

DA TUTELA CAUTELAR À TUTELA ANTECIPATÓRIA¹

LUIZ GUILHERME MARINONI

Professor Titular de Direito Processual Civil da Universidade Federal do Paraná - Brasil
Pós-Doutorado na Università degli Studi di Milano. Visiting Scholar na Columbia University.

SUMÁRIO: 1. A EVOLUÇÃO DA TUTELA SUMÁRIA SATISFATIVA NO DIREITO BRASILEIRO; 2. A CONSAGRAÇÃO DA TUTELA SUMÁRIA SATISFATIVA NA REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL; 3. TUTELA SUMÁRIA SATISFATIVA E TUTELA CAUTELAR (DIFERENÇA BÁSICA); 4. A TUTELA CAUTELAR NÃO TEM CONTEÚDO SATISFATIVO; 5. A REFERIBILIDADE AO DIREITO ACAUTELADO COMO PRESSUPOSTO NECESSÁRIO DA TUTELA CAUTELAR; 6. A INFLUÊNCIA CARNELUTTIANA NO SENTIDO DE QUE É A SENTENÇA QUE COMPÕE A LIDE; 7. O MITO DA *NULLA EXECUTIO SINE TITULO*; 8. O MITO DA “BUSCA DA VERDADE”; 9. A CEGUEIRA PARA A PERDA DA INSTRUMENTALIDADE; 10. A NÃO-PERCEPÇÃO DA SUPERAÇÃO DA RELAÇÃO ENTRE “TUTELA DO DIREITO” E COISA JULGADA MATERIAL

1 A EVOLUÇÃO DA TUTELA SUMÁRIA SATISFATIVA NO DIREITO BRASILEIRO

Assim dispunha o art. 675 do Código de Processo Civil de 1939:

“Além dos casos em que a lei expressamente o autoriza, o juiz poderá determinar providências para acautelar o interesse das partes:

“I – quando do estado de fato da lide surgirem fundados receios de rixa ou violência entre os litigantes;

“II – quando, antes da decisão, for provável a ocorrência de atos capazes de causar lesões, de difícil e incerta reparação, ao direito de uma das partes;

“III – quando, no processo, a uma das partes for impossível produzir prova, por não se achar na posse de determinada coisa”.

Parte da doutrina não enxergou no art. 675 um poder geral de cautela, tendo afirmado Liebman, em notas às *Instituições* de Chiovenda, que “também na legislação brasileira omite-se atribuição expressa ao juiz de um poder acautelatório geral, de que

¹ Texto que serviu de base à conferência pronunciada na Universidade de Coimbra, no dia 11 de novembro de 2013, a convite do Senhor Professor Doutor João Paulo Fernandes Remédio Marques.

ele se possa valer segundo as necessidades e as circunstâncias fora dos casos tradicionais expressamente previstos”.²

O certo, porém, é que a maioria dos processualistas entendeu estar presente na norma referida um poder geral de cautela. Os tribunais, entretanto, infelizmente não se mostraram sensíveis à necessidade do uso deste poder e foram muito tímidos na concessão de medidas cautelares que refugissem do âmbito estreito do art. 676.³

O Código de Processo Civil de 1973 atribuiu ao juiz, através do art. 798, o poder de determinar as medidas provisórias que julgar adequadas quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

Parcela da doutrina, fiel à natureza da tutela cautelar, não admitiu que o juiz concedesse medidas sumárias satisfativas com base no art. 798. Vejamos o que dizia Humberto Theodoro Júnior: “Por outro lado, como bem adverte Lopes da Costa, ‘a medida cautelar não deve transpor os limites que definem a sua natureza provisória’. *Seu fito é apenas garantir a utilidade e eficácia da futura prestação jurisdicional satisfativa. Não pode, nem deve, a medida cautelar antecipar a decisão sobre o direito material, pois não é de sua natureza autorizar uma espécie de execução provisória*”.⁴ Alguns julgados, seguindo esta orientação, afirmavam: “Não deve ser concedida a medida cautelar inominada em que o autor pretende lhe sejam franqueadas as dependências de um clube para realização de festa de casamento, em virtude do teor satisfativo de tal pedido, sendo que a sua concessão implicaria a perda do objeto da ação principal”.⁵

A inefetividade do procedimento ordinário, entretanto, fez com que os tribunais passassem a falar de “ação cautelar satisfativa”. Lamentáveis equívocos foram cometidos pelos tribunais e pela doutrina em razão da não consideração da cognição inerente ao procedimento materialmente sumário. Decidiu-se, por exemplo, que “a medida cautelar inominada que visa a participação de sócio em assembléia *tem cunho*

² Notas às Instituições de Direito Processual Civil (de Giuseppe Chiovenda), v. 1.

³ V. Sydney Sanches, Poder Cautelar Geral do Juiz no Processo Civil Brasileiro, São Paulo: Ed. RT, 1978, p. 101.

⁴ *Processo Cautelar*, São Paulo: Leud, 1976, p. 108.

⁵ TJSC, 1ª C., Ap. 26.034, v.u., in Arruda Alvim e Néilson Luiz Pinto, *Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Processo Cautelar*, São Paulo: Ed. RT, 1991, p. 164-165.

satisfativo, pois o interesse imediato se esgota com o cumprimento da liminar concedida. *A realização da instrução para apuração dessa resistência importaria em apego ao formalismo, sendo portanto desnecessária*.⁶

Os tribunais e parte da doutrina, de fato, importavam-se muito com a satisfatividade da tutela, imaginando que a “ação principal” seria desnecessária no caso de “tutela satisfativa”. Raciocinavam, em outras palavras, supondo que a satisfatividade da tutela era o bastante para dispensar o ajuizamento da ação principal. O erro contido em tal forma de pensar é tão evidente que pode ser surpreendido por essa indagação de resposta assustadoramente elementar: a concessão da liminar, na ação de reintegração de posse, por ter conteúdo satisfativo, deve impedir o prosseguimento do contraditório? Será que a realização da instrução para apuração da resistência do réu – no dizer do julgado há pouco referido – importaria também aqui em “apego ao formalismo”? Absolutamente não. Nem aqui, nem na situação narrada no julgado. Quando publicamos, em 1992, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória*,⁷ deixamos claro que a jurisprudência e a doutrina vinham confundindo satisfatividade com definitividade. Dissemos: a tutela somente é definitiva, dispensando a “ação principal”, quando a cognição é exauriente. A tutela satisfativa, quando de cognição sumária, exige o prosseguimento do contraditório, não só porque não pode haver coisa julgada material sem cognição exauriente (carga declaratória suficiente) como, também, porque o réu somente pode sofrer um prejuízo definitivo (que não mais pode ser questionado) em razão de uma sentença fundada em coisa julgada material.

Ao lado das ações sumárias satisfativas – que, por alguns, duplamente equivocados, eram chamadas de “ações cautelares satisfativas” – podiam ser apanhadas verdadeiras ações de cognição exauriente com liminar.⁸ *A prática aceitava a tese de que a ação cautelar podia substituir o mandado de segurança, quando escoado o seu prazo decadencial. O juiz e o doutrinador, como mágicos, transformavam direito líquido e certo em fumus boni iuris. Na verdade, tal falsificação era aceita porque não havia a possibilidade de obtenção de medida liminar no*

⁶ RT 673/85.

⁷ São Paulo, RT.

⁸ V. Luiz Guilherme Marinoni, *Efetividade do Processo e Tutela de Urgência*, Porto Alegre: Fabris, 1994, p. 45.

procedimento ordinário. Mas a mesma doutrina que fingia não ver a transformação do direito líquido e certo em “fumus” não conseguia perceber que a ação cautelar, que passara a tratar do direito líquido e certo, na realidade era uma ação de cognição exauriente com liminar. Como no mandado de segurança, no procedimento da imaginada ação cautelar, após a apresentação da contestação, estava o juiz em condições de proferir sentença capaz de produzir coisa julgada material. Entretanto, como o juiz continuava supondo que a ação era verdadeiramente cautelar, o autor era obrigado a propor a ação principal! E o juiz, prosseguindo com a brincadeira – que contava com o apoio da doutrina –, “julgava” a ação cautelar e a ação principal no mesmo momento, como não fosse absolutamente ilógico se afirmar que algo é provável e também existe. Ora, se o direito já pode ser reconhecido é porque não é mais apenas provável!

A ação de cognição exauriente com liminar e a ação sumária satisfativa eram pensadas pela prática como “ações cautelares satisfativas”, apesar da completa diferença entre as cognições que fundavam as suas sentenças.

O Código de Defesa do Consumidor (art. 85) tentou introduzir em nosso Direito a possibilidade do uso do mandado de segurança contra o particular: “Contra atos ilegais ou abusivos de pessoas físicas ou jurídicas que lesem direito líquido e certo, individual, coletivo ou difuso, previsto neste Código, caberá ação mandamental que se regerá pelas normas e leis do mandado de segurança”.⁹ Essa norma, contudo, foi vetada, sob a seguinte argumentação: “as ações de mandado de segurança e de *habeas data* destinam-se, por sua natureza, à defesa de direitos subjetivos públicos e têm, portanto, por objetivo precípua os atos de agentes do Poder Público. Por isso, a sua extensão ou aplicação a outras situações ou relações jurídicas é incompatível com sua índole constitucional. Os artigos vetados, assim, contrariam as disposições dos incisos LXIX e LXXII do art. 5.º da Carta Magna”. O argumento do veto é risível e, assim, somente pode ser compreendido a partir do momento em que revelamos o seu

⁹ Cabe lembrar, entretanto, que já em 1983, no Congresso Nacional de Processo Civil, realizado em Porto Alegre, Ovídio Baptista da Silva propôs que se acrescentasse ao art. 285 do Código de Processo Civil o seguinte parágrafo: “Parágrafo único. Sempre que o juiz, pelo exame preliminar dos fundamentos da demanda pelas provas constantes da inicial, convencer-se da plausibilidade do direito invocado, poderá conceder medida liminar antecipando os efeitos da sentença de mérito, se a natureza de tais eficácias não for incompatível com tal providência”.

comprometimento ideológico. A proposição que admite o uso de um procedimento, como o do mandado de segurança, apenas contra atos do Poder Público, unicamente pode fixar como premissa a tese absurda de que apenas os agentes do Poder Público são capazes de cometer atos que justifiquem o emprego de tal procedimento. Imaginar que o processo é uma arma contra o Estado constitui idéia reacionária, da pior qualidade, sem qualquer coerência com as preocupações da doutrina moderna, tão preocupada com tutelas diferenciadas, aptas a permitir a efetiva tutela dos direitos. Na verdade, faltou vontade política para se munir o consumidor de um instrumento efetivo para a tutela dos seus direitos, e, dessa forma, podemos dizer que o veto constituiu uma armadilha conservadora.¹⁰

Já se disse que, quanto mais caracterizadamente uma lei protege os interesses populares e emergentes, maior é a probabilidade de que ela não seja aplicada,¹¹ e não há razão para esconder que uma lei material comprometida com os anseios populares não tem valor algum quando os seus objetivos não podem ser efetivamente alcançados.

O art. 461 do Código de Processo Civil, ao tornar possível a antecipação da tutela no processo de conhecimento, confere ao cidadão um instrumento processual semelhante ao mandado de segurança. O procedimento não é do tipo documental e, portanto, não é apenas a prova documental que pode demonstrar o que a norma chama de verossimilhança do direito do autor.

A reforma de 1994 criou a possibilidade da antecipação da tutela no processo de cognição exauriente (arts. 273 e 461 do CPC), eliminando a necessidade de o autor – para obter uma tutela sumária satisfativa – valer-se do art. 798 do Código de Processo Civil, que gerava ações sumárias satisfativas e ações de cognição exauriente com tutela satisfativa interinal.

2 A CONSAGRAÇÃO DA TUTELA SUMÁRIA SATISFATIVA NA REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Os arts. 273 e 461 consagraram a necessidade da antecipação da realização dos

¹⁰ Luiz Guilherme Marinoni, *Efetividade do Processo e Tutela de Urgência*, cit., p. 6.

¹¹ Boaventura de Sousa Santos, “Introdução à sociologia da administração da justiça”, *RePro* 37/133.

direitos nos casos de *periculum in mora* e de abuso do direito de defesa.¹²

O Código de Processo Civil teve que ser alterado, nele introduzindo-se a tutela antecipatória, não só pela razão de que a evolução da sociedade demonstrou que a demora do procedimento comum não era mais suportável, e que por esta razão era necessária uma tutela sumária satisfativa¹³, *mas especialmente pelo motivo de que a grande maioria dos doutrinadores e dos tribunais não admitiam que a tutela sumária satisfativa fosse prestada sob o manto protetor da “ação cautelar inominada”*.

Desta forma, é muito estranho – e até curioso – que se pretenda sustentar que justamente aquela tutela que não podia ser admitida pelos doutrinadores e pelos tribunais como “cautelar”, e que por esta razão obrigou à instituição da tutela antecipatória no art. 273, possa agora ser pensada como tendo a natureza (cautelar) que anteriormente afastava a sua própria concessão.

3 TUTELA SUMÁRIA SATISFATIVA E TUTELA CAUTELAR (DIFERENÇA BÁSICA)

A tutela cautelar tem por fim assegurar a viabilidade da realização de um direito, não podendo realizá-lo. A tutela que satisfaz um direito, ainda que fundada em juízo de aparência, é “satisfativa sumária”. A prestação jurisdicional satisfativa sumária, pois, nada tem a ver com a tutela cautelar. A tutela que satisfaz, por estar além do assegurar, realiza missão que é completamente distinta da cautelar. Na tutela cautelar há sempre referibilidade a um direito acautelado. O direito referido é que é protegido

¹² Em vários países da América Latina discute-se, intensamente, a respeito da tutela antecipatória. Como exemplo, é possível citar: Augusto Morello, *Anticipación de la Tutela*, La Plata, Platense, 1996; Roberto Berizzone, S. Patricia Bermejo e Zulma Amendolara, *Tribunales y Proceso de Familia*, La Plata, Platense, 2001, p. 50-59; Jorge W. Peyrano, “Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: tutela de urgencia – medidas autosatisfactorias”, *Revista de Direito Processual Civil* 9; Jorge W. Peyrano, “Régimen de las medidas autosatisfactivas, nuevas propuestas”, *Revista de Direito Processual Civil* 7; Álvaro Perez Ragone, “Introducción al estudio de la tutela anticipatoria”, *Revista de Direito Processual Civil* 5, e “Concepto estructural y funcional de la tutela anticipatoria”, *Revista de Direito Processual Civil* 13; Carlos Alberto Carbone, “Los procesos urgentes y la anticipación de la tutela”, *Revista de Direito Processual Civil* 21; Abraham Luiz Vargas, “Teoría general de los procesos urgentes”, in *Medidas Autosatisfactivas*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 1999; Jorge Rojas, “Los límites de la tutela anticipada”, in *Sentencia Anticipada*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2001; Juan José Monroy Palacios, “Cinco temas polémicos en el proceso civil peruano”, *Revista de Direito Processual Civil* 21; Jaime Greif, “Las medidas anticipativas”, in *Temas de Derecho Procesal Civil*, Montevideu, Cauce Editorial, 2000.

¹³ Como afirmava Donaldo Armelin, uma das formas de distorção do uso da tutela cautelar “verifica-se sempre que se dá ao resultado de uma prestação de tutela jurisdicional cautelar uma satisfatividade que não pode ter” (in “A tutela jurisdicional cautelar”, *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo* 23/129).

(assegurado) cautelarmente. Se inexistir referibilidade, ou referência a direito, não há direito acautelado.

4 A TUTELA CAUTELAR NÃO TEM CONTEÚDO SATISFATIVO

A necessidade de tutela jurisdicional efetiva levou à utilização da ação cautelar como instrumento destinado à satisfação tempestiva da pretensão que só poderia ser veiculada por meio da chamada “ação principal”.

Se tal fenômeno – denominado por Carpi,¹⁴ para o direito italiano, de *força expansiva da tutela cautelar* – foi realmente necessário, não cabe discutir neste momento, importando, na realidade, saber se a tutela que satisfaz o direito material pode ser classificada como cautelar.

Esta questão é sentida em todo o direito processual do tipo europeu. Aristides Rengel Romberg, em relatório apresentado por ocasião das XI Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual, realizadas em 1988 no Rio de Janeiro, narra interessante hipótese jurisprudencial que possibilitou intensa discussão doutrinária em torno das medidas cautelares fundadas no art. 700 do Código de Processo Civil italiano. Trata-se do caso Barzizza contra Vannucci. Alberto Barzizza teria tomado em locação de Agostino Guagnini três habitações para residir com a sua família, tendo pago três meses de aluguel antecipadamente ao locador, que lhe entregou as chaves. De acordo com o conferencista, “el alojamiento estaba para ser ocupado por el arrendatario, cuando el “podestà” del lugar permitió la apertura de las puertas para ser ocupado provisoriamente por la familia de Vannucci, proveniente de Génova. Mientras la ocupación de los locales por parte de Vannucci no estaba apoyada en ningun título, el recurrente Barzizza tenía al contrario un innegable derecho, fundado en el arrendamiento, a obtener la posesión de los locales, y existía también la urgencia de Barzizza de obtener inmediatamente la disponibilidad de los mismos, por lo que pedía al Pretor tomase las oportunas informaciones, oyese a los testigos y declarase su derecho con prioridad al de Vannucci, e intimasse a éste, con providencia de urgencia ex art. 700 CPC a desocupar los locales dentro de cinco días a partir de la notificación

¹⁴ Federico Carpi, La provvisoria esecutorietà della sentenza, Milano: Giuffrè, 1979, p. 47.

de la providencia”.¹⁵

A providência solicitada no caso jurisprudencial italiano, se concedida, *realizaria o direito material afirmado pelo requerente. É de se concluir, portanto, que a tutela foi requerida com base no art. 700 do Código de Processo Civil italiano porque o direito material exigia realização urgente mediante tutela de cognição sumária.*

A provisoriedade, entretanto, não basta para legitimar a tutela cautelar, constatação esta que também parece ter passado despercebida a Galeno Lacerda. Este processualista, efetivamente, ao tratar das medidas cautelares previstas no Código de Menores, concluiu “que as medidas de proteção, tomadas com intuito definitivo e permanente, não possuem caráter cautelar, quanto possam se tornar definitivas e permanentes as providências judiciais neste setor... Acontece, porém, que as mesmas medidas podem assumir natureza cautelar, se prescritas pelo juiz a título provisório, dependentes de decisão futura no mesmo ou em outro processo, ou se determinadas no curso de processos ou ações jurisdicionais de sua competência, em virtude de litígio ou questão a ele submetidos”.¹⁶

A provisoriedade não é nota exclusiva da tutela cautelar – onde, na verdade, existe temporariedade –, ocorrendo também na tutela satisfativa sumária. Não basta, portanto, que a tutela tenha sido concedida com base em cognição sumária. É imprescindível que a tutela não satisfaça o direito material para que possa adquirir o perfil de cautelar.

A tutela cautelar não pode antecipar a tutela de conhecimento. De fato, como já disse Armelin, *uma das formas de distorção do uso da tutela cautelar verifica-se sempre que se dá ao resultado de uma prestação de tutela jurisdicional cautelar uma satisfatividade que não pode ter.*¹⁷

Ovídio Baptista da Silva, em seus *Comentários*, referindo-se à lição de Cristofolini, lembra que este processualista *mostrou que as provisionais, ao anteciparem a eficácia*

¹⁵ Aristides Rengel Romberg, “Medidas cautelares inominadas”, Relatório apresentado nas XI Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual, Rio de Janeiro, 1988, p. 37-38.

¹⁶ Galeno Lacerda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1980, v. 8, t. 1, p. 125.

¹⁷ Donaldo Armelin, “A tutela jurisdicional cautelar”, *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, 23/129.

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 – limitam-se a “assegurar a possibilidade de realização”, para o caso de vir a sentença final a reconhecer a procedência da pretensão assegurada.¹⁸

Esta advertência de Cristofolini tem que ser tomada a sério por todos aqueles que queiram compreender a tutela cautelar. Não é possível que admitamos que todas as tutelas sumárias são cautelares, pois nesta hipótese estaremos desnaturando a própria função da tutela cautelar, que visa apenas assegurar a possibilidade de realização do direito. A tutela cautelar não pode assumir uma estrutura que comprometa a sua função, sob pena de se transformar em simples tutela de cognição sumária, ou como bem observam Satta¹⁹ e Verde,²⁰ “il provvedimento urgente in urgenza di provvedimento”.

Essa distinção entre *provvedimento urgente* e *urgenza di provvedimento* já havia sido revelada, embora em outras palavras, por Pontes de Miranda. Pontes de Miranda diferenciou, em seus *Comentários ao Código de Processo Civil* de 1939,²¹ o arresto preventivo e o arresto execução para segurança, daí surgindo os conceitos de “segurança da execução” e “execução para segurança”, tomados e desenvolvidos por Ovídio Baptista da Silva na parte introdutória dos seus magníficos *Comentários ao Código de Processo Civil*. Concluiu Ovídio, nesta obra, 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.²²

A tutela cautelar, como já foi dito, visa assegurar a viabilidade da realização do direito. Assim, se afirmarmos que a tutela cautelar pode realizar o próprio direito (por exemplo a pretensão aos alimentos), estaremos incidindo em contradição, pois uma

¹⁸ Ovídio Baptista da Silva, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Porto Alegre: Lejur, 1986, v. 11, p. 66.

¹⁹ Salvatore Satta, “Provvedimenti d’urgenza e urgenza di provvedimenti”, in *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Padova: Cedam, 1968, p. 392-395.

²⁰ Giovanni Verde, “Considerazioni sul procedimento d’urgenza”, in *I Processi Speciali; Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*, Napoli: Jovene, 1979, p. 420.

²¹ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1976, v. 8.

²² Ovídio Baptista da Silva, *Comentários*, cit., p. 67.

vez realizado o direito material nada mais resta para ser assegurado. Ou seja, quando o direito é satisfeito nada é assegurado e nenhuma função cautelar é cumprida.

5 A REFERIBILIDADE AO DIREITO ACAUTELADO COMO PRESSUPOSTO NECESSÁRIO DA TUTELA CAUTELAR

Na tutela cautelar, de fato, há sempre referibilidade a um direito acautelado. Kazuo Watanabe, em sua tese de doutorado, entendeu que a “idéia de referibilidade” estaria presente em grande número de ações de conhecimento, que são consideradas “satisfativas”, em contraposição às ações cautelares, que seriam “meramente assegurativas”. Assim – 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 ‘idéia de transitividade’ está presente, e poderá ser bastante intensa na medida em que for importante a cláusula. A referibilidade, porém, é no plano do direito material e para o processo vem apenas em termos de causa de pedir remota. O mesmo fenômeno, somente com diferenças acidentais que não afetam sua essência, parece-nos ocorrer na ação cautelar. As diferenças dizem com a intensidade dessa referibilidade (comparem-se, por exemplo, a ‘referibilidade’ existente no *arresto* com a do *seqüestro*, ambos indubitavelmente ações cautelares), e com as circunstâncias que envolvem a pretensão cautelar, necessariamente referida a uma situação perigosa”.²³

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”.²⁴

Conclui Watanabe que há caráter satisfativo no provimento cautelar, embora a

²³ Kazuo Watanabe, *Da cognição no processo civil*, São Paulo: Ed. RT, 1987, p. 105.

²⁴ Idem, *ibidem*.

cognição sumária não permita declaratividade com carga suficiente para receber a autoridade de coisa julgada. Para tanto, volta a remarcar lição de Ovídio, no sentido de que a prestação cautelar, como qualquer outra, tem caráter satisfativo, pois satisfaz a uma pretensão específica.²⁵

Watanabe, então, passa a discorrer sobre a relação entre a ação cautelar e a ação principal, elegendo um critério fundado na referibilidade para a determinação da dispensabilidade eventual da ação principal. Quando não for possível a visualização de uma “referibilidade” a um direito ou a uma pretensão de direito material dita “principal”, a ação cautelar dispensará a propositura da ação principal. Justamente nestas hipóteses a ação cautelar não conterá afirmação relativa à ação principal, pelo que ela não será de imperiosa propositura.

Por ser a questão ora abordada extremamente difícil – como reconheceu o próprio Watanabe –, fomos obrigados a tentar traduzir com fidelidade o pensamento do professor da Universidade de São Paulo. Watanabe enfatizou, com fulcro em Ovídio, que a prestação cautelar satisfaz. Note-se, porém, que Ovídio, ao falar em satisfatividade da tutela cautelar, alude a uma tutela que satisfaz ao eliminar uma situação objetiva de perigo. Ovídio nunca admitiu uma pretensão cautelar completamente desvinculada de um direito acautelado. Ao contrário, segundo ele, mesmo nas ações cautelares que dispensam a propositura da ação principal, como na *cautio damni infecti* – referida por Watanabe –, deve estar presente a nota da referibilidade. Exatamente porque quando não há referibilidade não existe cautelaridade. Inexistindo referibilidade nenhum direito é acautelado e nenhuma prestação de segurança (cautelar) é concedida.

Atentemos para o que disse Ovídio: “na medida cautelar, se prestarmos atenção ao verbo assegurar, veremos que a *referibilidade* a que se dá proteção é inafastável”.²⁶ Segundo Ovídio, a idéia da referibilidade advém da ligação, da transitividade, entre a tutela cautelar e a tutela satisfativa, na medida em que a tutela cautelar destina-se apenas a assegurar uma pretensão, pretensão esta que jamais poderá ser satisfeita

²⁵ Idem, *ibidem*.

²⁶ Ovídio Baptista da Silva, *A ação cautelar inominada no Direito brasileiro*, Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 67.

através da tutela de simples segurança. Na ação de indenização, por exemplo, haverá referibilidade a algum direito acautelado, ou mesmo alguma referibilidade da tutela condenatória a outro direito? Obviamente não; contudo, quando se concede o arresto como medida preparatória ou incidente em relação à pretensão condenatória fica descortinada a existência de um direito acautelado e a referibilidade da tutela cautelar que lhe dá proteção.

A falta de referibilidade, como se vê, é evidência da inexistência de cautelaridade. Na tutela satisfativa inexistente referibilidade a um direito acautelado. É o caso da ação de alimentos provisionais. Aí não há referibilidade porque nada é assegurado. A pretensão é satisfeita.

O que Ovídio admite, em verdade, é uma ação cautelar autônoma; nunca satisfativa. A caução de dano infecto seria autônoma – segundo o seu entendimento – porque através dela dar-se-ia proteção assegurativa ao direito de vizinhança. Segundo Ovídio, tanto a caução do art. 1281, como a do art. 1280 do Código Civil, são cautelares e autônomas, sendo que em “ambos os casos, prestada a caução cautelar pelo demandado, nenhuma ação principal haverá de ser proposta pelo requerente”.²⁷ Sustenta o processualista gaúcho que “esta caução não tem qualquer sentido de preparatoriedade, de modo que aquele que a obteve tenha de prometer a propositura de uma demanda onde se deveria controverter sobre alguma coisa que, no caso, seria absolutamente incontroversa! A única coisa realmente litigiosa, ou controvertida entre as partes, fora o perigo de dano iminente causado pela obra (legítima) realizada pelo demandado. A *cautio damni infecti* não perde eficácia no prazo de 30 dias, previsto pelo art. 806 do Código de Processo Civil, por não ser preparatória. Sua duração está – como aliás deve estar a duração de qualquer medida cautelar – condicionada pela duração do perigo de dano iminente. No caso, a caução deve persistir enquanto ditarem as obras ameaçantes”.²⁸

A referibilidade, em suma, é indicativa da cautelaridade, enquanto que a não-referibilidade aponta para a satisfatividade e, destarte, para a tutela sumária satisfativa.

Já tivemos oportunidade de ressaltar, em outros trabalhos, que são várias as

²⁷ Ovídio Baptista da Silva, *Comentários*, cit., p. 133.

²⁸ *Idem*, p. 134.

dificuldades que impedem certa parte da doutrina de enxergar que a tutela que realiza o direito com base em cognição sumária não é cautelar.²⁹ Tais obstáculos – que, na verdade, são esquecidas premissas que precisam novamente ser discutidas – serão expostos nas linhas que seguem.

6 A INFLUÊNCIA CARNELUTTIANA NO SENTIDO DE QUE É A SENTENÇA QUE COMPÕE A LIDE

Os doutrinadores que seguem Carnelutti – sabidamente influenciado pela teoria unitária do ordenamento jurídico – têm dificuldade para deixar de lado a idéia de que o juízo de cognição sumária é apenas juízo provisório sobre a lide. A teoria unitária, como se sabe, faz supor a insuficiência das normas de direito material para a composição da lide, a qual somente poderia se dar, no pensamento de Carnelutti, através da sentença de cognição plena e exauriente.³⁰ Nessa perspectiva, como é óbvio, a sentença de cognição sumária não poderia ser outra coisa que não sentença provisória sobre a lide; sentença que sequer disciplina a lide e que, portanto, não poderia ser apta para a “satisfação do direito”.

Carnelutti, fiel à sua visão da relação entre direito e processo, ao tentar estabelecer o escopo do processo cautelar, falou inicialmente em sistematização dos fatos da lide, depois em composição provisória da lide e, finalmente, em tutela do processo.³¹ Note-se que se é o processo que disciplina a lide, participando do *iter* de criação do direito, pouca diferença poderia existir entre as concepções de “composição provisória da lide” e “tutela do processo”. A tutela que antecipa o efeito executivo da sentença

²⁹ Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela cautelar e tutela antecipatória*, São Paulo: Ed. RT, 1992, p. 2 e ss; *Efetividade do processo e tutela de urgência*, cit., p. 51 e ss.

³⁰ “Todos conhecem o pensamento de Carnelutti sobre o escopo do processo. Quando ele diz que este existe para a *justa composição da lide*, pressupõe naturalmente que as normas jurídicas substanciais contidas na lei não tenham por si sós aptidão para compô-la (isto é: para, qual regra concreta, regular o conflito de interesses). Essa idéia, que está à base de todo o sistema de Carnelutti, foi por ele manifestada num dos seus mais antigos escritos, um trabalho sobre a sentença condicional. O efeito da sentença, diz ele, é *tornar concreto ou particular* o preceito abstrato ou genérico contido na norma legal; o comando abstrato é representado por um arco, o qual só se fecha em círculo quando houver o comando complementar; este reside na sentença (não dispositiva) e no negócio jurídico. É, como se vê, uma derivação da teoria de Kelsen” (Cândido Rangel Dinamarco, “Direito e processo”, in *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, São Paulo: Ed. RT, 1986, 20).

³¹ *Diritto e Processo*, Napoli: Jovene, 1958, p. 355-356.

condenatória, porque fundada em cognição sumária, sempre seria tutela do processo, já que não poderia “compôr a lide”.³²

7 O MITO DA NULLA EXECUTIO SINE TITULO

Calamandrei, seguindo à risca o entendimento de que não pode haver execução sem título,³³ afirmou que o “único critério seguro para distinguir la ejecución satisfactiva 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 la 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*

³² Bedaque é fiel à doutrina de Carnelutti, e por isto conclui que a tutela antecipatória confere apenas “satisfação fática” e não “jurídica”. Na realidade, posiciona-se ao lado de Carnelutti e Calamandrei, aduzindo que somente a sentença, como ato final do processo, “tem aptidão para representar a solução da controvérsia, transformando-se na regra emitida para o caso concreto” (*Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência*, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 307). Nesta linha, conclui que a tutela antecipatória, por não ter aptidão para solucionar a “controvérsia”, é somente “instrumental” à tutela definitiva. Entretanto, *a posição do ilustre processualista, ao nosso ver, peca justamente por ainda estar influenciada pela doutrina que sustenta que é a “sentença que compõe a lide”. Ora, não há mais razão para distinguir “satisfatividade jurídica” e “satisfatividade fática”, uma vez que, na perspectiva daquele que busca a “justiça”, o que importa é a “tutela do direito”, e não a forma ou a cognição por meio da qual esta é prestada. Sustentar a diferença entre tutela antecipatória e tutela cautelar, portanto, é libertar-se do peso das doutrinas de Carnelutti e Calamandrei (o que não é fácil) e encampar uma nova perspectiva (atualmente fundamental) de ver o processo civil, que pode ser designada como a da “tutela dos direitos”.*

³³ “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 executivis’, encuentre su base en el accertamiento y su realización en la creación del título que condiciona la iniciación de la vía ejecutiva” (Carlo Furno, *Teoría de la Prueba Legal*, Madrid: Editorial Revista del derecho privado, 1954, p. 190).

puede llegar a ser declarado en una fase procesal ulterior".³⁴

O critério que serve à conclusão de que a execução anterior à sentença é execução cautelar também permite supor que a execução provisória da sentença é igualmente execução cautelar. Carlo Furno, por exemplo, na sua excelente monografia sobre a "sospensione del processo esecutivo", não hesitou em concluir que a suspensão do processo executivo e a execução provisória da sentença possuem natureza cautelar, alertando que a primeira resguardaria o devedor executado e a segunda o credor.³⁵ Mas, como bem demonstrou 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 exeqüente.³⁶

Aquele que considera cautelar a tutela sumária satisfativa não só é obrigado a considerar cautelar a execução provisória da sentença, como, também, é forçado a admitir a cautelaridade da tutela sumária que pode ser prestada com base no art. 273, inciso II do Código de Processo Civil. Isto porque o que impede a doutrina de admitir a natureza executiva da tutela sumária satisfativa é a cognição não definitiva, e não o simples requisito do perigo. *Pior seria, de fato, se fosse o perigo que estivesse a definir o que é cautelar, pois, nessa hipótese, somente a execução provisória da sentença contra o pericolo nel ritardo passaria a constituir tutela do tipo cautelar.*³⁷ Como escreve Ovídio Baptista da Silva, "o equívoco que se esconde nessa doutrina é tão primário que

³⁴ Piero Calamandrei, "La sentencia declarativa de quiebra", Apêndice n. 2 à *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*, Buenos Aires: EBA, 1945, p. 204-205.

³⁵ "E poichè alla clausola di provvisoria esecutorietà è stata da tempo, autorevolmente, riconosciuta funzione cautelare, analoga funzione deve pure riconoscersi alla sospensione dell'esecuzione" (*La Sospensione del Processo Esecutivo*, Milano: Giuffrè, 1956, p. 55). Admitindo a função cautelar da execução provisória, recentemente, Giuseppe Vignera ("Sui rapporti tra provvedimento d'urgenza e sentenza di merito (alla ricerca di una soluzione ragionevole)", *Rivista di Diritto Processuale*, 1993, p. 514), sob o inocente fundamento de que o motivo para concedê-la está no "pericolo nel ritardo".

³⁶ "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" (*La Ejecución Provisional en el Proceso Civil*, Barcelona: Bosch, 1973, p. 42).

³⁷ Mandrioli, por exemplo, enxergou função cautelar na execução provisória contra o *pericolo nel ritardo* (*Corso di Diritto Processuale*, Torino: Utet, 1981, v. 3/221).

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!”³⁸

O legislador processual, ao estabelecer hipóteses específicas de execução provisória, tem em mira permitir, em função de particulares situações de direito substancial, a aceleração da satisfação do direito. Se o legislador agora permite, em vista de “receio de dano irreparável ou de difícil reparação” (art. 273, I, CPC), a antecipação dos efeitos executivo e mandamental, *é um erro 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 acautelatória.*

Contudo, parcela da doutrina continua afirmando não existir qualquer identidade entre a execução provisória da sentença e a tutela antecipatória. José Roberto dos Santos Bedaque, em recente trabalho, 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.”³⁹

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*

³⁸ *Teoría de la Acción Cautelar*, Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 79.

³⁹ José Roberto dos Santos Bedaque, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência*, cit., p. 396.

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.

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*. Lembre-se, aliás, que a nova 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 na sentença objeto de recurso ao tribunal, dispensando o requisito do periculum in mora*.

Pois bem, se é possível execução da sentença, objeto de recurso, contra o *periculum in mora*, qual é a 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? Obviamente nenhuma, pois ambas realizam a mesma função, que evidentemente não é cautelar.

Ora, não é possível aceitar que a execução provisória contra o *periculum in mora* perca a sua natureza de execução satisfativa, para transformar-se apenas 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 jurídica, mas apenas fática, 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.

Neste sentido, basta lembrar 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 à exigência de tutelas que emergem com o desenvolver da sociedade contemporânea".⁴⁰

8 O MITO DA "BUSCA DA VERDADE"

Na linha do pensamento iluminista, aventou-se, no início do século XIX, nos países onde o pensamento de Montesquieu era mais vivo, proibir ao juiz a interpretação da lei. O procedimento ordinário é comprometido com a idéia de que o juiz deveria apenas atuar a vontade da lei. O mito que dá suporte à figura do juiz como "bouche de la loi", sem qualquer poder criativo ou de *imperium*, é o da neutralidade, supondo, de um lado, ser possível um juiz despido de vontade inconsciente e, de outro, ser a lei – como pretendeu Montesquieu – uma relação necessária fundada na natureza das coisas.

Tal procedimento, ao não permitir ao juiz, através de liminar, qualquer interferência no conflito de interesses, não só mantém a postura de "neutralidade" que era esperada do magistrado, como também faz valer a hipótese de que o juiz não pode julgar com base em verossimilhança. O julgamento com base em verossimilhança era incompatível com um julgador que se esperava "neutro", o que evidencia uma nítida relação entre "busca da verdade" e neutralidade. É fácil perceber, portanto, que os juízos de verossimilhança eram temidos exatamente à medida que abriam margem ao "subjetivismo" do julgador.

O princípio que expressa a proibição dos julgamentos fundados em probabilidade e esconde o mito da neutralidade do juiz dá sustentação à teoria clássica do processo de conhecimento, ou melhor, à tentativa de se separar conhecimento e execução. O princípio da *nulla executio sine titulo*, ao supor que não é possível execução enquanto não houver título, levou Chiovenda a chamar a execução provisória da sentença de "figura anormal", com base na justificativa (que para nós tem um conteúdo extremamente expressivo) de que ela "*apresenta uma ação executória descoincidente, de fato, da certeza jurídica*".⁴¹

⁴⁰ Vittorio Denti, "Intervento", in *La Tutela d'Urgenza*, Rimini: Maggioli, 1985, p. 171.

⁴¹ "Entrementes, pode ocorrer a figura duma sentença não definitiva, mas executória, e, pois, a separação entre a definitividade da cognição e a executoriedade. É o que sucede, em primeiro lugar,

A impossibilidade de uma verdadeira execução anterior à declaração definitiva parte da premissa de que não é possível execução sem o encontro da verdade. Parte-se da idéia de que o juiz, ao final do processo, porque o contraditório já se desenvolveu, julga com base na verdade. Se erro houver, esse é provocado pela parte, que não trouxe aos autos as provas necessárias à elucidação da matéria fática. Imagina-se que o juiz, mantendo-se inerte, não prejudica ninguém, e certamente estará iluminado pela verdade quando proferir a sentença, já que a verdade do processo civil seria a verdade resultante da realização plena e integral do princípio do contraditório.

*Não é impossível, de fato, uma ligação entre a chamada execução cautelar, a ausência da “verdade” e a neutralidade do juiz. O juiz, porque é neutro, somente julga quando há verdade, e a execução, porque invade a esfera jurídica do réu, somente é viável a partir do momento em que o juiz declarou, iluminado pela verdade, a existência do direito.*⁴²

9 A CEGUEIRA PARA A PERDA DA INSTRUMENTALIDADE

Calamandrei, ao escrever a sua tentativa de sistematização das “providências cautelares”, colocando em relevo a característica da provisoriedade, misturou tutela sumária satisfativa com tutela cautelar. É importante salientar, porém, que os direitos que hoje precisam de tutela urgente não são os mesmos que emergem da *Introdução* de Calamandrei (a obra do mestre florentino, sem dúvida de alta significação para a

quando a condenação é confirmada ou proferida em grau de apelação, e isso porque a sentença de apelação, se bem que não definitiva, por sujeita a cassação, é todavia executória, uma vez que a cassação não suspende a execução da sentença (art. 520 do Código de Processo Civil), e o mesmo se dirá do pedido de revogação (art. 503). Conquanto seja essa uma figura anormal, porque nos apresenta uma ação executória descoincidente, de fato, da certeza jurídica (...)” (*Instituições de Direito Processual Civil*, São Paulo: Saraiva, 1965, v. 1/235).

⁴² É inconcebível que se pense que a distinção entre tutela antecipatória e tutela cautelar possa não ter relevância. Além de a teorização do tema da tutela antecipatória ser fundamental para que seja desvendada a ideologia do “processo civil clássico”, é evidente que a tutela antecipatória *stricto sensu*, justamente pela razão de *conferir um bem da vida ao autor* sem a realização plena do contraditório, possui uma repercussão na esfera jurídica do réu muito maior do que a simples tutela cautelar. Mais do que isto: é conveniente lembrar que o Código de Processo Civil foi corrigido ao final de 1994, confiando-se ao juiz a oportunidade de conferir tutela antecipatória, *exatamente pela razão de que a grande maioria dos doutrinadores e dos tribunais, antes da mencionada reforma, não admitia que a tutela sumária satisfativa pudesse ser prestada sob o manto protetor da tutela cautelar inominada. Portanto, é curioso que depois de introduzida a tutela antecipatória no Código de Processo Civil diga-se que justamente aquela tutela que não podia ser conceituada como “cautelar”, e que por esta razão conduziu a uma reforma processual, deva ser definida como “cautelar”.*

ciência processual, foi publicada em 1936).

Os direitos patrimoniais com função não patrimonial, em determinadas situações, não têm outra forma de tutela efetiva a não ser a tutela sumária satisfativa. Em alguns casos, ou o direito de crédito é realizado imediatamente, ou a sua função não patrimonial não pode ser cumprida. Essa necessidade de realização imediata do direito patrimonial, que pode gerar uma situação irreversível, passou a preocupar a doutrina italiana apenas recentemente, levando-a a alertar para o uso satisfativo da tutela de urgência e para o desaparecimento da tão decantada “instrumentalidade” da tutela cautelar.⁴³

As ações “sumárias”, que até agora eram propostas sob o rótulo de “cautelares”, eram satisfativas e, em grande número de casos, geravam situações irreversíveis. A ação sumária satisfativa, porque dava ao autor tudo aquilo e exatamente aquilo que ele pretendia, somente não era definitiva em razão da cognição que lhe era peculiar. Dizíamos, então, quando tratávamos da ação sumária: a instrumentalidade não aparece na ação sumária satisfativa, pois inexistente qualquer ligação instrumental entre a tutela sumária satisfativa e a tutela definitiva. A tutela sumária satisfativa não serve a outro processo. “O processo que lhe segue é que é instrumento destinado a preservar o direito à adequada cognição da lide”. E justificávamos: o direito à adequada cognição da lide é corolário do *due process of law*. Eis a razão pela qual o processo sumário satisfativo deve ser seguido pelo denominado processo principal.⁴⁴

A neutralidade do procedimento ordinário e a completa insensibilidade para a necessidade de instrumentos de tutela adequados às novas necessidades de uma sociedade em constante evolução também são responsáveis pela chamada crise da

⁴³ “La tutela d’urgenza ha assunto una importanza crescente di fronte al fenomeno della dilatazione dei tempi della giustizia civile, da un lato, e dell’espandersi della difesa di situazioni soggettive che richiedono un intervento immediato del giudice, e rispetto alle quali l’urgenza finisce con l’apparire la modalità essenziale di protezione. Si pensi, ad esempio, alla incidenza che sulla sfera individuale possono esercitare i mezzi di comunicazione di massa, ed al fatto che il ritardo della tutela ordinaria può ledere irreparabilmente i diritti della persona. In queste situazioni, la tutela d’urgenza si identifica con la tutela “tout court”, e perde rilievo il carattere della strumentalità rispetto all’esercizio della funzione giurisdizionale di merito, che era proprio delle misure cautelari” (Vittorio Denti, *La Giustizia Civile*, Bologna: Il Mulino, 1989, p. 129-130).

⁴⁴ Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória, cit., p. 120 e ss.

justiça civil.⁴⁵ A lentidão da justiça, a gerar graves e insuportáveis injustiças concretas, transformou a tutela cautelar em técnica de sumarização, ou, em outros termos, em verdadeiro remédio contra a solene falta de efetividade do procedimento ordinário. Referindo-se à expansão da tutela cautelar, Tarzia alertou para o fato de que a doutrina colocou-se de frente ao “fenomeno piu impressionante di evoluzione e trasformazione di uno strumento processuale”,⁴⁶ o que demonstra que a tutela cautelar, pela ausência de instrumentos jurisdicionais adequados, foi ocupar um espaço necessário e fundamental para a prestação da tutela jurisdicional efetiva.

Na verdade, o art. 798 do nosso Código foi, por muito tempo, o responsável pela prestação da tutela sumária satisfativa. Mas não pensem os espíritos menos avisados que a prestação da tutela sumária satisfativa sob o manto protetor da tutela cautelar constituiu um abuso, pois, não fosse tal norma, em muitos casos concretos o princípio chiovendiano de que a “durata del processo non deve andare a danno dell’attore che ha ragione”⁴⁷ não teria sido observado.

É inegável, porém, que a necessidade de efetividade de tutela dos direitos transformou a tutela cautelar em tutela sumária satisfativa.⁴⁸ É digno de nota um interessante acórdão do TST que, julgando recurso ordinário em mandado de segurança, manteve decisão do TRT da 9.^a Região que havia denegado mandado de segurança que objetivava cassar liminar que fora deferida *inaudita altera parte* em ação cautelar inominada, para reintegrar dirigente sindical nas suas funções. O TST, na ocasião, assim argumentou: “é bem verdade que o deferimento de liminar,

⁴⁵ Modificaram-se as razões de demandar, e essa modificação qualitativa é que tornou insuportável a demora do procedimento ordinário.

⁴⁶ “Intervento”, in *La Tutela d’Urgenza*. Rimini: Maggioli, 1985, p. 150.

⁴⁷ Sobre a atualidade e a importância do princípio, v. Vittorio Denti, in *La Tutela d’Urgenza*, p. 164.

⁴⁸ Essa também é a opinião de Roger Perrot: “Mais pour cette raison, la philosophie même de la mesure provisoire a changé. Au siècle dernier, elle avait surtout pour rôle d’assurer la conservation des biens litigieux ou d’aménager temporairement une situation contentieuse en attendant le jugement définitif. De nos jours, ce rôle premier n’a pas disparu. Mais une autre fonction s’est développée qui gagne en importance et qui consiste moins en une mission de sauvegarde qu’en une anticipation sur la décision définitive” (“Les mesures provisoires en Droit français”, in *Les Mesures Provisoires en Procédure Civile*, Milano: Giuffrè, 1985, p. 153). No mesmo sentido Michelle Aiello: “ulteriore ed indiretta conseguenza della ravvisata inadeguatezza degli strumenti della cognizione ordinaria è stata però anche quella di snaturare la finalità e l’efficacia dei medesimi provvedimenti di urgenza” (“I provvedimenti di urgenza nell’attuale momento legislativo italiano”, in *Les Mesures Provisoires en Procédure Civile*, Milano: Giuffrè, 1985, p. 265). V., também, Giovanni Arieta, “Comunicazione”, in *Les Mesures Provisoires en Procédure Civile*, Milano: Giuffrè, 1985, p. 269-270; Vittorio Denti, *La Giustizia Civile*, cit., p. 129-130.

assegurando a *satisfação do direito material pleiteado, como, no caso, a reintegração, não se coadunaria com a natureza instrumental e provisória do processo cautelar.* Entretanto, essa natureza jurídica da ação cautelar não pode subsistir em face do provimento de maior envergadura previsto na Constituição Federal, norma hierarquicamente superior. Com efeito, a dispensa de empregado, portador de estabilidade provisória, sem o competente inquérito administrativo faz letra morta a garantia constitucional ínsita no art. 8.º, VIII, da Lei Maior e, em se tratando de dirigente sindical, impede, ainda, que o trabalhador exerça as funções para as quais foi eleito, beneficiando a empresa em detrimento de toda uma categoria profissional. O MM. Juiz da JCJ de Ponta Grossa, ao constatar que o empregado juntou documentação comprobatória de representação sindical, deferiu a liminar, adotando o entendimento de que ‘é preferível rejeitar-se uma teoria que não atende à realidade social, principalmente no caso concreto, onde a suspensão dos salários implica em possível supressão dos meios de sobrevivência e a posterior reintegração implicaria em pagamento de salário sem a prestação laboral’. Conceder, pois, a segurança impetrada pela empregadora, cassando a liminar e, conseqüentemente, anulando a reintegração efetivada, significaria premiar a empregadora, que, desrespeitando norma constitucional, foi a única causadora de toda a situação. Assim, frente à hierarquia da imperatividade ínsita no dispositivo da Carta Magna, que foi friamente desrespeitado pela ora impetrante, deve ser mantido o empregado no exercício pleno de suas funções, até que a empregadora, se porventura sair vencedora do competente inquérito, possa despedir legalmente o dirigente sindical”.⁴⁹ Este julgado do TST, proferido em outubro de 1992, deixa evidenciada a deformação da tutela cautelar, e, mais do que isso, a necessidade de tal desfiguração em nome da efetividade da tutela dos direitos.

Com a previsão do art. 273, que generaliza a possibilidade de antecipação dos efeitos executivo e mandamental, viabilizando a antecipação à margem do art. 798, ninguém mais poderá pensar, por exemplo (e o exemplo é bastante significativo), que os alimentos provisionais constituem tutela do tipo cautelar.

Tratando do uso não cautelar do art. 700 (correspondente ao nosso art. 798) do

⁴⁹ TST, proc. TST-RO-MS 37.219/91.2, rel. Min. Hyló Gurgel.

Código italiano, Giovanni Verde não vacilou em afirmar que *seria sinal de escassa honestidade intelectual, ou, ainda, de ingenuidade não escusável, pensar que o pagamento que satisfaz um crédito alimentar, ainda que fundado em um provimento cautelar, não implique satisfação do direito de crédito, mas sirva apenas para acautelá-lo*.⁵⁰

Se a tutela sumária satisfativa, diante do art. 273, dá àquele que afirma ter um direito tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tem o direito de obter,⁵¹ ou possibilita o desencadeamento das atividades tendentes à realização do direito, não é possível aceitar a afirmação de Calamandrei no sentido de que a tutela antecipatória constitui apenas um meio para a atuação do direito, ou, ainda, a tese de que esta tutela visa a assegurar o resultado útil do processo, já que o único resultado útil que o autor espera do processo é obtido exatamente no momento em que é efetivada a tutela.⁵²

⁵⁰ “L’attuazione della tutela d’urgenza”, in *La Tutela d’Urgenza*, Rimini: Maggioli, 1985, p. 92.

⁵¹ Atendendo, portanto, à justa exigência de Chiovenda.

⁵² Não há mais razão para se sustentar que a satisfação de um direito, com base em cognição sumária, configura apenas tutela cautelar, exatamente pelo fato de que todos sabem, na atualidade, que a satisfação de um direito mediante cognição sumária, quando necessária, é indispensável para a sua efetiva tutela, e esta tutela, como é evidente, não pode significar uma simples segurança para a obtenção do resultado útil objetivado pela parte. Por tal razão, não é possível concordar com Antônio Cláudio da Costa Machado (*Tutela Antecipada*, São Paulo: Oliveira Mendes, 1998), José Roberto dos Santos Bedaque (*Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência*, cit.) e Marcelo Lima Guerra (*Estudos sobre o Processo Cautelar*, São Paulo: Malheiros, 1997, p. 98), que sustentam a natureza cautelar da tutela antecipatória, supondo que a satisfação de um direito com base em cognição sumária não importa, sendo relevantes apenas as clássicas idéias de que somente a sentença – e não a decisão que concede a tutela antecipatória – é capaz de compor a lide (Carnelutti) ou pode significar atuação concreta do direito (Chiovenda). Ora, ninguém nega que, nos termos das teorias de Carnelutti e Chiovenda, a decisão fundada em cognição sumária não pode compor a lide ou atuar o direito, mas somente pode contribuir para a composição da lide (Carnelutti fala em composição *provisória* da lide) ou para a atuação concreta do direito. Porém, deixando-se tais teorias e os critérios que as caracterizam e voltando-se para a teoria da tutela dos direitos, *resta claro que a decisão visualizada na perspectiva processual da provisoriedade pode ser vista através do ângulo da tutela do direito material, quando torna-se evidente a distinção entre tutela cautelar e tutela antecipatória*. A maioria dos doutrinadores brasileiros já detectou tal fenômeno. Flávio Luiz de Oliveira: “A tutela sumária satisfativa visa, ainda que fundada em juízo de probabilidade, à realização do direito” (*A Antecipação da Tutela dos Alimentos Provisórios e Provisionais Cumulados à Ação de Investigação de Paternidade*, São Paulo, Malheiros Editores, 1999, p. 20). Rogério Aguiar Munhoz Soares: “Quando se afirma que a antecipação de tutela tem natureza satisfativa, tem-se em mira o atingimento antecipado da fruição de algo que só em momento posterior seria alcançado, de modo que os atos satisfativos praticados antecipadamente não se repetem uma vez confirmada a decisão antecipatória por sentença. Torna-se, por isso, sem sentido deter-se no aspecto da provisoriedade da decisão que concede o pedido, uma vez que é definitiva a fruição do bem postulado, embora provisória a decisão que a concede. Se o deferimento da execução provisória da tutela antecipada tem por base alegação de ‘periculum in mora’ (‘rectius’: ‘damnum irreparabile’), isto não a convola em tutela cautelar” (*Tutela Jurisdicional Diferenciada*, São Paulo: Malheiros, 2000, p. 181-182). Teori Albino Zavascki: “Há casos em que, embora nem a certificação nem a execução estejam em perigo, a satisfação do direito é, todavia, urgente, dado que a demora na fruição

constitui, por si, elemento desencadeante de dano grave. Essa última é a situação de urgência legitimadora da medida antecipatória” (*Antecipação da Tutela*, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 48). Joel Dias Figueira Júnior: “Acautelar uma determinada situação fática ou jurídica concreta significa protegê-la, preveni-la, resguardá-la, defendê-la; logicamente, medida cautelar é medida que acautela, e não que antecipa. Diversamente, se a medida antecipa os efeitos materiais da sentença de mérito (definitiva), ela a está executando (...); se executa, não acautela, mas satisfaz a pretensão do interessado” (*Liminares nas Ações Possessórias*, São Paulo: RT, 1999, p. 158-159). Araken de Assis: “Impende estabelecer, precisamente, se o ato do juiz entregou o bem a um dos litigantes ou apenas preveniu a sua entrega, colocando-o a salvo de ambos, a exemplo do que ocorre no arresto e no seqüestro: no primeiro caso, há satisfação do direito material, ainda que reversível; no segundo, há simples cautela” (*Doutrina e Prática do Processo Civil Contemporâneo*, São Paulo, Ed. RT, 2001, p. 438). Néelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery: tutela antecipatória “é tutela satisfativa no plano dos fatos, já que realiza o direito, dando ao requerente o bem da vida por ele pretendido com a ação de conhecimento” (*Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor*, São Paulo: RT, 2001, p. 730). Luiz Orione Neto: “Para obviar esse fenômeno das medidas cautelares satisfativas e adaptar o processo civil às exigências da nossa civilização industrializada e de massa, com autêntica multiplicação de situações de urgência, o legislador ordinário decidiu arrostá-lo sem rodeios. E o fez através das regras estabelecidas no art. 273 do CPC. Efetivamente, esse preceito legal veio estabelecer um divisor de águas, alterando substancialmente esse fenômeno. De ora em diante, as ações cautelares – quer nominadas, quer inominadas – se destinarão exclusivamente a salvaguardar o resultado útil e eficaz do processo principal, mantendo sua natureza conservativa e assecuratória de direitos; já as pretensões de natureza satisfativa de direito material somente poderão ser deduzidas na própria ação de conhecimento, através da técnica antecipatória” (*Liminares no Processo Civil*, São Paulo: Lejus, 1999, p. 110). Carlos Augusto de Assis: “De fato, como deixamos transparecer nos parágrafos acima, somos da opinião de que a atividade cautelar não se coaduna com a satisfação. Quem acautela assegura, não satisfaz. Ainda que, para efeitos de raciocínio, se admita, como entendem certos autores, a possibilidade de um provimento acautelatório acabar por se revelar satisfativo (o que, segundo nos parece, desnaturaria a atividade cautelar), estaríamos, no mínimo, diante de uma atividade cautelar atípica” (*A Antecipação da Tutela*, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 129-130). Adroaldo Furtado Fabrício: “Ao passo que a função cautelar se exaure na assecuração do resultado prático de outro pedido, sem solucionar sequer provisoriamente as questões pertinentes ao mérito deste, a antecipação de tutela supõe necessária uma tal solução, no sentido de tomada de posição do juiz, ainda que sem compromisso definitivo, relativamente à postulação do autor no que se costuma denominar ‘processo principal’ (no caso o único existente). Em sede cautelar certamente se faz algum exame dessa pretensão, mas com o fito único de apurar se ela é plausível (presença do *fumus boni iuris*) e se a demora inerente à atividade estatal pode pôr em risco o seu resultado prático (*periculum in mora*). Não assim na hipótese de antecipação da tutela: aí, o sopeso da probabilidade de sucesso da postulação ‘principal’ (e única) se faz para outorgar desde logo ao postulante o bem a vida, que, a não ser assim, só lhe poderia ser atribuído pela sentença final” (“Breves notas sobre os provimentos antecipatórios, cautelares e liminares”, *Ajuris* 66/16-17). Athos Gusmão Carneiro: “Uma coisa é proteger, mediante processo autônomo, a eficácia da sentença a ser proferida em outro processo, dito ‘principal’. Coisa substancialmente diversa é realizar desde logo, embora provisoriamente, a pretensão contida no processo ‘principal’” (*Da Antecipação da Tutela no Processo Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 6-7). Kazuo Watanabe: “A tutela antecipatória é satisfativa, parcial ou totalmente, da própria tutela postulada na ação de conhecimento. A satisfação se dá através do adiantamento dos efeitos, no todo ou em parte, do provimento postulado. Já na tutela cautelar, segundo a doutrina dominante, há apenas a concessão de medidas colaterais que, diante da situação objetiva de perigo, procuram preservar as provas ou assegurar a frutuosidade do provimento da ‘ação principal’. Não é dotada, assim, de caráter satisfativo, a menos que se aceite, como fazemos, a existência de direito substancial de cautela, que é satisfativo pelo provimento concessivo da tutela cautelar” (“Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não-fazer”, in *Reforma do Código de Processo Civil* (coordenado pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira), São Paulo: Saraiva, 1996, p. 38). No mesmo sentido Ovídio Baptista da Silva (*Curso de Processo Civil*, v. 3, São Paulo: RT, 2000), Donaldo Armelin (“A tutela jurisdicional cautelar”, *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo* 23) e Luiz Fux (*Tutela da Segurança e Tutela da Evidência*, São Paulo: Saraiva, 1996). Os tribunais também já mostraram a distinção entre a tutela antecipatória e a tutela cautelar. O TJPR assim

Há quem diga, nos dias de hoje, que a tutela antecipatória assegura o resultado útil do processo e, por esta razão, caracteriza-se pela “instrumentalidade”.⁵³ Entretanto, como já foi demonstrado, a tutela cautelar, que não foi feita para dar tutela ao direito material que pode ser postulado por meio da “ação de conhecimento”, foi objeto de grande expansão. A ação cautelar inominada, por necessidades emergentes da prática forense, passou a ser utilizada de forma distorcida, tendo sido manipulada como técnica de sumarização do processo de conhecimento.

já decidiu: “O processo cautelar não se presta para a antecipação da eficácia do provimento jurisdicional que será objeto da futura ação principal, vale dizer, o processo cautelar é inadequado para a antecipação da tutela” (1ª C. Cível, Ap. Cível 44.106-5 (12.273), Rel. Des. Pacheco Rocha). Nesta mesma linha, e apenas para exemplificar: TJDF, 3ª C. Cível, AI 556.495, Rel. Des. Mário Machado, DJU 28.2.96, p. 2.353. *Ou seja, os tribunais e quase a totalidade da doutrina entendem que há indisfarçável distinção entre tutela antecipatória e tutela cautelar.*

⁵³ Carlos Alberto de Oliveira (“Perfil dogmático da tutela de urgência”, *Revista de Direito Processual Civil* 5/324-342) e José Roberto dos Santos Bedaque (*Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência*, cit.) entendem que a tutela antecipatória é caracterizada pela instrumentalidade. Cabe recordar, porém, que a tutela cautelar transformou-se em tutela antecipatória justamente pela razão de que perdeu o seu caráter instrumental. Se uma liminar concede alimentos ao autor, a pretensão de obter alimentos está realizada, e portanto não pode ser definida como instrumental. Como frisa a melhor doutrina italiana contemporânea (Edoardo Ricci, “A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano”, *Revista de Direito Processual Civil* 6/708), se a tutela concedida antecipadamente identifica-se com a tutela que pode ser concedida ao final, não pode haver instrumentalidade. Parte da doutrina italiana, em que se baseia a doutrina brasileira divergente, afirma que a tutela antecipatória deve ser considerada como cautelar *apenas para viabilizar a utilização da tutela antecipatória na prática forense*. Quando se diz, na Itália, que a tutela antecipatória deve ser compreendida como cautelar, isto é feito apenas para que seja possível a conclusão de que os operadores do direito podem solicitar tutela antecipatória com base na norma legal que consagra a tutela cautelar inominada (o art. 700 do CPC italiano). É que na Itália, ao contrário do que ocorre no Brasil, não há previsão legal de tutela antecipatória. A prática forense italiana distorceu o uso da tutela cautelar inominada (como aconteceu no Brasil) para admitir que o referido art. 700 fosse utilizado como fundamento da tutela antecipatória. Como essa última espécie de tutela é fundamental para a efetividade do processo – que, segundo a própria doutrina italiana (por exemplo, Luigi Paolo Comoglio, *La Garanzia Costituzionale dell’Azione ed il Processo Civile*, Padova, Cedam, 1970), tem fundamento no art. 24 da Constituição da República – os doutrinadores italianos (como Proto Pisani, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, Napoli, Jovene, 1994) passaram a sustentar a natureza cautelar da tutela antecipatória. Ou seja, *a tutela antecipatória em face do perigo de dano irreparável passou a ser admitida no direito italiano em razão das pressões sociais por tutela jurisdicional adequada e mediante uma interpretação da palavra “assicurare”, presente no art. 700, à luz do mencionado art. 24 da Constituição italiana. Tanto é verdade que um recente projeto, elaborado pela “Comissão Tarzia”, tem por fim corrigir o referido art. 700, colocando a palavra “antecipar” ao lado da expressão “assegurar”, com o intuito de esclarecer que atualmente, em vista das novas exigências da sociedade contemporânea, não há como negar a possibilidade do uso da tutela antecipatória, que antes era prestada sob o manto protetor da tutela cautelar*. Vários doutrinadores brasileiros entendem que a instrumentalidade não é característica da tutela antecipatória. Assim, por exemplo, João Batista Lopes: “O primeiro ponto a ser enfatizado é a distinção entre tutela antecipada e tutela cautelar: a primeira tem caráter satisfativo e a segunda é provisória e instrumental” (“Tutela antecipada e o art. 273 do CPC”, in *Aspectos Polêmicos da Antecipação da Tutela*, São Paulo: RT, 1997, p. 206). Arruda Alvim, aliás, ao distinguir tutela antecipatória de tutela cautelar, afirma peremptoriamente que “as medidas cautelares são marcadas pela idéia-função de serem instrumentos do processo principal” (“Tutela antecipatória”, in *Reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 105-106).

Melhor explicando: razões advindas da vida em sociedade fizeram com que os operadores do direito passassem a reivindicar os seus direitos por meio da ação cautelar inominada. Como é óbvio, buscava-se, em tais casos, um bem da vida, ou um resultado útil, e não somente segurança do resultado útil do processo. Justamente por esta razão é que a doutrina passou a falar na perda do caráter instrumental da tutela sumária rotulada de “cautelar”. Ora, não é preciso grande esforço para demonstrar que, por exemplo, a tutela antecipada de um direito de crédito confere o único resultado útil que o autor poderia pensar em obter mediante o uso da ação ressarcitória de conhecimento. Tal tutela, portanto, está muito longe de ser meramente um instrumento do instrumento em que pode ser buscado o resultado útil.

Na verdade, quem supõe que a tutela antecipatória assegura o resultado útil do processo somente pode estar pensando na tutela urgente *que não confere ao autor a integral satisfação do direito material*, isto é, em uma tutela que não se confunde com a que antecipa soma em dinheiro, por exemplo. Em outros termos, aquele que pensa a tutela antecipatória como mero instrumento do instrumento não pode admitir a execução completa da tutela antecipatória de soma em dinheiro. Como escreve Edoardo Ricci, um dos maiores especialistas em tutelas de cognição sumária na Itália, “só pode ser instrumental em relação à tutela de mérito uma tutela que não coincida com esta”.

Segundo Ricci, “se definirmos ‘tutela de mérito’ a tutela completa do direito subjetivo, que pode ser obtida seja através da sentença, seja mediante a sua execução, a antítese entre a tutela instrumental (e portanto cautelar) e a tutela antecipatória corre o risco de ser concretamente atenuada todas as vezes em que o conteúdo da tutela antecipatória for muito tímido e prudente. E, sob esse aspecto, a análise provavelmente merece ser fixada mais no problema da concreta atuação e satisfação do direito do que naquele referente à sua declaração. *Se em sede de atuação do direito decorrente do provimento antecipatório se devesse parar antes da satisfação efetiva, seria quase inevitável que os escopos dos efeitos do provimento antecipado parecessem, na verdade, meramente instrumentais em relação a uma futura satisfação; e aqui deve ser lembrado o que foi observado em um precedente parágrafo, quando se disse que a penhora sem possibilidade de alienação corre o risco*

de ser equiparada a uma espécie de arresto”.

Como demonstra Ricci, “a conveniência de atribuir ao provimento antecipatório (e, ao mesmo tempo, à sentença de primeiro grau) imediata aptidão para provocar a efetiva e completa satisfação do direito tutelado tem, portanto, também um preciso significado teórico: *a atuação é necessária para que, sob o prisma do conteúdo, a tutela antecipatória se destaque da tutela meramente instrumental (e portanto cautelar)*”.⁵⁴

Acontece que parcela da doutrina brasileira, ainda que de forma minoritária, ao mesmo tempo em que atribui caráter instrumental à tutela antecipatória, admite expressamente a atuação da tutela antecipatória de soma em dinheiro.⁵⁵

10 A NÃO-PERCEPÇÃO DA SUPERAÇÃO DA RELAÇÃO ENTRE “TUTELA DO DIREITO” E COISA JULGADA MATERIAL

Nos casos em que, antes da reforma de 1994, a ação sumária desde logo dava ao autor aquilo que ele buscava, a dita “ação principal” somente era necessária para permitir o desenvolvimento do contraditório. Aquele que partia da perspectiva de direito material facilmente podia concluir que o direito do autor havia sido satisfeito e que, portanto, a tutela sumária era satisfativa. Aquele que tinha os olhos unicamente no procedimento ordinário, o único capaz de declarar a existência do direito, não tinha condições de supor que a tutela era satisfativa, já que satisfação e coisa julgada material, para aqueles que assim enxergam as coisas, andam de mãos dadas.

Quem desvia os olhos do procedimento ordinário e passa a se preocupar com a “tutela dos direitos” rompe com a relação entre satisfatividade e coisa julgada material, e mesmo com a ligação entre esta última e a executividade, já que a efetividade da tutela de um direito nada tem a ver com a coisa julgada material. Não é essa que satisfaz, mas sim a tutela jurisdicional, que, para ser efetiva, em alguns casos terá de ser prestada com base em cognição sumária.

A demonstração de que a tutela do direito pode ocorrer com base em cognição sumária deixa evidenciado o equívoco daqueles que pensam que a “satisfatividade”

⁵⁴ Edoardo Ricci, “A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano”, *Revista de Direito Processual Civil* 6/708.

⁵⁵ José Roberto dos Santos Bedaque, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência*, cit., p. 341.

fundada em cognição sumária não é propriamente “satisfatividade jurídica”, mas apenas “satisfatividade fática” (ou algo que não tem relevância jurídica). Quem raciocina desta forma confunde satisfação do direito material (que obviamente pode ocorrer mediante decisão fundada em cognição sumária) e satisfação processual (coisa julgada material). Mais do que isto: aquele que não dá importância à “satisfação” fundada em cognição sumária, chamando-a de mera “satisfação fática”, mostra não estar atento à preocupação mais recente da doutrina, vale dizer, à preocupação com a “tutela dos direitos”, uma vez que, na perspectiva do consumidor do serviço jurisdicional, o que vale é a “tutela do direito”, pouco importando que esta venha por meio de uma decisão de cognição sumária ou mediante uma decisão de cognição exauriente e definitiva.