamental à tutela jurisdicional (art. 5.º, XXXV, CF), o dever de tutelar de forma efetiva todo e qualquer direito. Assim, não há como deixar de enxergar na tutela cautelar um dever do Estado, imprescindível para se outorgar segurança às situações a que o Estado deve tutela jurídica, bem como para que a tutela do direito material possa ser prestada de forma efetiva.

A tutela cautelar não pode ser vista como dirigida a assegurar a utilidade do processo. Como é evidente, a única utilidade que o autor almeja quando vai a juízo é a tutela do direito material. Assim, a tutela cautelar somente pode ser relacionada com a efetividade da tutela do direito, ou com a segurança da situação tutelável, e não com a "seriedade da jurisdição".

A doutrina clássica, ao supor a tutela cautelar como dirigida a assegurar a efetividade do processo, frisou o seu caráter provisório, isto é, a circunstância de que nasceria para morrer quando da prolação da sentença que decidisse o litígio, pondo fim ao processo. *A falta de percepção de que a tutela cautelar se destina a assegurar uma tutela do direito, não sendo, portanto, uma simples decisão marcada pela cognição sumária (provisoriamente), levou a doutrina a incidir no grave equívoco de subordinar o tempo de vida da tutela cautelar à sentença condenatória.*

Ovídio Baptista da Silva, ao tomar em consideração este problema e ter presente que o arresto não pode desaparecer ou ser consumido pela sentença condenatória, utilizou esta situação para exemplificar o seu entendimento de que a tutela cautelar tem natureza temporária e não provisória. Inicialmente, argumentou Ovídio: "Para a doutrina em geral que descende de Calamandrei, a nota específica que define a cautelaridade é sua condição de tutela provisória. O pressuposto de que a tutela cautelar seja uma forma de proteção provisória está inimamente ligado à premissa principal de que parte essa doutrina, que é a conceituação da tutela cautelar como instrumento de proteção do processo ou, como dizia Calamandrei, a tutela cautelar como *instrumento do instrumento*".<sup>11</sup> E, mais à frente, referindo-se especificamente ao arresto, concluiu: "A duração do arresto, por exemplo, não fica condicionada à emanção da sentença que venha a julgar procedente a ação condenatória. Ao contrário, se a sentença acolher a pretensão do autor que obtivera o arresto, esta medida será, a partir da sentença, mais justificada do que fora antes do julgamento, pois entre o trânsito em julgado da sentença e a penhora que substituirá o arresto pode intercorrer um lapso de tempo considerável. Pense-se no caso de uma sentença que necessite de prévia liquidação, para ensejar o procedimento executivo, com efetivação da penhora. O arresto, diversamente do que supõe a doutrina de Calamandrei, não antecipa, absolutamente, nada que a sentença condenatória poderia conter, como eficácia que

<sup>10</sup> Sobre o processo civil no Estado constitucional, ver Daniel Mitidiero, *Processo civil e Estado Constitucional*, Hermes Zanetti Júnior, *Processo constitucional (o modelo constitucional do processo civil brasileiro)*.

<sup>11</sup> Ovídio Baptista da Silva, *Curso de Processo Civil*, v. 3, p. 73.

lhe seja peculiar. Nem se tornará dispensável uma vez proferida a sentença definitiva, pois o arresto, não havendo antecipado nenhum efeito que lhe seja inerente, não será substituído por essa sentença.<sup>12</sup>

Ovídio pretende demonstrar, com o exemplo do arresto, que a tutela cautelar não é provisória, mas sim temporária, devendo, por isto, vincular-se apenas e tão somente à situação de perigo que ameaça o direito. Porém, Ovídio não alude a uma circunstância que é fundamental para a conceituação da tutela cautelar. É que a tutela cautelar, conforme antes anunciado, destina-se a tutelar uma tutela do direito, como, por exemplo, a tutela ressarcitória.

Como demonstramos no volume 3 deste *Curso*, a tutela ressarcitória pelo equívale nunca foi prestada pela sentença condenatória.<sup>13</sup> A sentença condenatória é apenas uma técnica<sup>14</sup> que contribui para a prestação da tutela do direito. A tutela pelo equívale monetário depende da execução.<sup>15</sup> Portanto, a tutela pelo equívale jamais, em tempo algum, foi prestada pela sentença condenatória.<sup>16</sup> É somente por

<sup>12</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>13</sup> "A antiga ação condenatória, única alternativa para quem desejava soma em dinheiro até meados de 2006, apesar de responder ao conceito tradicional de ação, pois garantia uma sentença de mérito, não viabilizava, por si só, a tutela do direito material. Isto é suficiente para fazer ver a diferença abismal entre direito a uma sentença de mérito e direito à possibilidade de obtenção da tutela do direito material, o qual depende de um processo tecnicamente adequado e justo, capaz de espelhar o direito à pré-ordenação das técnicas processuais adequadas e o direito à participação no procedimento, mediante a oportunidade de alegações e produção de provas, isto é, de convencimento do juiz. Aliás, quando se pensa no conceito contemporâneo de direito de ação, a falta de sintonia entre condenação e ação obriga a afastar, de vez por todas, as nomenclaturas que ligavam o direito de ação às técnicas processuais, como as espécies de procedimentos – por exemplo, ação ordinária – e de sentenças – por exemplo, ação condenatória –, fazendo com que a ação passe a se relacionar com a sua única razão de ser, isto é, com a tutela do direito material. Ou seja, a ação, quando voltada à obtenção da tutela ressarcitória pelo equívale, é ressarcitória e não condenatória. *Ninguém que deseja ressarcimento pelo equívale em dinheiro ou pagamento de obrigação pecuniária, deseja somente condenação, até porque essa é apenas uma das técnicas processuais instituídas para que seja possível a obtenção da tutela do direito.* Ao lado da condenação, estão previstas, igualmente como técnicas processuais, a liquidação – através de suas diferentes espécies – e as várias modalidades executivas. O que a ação realmente almeja, portanto, é a tutela do direito, e assim, na hipótese referida, a tutela ressarcitória pelo equívale ou a tutela do adimplemento da obrigação de pagar quantia" [Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, *Execução (Curso de Processo Civil)*, v. 3, p. 58].

<sup>14</sup> Ver o volume 2 deste *Curso de Processo Civil (Processo de Contencioso)*, p. 430 e ss.

<sup>15</sup> Sobre a importância da estruturação adequada da técnica processual para a efetividade da tutela do crédito pecuniário, ver Benedito Pereira Filho, *Repensando o processo de execução para uma maior efetividade da tutela do crédito pecuniário*, Tese de doutorado, Universidade Federal do Paraná, Faculdade de Direito, 2002.

<sup>16</sup> Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, *Execução (Curso de Processo Civil)*, v. 3, cit., p. 57 e ss.

este motivo, simples, mas nunca identificado pela doutrina, que o arresto não pode ser substituído pela condenação, devendo sobreviver até a execução e a conseqüente tutela do direito.

Aliás, é preciso frisar que a tutela cautelar apenas poderia ser substituída pelas sentenças autossatisfativas, ou seja, pelas sentenças declaratória e constitutiva, que, respectivamente, prestam as tutelas declaratória e constitutiva.<sup>17</sup> As sentenças condenatória, mandamental e executiva, porque dependem da execução para que a tutela jurisdicional do direito seja prestada,<sup>18</sup> jamais poderão substituir a tutela cautelar.

Quer isto dizer que a tutela cautelar não se destina a resguardar o processo que culmina na condenação, mas sim a garantir a frutuosidade da tutela do direito material que depende da técnica condenatória.

Sublinhe-se que, neste caso, a cautelar tutela o direito à tutela do direito e não simplesmente o direito material, ou a pretensão de direito material. Não o direito de crédito ou o poder de exigir o crédito, mas sim o direito à tutela do direito à prestação pecuniária.

É claro que, ao se tutelar a tutela do direito à prestação pecuniária, tutela-se, ainda que por consequência, o direito de crédito e a pretensão de direito material. Porém, quem tem um direito de crédito que ainda não pode ser exigido, ou já tem o poder de exigí-lo, somente pode temer a impossibilidade de obter a tutela do crédito e, assim, deve requerer tutela cautelar para assegurar a efetividade da tutela jurisdicional do direito.

O direito, em sua dimensão estática ou como realidade normativa, obviamente não interessa a quem pensa em termos de tutela dos direitos. O direito é uma situação juridicamente tutelada, assumindo relevância no instante em que é ameaçado de lesão ou é violado. Quando o direito é violado e surge ao seu titular o direito à tutela deste direito, pode parecer uma situação de perigo capaz de obstaculizar a sua efetividade. Neste momento, para assegurar o exercício dinâmico do direito, ou o modo pelo qual o direito se realiza ou é tutelado, ou seja, a tutela prometida ao próprio direito em sua dimensão estática, deve ser utilizada a tutela cautelar, que é a tutela de segurança da tutela jurisdicional do direito.

Porém, há casos em que a ameaça não recai sobre a efetividade da tutela do direito material, mas sim sobre a própria situação tutelável. A tutela cautelar, então, deixa de assegurar a efetividade da tutela do direito material para assegurar a situação tutelável.

<sup>17</sup> Luiz Guilherme Marinoni, *Teoria Geral do Processo* (Curso de Processo Civil, v. 1), cit., p. 260; Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, *Processo de Conhecimento* (Curso de Processo Civil, v. 2), cit., p. 430 e ss.

<sup>18</sup> Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, *Execução* (Curso de Processo Civil, v. 3), cit., p. 105 e ss.

Há certas tutelas que não dependem de um conteúdo que esteja desligado da decisão jurisdicional. São as tutelas declaratória e constitutiva, que se realizam com a mera prolação da sentença. As sentenças declaratória e constitutiva, que prestam as tutelas que têm o mesmo nome, não dependem de execução, sendo ditas autossatisfativas. Tais sentenças não exigem execução exatamente porque prestam tutelas que não têm conteúdos que devem ser buscados fora da decisão jurisdicional.

Isso quer dizer que as tutelas declaratória e constitutiva, enquanto realidades normativas ou, mais precisamente, exclusivamente dependentes da norma jurisdicional, não são sensíveis ao perigo de dano. O que pode correr risco de dano é a situação jurídica tutelável mediante a declaração e a constituição. Enquanto as tutelas declaratória e constitutiva não são prestadas, a situação à qual a ordem jurídica garante tais tutelas certamente pode exigir tutela cautelar. Porém, a tutela cautelar, nesta hipótese, não estará assegurando a efetividade da tutela do direito, mas sim a situação a que se pretende tutelar através do processo principal.

O perigo pode fazer surgir a necessidade de segurança da situação que se pretende ver declarada ou constituída. Isto pode ocorrer em face da ação declaratória positiva ou negativa, assim como da ação constitutiva positiva ou negativa.

De qualquer forma, há como reduzir estas duas "formas" da tutela cautelar a segurança da efetividade da tutela do direito e segurança da situação tutelável — a uma única faceta, uma vez que a cautelar, nestas duas hipóteses, acaba dando segurança ao direito à tutela do direito material.

Note-se que situação tutelável não é o mesmo que situação acionável — ou capaz de ser afirmada através do exercício do direito de ação —, mas sim situação a que a ordem jurídica outorga tutela ou proteção. Fala-se aqui, portanto, de situação materialmente tutelável. Contudo, tutela prometida pelo direito material e situação materialmente tutelável são aspectos de um mesmo fenômeno, que se expressa através do direito à tutela do direito material. Melhor explicando: o direito à tutela do direito material pode ser negado não apenas por uma tutela do direito inefetiva ou incompleta, mas também por danos provocados à parte enquanto a situação jurídica não é tutelada.

Por outro lado, é importante esclarecer que o titular de um direito ameaçado de violação tem ao seu dispor a tutela inibitória e não a cautelar. A tutela do direito ameaçado de violação é a inibitória, cuja função é distinta da cautelar. A inibitória tutela o direito ameaçado, impedindo a sua violação, enquanto a cautelar assegura a tutela prometida ao direito violado ou para a hipótese de sua violação, ou assegura a situação jurídica tutelável mediante declaração ou constituição.

Ademais, além de a tutela cautelar não se confundir com a tutela inibitória (preventiva), nem toda tutela urgente é tutela cautelar. A tutela prestada no curso do processo, sob o signo da urgência, mas cuja substância é a mesma da tutela que se espera obter ao final do processo, constitui uma tutela antecipada, e não uma tutela dirigida a garantir a frutuosidade da tutela final, ou apenas a assegurar a situação jurídica tutelável.

### 1.3 Perigo de dano

A tutela cautelar supõe que a situação tutelável ou a tutela devida ao direito material estejam expostas a perigo.

É o que pode ocorrer, por exemplo, na ação de reivindicação de posse, caso o demandado passe a praticar atos de destruição do imóvel cuja posse é reivindicada. No caso, temendo o autor encontrar a coisa destruída, poderá requerer tutela cautelar de sequestro para que, em caso de reconhecimento do direito material, a tutela reivindicatória tenha efetividade. Nesta situação, o perigo de dano se liga à inefetividade ou à inutilidade da tutela do direito almejada através da ação a ser proposta ou já em curso.

Suponha-se, agora, uma ação voltada a declarar que os bens de uma sociedade, acima de determinado valor, não podem ser alienados sem a concordância de todos os sócios. O rumor, no seio da sociedade, de que dois de seus administradores estão em vias de alienar um bem, representa perigo de dano à situação jurídica objeto da tutela declaratória, abrindo oportunidade à exigência de tutela de segurança do patrimônio social. Tal tutela de segurança poderia se expressar através de uma caução. Esta tutela não impediria a alienação do imóvel, mas garantiria o patrimônio social, obrigando a que, para a alienação, os administradores prestassem caução idônea.

O perigo de dano deve ser fundado em elementos objetivos, capazes de serem expostos de forma racional, e não em meras conjecturas de ordem subjetiva. Além disto, embora o perigo de dano faça surgir uma situação de urgência, tornando insuportável a demora do processo, não há razão para identificar perigo de dano com *periculum in mora*, como se ambos tivessem o mesmo significado. O perigo de dano faz surgir o perigo na demora do processo, existindo, aí, uma relação de causa e efeito. Por isto mesmo, para se evidenciar a necessidade da tutela cautelar, não basta alegar *periculum in mora*, sendo preciso demonstrar a existência da sua causa, ou seja, o perigo de dano.<sup>19</sup>

### 1.4 Probabilidade do direito à tutela do direito material

Mas o perigo de dano não é suficiente quando a tutela do direito material não é provável ou verossímil. Trata-se da probabilidade relacionada à conhecida locução "fumaça do bom direito", ou *fumus boni iuris*.

Para obter a tutela cautelar, o autor deve convencer o juiz de que a tutela do direito provavelmente lhe será concedida.<sup>20</sup> A admissão de uma convicção de ve-

<sup>19</sup> Não obstante, é comum se falar, por comodidade de linguagem, em *periculum in mora* e em "receio de ineficácia do provimento final" (art. 461, CPC) para caracterizar a necessidade de tutela urgente.

<sup>20</sup> Diz Juan José Monroy Palacios: "El solicitante de la medida cautelar deberá demostrar al juez que la pretensión principal — que se intenta garantizar — tiene una posibilidad razonable de

rossimilhança, como suficiente à concessão da tutela cautelar, decorre do perigo de dano e da consequente situação de urgência, a impor solução e tutela jurisdiccional imediatas.

A tutela cautelar é incompatível com o aprofundamento do contraditório e da convicção judicial, uma vez que estes demandam porção de tempo que impede a concessão da tutela de modo urgente.

Não obstante, a probabilidade da outorga da tutela do direito, além de ser um requisito da tutela cautelar — pois não pode haver menos do que verossimilhança —, não pode ser substituída pela sua evidência, já que também não pode haver uma situação que permita ao juiz formar convicção suficiente para a concessão da própria tutela do direito ameaçada por dano. Se a tutela do direito não depende da elucidação de fatos, ou se, para tanto, é desnecessária a produção de prova diversa da documental, o juiz, mais do que poder formar convicção de probabilidade ou de verossimilhança, está autorizado a formar convicção que lhe permite decidir sobre a oportunidade da concessão da própria tutela do direito.<sup>21</sup>

Fala-se que o juiz, ao formar convicção de verossimilhança, funda-se em uma cognição sumária, que é uma cognição menos aprofundada em sentido vertical, constituindo uma etapa do caminho do magistrado rumo à cognição exauriente da matéria fática envolvida no litígio.

O provimento jurisdiccional baseado em cognição exauriente garante a realização plena do princípio do contraditório e, desta forma, aguarda o tempo necessário para que as partes apresentem alegações e produzam provas. Tal provimento não admite a postecipação da discussão do litígio e, por assim dizer, da busca da "verdade e da certeza".

Por isto mesmo, o provimento lastreado em cognição exauriente, ao contrário daquele fundado em cognição sumária, tem potencial para produzir coisa julgada material.<sup>22</sup> Ao emitir o provimento baseado em cognição sumária, o juiz nada declara sobre a tutela devida ao direito, limitando-se a afirmar a probabilidade da sua con-

ser declarada fundada al pronunciarse la sentencia" (Juan José Monroy Palacios, *Teoría cautelar*, p. 170).

<sup>21</sup> A ação cautelar tem como pressuposto o *fumus boni iuris*, ou seja, a aparência do bom direito. Se existir mais do que *fumus*, por serem desnecessárias outras provas além daquelas trazidas aos autos com a petição inicial, inexistente situação de aparência, mas direito evidenciado *prima facie*. Em situações como esta, é desnecessária a ação cautelar e, muito menos, o processo de cognição exauriente que lhe deve seguir. Isto evidencia a necessidade de se ter apenas medidas (sem processo) cautelares dentro de um procedimento abreviado, que bem pode ser o ordinário, com julgamento antecipado do mérito. Ver Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela cautelar e tutela antecipatória*, p. 62-63.

<sup>22</sup> Ver Andrea Proto Pisani, *Appunti sulla tutela sommaria. I Processi Speciali — Studi offerti a Virgilio Andriotti dai suoi allievi*, p. 312.

cessão, de modo que, ao aprofundar a cognição, poderá chegar à conclusão de que a tutela do direito que havia sido suposta como provável não deve ser concedida.

### 1.5 Temporariedade

A tutela cautelar, na concepção da doutrina clássica, sempre foi ligada à decisão definitiva sobre o mérito, ou seja, à sentença. Daí a provisoriedade, apontada por esta doutrina como característica da tutela cautelar.<sup>23</sup>

Nesta concepção doutrinária, a tutela cautelar é destinada a dar segurança ao processo e, mais precisamente, à sentença de mérito. Na verdade, uma vez proferida a sentença, desapareceria, por consequência lógica, a razão de ser da tutela cautelar. Acontece que, conforme já demonstrado, a tutela cautelar é um direito da parte e um dever do Estado, destinando-se a dar segurança à tutela do direito material, para a qual a sentença não é bastante. Lembrem-se, por exemplo, que a tutela ressarcitória pelo equivalente não é prestada pela sentença condenatória, dependendo de meios de execução idôneos.

A tutela cautelar não encontra limite no trânsito em julgado da sentença de procedência, mas sim no trânsito em julgado da sentença de improcedência. No caso de sentença de procedência, como a tutela do direito ainda depende da execução, a cautelar deve manter-se efetiva até a utilização dos meios executivos.

Ademais, embora boa parte da doutrina entenda ser contrária à lógica a manutenção da tutela cautelar em caso de sentença de improcedência, não há razão para não admitir que o juiz possa mantê-la eficaz em *casos excepcionais* para garantir a efetividade da tutela do direito.<sup>24</sup>

<sup>23</sup> "I provvedimenti cautelari sono destinati a durare per un tempo limitato. Infatti quando il processo principale giunge a conclusione, viene meno il problema stesso per cui furono concesso: o il diritto è stato riconosciuto esistente, e potrà ricevere piena soddisfazione; oppure è stato dichiarato inesistente e la misura cautelare dovrà essere revocata" (Enrico Tullio Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, v. 1, p. 93).

<sup>24</sup> Veja-se, neste sentido, a posição de Ovídio Baptista da Silva: "Não se leva em consideração a circunstância de que a revogação prematura do provimento liminar, ou mesmo da medida cautelar concedida em sentença final cautelar, deixará o direito litigioso sem qualquer proteção assegurativa durante a tramitação dos recursos, em muitos casos extremamente demorada, de tal modo que a reforma da sentença, nos graus superiores de jurisdição, poderia deparar-se com uma situação de prejuízo irremediável ao direito somente agora reconhecido em grau de recurso. Para que situações desta espécie sejam evitadas, recomenda-se que o magistrado - sensível às circunstâncias especiais do caso concreto - disponha, em sua sentença contrária à parte que obtivera a provisorial, que esta medida liminar, não obstante a natureza do julgamento posterior divergente, conserve-se eficaz até o trânsito em julgado da sentença a ser proferida no juízo do recurso. Esta parece ser a tendência contemporânea da doutrina italiana (...)" (Ovídio Baptista da Silva, *Curso de Processo Civil*, v. 3, cit., p. 124).

Note-se que não há contradição entre a declaração da inexistência do direito e a necessidade da manutenção da tutela cautelar. A declaração da inexistência do direito não elimina o perigo de dano, já que o que vale, em caso de recurso, é o julgamento do tribunal, ou seja, a cognição definitiva. Não há como negar que a revogação da tutela, em caso de sentença de improcedência, abre oportunidade para um dano na pendência do recurso. Como é óbvio, caso o tribunal reforme a sentença que implicou a revogação da tutela cautelar, e no período entre a sentença e o julgamento do tribunal ocorra dano, a tutela jurisdicional do direito a ser entregue ao autor terá sido mutilada.

Contudo, além de a tutela cautelar poder sobreviver à sentença de procedência transitada em julgado e à sentença de improcedência objeto de recurso de apelação, deve ser revogada quando desaparecer a situação de perigo de dano que legitimou a sua concessão. Isto quer dizer que a tutela cautelar não apenas pode ter vida mais longa do que a fase de conhecimento, como ainda pode vir a desaparecer sem que se chegue à sentença.<sup>25</sup>

O juiz deve revogar a tutela cautelar, antes de chegar ao momento de proferir a sentença, não apenas quando surgir um fato novo capaz de lhe permitir a formação de nova convicção sobre o direito à tutela ou a respeito do perigo de dano, mas também quando surgir nova prova, derivada do prosseguimento do debate em torno do litígio.

Como já foi dito, ao decidir com base em cognição sumária, o juiz não declara a existência ou a inexistência do direito à tutela; o juízo sumário é de mera probabilidade. Ao decidir pela tutela cautelar, o juiz aceita, implicitamente, a possibilidade de chegar a diversa convicção no curso do processo.

Assim, quando se está diante de decisão que concede tutela cautelar, quebra-se o princípio de que não é possível decidir a mesma questão duas vezes. Tratando-se de decisão fundada em cognição sumária, a viabilidade de se voltar a decidir é consequência da circunstância de que a convicção judicial pode naturalmente se alterar no curso do processo. A primeira decisão, por ter sido tomada com base em cognição que se aprofundou, é logicamente sujeita a revisão, pouco importando se os fatos não se alteraram, mas apenas novas provas foram produzidas.

Aliás, ao desaparecer o fundamento da tutela cautelar, a sua revogação imediata não só é consequência da aplicação da regra de que o réu não pode ser submetido a gravame despropositado, ou ter a sua esfera jurídica restringida por um meio que não tenha idoneidade para proteger o autor,<sup>26</sup> como ainda da circunstância de que a tutela

<sup>25</sup> Ver Donald Armelin, A tutela jurisdicional cautelar. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, v. 23, p. 123.

<sup>26</sup> Aplica-se, ali, a regra da necessidade. Lembrem-se que a regra da menor restrição possível, ao lado da regra do meio idôneo, dá conteúdo à regra da necessidade - que é uma das sub-regras que expressam a regra da proporcionalidade. No processo civil, a regra da necessidade quer significar

cautelar é lastreada em verossimilhança, constituindo uma tutela jurisdicional que limita o direito de defesa para permitir a efetividade do direito de ação.

Tudo isto demonstra que a eficácia da tutela cautelar se liga ao perigo de dano, com tendo com ele uma relação de *temporarietate*, e não com a sentença de mérito, com a qual teria uma relação de *provisoriedade*.<sup>27</sup>

### 1.6 Não satisfatividade

Ovídio Baptista da Silva, referindo-se a lição de Cristofolini, adverte que este processualista italiano mostrou que as provisionais, ao anteciparem a eficácia do provimento final de acolhimento da demanda, em verdade realizam plenamente o direito posto em causa, ainda que sob forma provisória, ao passo que as medidas propriamente cautelares – enquanto tutela apenas de segurança – se limitam a “assegurar a possibilidade de realização” para o caso de vir a sentença final a reconhecer a procedência da pretensão assegurada.<sup>28</sup>

Esta lição é imprescindível para a compreensão da tutela cautelar. Caso todas as tutelas que se fundam em perigo e, por isto mesmo, são lastreadas em cognição sumária, pudessem ser definidas como cautelares, não haveria como diferenciar, nas palavras de Satta e Verde, o “provimento urgente” da “urgência do provimento”.<sup>29</sup>

A distinção entre “provimento urgente” e “urgência do provimento” já havia sido revelada, embora em outras palavras, por Pontes de Miranda. Pontes distinguiu, em seus *Comentários ao Código de Processo Civil de 1939*,<sup>30</sup> o arresto segundo para execução (cautelar) e o arresto de justiça, não encontrando o devedor, arretar-lhe-á tantos bens quantos bastem para garantir a execução” (art. 653, CPC). Este arresto é um ato da execução. Ele substitui a penhora, como ato integrante do procedimento destinado

que o autor tem o direito de utilizar o meio idóneo à tutela do direito material, mas este meio, para ser empregado de modo legítimo, deve ser o que traz a menor restrição possível ao réu. Ver o volume 1 deste *Curso de Processo Civil (Teoria Geral do Processo)*, cit., p. 87-88; p. 124; p. 297 e ss.

<sup>27</sup> É oportuno pinçar, na obra de Lopes da Costa, passagem bastante didática para a compreensão desta questão: “O temporário se define em absoluto, apenas em face do tempo; provisório, além do tempo, exige a previsão de outra coisa em que se sub-roga. Os andames da construção são temporários. Ficam apenas até que se acabe o trabalho no exterior do prédio. São, porém, definitivos no sentido de que *nada virá substituí-los*. Já, entretanto, a barraca onde o desbravador dos sertões acampa, até *melhor habitação*, não é apenas temporária, é provisória também” (Alfredo Araújo Lopes da Costa, *Medidas preventivas – Medidas preparatórias – Medidas de conservação*, p. 10).

<sup>28</sup> Ovídio Baptista da Silva, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 11, cit., p. 66.

<sup>29</sup> Salvatore Satta, *Provvedimenti d'urgenza e urgenza di provvedimento*. *Soliloqui e colloqui di un giurista*, p. 392 e ss.; Giovanni Verde, *Considerazioni sul provvedimento d'urgenza. I processi speciali – Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*, p. 420 e ss.

<sup>30</sup> Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8.

à satisfação do direito, em razão de o oficial de justiça não ter encontrado o devedor – arresto-execução para segurança. Tal arresto, como ato da própria execução, difere do arresto cautelar, que se dirige apenas a assegurar a execução ou a tutela do crédito.

A partir da distinção entre o arresto cautelar e o arresto-execução para segurança, Pontes de Miranda elaborou os conceitos de “segurança da execução” e “execução para segurança”, os quais permitiram a Ovídio Baptista da Silva concluir que, “quando se antecipa execução, satisfaz-se por antecipação, atende-se, desde logo, a pretensão, o que significa mais do que dar-lhe simples proteção cautelar”.<sup>31</sup>

A não distinção entre tutela satisfativa de cognição sumária e tutela cautelar advém do princípio da *nulla executio sine titulo* (não há execução sem título), que eliminava a possibilidade de a doutrina entender que a tutela que satisfaz o direito – realizando-o concretamente no plano dos fatos –, com base em cognição sumária, é *tutela satisfativa*, ou admite *execução para a realização do direito* ou para a *tutela do direito antecipada*.

Calamandrei, tomando em consideração o princípio da *nulla executio sine titulo*,<sup>32</sup> afirmou que o único “critério seguro para distinguir a execução satisfativa de la ejecución cautelar es el de determinar, en aceptación del principio del art. 553, si los actos ejecutivos preceden o siguen a la declaración de certeza (aun sumaria) del derecho a satisfacer, en todos los casos en los que se ve que la ejecución precede a esta declaración, estamos frente a una ejecución cautelar, la cual no se distingue de la satisfactiva por la diversidad de los medios ejecutivos (la ejecución cautelar consiste siempre en un ejercicio anticipado, total o parcial, de los mismos medios de los que se sirve en ejecución satisfactiva) sino únicamente en virtud de que estos medios se ponen en funcionamiento no para satisfacer un derecho ya declarado (en vía ordinaria o vía sumaria), sino para satisfacer un derecho que, en vía de hipótesis, se supone que puede llegar a ser declarado en una fase procesal ulterior”.<sup>33</sup>

O critério que serve à conclusão de que a execução anterior à sentença é tutela cautelar também permite supor que a execução provisória da sentença é igualmente tutela cautelar. Note-se que Carlo Furno, na sua monografia sobre a *sospensione del processo esecutivo*, incidiu em tal equívoco, ao concluir que a suspensão do processo

<sup>31</sup> Ovídio Baptista da Silva, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 11, cit., p. 67.

<sup>32</sup> “Por el contrario, la imposibilidad de recurrir directamente a la vía ejecutiva y la necesidad consiguiente de obtener un título ejecutivo judicial mediante un proceso de cognición se explican fácilmente por la existencia de una situación jurídica sustancial caracterizada por el elemento de la incertidumbre. En este segundo supuesto, dada la necesidad previa de eliminar la incertidumbre sobre la situación jurídica sustancial, la acción no puede ser ejercitada más que en vía declarativa, a fin de que el antecedente lógico-jurídico de la ejecución, que es la aptitud de la acción para ser ejercitada *in executivo*, encuentre su base en el accertamento y su realización en la creación del título que condiciona la iniciación de la vía ejecutiva” (Carlo Furno, *Teoría de la prueba legal*, p. 190).

<sup>33</sup> Piero Calamandrei, *La sentencia declarativa de quiebra. Apéndice n. 2 à Introduzione al estudio sistemático de las providencias cautelares*, cit., p. 204-205.



executivo e a execução provisória da sentença possuem natureza cautelar, sendo a primeira voltada a resguardar o devedor e a segunda o credor.<sup>34</sup> Porém, como bem soube demonstrar Adolfo Perez Gordo, enquanto "a medida cautelar não pode ter uma extensão maior do que a de mera garantia ou de segurança de uma sentença hipotética e futura, a execução provisória, além de permitir a invasão da esfera jurídica do executado, pode levar à própria satisfação do exequente".<sup>35</sup>

Na realidade, quem atribui à tutela satisfativa, prestada com base em cognição sumária, a qualidade de cautelar, não só é obrigado a também considerar cautelar a execução provisória da sentença, como ainda é forçado a admitir a cautelaridade da tutela sumária que pode ser prestada com base no art. 273, II (abuso de defesa), do CPC. Isto porque o que impede a doutrina de admitir a natureza executiva da tutela satisfativa sumária é a cognição não definitiva — ou a provisoriedade —, e não o simples requisito do perigo. Pior seria, de fato, se fosse o perigo que estivesse a definir o que é cautelar, pois, nesta hipótese, somente a execução provisória da sentença contra o *pericolo nel ritardato* passaria a constituir tutela do tipo cautelar. Como escreve Ovídio Baptista da Silva, "o equívoco que se esconde nessa doutrina é tão primário que não evita esta óbvia e insuperável contradição: legitima-se a execução provisória sempre que houver necessidade de acelerar (antecipar) a tutela jurisdicional; se, no entanto, essa aceleração for demasiadamente intensa, então a execução provisória desaparece, para dar lugar à tutela cautelar, de tal modo que o mesmo princípio que fundara seu cabimento passa a ser responsável pela sua extinção".<sup>36</sup>

O legislador, ao estabelecer hipóteses específicas de execução provisória, tem por objetivo permitir, em função de particulares situações de direito substancial, a aceleração da satisfação do direito. Assim, se o art. 273 admite, em vista de "receio de dano irreparável ou de difícil reparação", a antecipação da tutela final, é um grosso equívoco lógico imaginar que a antecipação da satisfação do direito constitui tutela cautelar. Ora, não é porque a aceleração da satisfação do direito decorre da existência de um "receio de dano" que a tutela deixará de ser satisfativa para se transformar em cautelar.<sup>37</sup>

<sup>34</sup> "E poichè alla clausola di provvisoria esecutorietà è stata data tempo, autorevolmente, riconosciuta funzione cautelare, analoga funzione deve pure riconoscersi alla sospensione dell'esecuzione" (Carlo Furno, *La sospensione del processo esecutivo*, p. 55).

<sup>35</sup> "Así, tal y como ya se deduce de lo expuesto, mientras que la naturaleza y función de la ejecución provisional es la propia de la ejecución ordinaria, es decir, esencialmente satisfactiva para el ejecutante dentro de los límites de la ejecución misma, la naturaleza de la medida cautelar es simplemente de tutela, de aseguramiento o garantía, no pudiendo llegarse en la adopción de la misma hasta penetrar en la propia esfera jurídica del perjudicado por la medida, a través de institutos tales como el embargo y la enajenación forzosa" (Adolfo Pérez Gordo, *La ejecución provisional en el proceso civil*, p. 42).

<sup>36</sup> Ovídio Baptista da Silva, *Teoría de la acción cautelar*, p. 79.

<sup>37</sup> Pequena parte da doutrina, porém, continua afirmando não existir qualquer identidade entre a execução provisória da sentença e a tutela antecipatória. José Roberto dos Santos Bedaque,

Admitir a execução provisória contra o *periculum in mora*, limitá-la a algumas situações; admitir a execução provisória da sentença em todos os casos; restringir, ou não, a execução da sentença na pendência da apelação à prática de apenas alguns atos executivos: tudo isto é uma questão de política legislativa. Lembrem-se, aliás, que a atual redação do art. 282 do Código de Processo Civil italiano (que regula a execução provisória) passou a viabilizar, a partir de 1992, a plena execução do direito declarado em toda e qualquer sentença objeto de recurso ao tribunal, dispensando o requisito do *periculum in mora*.

Porém, se é possível executar a sentença, objeto de recurso, em razão de *periculum in mora*, não há diferença entre esta modalidade de execução e a tutela antecipatória contra o *periculum in mora*, que pode, inclusive, ser prestada após ter sido proferida a sentença de primeiro grau.

Como é óbvio, não é possível aceitar que a execução provisória contra o *periculum in mora* perca a sua natureza de execução satisfativa, transformando-se em execução cautelar, simplesmente pelo fato de que é anterior ao trânsito em julgado da sentença.

Na verdade, concluir que a tutela anterior ao trânsito em julgado não confere satisfação digna de consideração jurídica, e supor que a satisfação jurídica apenas pode ser encontrada quando da formação da coisa julgada material, é não perceber a superação da relação entre "tutela do direito" e coisa julgada material, e caminhar no sentido contrário ao pensamento da doutrina, que está preocupada com a efetividade da tutela dos direitos.<sup>38</sup>

Nesta dimensão, aliás, torna-se importante recordar o que disse Vittorio Denti, sabidamente um dos maiores pensadores do processo civil contemporâneo: "Talvez a propensão, acentuada nos últimos anos, a repensar a função jurisdicional em termos de 'tutela dos direitos', mais do que em um quadro meramente processual, possa enriquecer com novas perspectivas a nossa pesquisa, e conferir uma colocação adequada às exigências de tutelas que emergem com o desenvolver da sociedade contemporânea".<sup>39</sup>

por exemplo, afirma o seguinte: "(...) a execução provisória resulta de mera escolha legislativa, sem possibilidade de qualquer avaliação do juiz sobre sua conveniência e necessidade (...). Pensa-se (no que diz respeito à execução provisória) tão somente na eficácia imediata da sentença ainda sujeita a recurso, o que se deve a mera opção político-legislativa, e na conveniência de não permitir que ela gere efeitos no plano material enquanto não se tornar definitiva. O *periculum in mora* constitui valor completamente estranho a esse mecanismo processual" (José Roberto dos Santos Bedaque, *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*, p. 396. Com o devido respeito, as conclusões do ilustre processualista cuja lição acabamos de reproduzir não tomam em consideração três pontos essenciais: i) pode haver execução provisória contra o *periculum in mora* (e esta foi consagrada em vários ordenamentos jurídicos estrangeiros, inclusive no antigo art. 282 do CPC italiano); ii) ao se admitir execução provisória contra o *periculum in mora*, confere-se ao juiz oportunidade para "avaliar sobre sua conveniência e necessidade"; iii) a execução provisória pode permitir a integral satisfação do direito, e não apenas a prática de alguns atos executivos.

<sup>38</sup> Luiz Guilherme Marinoni, *Antecipação da tutela*, p. 135 e ss.

<sup>39</sup> Vittorio Denti, *Intervento, La tutela d'urgenza*, p. 171.

Como está claro, a circunstância de a tutela ser fundada em perigo e baseada em cognição sumária não é suficiente para caracterizá-la como cautelar. Para se definir a natureza da tutela lastreada em cognição sumária e perigo é necessário investigar a sua função, que pode ser satisfativa ou de segurança. Apenas a última possui natureza cautelar; a primeira constitui tutela antecipatória. De modo que a "não satisfatividade" é outro requisito da tutela cautelar.

### 1.7 Instrumentalidade

A tutela cautelar é caracterizada pela instrumentalidade, mas em um sentido bastante diferente daquele que lhe foi atribuído pela doutrina clássica.<sup>40</sup> A tutela cautelar não é um instrumento do instrumento, ou seja, um instrumento do processo que presta a tutela jurisdicional do direito, satisfazendo ou realizando o direito material.

A tutela cautelar é um instrumento vocacionado a dar segurança à tutela do direito desejada, ou que pode vir a ser ambicionada, no processo principal. Exemplificando: o arresto não é instrumento do processo, mas sim instrumento destinado a garantir a frutuosidade da tutela ressarcitória pelo equivalente.

É neste sentido que deve ser compreendida a regra do art. 796 do Código de Processo Civil, que assim reza: "O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente". Quando se diz que o procedimento cautelar pode ser antecedente ou incidente ao processo principal, não se afirma, em momento algum, que o processo cautelar é instrumento do processo principal. Porém, se a tutela cautelar é instrumento da tutela do direito, é certo que a ação para se obter a tutela cautelar pode ser instaurada antes ou no curso da ação principal.

Mas a dificuldade ainda estaria na parte final da norma, que fala que a ação cautelar é "sempre dependente" da ação principal. Contudo, quando se presta mais atenção no tema da tutela cautelar, percebe-se facilmente que o legislador quis dizer que a ação cautelar é dependente da ação principal *apenas em regra*. Até porque a norma não precisa se preocupar com eventuais exceções para passar a sua mensagem. Não é porque a tutela cautelar é instrumento da tutela do direito, e, assim, a ação cautelar *em regra* depende de uma ação principal, que não pode existir situação em que, ainda que a tutela cautelar apareça como instrumento da tutela do direito, a ação cautelar seja *autônoma*, como ocorre na hipótese de ação cautelar de caução de dano infecto.

<sup>40</sup> Na teoria de Calamandrei, nas providências cautelares "se encontra uma instrumentalidade qualificada, ou seja elevada, por assim dizer, ao quadrado; são, com efeito, indubitavelmente, um meio predisposto para o melhor êxito da providência definitiva, que, por sua vez, é um meio para a atuação do direito; isto é, são, em relação à finalidade última da função jurisdicional, instrumento do instrumento" (Piero Calamandrei, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, cit., p. 45).

De qualquer forma, o fato de a tutela cautelar se destinar a dar segurança à efetividade da tutela do direito não significa que ela esteja vinculada ao reconhecimento do direito material a ser tutelado. A segurança é prestada para a eventualidade do reconhecimento do direito material e, desta forma, para garantir que, na hipótese de procedência do pedido, a tutela do direito possa ser útil e efetiva. Basta lembrar que a tutela cautelar requer a probabilidade do direito à tutela ambicionada no processo principal e, portanto, aceita naturalmente a possibilidade de formação de convicção ulterior diversa acerca do direito material.

### 1.8 Referibilidade

Na tutela cautelar há sempre referibilidade a uma situação substancial acautelada. Inexistindo referibilidade, não há direito acautelado, mas sim tutela satisfativa.

Kazuo Watanabe, em importante livro sobre a cognição no processo civil, afirma que a ideia de referibilidade também está presente em grande número de ações de conhecimento, que são consideradas satisfativas, em contraposição às ações cautelares, que são meramente assegurativas. Diz Watanabe: "quando alguém propõe uma ação de conhecimento exigindo o cumprimento de uma cláusula contratual, a pretensão material afirmada na inicial está referida a uma relação jurídica mais ampla, sendo que a 'ideia de transitividade' está presente e poderá ser bastante intensa na medida em que for importante a cláusula". Argumenta Watanabe que a "referibilidade, porém, é no plano do direito material e para o processo vem apenas em termos de causa de pedir remota".<sup>41</sup>

Segundo o professor da USP, "o mesmo fenômeno, somente com diferenças accidentais que não afetam sua essência", ocorre na ação cautelar: "as diferenças dizem com a intensidade desta referibilidade (comparem-se, por exemplo, a 'referibilidade' existente no arresto com a do sequestro, ambos indubitavelmente ações cautelares) e com as circunstâncias que envolvem a pretensão cautelar, necessariamente referida a uma situação perigosa". Watanabe prossegue em seu discurso afirmando que, "em termos de objeto da cognição principal do juiz, vale dizer, do mérito da ação cautelar, do objeto litigioso, o elemento que desponta, além da 'situação perigosa', é o direito ou a pretensão material à cautela afirmada na inicial, e é em relação a ela que se formula o pedido de tutela cautelar. A relação jurídica mais ampla em que, eventualmente, a pretensão deduzida se posiciona, virá ao processo apenas como causa de pedir remota. A cognição sumária não diz respeito apenas a essa causa de pedir remota, e sim principalmente ao próprio direito substancial de cautela afirmado".<sup>42</sup>

Watanabe, então, elege a referibilidade para a determinação da dispensabilidade da ação principal. De acordo com ele, quando não for possível a visualização de uma

<sup>41</sup> Kazuo Watanabe, *Da cognição no processo civil*, p. 104.

<sup>42</sup> Idem, p. 105.

"referibilidade" a um direito acautelado, a ação cautelar dispensará a propositura da ação principal.<sup>43</sup>

Porém, mesmo nas raras ações cautelares que dispensam a propositura da ação principal, como a caução, está presente a nota da referibilidade. Ou seja, ao contrário do que sustenta Watanabe, não há tutela cautelar que possa deixar de fazer referência a uma situação substancial tutelável. A circunstância de a tutela jurisdicional ainda não poder ser exigida em certos casos, como acontece com a caução voltada a garantir a tutela ressarcitória para a hipótese de ser praticado dano, não significa que a ação cautelar, ao dispensar a propositura da ação principal no prazo de trinta dias (conforme a exigência do art. 806 do CPC), deixe de fazer referência a uma situação substancial tutelável. Para ser mais claro: a ação cautelar deve necessariamente fazer referência a uma situação tutelável acautelada, embora possa, em situações excepcionais, dispensar a propositura da ação principal.

De modo que a dispensabilidade da ação principal, ao contrário do que se poderia pensar, não é uma consequência da ausência de referibilidade. Como também não é, conforme se viu no item antecedente, consequência da falta de instrumentalidade, uma vez que esta diz respeito à tutela do direito.

O conceito de referibilidade advém da ideia de ligação assecurativa da tutela cautelar à tutela do direito.<sup>44</sup> Na ação ressarcitória, por exemplo, não há qualquer referibilidade a alguma situação acautelada ou, ainda, nenhuma referibilidade da tutela ressarcitória a outra situação substancial. Não obstante, quando se concede o arresto como medida preparatória ou incidente em relação à tutela ressarcitória, torna-se evidente a existência da tutela cautelar que lhe dá segurança.

A falta de referibilidade é evidência da existência de satisfatividade e, assim, de ausência de cautelaridade.

### 1.9 Cautelaridade e não preventividade

A tutela cautelar sempre está referida a uma provável tutela já requerida ou que poderá vir a ser solicitada através da ação principal. Por isto mesmo, como já visto, a tutela cautelar é dita não satisfativa, uma vez que se destina apenas a assegurar a tutela jurisdicional do direito, não sendo capaz de prestá-la ou de satisfazer ou realizar o direito.

A mais importante das tutelas jurisdicionais a serviço da integridade do direito material — ditas tutelas específicas — é a tutela inibitória, destinada a proteger o direito contra a possibilidade da sua violação. Para ser mais preciso, a tutela inibitória é voltada a impedir a prática de ato contrário ao direito, assim como a sua repetição, ou, ainda, continuação.<sup>45</sup>

<sup>43</sup> Idem, ibidem.

<sup>44</sup> Ovídio Baptista da Silva, *Ação cautelar inominada no direito brasileiro*, cit., p. 67.

<sup>45</sup> Ver Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela inibitória*.

Em outras palavras, a inibitória constitui a tutela do direito ameaçado de violação. Tal tutela, como é óbvio, é preventiva. Porém, a tutela que inibe a agressão do direito ou previne a sua violação nada tem a ver com a tutela cautelar, não obstante a falta de percepção de que a tutela que assegura está muito longe da tutela que previne.

A doutrina antiga não atinava a tal distinção porque sequer concebia uma tutela destinada a impedir a violação do direito. A tutela inibitória passou a ser vista como necessária a partir do surgimento das novas situações de direito substancial. Porém, como foi admitida, em princípio, através da via processual reservada à tutela cautelar, surgiu na doutrina uma falsa assimilação entre segurança e prevenção.

A inibitória é a tutela do direito ameaçado de violação, assim como a ressarcitória é a tutela do direito que sofreu dano. Da mesma forma que a ressarcitória é a única tutela contra o dano, a inibitória é a tutela exclusiva contra a ameaça de violação do direito.

Se a cautelar serve para assegurar a tutela do direito, para prevenir a violação do direito não é necessária uma tutela de segurança, mas apenas a tutela devida ao direito ameaçado de violação, ou seja, a tutela inibitória.

Toda tutela inibitória ou destinada a impedir a violação do direito não é tutela de segurança de uma outra tutela. Apenas a tutela de outra tutela, ou melhor, somente a tutela de segurança de outra tutela — por esta razão caracterizada pela instrumentalidade —, é uma tutela cautelar.

Deixando-se de lado as tutelas declaratória e constitutiva, a tutela cautelar supõe a ameaça de dano à tutela repressiva, ou seja, a uma tutela posterior à violação. Adolfo di Majo, em profundo estudo sobre as tutelas dos direitos, deixa claro que a tutela cautelar não foi idealizada para exercer função preventiva. Seguindo o eminente civilista italiano, para requerer a tutela cautelar não é suficiente sequer afirmar a ocorrência de violação do direito, sendo necessário demonstrar, além disto, que a violação, com o transcorrer do tempo, provocará um prejuízo iminente e irreparável.<sup>46</sup>

Realmente, a tutela cautelar não foi pensada para exercer função preventiva ou capaz de impedir a violação do direito. O direito liberal clássico — onde o processo civil que ainda repercute sobre nós foi elaborado —, além de eminentemente patrimonialista, era preocupado com a rígida delimitação dos poderes de interferência do Estado na esfera jurídica dos particulares. Por esta razão, aí não houve preocupação com a tutela genuinamente preventiva (inibitória) e as sentenças não foram moldadas para propiciá-la, uma vez que, para tanto, o juiz deveria contar com o poder de constrição a vontade do demandado a um não fazer, o que, segundo a concepção reinante à época, constituiria um atentado contra a liberdade. Ora, quando a tutela do processo de conhecimento não é ou pode ser preventiva, a tutela que lhe é instrumental, por lógica, evidentemente não pode ser preventiva. Na verdade, caso se atribuísse natureza

<sup>46</sup> Adolfo di Majo, *La tutela civile dei diritti*, p. 144.

preventiva à tutela cautelar, estar-se-ia negando os valores que inspiraram o processo civil liberal e a própria proibição de a jurisdição exercer função preventiva.<sup>47</sup>

Para se demonstrar o equívoco da confusão entre cautelariedade e preventividade, é importante tomar em conta o instituto da condenação para o futuro.<sup>48</sup> A condenação para o futuro constitui uma condenação anterior à violação do direito. Trata-se de uma exceção à regra de que a condenação é condicionada à violação do direito. A condenação para o futuro cria antecipadamente o título executivo, mas pressupõe que a execução *apenas será implementada em caso de violação ou inadimplemento*.<sup>49</sup>

O art. 290 do Código de Processo Civil afirma que, "quando a obrigação consistir em prestações periódicas, considerar-se-ão elas incluídas no pedido, independentemente de declaração expressa do autor; se o devedor, no curso do processo, deixar de pagá-las ou de consigná-las, a sentença as incluirá na condenação, enquanto durar a obrigação".<sup>50</sup> Isto significa que o credor pode obter uma condenação que diga respeito não só às prestações que se vencerem depois do ajuizamento da ação, ou seja, no curso do processo, mas também àquelas que vencerem posteriormente ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Neste caso, há um inadimplemento em ato e a condenação abarca as prestações futuras, em relação às quais ainda não há qualquer inadimplemento. Como agudamente percebeu Pontes de Miranda, "não precisa o autor vencedor no litígio intentar ação para haver a condenação no que se vai vencendo". O autor apenas necessita requerer a execução da sentença, que vai aparecendo como necessária à medida que as prestações se vencem, até que se vença a última prestação vencida. A condenação foi quanto ao vencido e ao vincendo. A executabilidade é que depende de que se vençam as prestações.<sup>51</sup>

Argumenta-se, em favor da condenação para o futuro, que é preciso evitar a multiplicação de ações para cobrar aquilo que é devido periodicamente e, ainda, que a constituição antecipada do título executivo serve para evitar que a própria efetivi-

<sup>47</sup> Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica processual e tutela dos direitos*, p. 51 e ss.

<sup>48</sup> Sobre a condenação para o futuro, ver o volume 2 deste *Curso de Processo Civil* (*Processo de Conhecimento*), cit., p. 81 e ss.

<sup>49</sup> Andrea Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, p. 185.

<sup>50</sup> A hipótese é semelhante à do art. 644, primeira parte, do CPC italiano, a qual, segundo Proto Pisani, "in ipotesi di sfratto per morosità, consente al giudice adito di pronunciare decreto d'ingiunzione per l'ammontare dei canoni scaduti e da scadere fino all'esecuzione dello sfratto: anche in questo caso la condanna è richiesta per crediti futuri (...)" (Andrea Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., p. 184). No direito italiano — entre outros casos de condenação para o futuro —, o art. 657 do CPC permite que o locador obtenha, antes do término do contrato, um título executivo que lhe permita executar imediatamente o despejo logo depois do término do prazo contratual. Ver Renata Proliani, Note sulla condanna in futuro, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, p. 511 e ss.

<sup>51</sup> Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, p. 62.

dade da tutela jurisdicional seja frustrada, em razão do longo espaço de tempo que, na generalidade dos casos, está presente entre o momento do inadimplemento e o da real e concreta satisfação do direito.<sup>52</sup>

Chiovendá, ao tratar da condenação para o futuro, afirmou que suas principais vantagens estariam: i) "na necessidade de prevenir o dano que decorreria da falta de um título executório no momento em que a prestação será devida" e ii) "na conveniência de evitar processos reiterados para conseguir o que é devido periodicamente (quota de aluguel, de alimentos, de juros, de rendas), uma vez que haja razão para supor que esses processos se tornariam, de qualquer forma, necessários: como quando o devedor se mostra moroso no pagamento de algumas quotas".<sup>53</sup>

Chiovendá inseriu a condenação para o futuro entre os "processos preventivos".<sup>54</sup> Em um de seus mais importantes trabalhos, encontra-se a afirmação de que "uma prática que remonta à doutrina italiana medieval (in Mancini, *Comm.* II, n. 99 seg.; Weismann, *Feststellungsklage*, p. 99 seg.) admite os juízos preventivos, nos quais, por razões especiais, previne-se o dano que derivaria ou da inútil repetição de ações sucessivas, ou mesmo da falta de um título executivo no momento do vencimento da obrigação".<sup>55</sup>

Porém, o real problema é que esta afirmação de Chiovendá acabou sendo absorvida e potencializada pela doutrina pós-chiovendiana, especialmente pela doutrina de Calamandrei sobre tutela cautelar. Calamandrei, embora não tenha incluído a condenação para o futuro entre as providências cautelares, ao diferenciar a tutela cautelar da tutela preventiva acabou concluindo que a condenação para o futuro constitui o "caso mais notório" de tutela preventiva. Eis a sua lição: "En ciertos casos, también nuestro sistema procesal admite que el interés suficiente para invocar la tutela jurisdiccional pueda surgir, antes de que el derecho haya sido efectivamente lesionado, por el solo hecho de que la lesión se anuncie como próxima o posible: en estos casos, la tutela jurisdiccional, en lugar de funcionar con la finalidad de eliminar a posteriori el daño producido por la lesión de un derecho, funciona a priori con la finalidad de evitar el daño que podría derivar de la lesión de un derecho de la que existe la amenaza todavía no realizada. Se habla, en estos casos, en *contraposición* a la tutela sucesiva o *repressiva*, de tutela jurisdiccional *preventiva*, en la cual el interés en obrar surge no del daño sino del peligro de un daño jurídico: el caso más notorio de este tipo de juicios preventivos se tiene en la figura de la *condena en futuro*".<sup>56</sup>

<sup>52</sup> Andrea Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., p. 185.

<sup>53</sup> Giuseppe Chiovendá, *Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 191.

<sup>54</sup> Cristina Rapisarda, *Profilo della tutela civile inhibitoria*, p. 189.

<sup>55</sup> Giuseppe Chiovendá, *L'azione nel sistema dei diritti*, *Saggi di diritto processuale civile*, p. 79.

<sup>56</sup> Piero Calamandrei, *Introduzione al estudio sistemático de las providencias cautelares*, cit., p. 40-41.

Se a condenação para o futuro objetiva garantir maior tempestividade à satisfação do direito violado,<sup>57</sup> Calamandrei certamente se equivoca ao dizer que este tipo de condenação "é o caso mais notório" de tutela preventiva. Uma técnica processual que permite, antes da violação do direito, a possibilidade de acesso imediato à via que implementa a tutela repressiva, desde que a lesão ou o inadimplemento sejam praticados, está muito longe de conter qualquer resquício ou vestígio de preventividade. Ora, a condenação para o futuro, ainda que admitida antes da violação do direito, é concedida para atuar depois que o direito foi violado e não para impedir a sua lesão.<sup>58</sup>

A confusão entre tutela preventiva e condenação para o futuro é consequência da ausência de reflexo sobre o real objetivo da tutela preventiva e do descaço com a tutela dos direitos não patrimoniais, fruto de uma ideologia que não leva em consideração a necessidade de tutela efetiva de direitos que, ainda que vitais dentro do contexto do Estado contemporâneo, podem ser transformados pelo inadimplente em pecúnia. Note-se que a condenação para o futuro é plenamente adequada à tutela dos direitos patrimoniais, enquanto os "novos direitos", frequentemente com conteúdo não patrimonial, exigem a tutela inibitória, isto é, a tutela preventiva.

Ademais, a confusão entre uma técnica processual e uma tutela de direito com finalidades tão distintas também serve para evidenciar que a doutrina clássica não tinha muita consciência do que falava quando estudava a tutela cautelar. Se a doutrina não conseguia perceber — por estar cegada por uma ideologia comprometida com um modelo institucional de Estado de Direito de matriz liberal — a diferença entre condenação para o futuro e tutela preventiva, ela não podia conceber uma tutela inibitória contraposta à tutela cautelar e, assim, perceber a nítida distinção entre o arresto e a tutela inibitória que impede a violação do meio ambiente, por exemplo.<sup>59</sup>

A cautela, destinada a garantir o ressarcimento diante de eventual dano, não constitui tutela preventiva, mas sim tutela cautelar, voltada a dar segurança à frutuosidade e à efetividade da tutela ressarcitória. A particularidade desta forma de tutela

<sup>57</sup> Massimo D'Antona, *La reintegrazione nel posto di lavoro* (art. 18 dello Statuto dei Lavoratori), p. 161; Renata Paolini, Note sulla condanna in futuro, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, cit., p. 526.

<sup>58</sup> Proto Pisani percebeu a nítida diferença entre a condenação para o futuro e a tutela inibitória, demonstrando a função repressiva da primeira: "O problema da admissibilidade da condenação para o futuro é um problema diferente daquele da admissibilidade, ou não, da tutela inibitória geral: contrariamente à inibitória, a condenação para o futuro possui uma função que pode ser qualificada como preventiva somente se a este termo for dado um significado muito amplo; o que de fato a condenação para o futuro objetiva prevenir não é tanto a violação quanto a diferença temporal entre o momento da violação e possibilidade de instaurar a execução forçada; assim parece mais correto inserir tal tipo de condenação entre as hipóteses em que a condenação cumpre uma função repressiva" (Andrea Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., p. 184).

<sup>59</sup> Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela inibitória*, cit., p. 263-270.

cautelar está em que a segurança, no caso, é de uma tutela ressarcitória eventual, e não de uma tutela ressarcitória exigível, porque posterior ao dano.

De qualquer forma, o que deve ficar claro é que a tutela inibitória (ou a tutela preventiva) é *satisfativa*, enquanto a tutela cautelar sempre se refere a uma tutela do direito ou a uma situação substancial tutelável, podendo, em casos raros, dar origem a uma ação cautelar autônoma, porque ligada a uma tutela jurisdicional ainda não exigível. Ou seja, a tutela cautelar é caracterizada pela instrumentalidade e pela referibilidade, embora possa, em hipóteses excepcionais, abrir oportunidade a uma ação cautelar autônoma. Neste caso, a instrumentalidade e a referibilidade estão, por assim dizer, "encobertas", uma vez que a tutela assegurada ainda não é exigível.

Frise-se, portanto, a distinção fundamental entre preventividade e cautelaridade. A tutela preventiva ou inibitória não é marcada pela *referibilidade ou pela instrumentalidade*, uma vez que basta por si só ou dá tutela *satisfativa* ao direito. A tutela inibitória ou preventiva é tão satisfativa quanto a tutela ressarcitória, não obstante a lamentável confusão que a doutrina costuma fazer entre tutela preventiva e tutela de segurança.