

A Medida Cautelar satisfativa e a Tutela Antecipatória

Arion Mazurkevic^(*)

I - TUTELA CAUTELAR

A tutela cautelar, passível de ser invocada através do exercício de um direito constitucionalmente garantido, que é o direito de ação, visa prevenir e proteger o processo. Através da ação cautelar invoca-se a tutela jurisdicional do Estado para, nas palavras do Professor MANOEL ANTONIO TEIXEIRA FILHO, obter provimento “*assecuratório da viabilidade do próprio processo, como método estatal de heterocomposição das lides*”⁽¹⁾

Assim, caracteriza-se como um instrumento de proteção à tutela principal, que pode ser de conhecimento ou execução.

Não obstante a sua unidade conceitual, a ação é classificada, segundo o provimento jurisdicional buscado pela parte através dela, em ação de conhecimento (ou cognitiva), de execução e cautelar. A tutela cautelar presta-se para criar condições que assegurem a futura satisfação do direito material cujo reconhecimento se pretende através da ação de conhecimento ou a efetividade do cumprimento da obrigação contida no título executivo, no caso da ação de execução.

As medidas cautelares (ou seja, o provimento jurisdicional pretendido através da ação cautelar) podem ser nominadas (típicas ou específicas) e inominadas (ou atípicas). As nominadas são aquelas identificadas e reguladas no Capítulo II do Livro III do CPC. As inominadas se encontram autorizadas no art. 798 do Código, quando estabelece que “*Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz 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*”. Nesta prerrogativa que reside o chamado **PODER GERAL DE CAUTELA** ou, segundo alguns doutrinadores, poder cautelar geral⁽²⁾.

^(*) Arion Mazurkevic é Juiz da 6ª Vara do Trabalho de Curitiba.

⁽¹⁾ “As Ações Cautelares no Processo do Trabalho”, 2ª edição, LTR, SP, 1989, pág 57)

⁽²⁾ Expressão utilizada por **OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA** e **GALENO LACERDA**

Este dispositivo permite ao juiz o exercício de amplo poder discricionário para estabelecer, dentro dos critérios de oportunidade e conveniência, providências temporárias “que julgar adequadas”, com o fim de prevenir dano provocado ou ameaçado por uma das partes à outra

O poder discricionário previsto no art. 798 do CPC, evidentemente, não é ilimitado, devendo ser exercido dentro dos parâmetros da lei, sem se olvidar os pressupostos e condições das cautelares jurisdicionais (GALENO LACERDA⁽³⁾), a finalidade da norma (OVÍDIO BAPTISTA⁽⁴⁾) e que a discricionariedade prende-se à escolha da providência acautelatória e não ao direito material em abstrato (GALENO LACERDA⁽⁵⁾). Não obstante, é extremamente amplo, ao ponto de GALENO LACERDA afirmar: “*a notável liberdade discricionária que a lei concede ao juiz para adotar as medidas atípicas mais adequadas para conjurar a situação de aprêmio representa, a nosso ver, o momento mais alto e amplo de criação do direito em concreto pela jurisprudência, em sistema codificado, de direito continental, como o nosso*”⁽⁶⁾”.

II - CARÁTER SATISFATIVO DO PROVIMENTO CAUTELAR

Questão que merece especial análise, até porque vem suscitando maior polêmica na doutrina e jurisprudência no âmbito de incidência das cautelares, é o chamado caráter satisfativo destas medidas, assim entendido aquele provimento exarado em processo cautelar que antecipe provisoriamente a pretensão de direito material, deduzida no processo principal.

O Professor MANOEL ANTONIO TEIXEIRA FILHO perfilha o entendimento de que o processo cautelar visa “*tutelar o processo principal*”, não possuindo o “*objetivo de proteger o direito material, de compor provisoriamente a lide*”⁽⁷⁾. Não obstante, admite que, indiretamente, a pretensão de direito material seja atendida, desde que evidenciada a concreta ameaça do direito da parte ao processo. Este entendimento resta evidenciado no exemplo citado em sua obra, na seguinte passagem:

⁽³⁾ In “Comentários ao Código de Processo Civil”, volume VIII, Tomo I, 5ª edição, Forense, RJ, 1993, pág 86

⁽⁴⁾ In “Do Processo Cautelar”, Forense, RJ, 1996, pág 104

⁽⁵⁾ Ob cit, pág 86

⁽⁶⁾ Ob cit, pág 86

⁽⁷⁾ Ob cit, pág 101

“Admitamos que um empregado tenha ingressado com uma cautelar inominada, pretendendo a sua reintegração no emprego, sob a alegação de que possui estabilidade e, em conseqüência, não poderia ter ocorrido a dissolução do seu contrato de trabalho.

Deverá o magistrado, diante disso, verificar, exclusivamente, se existe um fato que esteja a ameaçar o direito da parte ao processo principal, forrando-se, portanto, de fazer uma apreciação, ainda que sumária, sobre a presença, ou não, do direito material invocado pelo autor.

Isto significa que, na hipótese cogitada, poderá o juiz: a) conceder a providência cautelar solicitada com base apenas na constatação de que é concreta a ameaça de lesão ao direito da parte ao processo (principal); b) negar a medida ainda que, embora manifesta a garantia de emprego do autor, não vislumbre qualquer risco ao seu direito ao processo ou ao seu direito de ação”⁽⁸⁾

Evidentemente, na hipótese da alínea a do exemplo sugerido, ao conceder a providência cautelar solicitada, de reintegração no emprego, o pronunciamento jurisdicional cautelar estaria atendendo, ainda que provisoriamente, a pretensão de direito material deduzida na ação principal. Possuiria, assim, o chamado “caráter satisfativo”.

WILSON DE SOUZA DE CAMPOS BATALHA, invocando posição idêntica de **RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO** e **HUMBERTO THEODORO JÚNIOR**, conclui que *“não é possível atribuir efeitos satisfativos, definitivos, a decisões cautelares dependentes de ação principal”⁽⁹⁾.*

GALENO LACERDA, por seu turno, como regra, nega a possibilidade de atendimento da pretensão de mérito através da ação cautelar, porém ressalva a possibilidade da medida satisfativa em casos de necessidades primárias ou de situações de extrema gravidade:

“(…) a medida cautelar não pode criar a situação de fato que corresponderia ao direito do solicitante, como a entrega da coisa, extinção da hipoteca, a desocupação do imóvel, salvo quando se tratar de satisfação de necessidades primárias (alimentos, relações de família etc.). Nesta ressalva que, eventualmente, poderá se estender a outras situações de extrema gravidade (...) ocorre a antecipação provisória e satisfativa da prestação jurisdicional (...), mas a providência não perde o caráter

⁽⁸⁾ *Ob cit* Pág 102

⁽⁹⁾ *In “Cautelares e Liminares”, 2ª edição, LTR, SP, 1995, pág 63*

condicional e provisório, e não significa, em absoluto, prejudgamento definitivo”⁽¹⁰⁾

No entender deste jurista, as cautelares quando tomadas com intuito definitivo e permanente, perdem o caráter cautelar, mas quando prescritas pelo juiz a título provisório, dependente de decisão futura, no mesmo processo ou em outro processo, possuem caráter cautelar. Assim, para **GALENO LACERDA**, possuem caráter cautelar todas as medidas liminares previstas no CPC ou leis extravagantes, quando tenham sentido de mera garantia provisória contra uma situação de ameaça de perigo. Portanto, dentro desta concepção, possuem caráter cautelar, por exemplo, a liminar em mandado de segurança, a suspensão da transferência de empregado (art. 659, IX, CLT) e a reintegração de empregado dirigente sindical (art. 659, X, CLT).

OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA é, no nosso entender, quem faz a análise mais adequada da questão.

Segundo a lição deste eminente jurista, há que se fazer a distinção entre processo cautelar e medidas antecipatórias.

O processo cautelar típico é forma de proteção que ainda não satisfaz a pretensão, apenas assegura a futura satisfação. Decorre da necessidade de prevenir o que no Direito Medieval era chamado de *damnum irreparabile*, onde a medida judicial visava interromper um elemento ocasional de risco de dano iminente, capaz de ocorrer em relação a qualquer causa.

Já as medidas antecipatórias visam atender determinadas causas em face da relevância da matéria ou urgência com que exigem a resposta jurisdicional. Logo, na hipótese de perigo de demora o que se justificam são medidas antecipatórias do provimento, as quais se constituem formas de tutela satisfativa.

Através destas medidas antecipatórias, que ensejam processo sumário, objetiva-se antecipar a satisfação do direito perseguido, através de uma cognição incompleta.

Segundo **OVÍDIO BAPTISTA**, jurisdição satisfativa compreende tutela antecipatória e ação monitória, não se confundindo com jurisdição cautelar e processo cautelar. Critica, ainda, a adoção do *fumus boni iuris* como pressuposto específico das medidas cautelares, sustentando que diz

⁽¹⁰⁾ *Ob. cit.*, pág. 87.

respeito, sim, ao juízo de verossimilhança, peculiar a qualquer espécie de *summaria cognitio*.

Segundo o seu ponto de vista, tratam-se de medidas antecipatórias, ou seja, antecipação da prestação jurisdicional, todos os pronunciamentos liminares previstos na nossa legislação, como, por exemplo, a liminar em mandado de segurança, as liminares concedidas no âmbito do direito do trabalho, como a reintegração no emprego de empregado injustamente dispensado, o restabelecimento de cláusula contratual, a suspensão da transferência (art. 659, CLT).

Reconhece, contudo, que a legislação pátria, assimilando confusão da matéria iniciada por CHIOVENDA, admite no preceito do art. 798 a concessão de medidas de cunho mais antecipatório e satisfativo do que propriamente cautelar. Veja-se, para tanto, a seguinte passagem de sua obra:

“Como dissemos há pouco, nossos arts. 798 e 799, quer pela sua gênese, quer por sua fórmula legislativa, admitem a outorga de proteção verdadeiramente cautelar atípica, para todos os casos não cobertos pelas cautelares específicas, assim como facultam também a concessão de simples medidas cautelares tomadas no curso da causa, de que elas próprias fazem parte (como, por exemplo, a cobrança de autos retidos indevidamente pelo juiz); bem como permitem a concessão de liminares de cunho mais antecipatório e satisfativo do que propriamente cautelar” (sublinhamos)⁽¹¹⁾.

Logo, pode-se concluir, na esteira dos ensinamentos deste jurista, que as medidas satisfativas, tendentes a antecipar provisoriamente os efeitos da sentença final, embora não se constituindo exercício típico do poder geral de cautela, poderiam ser concedidas com fulcro nos artigos 798 e 799 do CPC.

III - JURISPRUDÊNCIA E MEDIDAS CAUTELARES

A utilização pelas partes e o acolhimento pelos juízes de medidas cautelares sofreu significativa expansão, principalmente após a “descoberta” deste instituto pelos operadores do direito, ocorrida em face dos diversos estudos doutrinários sobre o tema.

No âmbito do Direito do Trabalho notou-se esta expansão, tanto na utilização do meio processual cautelar, como na concessão de medidas liminares pelos juízes, especialmente após a edição da obra “As Ações Cautelares no Processo do Trabalho” de autoria do jurista e Juiz do Trabalho

⁽¹¹⁾ *Ob. cit*, pág 136.

MANOEL ANTONIO TEIXERA FILHO (a primeira edição data de 1989). Inúmeros foram os casos de concessão de provimentos em caráter cautelar, inclusive **inaudita altera pars**, para reintegração de empregados no emprego, pagamento de diferenças salariais, entre outros.

Esta avalanche de medidas cautelares postuladas e concedidas provocou reação dos tribunais superiores, que passaram a reiteradamente cassar esses provimentos, principalmente através de mandado de segurança.

Este panorama histórico confirma a previsão feita por **OVÍDIO BAPTISTA**, de que *“a expansão exagerada das medidas liminares, com a previsível reação contrária posterior, caracterizada pelo que se passou a denominar na Itália de “fenômeno suspensivo”, é uma consequência inevitável da confusão conceitual entre as várias formas de execução provisória (satisfativa) e tutela cautelar”*.

O resultado que se vislumbra deste processo, de expansão e posterior contenção das medidas cautelares, é o seu desuso. Verifica-se que atualmente a ação cautelar é utilizada com extrema timidez, contribuindo para o desprestígio deste instrumento, que é na verdade de extrema importância, especialmente diante das dificuldades pelas quais passa o Poder Judiciário, ligadas a morosidade da prestação jurisdicional.

O fundamento que mais vinha sendo invocado na jurisprudência para afastar os pedidos de tutela cautelar é o caráter satisfativo da postulação. Entretanto, interessante notar que este obstáculo era superado sempre que houvesse convencimento do juízo acerca da necessidade imperiosa da concessão de provimento antecipatório satisfativo. Para demonstrar esta conclusão, citam-se estas duas ementas, ambas da Seção de Dissídios Individuais do E. Tribunal Superior do Trabalho:

“AÇÃO CAUTELAR. NATUREZA MERAMENTE INSTRUMENTAL E NÃO SATISFATIVA. A natureza da ação cautelar é instrumental, sendo meramente preparatória da ação principal. Portanto, é descabida a obtenção, via procedimento cautelar, de reintegração do trabalhador no emprego, já que tal providência somente será viável se postulada em reclamação trabalhista, esta sim, satisfativa do direito substancial. A aplicação do dispositivo constitucional invocado pelo r. Acórdão recorrido não se justifica na hipótese dos autos. Recurso ordinário provido.” (publicada no DJU de 12.04.91, pág. 4223 - Relator: Ministro JOSÉ AJURICABA DA COSTA E SILVA – votação unânime)

“LIMINAR CONCEDENDO REINTEGRAÇÃO DE DIRIGENTE SINDICAL, ATRAVÉS DE MEDIDA CAUTELAR. A

natureza jurídica da ação cautelar não pode subsistir em face de provimento de maior envergadura previsto na Constituição Federal. A dispensa de empregado, líder sindical, sem o competente inquérito administrativo, faz letra morta a garantia constitucional, ínsita no artigo 8º, inciso VIII, além de impedir o exercício das funções para as quais foi eleito, beneficiando a empresa em detrimento de toda uma categoria profissional. Recurso ordinário desprovido.” (publicada no DJU de 03.11.95, pág. 37.448 – Relator Ministro HYLO GURGEL – votação unânime).

Frise-se que os pronunciamentos jurisprudenciais citados são anteriores à Lei nº 9.270, de 17.04.96, que introduziu o inciso X no art. 659, assegurando a competência dos Juízes do Trabalho para *“conceder medida liminar, até decisão final do processo, em reclamações trabalhistas que visem reintegrar no emprego dirigente sindical afastado, suspenso ou dispensado pelo empregador”*.

Portanto, impõe-se concluir que a própria jurisprudência reconhecia, embora de forma bastante restritiva, a possibilidade de concessão de provimento antecipatório satisfativo, em sede de medida cautelar. Logo, mesmo segundo a jurisprudência majoritária, não se poderia eleger o caráter satisfativo como obstáculo intransponível à obtenção da tutela acautelatória, nos termos previstos em nossa legislação.

IV - LIMITE DO EXERCÍCIO DO PODER GERAL DE CAUTELA

O exercício do poder cautelar do juiz encontra limite, entre outros, na existência de meios típicos de tutela, previstos para a situação em espécie. Assim, se no ordenamento jurídico existir outros meios específicos de tutela para a hipótese suscitada, de natureza cautelar ou não, o poder geral de cautela não poderá ser exercido.

Neste sentido precisa a lição de **GALENO LACERDA**:

“O poder genérico e inominado não cabe se existirem no ordenamento jurídico outros meios típicos de tutela, previstos para a espécie. Esta regra limitativa da descrição geral vem expressa na doutrina e na jurisprudência, praticamente, de todos os países que adotam a cautela atípica. Note-se que os meios típicos, que a excluem, nem sempre possuem natureza cautelar. Basta que neles se preveja ato processual que atinja o mesmo objetivo da medida de segurança”⁽¹²⁾

⁽¹²⁾ *Ob. cit.*, pág. 86.

V - TUTELA ANTECIPATÓRIA

A Lei nº 8.952/94, alterando os artigos 273 e 461 do CPC, introduziu no Direito Processual Comum brasileiro o instituto da tutela antecipatória.

A tutela antecipatória permite a antecipação provisória da tutela jurisdicional de mérito.

Trata-se, pois, justamente daquelas medidas referidas **OVÍDIO BAPTISTA** que visam atender determinadas causas em face da relevância da matéria ou urgência com que exigem a resposta jurisdicional, sendo uma de suas justificativas o perigo de demora do provimento, as quais se constituem formas de tutela **satisfativa**.

Enquadra-se precisamente entre as medidas antecipatórias, que ensejam processo sumário, objetivando antecipar a satisfação do direito perseguido, através de uma cognição incompleta.

Portanto, com a nova redação dos artigos 273 e 461 do CPC, a Lei nº 8.952/94 introduziu no ordenamento jurídico pátrio, no âmbito do direito processual comum, em caráter geral, as medidas antecipatórias, de caráter satisfativo, com a mesma natureza daquelas medidas antecipatórias específicas que a nossa legislação já contemplava, como, por exemplo, a liminar em mandado de segurança, as liminares concedidas no âmbito do direito do trabalho, como a reintegração no emprego de empregado injustamente dispensado, o restabelecimento de cláusula contratual, a suspensão da transferência (art. 659, CLT).

VI - CONCLUSÃO

Portanto, desta exposição se conclui que a partir da vigência da Lei nº 8.952/94 passou a existir no ordenamento jurídico pátrio meio típico de obtenção de provimento provisório satisfativo. Em consequência, conforme limite ao poder geral de cautela precisamente identificado por **GALENO LACERDA**, não poderá haver mais a utilização da medida cautelar com caráter antecipatório e satisfativo.

A partir de então é plenamente justificável a rejeição de pretensão cautelar com caráter satisfativo, haja vista a existência de meio processual típico para este fim, que é a antecipação da tutela.

Antes, como não havia meio processual próprio, **data venia** dos entendimentos em contrário, era possível, invocando o poder geral de cautela

(indevidamente ampliado, na visão de **OVÍDIO BAPTISTA**), conceder medida cautelar de caráter satisfativo. Agora não mais.

Antes, por exemplo, seria plenamente sustentável a reintegração provisória de empregado detentor de estabilidade (além da garantia de emprego de dirigente sindical, que possui autorização legal expressa) através de ação cautelar inominada; hoje, o interessado deverá se valer da ação cognitiva ordinária, com pedido de antecipação da tutela.

Assim, atualmente, se a parte, valendo-se de ação cautelar inominada, invocar a tutela jurisdicional do Estado para obter medida cautelar com caráter satisfativo, caberá ao Juiz indeferir liminarmente a petição inicial, com fulcro no art. 295, V, do CPC, ante a impropriedade do uso da ação cautelar para o fim pretendido, extinguindo, em consequência, o processo sem julgamento do “mérito”, nos termos do art. 267, I, também do CPC. Deverá, inclusive, fazê-lo de plano, antes da citação do réu, a fim de evitar que o tempo de tramitação regular da ação cautelar obste ao Autor o direito de requerer a proteção judicial através do meio processual próprio.