

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

A TUTELA ANTECIPADA NO PROCESSO DO TRABALHO

Rafael Hondo Tedesque

Presidente Prudente/SP

2004

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

A TUTELA ANTECIPADA NO PROCESSO DO TRABALHO

Rafael Hondo Tedesque

Monografia apresentada como requisito parcial de conclusão de curso para a obtenção do grau de Bacharel em direito, sob a orientação do professor Moacir Alves Martins.

Presidente Prudente/SP

2004

A TUTELA ANTECIPADA NO PROCESSO DO TRABALHO

Trabalho de conclusão de curso aprovado
como requisito parcial para obtenção do
grau em Bacharel em Direito.

Moacir Alves Martins

Orientador

Evandro Carlos Ferreira

Examinador

Vanderlei Dias Júnior

Examinador

Presidente Prudente, 30 de novembro de 2004.

Dedicatória

Aos meus pais Hélio e Liliam,
sinônimos de garra, luta e perseverança;
Aos meus irmãos Daniel e Fernanda,
pelo carinho, apoio e respeito.

Epígrafe

"É melhor tentar e falhar, que preocupar-se e ver a vida passar; é melhor tentar, ainda que em vão, que sentar-se fazendo nada até o final.

Eu prefiro na chuva caminhar, que em dias tristes em casa me esconder. Prefiro ser feliz, embora louco, que em conformidade viver ..."

Martin Luther King

Agradecimentos

Em primeiro lugar a Deus, por ter me dado a vida, saúde, família e amigos, bens preciosos e essenciais;

Aos meus pais, que não mediram esforços para que eu me tornasse o que hoje sou, sempre batalhando e lutando por minha felicidade pessoal e sucesso profissional;

Aos meus irmãos, companheiros inseparáveis na alegria e na tristeza;

A minha namorada Janaina, pelo carinho, dedicação e compreensão;

Aos meus amigos, especialmente Evandro Carlos Ferreira e Vanderlei Dias Júnior, por terem aceito o convite e participarem da exposição e defesa desta obra, na qualidade de examinadores;

Ao professor José Roberto Dantas Oliva, por quem tenho grande respeito e admiração, professor empenhado em ensinar, e que despertou meu interesse pelo direito do trabalho;

Enfim, ao professor Moacir Alves Martins, por ter aceito a responsabilidade de me orientar, professor dedicado, por quem tenho grande carinho, respeito e admiração, pela paciência, confiança e compreensão.

Resumo

A presente obra faz uma análise do instituto da antecipação de tutela em face do processo do trabalho. Trata de sua origem, aplicabilidade e consonância com os princípios constitucionais, processuais e específicos da justiça do trabalho.

Foram apresentados os requisitos necessários para sua concessão, aspectos legais, adequação ao processo laboral, discussões doutrinárias e posicionamentos jurisprudenciais, além de abordagem perfunctória das hipóteses específicas de antecipação de tutela previstas na própria consolidação das leis do trabalho.

O autor buscou apresentar as principais características do instituto, sem a pretensão, no entanto, de esgotar o assunto, através de pesquisa realizada com base em fontes bibliográficas, especificamente publicações como livros, teses, monografias, publicações avulsas, pesquisas em Internet, além da aplicação do método de procedimento monográfico e dedutivo.

A análise abrangeu precipuamente a questão da morosidade processual e a necessidade da aplicação do instituto da tutela antecipada como garantia da efetividade processual, com principal enfoque nas obrigações de dar (art. 273 do CPC), e uma breve análise das obrigações de fazer ou não fazer (art. 461 § 3º do CPC), bem como nas obrigações para a entrega de coisa (art. 461-A).

Em última análise, fez-se uma breve abordagem das principais alterações trazidas pela lei 10.444, de 07 de maio de 2002 e suas conseqüências no processo do trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Antecipação de tutela – processo do trabalho; natureza alimentar; morosidade processual; efetividade processual; cabimento.

Abstract

The present work does an analysis of the Protection Anticipation Institute in face of the process of the work. It treats its origin, applicability and consonance with constitutional principles, procedural principles and specific principles from the justice of the work.

This work has presented the necessary requirements for its concession, legal aspects, adaptation to the process of the work, doctrinaire discussions and jurisprudence positioning, besides a superficial approach of the specific hypotheses of Protection Anticipation established in the Brazilian's Laws of the Work Consolidation (CLT).

The author looked for presenting the main characteristics of the institute, without the pretension, however, of finishing the subject, through research accomplished in bibliographical sources, specifically publications as books, theories, monographs, detached publications, researches in Internet, besides the application of the monographic and deductive procedure method.

The analysis included mainly the procedural slowness subject and the need of the Protection Anticipation Institute's application as warranty of the procedural effectiveness, with main focus in giving obligations (art. 273 of CPC), and an abbreviate analysis of doing and not doing obligations (art. 461 § 3° of CPC), as well as in delivering things obligations (art. 461-A).

As a last analysis, it was made an abbreviate approach of the main alterations brought by the law 10.444, of May 07, 2002 and their consequences in the process of the work.

WORD-KEY: Protection anticipation - process of the work; alimentary nature; procedural slowness; procedural effectiveness; pertinence.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
2 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA	12
2.1 Considerações iniciais.....	12
2.2 Antecedentes históricos: a tutela antecipada no direito alienígena e seu surgimento no direito pátrio.....	14
2.3 Conceito de antecipação de tutela	16
2.4 Natureza jurídica da providência.....	17
2.5 Cognição	19
2.6 Momento adequado para sua postulação	22
2.7 Necessidade de requerimento	24
2.8 Competência	27
2.9 Distinção entre a antecipação de tutela e a liminar nas ações cautelares	30
3 A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NO PROCESSO DO TRABALHO	32
3.1 Compatibilidade do instituto	32
3.2 Hipóteses genéricas (art.273 do CPC).....	36
3.3 Hipóteses específicas (art. 659, inc. IX e X da CLT).....	37
4 REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA	40
4.1 Necessidade de prova inequívoca	40
4.2 A verossimilhança da alegação.....	42
4.3 Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação	43
4.4 Abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu	45
5 A CONCESSÃO DA PROVIDÊNCIA	48
5.1 Discricionariedade da decisão	48
5.2 A provisoriedade da decisão.....	51
5.3 Perigo da irreversibilidade	52
5.4 A modificabilidade ou revogabilidade da decisão	56
5.5 A impugnabilidade da decisão	59
5.6 Responsabilidade por dano decorrente da antecipação de tutela	61
6 INOVAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI 10444 DE 07 DE MAIO DE 2002	64
6.1 Efetivação da antecipação de tutela	64
6.2 A antecipação de tutela em caso de pedido incontroverso.....	67
6.3 Da fungibilidade	69
7 BREVES COMENTÁRIOS A TUTELA ESPECÍFICA NO PROCESSO DO TRABALHO	72

7.1 A antecipação de tutela nas obrigações de fazer ou não fazer e na entrega de coisa certa ou incerta	72
8 CONSIDERAÇÕES FINAIS	74
9 BIBLIOGRAFIA	76

INTRODUÇÃO

Hodiernamente, os fatos da vida forense estão a demonstrar, de maneira dramática e preocupante, que a solução dos conflitos de interesses, principalmente os trabalhistas, tem ocorrido em um período de tempo muito superior ao desejável, e o que é pior, ao suportável.

Seja pela avalanche de litígios levados a justiça do trabalho, seja pela precariedade das instalações e equipamentos ou o número reduzido de funcionários, o fato é que, em alguns casos, a morosidade processual trará conseqüências irreversíveis e indesejáveis, comprometendo, inclusive, a efetividade da prestação jurisdicional.

Desta forma, o quadro fático coloca em cheque a segurança e a efetividade que a prestação jurisdicional deve oferecer, na medida em que a morosidade processual, ao invés de solucionar problemas acaba por ampliá-los.

É importante frisar que, quando se fala em efetividade processual trata-se da “persecução de um resultado real, verdadeiro, almejado sempre, idealizado até pelos operadores do direito”(OLIVA, 2002). Não se trata do simples liame do direito a prestação jurisdicional com a sentença, mas da utilidade prática que se deseja do processo, que é a efetiva satisfação das pretensões apoiadas pelo direito, ou seja, o processo deve ser o instrumento apto a dar a cada um o que é seu.

Destarte, sempre que a situação exigir uma solução rápida do litígio, impossibilitada pela morosidade processual, a tardia sentença, ainda que favorável, será inócua, sendo verdadeira afronta a efetividade processual e, como prestar uma jurisdição ineficaz é o mesmo que não prestá-la, nestes casos, estará se criando em “indesejável quadro de denegação da justiça”.

Diante de todo o exposto, o instituto da antecipação de tutela, instituído no ordenamento pátrio pela lei 8952/94, que alterou a redação do artigo 273, na chamada mini reforma do CPC, torna-se imprescindível à garantia de efetividade processual e, conseqüentemente, de uma tutela jurisdicional efetiva, e embora muito aplicado no campo civil, no processo do trabalho, como denota a doutrina

mais apurada, mostra-se tímido e túbio, o que nos ocasionou grande interesse em discorrermos sobre o assunto, na pretensiosa intenção de contribuirmos para sua maior aplicabilidade na esfera trabalhista.

Cumpramos salientar, desde logo, que o presente trabalho procurou apresentar as principais características do instituto estudado, dentro daquilo que nos pareceu mais relevante na aplicabilidade deste, sem, contudo, a pretensão de esgotarmos o assunto, devido a sua grande complexidade e extensão.

2 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

2.1 Considerações iniciais

Uma das características marcantes do direito, por se tratar de uma ciência vinculada aos fenômenos sociais, especificamente a relação entre homem, seus semelhantes e o meio, é a dinamicidade. Para que o direito possa regular a conduta social de forma eficiente, necessário se faz que este acompanhe em suas modificações, em seus progressos, ou seja, mudando-se os tempos, muda-se a vontade, conseqüentemente muda-se o direito.

Neste contexto, ressalta Maria Helena Diniz (1999, p. 335):

É indubitável que a norma nasce das realidades contingentes do grupo social que tem que reger e disciplinar. Contudo, o que se verifica em toda parte, principalmente no Brasil, é um desajustamento entre a realidade material dos fatos e a realidade formal das normas jurídicas.

Em complemento ao raciocínio, não se pode olvidar a observação da ilustre doutrinadora de “que é inegável que a marcha de nossa legislação tem acompanhado, em suas linhas gerais, a evolução do direito alienígena, pois são inúmeros os transplantes de institutos jurídicos inadequados á realidade brasileira”. (FRANCO MONTORO, 1972, apud DINIZ, 1999).

Diante da situação a qual se encontrava o mundo jurídico, a necessidade de um instrumento apto a garantir a efetividade do sistema processual se tornava cada vez mais presente, o que levou á utilização descomedida das chamadas cautelares satisfativas, ou seja, desvirtuava-se totalmente a finalidade precípua da tutela cautelar, retirando-lhe o caráter de instrumentalidade, utilizando-a como meio de acelerar o procedimento comum.

Isso tudo deveu-se ao descompasso entre processo atual e os anseios da sociedade moderna, como assevera o ilustre doutrinador Cláudio Armando Couce de Menezes (1997, p. 160):

O descompasso entre o processo atual e os reclamos da sociedade moderna provocou a discussão sobre a sua instrumentalidade e efetividade. A par de todas as nuances que envolvem essas duas idéias que se completam, emerge o fator tempo. A demora na apreciação e atendimento a pretensão da parte pode revelar-se funesta ao direito desta e a própria ordem jurídica instituída, pois o desapontamento e o rancor provocados pelos longos percursos judiciais importam desprestígio do Estado como ente apto a solução de lides.

E podemos concluir com as palavras de Eduardo Henrique Von Adamovich (2000, p. 13) que assevera:

A exacerbação das formas e a supervalorização das garantias processuais, prolongando excessivamente tal curso, impondo ao autor aflitiva espera para fruição de seu direito, são verdadeiros venenos que infiltram no tecido social, comprometendo a crença na vigência e na efetividade da ordem jurídica, fatores indispensáveis a idéia geral de ordem e de justiça.

Desta forma, a evolução da sociedade, aliada a inadequação dos antigos instrumentos ao novo quadro jurídico, fez nascer o instituto da antecipação de tutela ou tutela antecipada, já que as terminologias são tidas como sinônimas, instrumento mais condizente com a realidade atual, mesmo por que, embora existissem meios de se antecipar a tutela pretendida, a incerteza provocada pela inexistência de um texto legal específico sobre a matéria, num sistema de direito escrito, onde a realidade fática é a de juizes e juristas de formação positivista, estritamente ligados ao texto legal, poderia comprometer a efetiva prestação jurisdicional, devido principalmente à insegurança dos aplicadores do direito, já que, por não raras vezes, haviam distorções na utilização das tutelas de urgência até então existentes, como já foi ressaltado alhures.

A respeito da tutela antecipada, bem salienta o nobre professor Estêvão Mallet (1999, p. 12):

De fato, a antecipação de tutela não passa, no fundo, de reflexo da nova concepção do direito de ação, que exige novos e distintos instrumentos para o pleno exercício da função jurisdicional. Os antigos instrumentos, adequados as velhas concepções, não mais se ajustando as idéias agora em voga, acabaram deixados de lado, substituídos por outros, mais condizentes com a realidade, é o que evidencia a apreciação, ainda que sumária, as sucessivas concepções acerca da ação e do processo.

Assim, frente ao problema da morosidade do sistema processual vigente e a busca cada vez maior de meios aptos a agilizar o andamento do processo, de modo a garantir sua efetividade, surge o instituto da tutela antecipada, como corolário dos anseios sociais e, inclusive, da própria justiça.

2.2 Antecedentes Históricos: a tutela antecipada no direito alienígena e seu surgimento no direito pátrio

Os julgamentos antecipados não constituem, na realidade, novidades no ordenamento jurídico. Já no direito romano, existiam institutos semelhantes, a exemplo dos interditos, onde ao pretor era facultado, em determinados casos, antecipar a execução ou mesmo o provimento requestado no próprio processo cognitivo, independente de processo autônomo, como forma de se contornar inconvenientes como a lentidão do rito processual ordinário.

A problemática do fator tempo persistiu em atormentar os processualistas por várias gerações, pois sempre se primou pela efetividade processual, esta, muitas vezes prejudicada pelo perecimento do direito, tudo devido a morosidade processual.

Em vários países, surgiram movimentos em torno dessas reivindicações e várias escolas se formaram. Entendeu-se que o transcurso do tempo exigido pela tramitação processual poderia acarretar ou ensejar variações irremediáveis. Tal circunstância não satisfaziam a quem necessitava de soluções rápidas.

Vê-se, portanto, que a busca por soluções e inovações, objetivando dar maior agilidade e praticidade à prestação jurisdicional, não é apanágio do legislador pátrio, nem muito menos reflexo dos dias atuais. Constitui, na verdade, anseio remoto de toda a comunidade jurídica universal, em todos os tempos, na busca incessante de aperfeiçoar o ordenamento jurídico.

No Direito Comparado, segundo apontamentos da doutrina, podemos detectar origens do instituto na Itália. Em 1942, foi introduzido no *Código de Procedure Civile*, um verdadeiro sistema de antecipação de tutela. Atualmente, o código Italiano traz como principal instrumento acautelatório a chamada “tutela antecipatória de mérito”, prevista no artigo 700 daquele codex processual.

Encontramos raízes também no Código de Processo Civil da Alemanha, onde se cuida de caso típico de antecipação de tutela nos parágrafos 935 e 940.

Também o direito processual Francês traz instituto semelhante, colocado dentro de um rol exaustivo, autorizando o juiz a conceder medidas urgentes, antecipando a tutela pretendida. É que se extrai do artigo 439 do código processual Francês.

Verificamos, entretanto, que no direito europeu, tudo se fez, em matéria de tutela antecipatória, dentro do próprio conceito de poder geral de cautela. O direito comparado contemporâneo admite tranqüila e maciçamente que o “periculum in mora” (perigo na demora), obstaculável pela tutela cautelar, tanto poderia afetar o processo pendente como o direito material subjetivo do litigante. Não houve qualquer apontamento e nem foi estabelecido diferenças essenciais entre tutela cautelar e tutela antecipatória, as reunindo como simples espécies de um mesmo gênero de tutela jurisdicional.

No Brasil, o instituto da tutela antecipada só veio a ser implantado definitivamente no sistema com o advento da lei 8.952 de 13 de dezembro de 1994, embora medidas semelhantes já existissem no ordenamento pátrio, muito anteriores a referida lei. Segundo a doutrina do ilustre douto Estêvão Mallet, exemplos evidentes de antecipação de tutela, anteriores a lei específica, eram os casos dos artigos 928 do código de processo civil, que permitia por via de antecipação meritória o imediato exercício da posse, e o artigo 670 do mesmo diploma, que admitia a venda antecipada de bens penhorados quando sujeitos a deterioração ou manifesta vantagem, também nos casos dos artigos 59 e 68, inciso II da lei 8.245/91 que previa liminar para os casos de despejo e a fixação provisória de aluguel.

Outros exemplos são trazidos a baila na obra de Leonardo Dias Borges, como são os casos por ele indicados da liminar no mandado de segurança, liminar na ação civil pública, da liminar na ação popular, no “habeas data”, no “habeas corpus” e no próprio sistema processual do trabalho, em seu artigo 659, inciso IX, que será estudado em momento oportuno, e conclui o mesmo autor que “o que bem fez o legislador foi tornar genérico aquilo que já era previsto para situações próprias e específicas”.

Já o douto doutrinador Estevão Mallet, embora reconheça a existência de medidas antecipatórias de mérito anteriores à lei 8.952/94 dentro da própria legislação brasileira, considera como base da tutela antecipada pátria o direito italiano:

Parece, no entanto, que a nova redação do artigo 273 encontra suas raízes na lei italiana n.º 990, de 24 de dezembro de 1969, relativa ao seguro obrigatório de veículos, da qual se prevê a antecipação de até 4/5 do valor provável da indenização devida, caso demonstrada a necessidade de tais recursos para o suprimento das necessidades primárias da vítima do acidente automobilístico. Fora desse limitado campo, todavia, a antecipação de tutela firma-se mesmo com a lei n.º 533, de 11 de agosto de 1973, que deu ao juiz poder de, em ações trabalhistas, antecipar a condenação das parcelas não contestadas ou daquela cujo direito já esteja, num dado momento, provado de modo suficiente.

Independentemente da origem da tutela antecipatória, o importante foi sua instituição no direito pátrio por meio da já citada lei n.º 8.952/94, que alterou os artigos 273 e 461, ambos do código de processo civil, fazendo remissão a outros dispositivos que guardam relação com a antecipação de tutela, como é o caso do artigo 588 que trata da execução provisória, e generalizou as hipótese de cabimento do instituto. Recentemente essa lei foi alterada pela lei 10.444/02, que será estudada em momento oportuno.

2.3 Conceito de antecipação de tutela

Embora boa parte da doutrina não enfrente o desafio de conceituar a antecipação de tutela, podemos citar vários conceitos atribuídos ao instituto por alguns renomados processualistas pátrios, seja em matéria trabalhista, seja em matéria processual civil.

Dentre aqueles que ousaram conceituar a tutela antecipada está Sérgio Pinto Martins (1996, p. 15), que dá a seguinte definição para o instituto:

“A tutela antecipada é uma espécie de tutela que tem por objetivo julgar antecipadamente o mérito da pretensão do autor, geralmente no início do processo, de maneira total ou parcial, desde que haja motivo convincente para tanto”.

Humberto Theodoro Júnior conceitua da seguinte forma (1999, p. 80):

“É a possibilidade do juiz conceder ao autor (ou ao réu nas ações dúplices) um provimento liminar que, provisoriamente, lhe assegure o bem jurídico a que se refere a prestação do direito material reclamado como objeto da relação jurídica envolvida no litígio”.

Yara Maria Pereira Gurgel (2000), citada na obra monográfica de Daniela Serezane (2002, p. 22), atribui ao instituto a seguinte definição:

“É o instituto mediante o qual o magistrado antecipa parcial ou totalmente os efeitos de uma pretensão da parte, em termos provisórios, tornando possível a prestação jurisdicional, sem sujeitá-la as delongas que, durante muito tempo caracterizaram o processo de conhecimento”.

Vários outros conceitos são apresentados pela doutrina além destes supracitados, o que nos é favorável na ousadia de construir um conceito próprio sobre a tutela antecipada. Definimos o instituto da seguinte forma: “é a medida incidental, de cognição sumária, que visa antecipar de forma satisfativa a pretensão do autor ou réu reconvinente, total ou parcialmente, em caráter provisório, afim de se evitar os possíveis prejuízos que a delonga processual poderá acarretar ao requerente”.

Por fim, independentemente da conceituação que se apresenta ao instituto da tutela antecipada, o importante é que a medida constitui, segundo observa Machado (1998) apud Doria (2004, p. 49):

Uma arma de enorme potencial para corrigir as distorções que o tempo provoca sobre a efetividade da tutela jurisdicional e compensar as deficiências específicas que o instrumento da jurisdição civil tem apresentado em cada área de sua atuação.

2.4 Natureza jurídica da providência

A natureza jurídica da antecipação de tutela ainda é motivo de muita especulação doutrinária, mas sem uma definição concreta e pacífica até o presente momento. Isso por que grande parte da doutrina tem se preocupado apenas em tentar descaracterizá-la como medida acautelatória.

Parece-nos que a grande preocupação da doutrina seria exatamente com as conseqüências que a confusão dos regimes legais das medidas (antecipatória e cautelar) poderiam trazer, pois, como observa o professor Humberto Theodoro Júnior, a confusão dos regimes deve ser evitada “para não transformar a liminar satisfativa em regra geral, o que afetaria, de alguma forma, a garantia do devido processo legal e seus consectários do direito do contraditório e da ampla defesa antes de ser o litigante privado de qualquer bem jurídico”. Destarte, a busca incessante pela descaracterização da tutela antecipada como instituto de natureza cautelar leva a doutrina a desvirtuar-se da função principal que é a de definir sua real natureza jurídica

A doutrina é quase unânime em afirmar que a natureza jurídica da antecipação de tutela não é cautelar, porém, são poucos os que procuram defini-la, enfrentado a questão da real natureza do instituto.

Dentre os que procuram defini-la, podemos destacar Humberto Theodoro Júnior, entendendo tratar-se de uma “liminar satisfativa” requerida dentro da própria ação, de forma que, preenchidos os requisitos do artigo 273 do CPC, estaria o juiz, em qualquer ação de conhecimento, autorizado a conceder a pretensão do autor, antecipando a tutela. Também podemos citar Nelson Nery Júnior que define a natureza do instituto como “mandamental” que se efetiva por meio de uma “execução lato sensu”, pois visa “entregar ao autor, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em juízo ou seus efeitos”.

Outros autores, embora não definam a natureza do instituto de forma concreta, distinguem-no da tutela cautelar de forma ímpar, não restando dúvidas a respeito da diferença entre os institutos, contribuindo, inclusive, na busca de uma definição concreta. Dentre eles, merece especial atenção o ilustre mestre José Roberto Dantas Oliva. Para o autor, em uma observação feita em sua excepcional obra a respeito do assunto, assevera que a característica marcante da tutela antecipada é a satisfatividade precoce, o que lhe retira a natureza cautelar, pois, “como regra, entretanto, a medida cautelar não pode antecipar a prestação jurisdicional pleiteada no processo principal, pois isto lhe emprestaria o caráter de execução provisória de sentença inexistente”.

Assim, terá a tutela antecipada caráter eminentemente satisfativo, pois a finalidade será assegurar o direito em si, ainda que de maneira provisória, ao

contrário da cautelar, que apenas assegurará questões processuais relativas ao processo principal.

Destarte, mesmo que o fim buscado por ambas (tutela antecipada e tutela cautelar) seja a efetividade processual, existe uma pequena característica que as diferencia, sendo certo que, enquanto uma visa garantir a efetividade do processo, a outra visa conceder-lhe a própria efetividade processual, mesmo que de forma provisória e precária.

Nesse sentido, assevera o ilustre professor Luiz Rodrigues Wambier (2002, p. 328)

A função da tutela antecipada é a de tornar a prestação jurisdicional efetiva, e a necessidade dessa efetividade é a contrapartida que o estado tem que dar à proibição da autotutela. A função da tutela cautelar é a de gerar uma tutela jurisdicional eficaz.

E completando o raciocínio, ensina José Frederico Marques que a tutela antecipada “não será provimento jurisdicional liminar acautelatório, mas provimento decisório antecipatório do provimento sentencial, com idêntico ou menor teor quanto à matéria fática, com o discri-me único na provisoriedade”.

Concluindo, embora ainda não exista uma definição pacífica a respeito da natureza jurídica do instituto, como já salientamos alhures, evidente está que sua natureza não é cautelar, o que no momento é suficiente para se evitar maiores conseqüências, como, a nosso ver, deseja a doutrina pátria.

2.5 Cognição

Como já foi salientado anteriormente, existem hipóteses em que a efetividade do processo esta umbilicalmente ligada a questão temporal da prestação jurisdicional. Assim, a efetividade processual muitas vezes fica dependente de uma prestação jurisdicional mais rápida, pois, a demora, conseqüentemente leva a inutilidade do processo.

Luiz Fox, citado na obra do professor José Roberto Dantas Oliva, coloca como vigas mestras da efetividade processual o binômio “rapidez e segurança”, afirmando que “o processo será tanto mais eficaz quanto mais rápido for o seu resultado”. Destarte, além da rapidez da prestação jurisdicional, necessita-se também da segurança, esta garantida, pela ordinarização do processo, que é informado pelo princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Porém, a marcha normal de um processo, assegurado pelas garantias constitucionais a ele inerentes, em alguns casos acabaria por prejudicar a efetividade do processo. Nestes termos, bem observa o ilustre doutrinador Olvidio Batista da Silva (2000, p. 19):

Se supríssemos de um determinado ordenamento jurídico a tutela de aparência, impondo ao julgador o dever de julgar somente depois de ouvir ambas as partes, permitindo-lhes a produção de todas as provas que cada um deles fosse capaz de trazer ao processo, certamente correríamos o risco de obter, no final da demanda, uma sentença primorosa em seu aspecto formal e assentada num juízo de veracidade do mais elevado grau, que, no entanto, poderia ser inútil, sob o ponto de vista da efetividade do direito reclamado pelo autor vitorioso [...]

Diante de tal situação, possibilitou o legislador ao juiz exercer o chamado “juízo de probabilidade” em determinadas situações, visando evitar que a morosidade natural do processo, gerada pela observância das garantias constitucionais do devido processo legal, contraditório e da ampla defesa, acabe por prejudicar a efetividade deste. O juízo de probabilidade recai sobre a veracidade dos fatos que são alegado pelo autor na inicial, ou seja, permite-se ao juiz conceder a antecipação do “meritun causae” apenas com o conhecimento superficial da causa, valendo-se de um juízo de aparência, dada a plausibilidade daquilo que o autor alega como verdadeiro. É o que a doutrina chama de cognição sumária.

Antes de mais nada, necessário se faz esclarecer o que vem a ser a cognição, para somente então falarmos da cognição sumária.

Kazuo Watanabe (2000, p. 58/59) conceitua com absoluta propriedade o que vem a ser cognição.

A cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as alegações de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do judicium, do julgamento do objeto litigioso do processo.

A doutrina divide a cognição em vertical e horizontal, porém nos reservamos a tecer comentários somente a respeito da primeira, que é o que nos interessa no estudo da tutela antecipatória.

A cognição vertical, segundo a doutrina, é aquela que diz respeito a profundidade do conhecimento do juiz no que tange aos fatos afirmados dentro do processo, podendo ser analisada sobre duas óticas, a exauriente e a sumária. A cognição exauriente é aquela que permite ao juiz ter amplo conhecimento do processo, seja pelo exame e conhecimento de todas as provas existentes, seja pela não limitação da cognição quanto a profundidade. Já a cognição sumária é aquela realizada de forma perfunctória, sem se aprofundar na produção e exame de provas, em que o juiz atem-se somente aquilo que foi alegado, ou seja, as provas apresentadas até então no processo.

Segundo ensina Adriana Diniz Vasconcellos Guerra, citada na obra de Edivaldo Masiero da Silva (2002, p. 25):

A cognição sumária (incompleta) é a menos aprofundada no plano vertical, pois diz respeito aos procedimentos que não permitem aprofundamento da cognição. É típica das situações de aparência, ou seja, dos juízos de plausibilidade ou probabilidade. É característica da tutela cautelar e da tutela sumária antecipatória.

Como se vê, a cognição sumária é uma característica peculiar das tutelas de urgência, como é o caso da tutela antecipada, que garante a efetividade processual nos casos em que a morosidade natural do processo possa acarretar prejuízo a parte e a efetiva prestação jurisdicional.

Por derradeiro, podemos dizer com segurança que a tutela antecipatória é de cognição sumária, ou seja, é admitida pelo mero juízo de probabilidade da veracidade do que é alegado pelo autor, não necessitando da produção de novas provas e nem da análise mais apurada das já existentes, já que o próprio texto

legal deixa a critério do juiz a suficiência ou não das provas existentes para a concessão da tutela antecipada. Desta forma, o instituto se reveste de provisoriedade, podendo ser revogado a qualquer tempo, e embora seja satisfativo, não faz coisa julgada, pois não tem o vínculo da certeza e do indiscutível, já que a cognição sumária não admite a imutabilidade da decisão e de seus efeitos.

2.6 Momento adequado para sua postulação

A concessão da tutela antecipatória de mérito não está adstrita a qualquer lapso temporal que deva ser respeitado pelo magistrado ou pela parte que pleiteia a medida. A lei processual vigente que trata especificamente sobre a tutela antecipada não faz qualquer restrição quanto ao momento da postulação ou da sua concessão, não cabendo, destarte, ao interprete fazê-lo.

O professor José Roberto Dantas Oliva (2002, p. 59) assevera que:

Como a lei não estabeleceu qual seria o momento apropriado, tem-se entendido que a antecipação de tutela pode ser postulada já na inicial, sendo que, conforme a urgência, o juiz a apreciará antes ou após a citação do réu. É o regime da flexibilidade. Conforme se desenvolver o processo, poderá a antecipação de tutela mostrar-se medida cabível, desde que as condições supervenientes ao próprio ajuizamento da ação a autorize.

E completando o raciocínio, salienta a observação do ilustre doutrinador Humberto Theodoro Júnior (1997):

[...] mesmo após a sentença e na pendência de recurso será cabível a antecipação de tutela, caso em que a medida será endereçada ao tribunal, cabendo ao relator deferi-la, se presentes os seus pressupostos.

Nelson Nery Júnior (1997) sustenta a mesma teoria quanto ao momento processual de antecipação da tutela, nos seguintes termos:

“a medida pode ser concedida, tanto no início da lide quanto no curso do processo, mas sempre antes da sentença.(...) Proferida a

sentença não há mais interesse processual na obtenção da medida, porque apreciada definitivamente a pretensão”.

É importante frisar que, embora o professor Nelson Nery, assim como outros estudiosos do processo civil, não admitam a concessão da medida na própria sentença, provavelmente pela impossibilidade da interposição do recurso de agravo por instrumento contra tal decisão, no processo do trabalho não deve ser esse o entendimento, já que, neste, vigora o princípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias, o que torna inócuo o fundamento da supressão do recurso. Além do mais, o próprio TST reconheceu tal possibilidade quando da edição da Orientação Jurisprudencial n.º 51 SBDI – I, de forma que “a antecipação de tutela concedida na sentença não comporta impugnação pela via do mandado de segurança, por ser impugnável mediante recurso ordinário [...]”. (grifo nosso).

Por outro lado, a concessão da medida antes mesmo da citação ou “inaudita altera pars” é perfeitamente possível, pelo que vem disposto no inciso I do artigo 273 do CPC, ou seja, desde que haja “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”. O dispositivo não faz qualquer alusão quanto ao momento, o que, ao nosso ver, dá perfeitas condições para a antecipação da tutela nos casos em que a demora na citação poderia acarretar danos a quem pleiteia, mesmo por que, se fosse vedada a antecipação da tutela antes da citação, nos casos supracitados, não haveria como se resguardar as situações de lesão iminente, o que comprometeria veementemente a efetividade processual, já que o objeto gerador da demanda e pretendido pelo autor estaria perdido ou prejudicado substancialmente.

Assim é o entendimento do professor Allan Helber de Oliveira (2001, p. 52)

Sobre o momento de antecipar a tutela, é excepcionalmente possível o deferimento antes de ouvir a parte contrária (inaudita altera parte). Essa conclusão impende diante da possibilidade de a lesão irreparável ou de difícil reparação ocorrer no interstício compreendido entre a propositura da ação e a apresentação da resposta do réu. Apesar de não haver previsão expressa a respeito do momento do deferimento, não haveria como resguardar tais situações de lesão iminente caso o provimento imediato fosse vetado.

Desta forma, sempre que for necessária a concessão da tutela antecipada para resguardar situações de provável dano, que possam prejudicar a segurança processual (tutela jurisdicional efetiva), poderá o juiz, verificado os requisitos, concedê-la, seja qual for a fase processual, inclusive em grau de recurso.

Portanto, deve-se atribuir a tutela antecipada maior flexibilidade, sem um rito procedimental rígido, estabelecendo apenas como parâmetro a observância dos requisitos imprescindíveis a sua concessão e, com isso, possibilitando maior aplicabilidade do instituto de forma que se garanta a efetividade processual, em obediência ao princípio constitucional do devido processo legal.

2.7 Necessidade de requerimento

Analisando o que vem disposto no “caput” do artigo 273 do código de processo civil, pode-se observar que o legislador, de forma expressa, excluiu a possibilidade da concessão “ex-officio” pelo juiz, na medida em que se utilizou da expressão “a requerimento da parte” na redação do referido artigo. Significa dizer que a concessão da tutela antecipada estará condicionada a um requerimento postulado pela parte interessada, devendo a máquina estatal permanecer inerte, já que, regra geral, o estado jurisdição só atuará quando provocado.

Porém, embora seja este o entendimento pacífico na doutrina processual civil, na justiça do trabalho, considerando que esta admita a antecipação de tutela (objeto de estudo em momento oportuno), deve-se analisar com cautela essa rigidez legislativa quanto a inércia da máquina estatal e a rigidez legislativa.

O ilustre cientista jurídico Cláudio Armando Couce de Meneses (1997, p. 78) assevera que:

Os estudiosos do processo comum condicionam a antecipação de tutela à provocação da parte. Essa é a conclusão que se chega mediante a interpretação literal do art. 273, caput, do código[...] Os princípios e as regras do processo do trabalho, todavia, não facilitam a adoção de um raciocínio fechado e radical a propósito. Com efeito, a especialização do processo é marcada por forte inquisitorialidade, que permite ao juiz, sempre dentro do espírito maior de proteção ao obreiro e/ou a ordem pública e social, atuar até de ofício, determinando, inclusive, medidas judiciais independentes de requerimento prévio.

A Justiça do Trabalho, por tratar da tutela de litígios de natureza essencialmente alimentar, onde na maioria das vezes a condição de debilidade do trabalhador prepondera, tem como fim ofertar uma prestação jurisdicional menos formal e onerosa, mais célere e eficaz ao trabalhador. Por isso, o processo do trabalho é flagrantemente informal, caracterizado pelo princípio do “jus postulandi”, que permite ao trabalhador postular em juízo sem a assistência de um advogado, como prevêm os artigos 791 e 839 da Consolidação das Leis do Trabalho, embora exista quem sustente que o artigo 791 da CLT tenha sido revogado pelo art. 133 da Constituição Federal.¹

Nesse sentido, advoga o mestre Francisco Antônio de oliveira (1999, p. 339), entendendo que, no caso de antecipação de tutela,

[...]sua aplicação em sede trabalhista é plena (art. 769 da CLT), e poderá ser deferida de ofício, em certos casos, pena de não servir a finalidade trabalhista, que não exige a presença de um advogado (art. 791 da CLT), impondo ao juiz a iniciativa, pena de neutralizar o comando legal.

Destarte, em sede da justiça do trabalho, seria perfeitamente possível a antecipação de tutela de ofício pelo juiz, nos casos em que, estando a parte em juízo sem assistência de um advogado, a antecipação de tutela fosse a única medida apta a resguardar o direito do trabalhador.

Isso por que, o trabalhador não possui conhecimentos técnicos e científicos de um advogado, não possuindo condições de formular um pedido cujo conteúdo e importância é de conhecimento específico dos operadores do direito. Insta acentuar, que o trabalhador ignora a possibilidade de ter frustrada sua pretensão, ainda que venha a vencer na demanda, sendo totalmente absurdo prejudicá-lo por mera formalidade legal. Assim, como bem observa o professor Cláudio Armando Couce de Meneses: “ imaginar que candangos, bóias-frias, peões de

¹ TEIXEIRA FILHO, Manuel Antônio. Tutela antecipada e liminares (curso de processo do trabalho: perguntas e respostas sobre assuntos em opúsculos específicos). 1997, p. 19. São Paulo, LTr. – para renomado autor, embora tenha simpatia pelo entendimento de que o trabalhador humilde não tenha condições de pleitear uma antecipação de tutela em juízo, hodiernamente, não mais se cogita a hipótese de postular em juízo sem a representação de um advogado, uma vez que o artigo 133 da CF/88 coloca o advogado como elemento indispensável a administração da justiça e, portanto, revogado está o artigo 791 da CLT.

obra peçam ao juiz uma tutela antecipada dos efeitos da sentença de mérito, é cair no plano do fantástico, ou do delírio ou da mais pura hipocrisia”.

Neste sentido, ensinam os ilustres mestres Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Nery (2002, p. 613)

Quando tratar-se de reclamação trabalhista de empregado que não esteja representado por advogado (CLT 791 caput), é admissível a concessão ex-officio da tutela antecipada, tendo em conta a natureza social do processo trabalhista e a condição do empregado no caso concreto, de não estar assistido por profissional técnico do direito.

Cumprе salientar, ainda, que a regra trazida pelo artigo 273 do CPC foi exclusivamente criada para a esfera processual civil, pois, com toda certeza, o legislador processual civil se quer cogitou a aplicação do instituto na esfera da justiça do trabalho quando da criação da norma, sendo certo que, como afirma a doutrina mais apurada no assunto, seria inadequada a transposição do artigo 273 do código de processo civil ao processo do trabalho sem o devido tempero, pois a “tutela antecipada é medida ligada a instrumentalidade e efetividade do processo, e da qual emergem o bom senso e a justiça na atividade jurisdicional, que compõe a própria idéia de instrumentalidade processual.” (MENESES, 1997, p.180).

Assim, uma vez que a norma deixa o campo civil para subsidiariamente completar a norma trabalhista, ela adquire nova roupagem para se adequar as necessidades do novo processo, de forma a garantir a efetividade processual.

Por todo o exposto, concluímos pela plena possibilidade da concessão da tutela antecipada “ex-officio” pelo juiz do trabalho, não sendo necessário o requerimento pela parte, nos casos em que o trabalhador não estiver representado por um advogado. Para os demais casos, segue-se a regra do principio da demanda, devendo-se manter inerte a maquina estatal até a devida provocação, como querem os renomados processualistas civis.

2.8 Competência

No que diz respeito a competência para apreciação do pedido de antecipação de tutela, a doutrina é pacífica em afirmar que competente será o juízo que possuir competência para decidir a lide, objeto da decisão a ser antecipada. O deferimento ou indeferimento da medida ficará a cargo do juízo monocrático. Essa é a regra do processo comum.

No processo do trabalho, a questão ainda é motivo de grande celeuma dentre os doutrinadores que abordam o assunto. A doutrina é bem dividida, pois, enquanto parte desta afirma que a competência para antecipar a tutela é do juiz-presidente (juízo monocrático), a outra parte da doutrina atribui competência à vara do trabalho (colegiado).

Não pretendemos, nesta obra, oferecer um melhor posicionamento a respeito, muito menos nos aprofundar na matéria, mas apenas apresentar os posicionamentos da doutrina mais apurada no assunto.

O grande mestre Leonardo Dias Borges (1996, p. 44) entende que:

[...]no processo laboral, quando o juiz se manifesta, liminarmente, a respeito das questões, o faz de forma monocrática. Assim, também deve ser no caso de tutela antecipatória. Ora, tomemos como exemplo o artigo 659, IX da CLT, que trata do instituto do gênero da tutela urgente. Malgrado seja a sentença proferida pelo colegiado, a liminar, neste caso, é competência exclusiva do juiz monocrático. Logo, até mesmo por analogia, também é o juiz monocrático o competente para deferir ou indeferir a antecipação.

Esse também é o posicionamento da Yara Maria Pereira Gurgel, dizendo que “a decisão em estudo é de natureza interlocutória, não faz coisa julgada, portanto de competência unipessoal e monocrática do juiz presidente”.

Muitos outros estudiosos da ciência jurídica são adeptos desse posicionamento, tais como José Augusto Rodrigues Pinto, Otávio Augusto Reis de Sousa, Sérgio Torres Teixeira, Ada Pelegrini Grinover, Cláudio Armando Couce de Meneses, entre outros. Nos reservamos o direito de não transcrever o

entendimento desses doutos para não estendermos muito o assunto, que não é o objetivo precípuo da obra.

Em sentido contrário é o posicionamento do ilustre professor Sérgio Pinto Martins (2002, p. 489):

A tutela antecipatória deverá ser deferida ou indeferida pela vara e não pelo juiz do trabalho isoladamente. O juízo monocrático não irá atuar, justamente porque não se trata de liminar, mas de decisão, nem de processo de execução (§ 2º do art. 649 da CLT). No caso de tutela, a decisão é necessariamente do colegiado.

Estevão Mallet, rebatendo os fundamentos apresentados por Leonardo Dias Borges e Yara Maria Gurgel, supracitados, assevera que:

A circunstância de mostrar-se interlocutória a decisão que antecipa a tutela não faz com que se transmita ao presidente do colegiado a competência para decidir. De fato, em nenhum momento a consolidação reservou ao presidente da junta competência para proferir todas as decisões interlocutórias. Fosse de outra maneira, não haveria como explicar os incisos VI, IX e X do art. 659, da CLT, que seriam de ociosidade manifesta.

Grande parte da doutrina que adota esse posicionamento ainda apresenta outro argumento para que a competência seja do colegiado. Segundo eles, a tutela antecipada é concedida por decisão meritória, de cunho eminentemente satisfativo, mesmo que de forma provisória, não podendo ser confundida jamais com uma liminar, o que retiraria a competência do juiz monocrático.

Neste sentido, muitos outros autores escrevem sobre o assunto, tais como Francisco Antônio de Oliveira, Indalécio Gomes Neto, Manoel Antônio Teixeira Filho, entre outros.

Insta acentuar, ainda, que a doutrina também salienta a competência para a concessão da tutela antecipada nos tribunais. Aqui também existe um impasse doutrinário para o estabelecimento da competência.

Sérgio Pinto Martins (1996, p. 24) entende que o tribunal será competente:

[...]se a este couber o exame da matéria, por competência originária[...]neste caso, competente para apreciar a tutela não será o relator isoladamente, como se fosse para deferir ou indeferir uma liminar em mandado de segurança ou em medida cautelar, mas o colegiado, a turma do tribunal, por se tratar de decisão de mérito.

Já o ilustre mestre Cláudio Armando Couce de Meneses (1997, p. 172/173) entende que “a medida antecipatória e a cautelar são requeridas diretamente no tribunal só quando nele estiver o apelo (recurso de apelação)”, sob o fundamento de ser a medida de “caráter incidental”.

Célio Horst Waldraf, citado na obra de Daniela Serezane (2002 p. 51), em seu posicionamento, assevera:

Se sustentamos a tese de que a competência funcional para a tutela antecipada em primeiro grau é do juízo monocrático, em instância superior, nos TRTs, no TST e respectivas turmas, a competência há de ser do juiz relator.

Em conclusão, entre os vários posicionamentos doutrinários, embora bem fundamentados, merece especial destaque a observação do professor Estevão Mallet (1999, p. 83) que, ao nosso ver, é o que melhor fundamenta seu posicionamento:

Se a competência para apreciar a antecipação é do tribunal, seja em decorrência da interposição do recurso, seja por tratar-se de competência originária[...] estando já distribuída a causa, a competência do órgão fracionário que a estiver processando, pouco importando tratar-se do pleno, do órgão especial ou de qualquer das turmas ou câmaras. Não se pode atribuir ao relator a competência exclusiva da matéria, porque, nas precisas palavras de Lopes da Costa ‘juiz da segunda instância não é membro do tribunal, mas o tribunal. Não é um juiz singular, mas o coletivo. O juiz não é o desembargador, mas o colégio[...] claro está, porém, que se não houver nem mesmo tempo para reunir os integrantes do órgão, de tal modo que a não apreciação imediata torne inútil a antecipação, poderá o relator decidir apenas *ad referendum* a questão, submetendo de ofício seu pronunciamento, na primeira oportunidade, a apreciação coletiva.

2.9 Distinção entre a antecipação de tutela e a liminar nas ações cautelares

Os institutos da tutela antecipada e da liminar cautelar, embora se assemelhem, por terem como principal característica a cognição sumária, (incompleta ou não exauriente), baseadas em mero juízo de probabilidade e plausibilidade, não se confundem, precipuamente, pela finalidade buscada por cada instituto.

Leonardo Dias Borges, citado na obra de Edivaldo Masiero (2002, p. 26) traz uma distinção bastante precisa dos institutos, embora necessitem de algumas observações:

1. Na tutela antecipada, esta já é a antecipação da sentença; já a liminar na ação cautelar, não é antecipação da sentença e sim o espelho desta, ou seja, é forma de se garantir o processamento da ação principal. É instrumental.
2. A tutela antecipada é concedida no processo principal; a ação cautelar é processo autônomo (ressalvadas as hipóteses de fungibilidade entre as ações de conhecimento e as cautelares, instituída pela lei n.º 10.444/2002).
3. A tutela antecipada necessita de requerimento da parte, devido ao princípio da inércia (salvo na hipótese de processo trabalhista sem assistência de advogado, já estudado no item 2.7 desta obra); a liminar pode ser deferida de ofício.
4. A tutela antecipada, se confirmada na sentença, transitará em julgado; a liminar não transita em julgado, salvo nas hipóteses de prescrição e decadência. A consequência disso é o futuro cabimento da ação rescisória, possível nos casos de antecipação de tutela. Somente caberá a rescisão na liminar cautelar quando se tratar de prescrição ou decadência.
5. A tutela antecipada é satisfativa; a liminar não tem caráter satisfativo.

Acrescente-se apenas a observação do professor Luiz Rodrigues Wambier, para uma definitiva distinção dos institutos.

[...]Com a tutela antecipada, há o adiantamento total ou parcial da providência final; com a tutela cautelar concede-se uma providência

destinada a conservar uma situação até o provimento final, e tal providencia conservativa não coincida com aquela que será outorgada pelo provimento final.

Portanto, não há que se confundir um instituto com o outro, pois tratam-se de medidas cujas finalidades são diversas, e a confusão traria como conseqüência, como já salientamos alhures, a transformação da liminar satisfativa (medida eminentemente excepcional) em regra geral, o que iria ferir de morte os princípios constitucionais do devido processo legal e seus consectários, como o contraditório e a ampla defesa.

3 A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NO PROCESSO DO TRABALHO

3.1 Compatibilidade do instituto

A legislação processual comum prevê a possibilidade da antecipação de tutela em seu artigo 273, cuja redação provem da lei n.º 8.952, de 13.12.1994, nos seguintes termos: “o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, havendo prova inequívoca se convença da verossimilhança da alegação...”.

Embora não haja previsão legal no ordenamento trabalhista pátrio a respeito da possibilidade da antecipação de tutela, nos termos do ordenamento comum vigente, no âmbito da justiça do trabalho, a tutela antecipada é perfeitamente admissível, uma vez que, a consolidação das leis do trabalho nada prevê a respeito do assunto e o instituto é perfeitamente compatível com os princípios processuais trabalhistas. De outra banda, ao processo do trabalho aplica-se subsidiariamente o ordenamento processual civil, como prevê o artigo 769 da consolidação das leis do trabalho, quando diz: “nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível...”.²

Neste sentido, Amauri Mascaro do Nascimento observa que:

A antecipação de tutela é cabível no processo trabalhista... o fundamento da admissibilidade da antecipação de tutela no processo do trabalho parece-me claro. É a subsidiariedade do direito processual comum, lacuna na lei processual trabalhista e a compatibilidade entre seus objetivos e os do processo trabalhista.³

² É o entendimento do TST, ao julgar que “a antecipação de tutela prevista no art. 273 do CPC, é instituto de processo civil, que deve sofrer adaptação no processo do trabalho. Segundo o artigo 769 da CLT, o processo civil é fonte subsidiária do processo do trabalho, sendo que a transposição de seus institutos deva se dar em consonância com as normas, princípios e peculiaridades a ele inerentes.” (TST, RO-MS 417142/98.7, Milton de Moura França, ac. SBDI-2).

³ Autor citado por Otávio Augusto Reis de Sousa in A antecipação dos efeitos da tutela no processo do trabalho (temas relevantes da direito material e processual do trabalho). 13ª ed, p. 168.

Destarte, como existe omissão do legislador trabalhista a respeito, e o instituto é compatível com o processo do trabalho, clara está a possibilidade de aplicação da antecipação de tutela em âmbito trabalhista, embora ainda exista doutrina que defenda a impossibilidade da medida, devido aos princípios da celeridade, da concentração dos atos do procedimento e o da oralidade constantes da justiça do trabalho, que seriam incompatíveis com tal medida.⁴

Muito embora a justiça do trabalho venha informada de princípios que evidentemente propiciariam a prestação jurisdicional em um espaço de tempo reduzidíssimo, a realidade dos fatos se mostra outra e, apesar da válida intenção do legislador, as cortes pátrias encontram-se abalroadas, “devido a avalanche de feitos submetidos à justiça do trabalho agravados com o reduzido número de funcionários e juizes, à insuficiência das varas do trabalho e á precariedade das instalações e equipamentos”. (OLIVA, 2002, p. 18), que tornam impossível, até mesmo utópica a intenção do legislador de fazer da justiça do trabalho mais célere.

Não obstante á necessidade de uma prestação jurisdicional mais célere, não devemos nos esquecer da questão da segurança do processo, pois, como observa José Roberto Oliva (2002, p. 19):

[...] por vezes há a necessidade de oferecer segurança para que, até por má-fé, de forma deliberada, não inviabilize a parte contrária a materialização do direito da outra...por mais célere que seja o procedimento, pode ser que, quando transitada em julgado a sentença de mérito, nada mais exista para assegurar o direito do autor.

Em sede de justiça do trabalho, ainda mais se justifica o instrumento da antecipação de tutela devido á própria natureza do litígio, por tratar-se de tutela à direitos de natureza essencialmente alimentar, aliado a condição geralmente de debilidade do trabalhador, de forma que, a demora na solução do litígio é uma forma intolerável de denegação da justiça.

⁴ “Luís Rodrigues de Almeida afirma que a tutela antecipada não é cabível no processo do trabalho dado o fato que o processo do trabalho é de rito sumário, baseia-se no princípio da oralidade, em que os atos são praticados em audiência. Destaca que a decisão seria irrecurável, ferindo o princípio contido no inciso LV do art. 5º da CF.” - Martins, S. P. (1996, p. 18)

Florindo (2001), apud Serezane (2002, p. 36), como operador do direito relata que:

Francamente, considero injusto o fato de o trabalhador, no caso a parte mais fraca, ter de suportar por muitos anos uma discussão judicial, com toda aquela ansiedade natural de ver satisfeitos direitos mínimos que servem unicamente para seu sustento e de seus familiares, ao passo que seu empregador não enfrenta as mesmas dificuldades e angústias, posto que, protegido por sua condição econômica, sem contar que, muitas vezes apenas aguarda o desfecho final d demanda da qual já sabe o resultado. Nesse sentido, a utilização subsidiária da tutela antecipatória junto ao processo do trabalho, sopesando todos esses fatores, é uma técnica de distribuição do ônus do tempo do processo, colocando as partes em igualdade no procedimento, em relação ao tempo, que até então, é apenas do empregado.

O instituto da tutela antecipada visa precipuamente “antecipar a prestação jurisdicional, ou seja, consiste na satisfação precoce do bem da vida que se persegue com o processo”. Isso porque a tardia solução do litígio pode acarretar as partes prejuízos maiores do que já tiveram e que originaram a demanda.

Desta forma, a morosidade, a partir do momento em que passa a trazer prejuízos as partes deve ser combatida de alguma forma, na medida em que o Estado como dono da jurisdição, proibindo as formas arcaicas de justiça como os casos da autotutela e da auto composição, deve zelar pela manutenção dos direitos de seus componentes, e não lhes causar maiores prejuízos. Por isso se faz necessário à existência de uma medida apta a acelerar o procedimento de forma a garantir uma solução mais rápida dos litígios.

Ao longo dos tempos, os advogados pátrios vinham se valendo das chamadas *medidas cautelares satisfativas*, busca incessante por um instrumento capaz de otimizar o procedimento tornando-o mais célere. O uso deliberado das medidas cautelares acabou por desvirtuar totalmente a verdadeira destinação do procedimento cautelar, que passou a servir como forma de *acelerador* do procedimento na busca da satisfação imediata dos direitos. Com o advento da medida de antecipação da tutela, de caráter eminentemente satisfativo, porém provisório, instrumentalizou-se o processo comum pátrio de forma a se evitar prejuízos com a morosidade dos processos. Criaram-se, nos dizeres do ilustre professor José Roberto – Oliva (2001):

[...] algo mais efetivo que a medida cautelar, para antecipar, na medida do necessário, a efetiva tutela jurisdicional, providência de mérito, sem as quais a tardia solução dos processos acabaria por configurar indesejável quadro de denegação de justiça [...].

E complementando o raciocínio, disserta o ilustre doutrinador Estêvão – Mallet (1999, p. 31):

[...] bem se vê que, do ponto de vista axiológico, a antecipação da tutela não só se harmoniza com o processo do trabalho como nele encontra amplo espaço para desempenhar significativo papel, tornando efetiva a proteção de importantes direitos mal tutelados pelo procedimento ordinário.

Observe-se ainda, que hoje, frente aos valores e necessidades contemporâneas, deve-se entender como prestação jurisdicional não a simples decisão, parcial ou total, a favor de uma das partes, mas sim, que a prestação da jurisdição seja efetiva e eficaz, pois, como já salientado alhures, podem existir situações em que, embora o requerente seja vencedor na demanda, tenha frustrada sua pretensão, pela perda do objeto do litígio como conseqüência da morosidade processual.

Desta forma, o processo só será efetivo se puder proporcionar ao credor a satisfação de seu crédito, como se espontaneamente tivesse o devedor cumprido sua obrigação. Negar-se a antecipação da tutela nos casos em que ela é essencial a prestação efetiva da jurisdição é o mesmo que não prestar a jurisdição, violando-se veementemente o inciso XXXV do art. 5º da CF/88, que garante o direito a prestação da tutela jurisdicional.

Segundo leciona Luiz Rodrigues Wambier (2002, p. 328) a respeito do princípio acima suscitado:

É, de fato, interessante observar que um mesmo princípio jurídico possa comportar diferentes leituras, possa ter diversos significados ao longo do tempo.

Por isso é que se afirma, com acerto, que a tutela antecipada consiste em fenômeno processual de raízes nitidamente constitucionais, já que, para que seja plenamente aplicado o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, é necessário que a tutela prestada seja efetiva e eficaz.

Portanto, sempre que necessária, a antecipação de tutela deverá ser concedida, com muito mais razão em sede da justiça do trabalho, onde estará em jogo a própria subsistência do trabalhador, como garantia da efetividade e eficácia processual, em respeito ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

3.2 Hipóteses Genéricas (art. 273 do CPC)

Como já foi visto, o instituto da tutela antecipada foi introduzido no código de processo civil pela lei n.º 8.952/94, que deu a seguinte redação ao artigo 273:

Art. 273. “O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:”

I – “haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou”

II – “fique caracterizado o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.”

Desta forma, possibilitou o legislador que, em casos de urgência, onde haja risco de lesão grave ao direito do autor, seja pela morosidade natural do processo ou pelo propósito procrastinatório do réu, tenha de forma antecipada os efeitos da tutela pretendida na inicial, através de uma execução provisória.

Note-se que o legislador, ao permitir que o juiz conheça de forma liminar o pedido do autor e o conceda, mesmo que provisoriamente, acabou por anular a dicotomia existente entre a ação de cognição e a ação de execução, ou seja, numa única relação permitiu que as atividades de declaração do direito e de sua execução se façam desde logo, tornando desnecessária a execução em processo autônomo posterior.

Porém, embora seja o instituto uma importante arma para garantia do direito do autor e da efetividade processual, a antecipação de tutela só será concedida quando o magistrado, em análise perfunctória das provas se convencer da grande probabilidade de veracidade da alegação do autor, havendo, ainda, a necessidade de que os efeitos do provimento antecipatório sejam reversíveis. Observe-se que o legislador foi absolutamente rigoroso, no que tange os

requisitos para concessão da medida, não para dificultá-la, mas para evitar que seja desvirtuada a finalidade do instituto ou se cause dano desnecessário ao réu.

Trataremos dos requisitos e suas peculiaridades em capítulo próprio, quando conseqüentemente trataremos melhor das hipóteses genéricas de concessão da medida.

3.3 Hipóteses específicas (art. 659, incisos IX e X da CLT)

Antes mesmo do advento da lei n.º 8.952/94 que inseriu no ordenamento jurídico pátrio o instituto da tutela antecipada, já havia previsão legal de uma forma de antecipação de tutela, porém, específica ao âmbito do processo do trabalho.

A consolidação das leis do trabalho já trazia, em seu artigo 659, especificamente no inciso IX (acrescentado ao referido artigo em 17 de abril de 1975 pela lei n.º 6.203), a possibilidade de ter o trabalhador atendida sua pretensão de forma liminar, nos seguintes termos:

Art. 659 “compete privativamente aos presidentes das varas, além das que lhe forem conferidas neste título e das decorrentes de seu cargo, as seguintes atribuições:”

(...)

IX – conceder medida liminar, até a decisão final do processo, em reclamações trabalhistas que visem a tornar sem efeito transferências disciplinadas pelos parágrafos do art. 469 da consolidação.

O artigo 469 da CLT trata da transferência de empregados pelo empregador, disciplinando as situações em que será ou não lícita a transferência do trabalhador.

Alguns renomados doutrinadores entendem tratar-se de medida cautelar, tais como Amauri Mascaro Nascimento, Coqueijo Costa, Valentin Carrion. Porém, segundo assevera Sérgio Pinto Martins (2002, p. 527):

Verificando-se com mais atenção o comando do inciso IX do art. 659 da CLT, vamos observar que não se trata de medida cautelar. A medida liminar mencionada no referido mandamento legal é vinculada a existência de reclamação trabalhista, ou seja, de um processo que esteja em curso, de processo de cognição, onde o empregado discuta a transferência abusiva. [...] neste caso não se necessita de medida cautelar, mas a liminar é concedida na própria ação de conhecimento.

No mesmo sentido, Manuel Antônio Teixeira Filho, citado na obra do ilustre professor José Roberto Oliva (2002, p. 52) observa que:

Uma leitura atenta a referida norma legal nos mostra que o legislador vinculou a concessão da medida liminar as preexistência de uma reclamação trabalhista, ou seja, de uma ação de conhecimento, em que o objeto é a declaração judicial de nulidade da transferência que se pretende impor ao empregado. Daí vem, dentre outras coisas, o inciso em exame não permitir ser solicitada a liminar sem que haja uma ação cognitiva, que colime uma sentença de mérito.

Por derradeiro, em consonância com os entendimentos supracitados, o TST já decidiu neste contexto que “o art. 659 da CLT, que, em seus incisos IX e X, contempla providência cuja natureza é de verdadeira antecipação de tutela, atribui ao juiz presidente das juntas a competência privativa para Concedê-la” (TST, RO-MS 417142/98.7, Milton de Moura França, ac. SBDI-2).

Portanto, forçoso é concluir que se trata de medida meramente acautelatória, com o devido respeito aos que entendem diversamente, visto que o acolhimento da pretensão do autor corresponderá a própria satisfação do direito pretendido, ou seja, a decisão judicial que obsta a transferência é satisfativa, e não conservativa, já que necessita da preexistência da ação de conhecimento (reclamação trabalhista) para que seja concedida a liminar, sendo certo que o juiz trabalhista estará julgando o próprio mérito da causa.

Outra hipótese específica do processo laboral é a do inciso X do art.659 da CLT. Referido inciso foi acrescido pela lei n.º 9.270/96 com a seguinte redação:

Art.659 (omissis).

X – “conceder medida liminar até decisão final do processo, em reclamações trabalhistas que visem reintegrar no emprego dirigente sindical afastado, suspenso ou dispensado pelo empregador.”

A constituição federal já trazia a estabilidade ao dirigente sindical, precisamente no inc. VIII do art. 8º e, antes mesmo do advento da constituição a própria CLT, em seu artigo 543, § 3º, já vedava a dispensa do dirigente sindical desde o momento da candidatura até um ano após o término de seu mandato. O inciso X do art. 659 veio, portanto, para dar maior efetividade a garantia, inclusive constitucional, da estabilidade do dirigente sindical.

Nada mais justo, reintegrar o dirigente sindical afastado, dispensado ou suspenso, de forma liminar, imediata, pois a este é garantida a estabilidade, por se tratar de representante de toda a categoria de trabalhadores, agindo sempre em nome deles. De outra banda, “como a lei é posterior ao próprio instituto da antecipação de tutela no processo civil, não deveria causar perplexidade e nem dúvidas acerca de sua real subsunção na espécie.” (OLIVA, 2002)

Quanto a sua natureza jurídica, reportamos o leitor as considerações que fizemos quando falamos do inciso IX do art. 659, neste mesmo item, já que os mandamentos legais possuem mesma natureza, qual seja, a satisfatividade da pretensão do autor. Vale aqui as opiniões externadas anteriormente, já que referidos autores fazem referência a esse dispositivo quando tratam do inciso IX do art. 659 da CLT.

4 REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

O legislador pátrio, quando positivou a possibilidade da antecipação de tutela, uma vez que esta era admitida antes mesmo da elaboração da norma, como visto alhures, estabeleceu requisitos necessários para a concessão da medida, quais sejam, os chamados requisitos genéricos (prova inequívoca e verossimilhança da alegação), previstos no “caput” do artigo 273 do CPC, somados ainda aos requisitos específicos (fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação e abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu), previstos nos incisos I e II do mesmo artigo.

Destarte, a antecipação da tutela ficará condicionada a imprescindível existência dos requisitos genéricos somados a existência de um dos requisitos específicos, ou seja: existência de prova inequívoca e verossimilhança da alegação + inciso I do art. 273 do CPC ou; existência de prova inequívoca e verossimilhança da alegação + inciso II do artigo 273 do CPC.

Façamos então um breve estudo dos requisitos necessários a antecipação da tutela.

4.1 Necessidade de prova inequívoca

A doutrina atual tem feito muitas críticas no que tange a redação do artigo 273 do CPC, quando fala em “prova inequívoca” da alegação.

Para o professor José Eduardo Carreira Alvim, citado na obra de Cláudio Armando Couce de Meneses (1997, p.177), prova inequívoca, a rigor, “não existe em lugar nenhum, pois toda prova deve passar pelo crivo do julgador”, e completa a idéia o ilustre doutrinador Estevão Mallet (1999, p.56) quando diz “...não há prova que forneça certeza absoluta sobre um fato ou um acontecimento...por mais robusta que seja a prova, sempre existe a possibilidade de não corresponder ela ao que se passou no plano dos fatos...”. Observa, ainda, o ilustre mestre José Roberto Dantas Oliva (2002, p.58): “não há, por obvio, certeza absoluta e

irretorquível, pois, após a cognição exauriente, poderá o juiz convencer-se do equívoco inicial, revogando ou modificando a tutela antecipada...”.

Assim sendo, a doutrina tem tentado estabelecer uma correta interpretação para a expressão utilizada pelo legislador na elaboração da norma. Muitos são os conceitos apresentados pela doutrina sobre o assunto, dos quais podemos concluir, por prova inequívoca, como sendo aquela que é cabal, definitiva, que não ostenta controvérsia, ou seja, aquela capaz de afastar qualquer outra conclusão ou raciocínio sobre o fato que, por hora, condiciona a antecipação, de forma que, “aquilo que tenha sido usado no início do processo, sobre a alcunha de prova inequívoca, ao final do instrução, possa ser tido como a mais equívoca e inverídica das provas” (OLIVEIRA, 2001 p. 53).

Assim, não se deve interpretar o texto legal de forma literal, ao ponto de exigir-se uma prova verdadeiramente inequívoca, mesmo por quê a cognição na antecipação de tutela é sumária, portanto precária, ou seja, baseada em mera probabilidade, sendo certo que a exigência da prova “inequívoca” implicaria em verdadeira instrução do processo, o que descaracterizaria o instituto da tutela antecipada. Como bem assevera Yara Maria Pereira Gurgel, citada na obra de Daniela Serezane Henrique (2002, p.28):

Prova inequívoca é a capaz de oferecer probabilidade de certeza ao magistrado ao decidir o litígio. Não é objeto de cognição exaustiva que o Estado juiz adquire para solucionar o litígio em caráter definitivo e necessário ao ensejo da coisa julgada. Caso assim fosse, haveria o esgotamento da atividade instrutória e conseqüente julgamento antecipado da lide, adotado pelo art. 330, CPC.

No mesmo sentido, observa o autor José Augusto Rodrigues Pinto, citado na obra de Cláudio Armando Couce de Meneses e Leonardo Dias Borges (1997, p.178, nota), “se a prova inequívoca fosse realmente um pressuposto, não seria sequer necessário antecipar a tutela, pois já haveria clima para o julgamento da lide”.

4.2 A verossimilhança da alegação

Embora renomados autores sustentem que as expressões “verossimilhança da alegação” e “prova inequívoca” sejam plenamente antagônicas, sob o fundamento de que não se pode ter harmonia destes requisitos, uma vez que, enquanto o primeiro associa-se à probabilidade, o segundo estaria ligado à certeza, à definitividade, é cediço o entendimento de que os requisitos devem ser respeitados, pois harmônicos, na medida em que a interpretação da expressão “prova inequívoca” deve ser feita de forma temperada, com certa flexibilização e adequação, pois inviável a aplicação do instituto da antecipação de tutela caso seja necessária a certeza que exige a expressão, como visto alhures.

Para alguns renomados doutrinadores como Cândido Dinamarco, Leonardo Dias Borges, Carreira Alvim e Barbosa Moreira, o que existe na realidade é uma confusão legislativa, em que se misturou dois conceitos, onde solucionaria-se o objeto com a idéia de probabilidade⁵, já que esta é a principal característica da “sumaria cognitio”, da qual a antecipação de tutela é uma espécie.

A verossimilhança da alegação, conforme Humberto Theodoro Júnior (1997, p. 413):

Refere-se ao juízo de convencimento a ser feito em torno de todo quadro fático invocado pela parte que pretende a antecipação de tutela, não apenas quanto a existência de seu direito subjetivo material, mas também e, principalmente, no relativo ao perigo de dano e sua irreparabilidade, bem como ao abuso dos atos de defesa e de procrastinação praticados pelo réu [...] a verossimilhança somente se configurará quando a prova apontar para uma probabilidade muito grande de que sejam verdadeiras as alegações do litigante.

⁵ Manuel Antônio Teixeira Filho faz severas críticas a esse entendimento, dizendo : “pensar-se que essa expressão legal (prova inequívoca) pode ser substituída por probabilidade (ou verossimilhança), será encambulhar conceitos e subverter a própria dicção do texto legal, onde as duas expressões foram utilizadas com vistas a situações distintas, por serem distintos seus significados. Assim, a prova inequívoca diz respeito ao fato constitutivo do direito alegado; a verossimilhança, a alegação do autor de que o direito está na iminência de ser lesado”. (Antecipação de tutela e liminares – curso de processo do trabalho. 2ª tiragem, LTr. 1997, p. 22)

Destarte, a verossimilhança da alegação consiste em uma probabilidade, portanto, o convencimento não será baseado em certeza, mas em possibilidade da existência desta, ou seja, embora a probabilidade não atinja o grau de certeza, se encaminha gradativamente nesta direção.

Insta acentuar que a probabilidade da veracidade dos fundamentos do pedido do autor é critério do juiz, ou seja, basta que a fundamentação seja suficiente ao convencimento do magistrado, de que existe probabilidade do autor lograr êxito, e este poderá conceder a tutela antecipada.

Porém, bem observa o renomado doutrinador Luiz Guilherme Marinoni que (2000, p.163/164):

A verossimilhança a ser exigida pelo juiz, contudo, deve considerar: (I) o valor do bem jurídico ameaçado, (II) a dificuldade do autor provar sua alegação, (III) a credibilidade de acordo com as regras de experiência, da alegação e, (IV) a própria urgência descrita.

Em conclusão, é importante frisar, mais uma vez, que a prova inequívoca e a verossimilhança da alegação traduzem-se em probabilidade, pois se assim não o fosse, não haveria fundamento para a possibilidade de revogação ou modificação da medida, concedida pelo legislador pátrio.

4.3 Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação

Cumpridos os requisitos genéricos necessários para a concessão da tutela antecipada, cabe agora estudarmos os chamados requisitos específicos, previstos nos incisos I e II do artigo 273 do CPC.

Cumprido observar, de início, que tais pressupostos são autônomos, não existindo qualquer liame que os tornem dependentes uns dos outros. Desta forma, basta que seja observado qualquer dos chamados requisitos específicos, além é claro, dos requisitos genéricos, que o autor poderá ter reconhecida sua pretensão, pois, “entre si, estes requisitos não precisam coexistir. A lei em momento algum dispõe sobre sua cumulatividade. São, pois, independentes e autônomos.” (MENESES 1997, p.183).

O primeiro requisito específico vem previsto no inciso I do artigo 272 do CPC. Na verdade o inciso traz dois requisitos autônomos e independentes, quais sejam, o fundado receio de dano irreparável e o fundado receio de dano de difícil reparação.

Em ambas as circunstâncias, presente há de estar a apreensão da parte com circunstâncias objetivas que podem originar prejuízos consideráveis ou insuperáveis.

Na lição do ilustre professor José Roberto Dantas Oliva (2002, p.58):

Deve-se reportar a um dano iminente, ou, pelo menos, que cause prejuízo à parte caso se verifique que, aguardada a tramitação normal do processo, seu direito substantivo pereceria ou sofreria um dano anormal. Deve emergir de elementos seguros de convicção existentes nos autos, e não de simples temor subjetivo da parte.

No mesmo sentido é o entendimento de Estevão Mallet (1999, p.64):

A alusão a 'justificado' e a 'fundado' receio, nos artigos 273 e 461, indica que a ameaça deve ser objetiva e real, não sendo suficiente o mero temor do requerente, desacompanhado de elementos que concretamente respaldem o alegado. Nesse ponto a atividade cognitiva do juiz não se limita à mera apreciação sumária da alegação, envolvendo cognição exauriente. O perigo deve, pois, existir e ser provado.

Portanto, o fundado receio deve basear-se em provas concretas, idôneas que demonstrem, de maneira cabal, a possibilidade da ocorrência do dano irreparável ou de difícil reparação caso se respeite o trâmite normal do processo.

Ressalte-se, ainda, que a doutrina é tranqüila em afirmar que o instituto da antecipação da tutela, neste caso, não se presta a sancionar ato contrário ao direito, pois sua função é tipicamente preventiva, portanto os atos já consumados não são alcançáveis pelo instituto.

Isso por que "o dano irreparável é aquele que está produzindo efeitos ainda que o ato não tenha chegado a seu final, mas que já está sendo praticado." (MARTINS, 1996 p.21). Para efeito de ilustração do que foi exposto tomemos

como exemplo a situação apresentada pelo professor Estevão Mallet (1999, p.65/66):

Suponha-se, a título de exemplo, que é abusivamente suspenso o pagamento dos salários devidos ao empregado. Ainda que já esteja consumado o dano pelo não pagamento do salário alusivo a um determinado mês, a continuidade do não pagamento produzirá novos e diversos danos ou, pelo menos, o agravamento do que já se deu, autorizando, em consequência, o deferimento da tutela antecipada.

Por fim, a avaliação do dano quanto a sua reparabilidade ou não será analisado levando-se em conta duas premissas, sendo a primeira a natureza do direito ameaçado e a segunda a condição pessoal de seu titular.

4.4 Abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu

Não estando presente uma hipótese de risco que de ensejo a uma antecipação da tutela com fulcro no inciso I do art. 273 CPC, haverá ainda a possibilidade da antecipação da tutela, fundada no abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, como prevê o inciso II do mesmo artigo.

Em um primeiro momento poderia-se pensar que foi redundante o legislador ao prever a hipótese do manifesto propósito protelatório do réu, após ter se referido ao abuso do direito de defesa, já que aquela é uma espécie da qual esta é o gênero. Porém, é de se notar que tratam-se de situações completamente distintas e, embora possam estar concomitantemente presentes no processo, não podem ser confundidas.

Não compartilhamos do entendimento do ilustre doutrinador Estevão Mallet (1999, p.69) de que “a razão que levou o legislador a cuidar também da espécie, depois de já haver referido o gênero, é que a protelação constitui, sem dúvida alguma, a mais freqüente manifestação do abuso do direito de defesa”. Não foi feliz em tal afirmação, data vênia, o ilustre professor, por três motivos: I – o legislador não utiliza expressões inúteis; II – o simples fato de ser a protelação a forma mais comum do abuso do direito de defesa não é fundamento convincente para destacá-la, já que em nada acrescentaria ao texto legal, se estas realmente

fossem ligadas e correspondessem a mesma situação; III – em regra, são figuras distintas, uma vez que o abuso do direito é fenômeno intra-processual e exige concretização, já o propósito procrastinatório é fenômeno extra-processual que não exige concretização, mas mera “intenção”, como se verá mais adiante.

Abusar do direito de defesa consiste, segundo Mallet, praticar, no curso do processo, atos indevidos, desnecessários ou ainda impertinentes. Acrescente-se ainda, o fim precipuo de prejudicar o bom andamento do processo.

Já o propósito protelatório consiste na intenção do réu em ver a marcha processual prejudicada, valendo-se de atos indevidos para conseguir a procrastinação processual. É importante frisar que a mera intenção que não acarrete conseqüências processuais ou prejuízos ao autor não será fundamento da tutela antecipada. Isso por que faz-se necessário a existência de uma liame entre a intenção do réu e o prejuízo processual, ou melhor, “o propósito protelatório, ainda que provado de moda manifesto ou indubioso, se não se converteu em ato, não justifica a antecipação de tutela”.(MALLET, 1999 p.66)

Como já foi dito, não há de se confundir as hipóteses de abuso do direito de defesa e as de manifesto propósito protelatório do réu, pois tratam-se de situações distintas, senão vejamos.

Na lição do professor Teori Albino Zavascki, citado na obra de Edivaldo Masiero da Silva (2002, p. 42):

Ora, a referência a abuso do direito de defesa demonstra que o legislador está se referindo a atos praticados para defender-se, ou seja, a atos processuais. Por isso, por abuso do direito de defesa não se entendem os atos protelatórios praticados no processo (v.g., os do art. 14, III e IV, do CPC). Já o manifesto propósito protelatório há de ser assim considerado o que resulta do comportamento do réu – atos e omissões – fora do processo, embora, obviamente, com ele relacionados. Por exemplo: ocultação de prova, não atendimento de diligência, simulação de doença.

Quanto a esse respeito, a doutrina é bem dividida: Cláudio A. C. de Menezes entende que tais requisitos se completam, mas não apresenta fundamento para a posição; Manuel Antônio Teixeira Filho situa o abuso depois da defesa e a procrastinação antes e após esta, mas sempre dentro do processo;

Estevão Mallet situa a procrastinação como espécie da qual o abuso é o gênero; Calmon de Passos, com base no art. 17 (litigância de má-fé) do CPC, situa o abuso nos casos dos incisos I e II e o propósito protelatório nos incisos IV, V e VI.⁶

Porém, os que sustentam serem os requisitos voltados a uma mesma situação, seja de forma genérica ou específica, não apresentam fundamentos que sustentem tal posicionamento.

Não obstante ao que foi exposto, Otávio Augusto Reis de Sousa, citado na obra de Daniela Serezane (2002, p.33) assevera que:

Ambas as hipóteses em epígrafe revelam, contudo, caráter eminentemente punitivo e sancionador, pautado em ações do réu que mais das vezes desembocam em deslealdade processual ou configuram litigância de má-fé. Previu o legislador de 1994, que, nestes casos, satisfeitos denominados pressupostos, se possibilitasse ao autor obter de logo os efeitos da tutela meritória no plano dos fatos.

Portanto, seja em caso de abuso do direito de defesa, seja no caso de manifesto propósito protelatório do réu, o juiz deverá examinar caso a caso com a cautela que a situação tipificada exige, devendo, se for o caso, punir o réu litigante de má-fé, concedendo ao autor a antecipação da tutela, não só pela punição, mas também para que o autor não tenha mais prejuízos do que já sofrera com a demanda processual.⁷

⁶ Segundo assevera José Roberto Oliva, existe também certa controvérsia doutrinária a respeito do momento em que se deva pleitear a antecipação de tutela fulcrada no inciso II do art. 273 do CPC. Em consonância com o entendimento de Theotônio Negrão, afirma que o referido inciso está ligado ao artigo 17 do CPC, especificamente nas hipóteses dos incisos I, II, IV e VI, e que, portanto, “deve manifestar-se – o abuso – no próprio feito em que é reconhecido, após a defesa, e não em momento anterior,” como quer Humberto Theodoro Júnior, afirmando que na própria inicial o abuso já poderia ser alegado, quando em atos anteriores (interpelação, notificação e protesto) já estivesse o réu com a intenção de prejudicar o autor.

⁷ Como observa Rogéria Dotti Doria, “a tutela antecipada para a hipótese do abuso do direito de defesa constitui, ainda, uma maneira de se evitar que o autor, prejudicado pela conduta maliciosa do réu, tenha que requerer deste a reparação dos danos. Isto porque, ‘preenchidos os requisitos para a antecipação nos termos do artigo 273 do CPC, em vez de indenização dos prejuízos causados pelo réu que age maliciosamente no processo, possibilita-se a inversão do ônus do tempo do processo...’”.

5 DA CONCESSÃO DA PROVIDÊNCIA

5.1 Discricionariedade da decisão

Dispõe o “caput” artigo 273 do CPC que “o juiz poderá...” antecipar os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial se cumpridos os requisitos.

Da análise literal do disposto no artigo, chegaria-se a conclusão de que estaria a critério do juiz a concessão ou não da medida antecipatória, uma vez que o legislador utilizou-se da expressão “poderá” quando da elaboração da norma. Porém, este não é o entendimento predominante na doutrina, que sustenta que, uma vez preenchidos os requisitos necessários para a concessão da medida, estaria o juiz obrigado a concedê-la, já que, para estes, a expressão “poderá” na verdade deveria ser lida como “deverá”, por se tratar de mera “impropriedade terminológica”.⁸

Estevão Mallet, filiando-se a este último posicionamento, fundamenta que discricionariedade estaria ligado ao sentimento pessoal de juiz, ao seu modo de ver e querer, estritamente correspondente à liberdade, o que não existe em matéria cautelar e muito menos em antecipação de tutela, já que ao juiz cabe apenas verificar se estão presentes ou não os pressupostos legais, para deferi-la se presentes ou indeferi-la se ausentes.

Não concordamos em parte, data vênia, com o ilustre doutrinador que, embora tenha alguma razão, aborda o tema sob uma visão que destoa da análise adequada do assunto. Evidente está que, verificando o juiz que estão presentes os pressupostos para concessão da medida, deverá concedê-la, até mesmo pela lógica, já que sua discricionariedade está ligada a escolha ou não da melhor solução para o caso. Expliquemos a situação.

⁸ A obrigação da concessão da medida, se preenchidos os requisitos, encontra respaldo, ao nosso ver, no entendimento de que nenhuma decisão judicial pode ser considerada ato discricionário. Segundo argumenta Rogéria Doria, baseando-se no entendimento de Bandeira de Mello, a decisão deve representar exatamente aquilo que o legislador previu para determinada circunstância, portanto, as decisões do juiz “são pura e simplesmente o que a lei, naquele caso, determina que seja. Ao juiz, portanto, não é dada a opção de escolher esta ou aquela decisão. A decisão é única e está na lei. Incumbe-lhe apenas descobrir, ao analisar o caso concreto, qual seria a decisão legal”.

Como já foi visto, a concessão da medida é baseada em um juízo de probabilidade (requisitos genéricos - obrigatórios), que é critério do juiz, ou seja, estando o juiz convicto da necessidade da medida, por ser verossímil a alegação da parte e baseada em prova inequívoca, deverá conceder a medida. Assim, a discricionariedade da concessão é baseada na convicção do juiz da necessidade da medida. Não haveria lógica alguma em não conceder a medida se já convencido da necessidade dela.

Note-se que só estarão preenchidos os pressupostos genéricos quando estiver o juiz convencido da probabilidade da veracidade da alegação, sendo, portanto, critério exclusivo do juiz, e não da parte que acredita ter o direito. Assim, “o juiz deve convencer-se da certeza da pretensão do autor para conceder a tutela. Este parece ser o sentido da expressão verossimilhança da alegação, que importa em o juiz acreditar que a alegação da parte é verdadeira para deferir a tutela” (MARTINS, 2002 p.488).

Note-se que a prova inequívoca que convencerá o juiz da verossimilhança da alegação corresponde exatamente aos incisos I e II do artigo 273, ou seja, a prova de que fala o “caput” do artigo é exatamente do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, ou ainda, do abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu. Como a decisão do magistrado sobre esta prova será baseada em probabilidade, pode-se concluir pela discricionariedade do juiz (convencimento, pela persuasão racional, dentro dos limites impostos pela lei) na concessão ou não da medida.

Pergunta-se: Como preencher os requisitos genéricos da medida, que são baseados em probabilidade, e conseguir sua concessão sem o convencimento do juiz da necessidade desta? Ficaria então ao crivo do autor a necessidade ou não da medida? Se assim fosse, qual a segurança e as garantias para os direitos da outra parte?

Estevão Mallet entende que os requisitos genéricos seriam apenas conceitos abertos e indeterminados que dariam maior margem de atuação para o juiz, mas que não seriam capazes de dar ensejo á discricionariedade. Porém, não haveria como cumprir os requisitos, se desnecessária fosse a medida aos olhos do magistrado. O fato do autor acreditar que sua fundamentação e provas são

suficientes para o preenchimento dos requisitos e conseqüente concessão da medida não são aptos a obrigar o juiz a concedê-la.

Destarte, evidente está que a concessão da medida é pura e simplesmente baseada na discricionariedade do juiz, ou seja, na convicção do juiz de que a antecipação de tutela é a forma apta a evitar a lesão ao direito do autor.

Alem do mais, a liberdade que é atribuída ao magistrado pela discricionariedade não é aquela da qual fazem referência os que adotam a obrigatoriedade da concessão, ligada tão somente a concepção pessoal do juiz, ao seu próprio querer, mas sim aquela limitada pela lei, como ensina Galeno Lacerda, citado na obra de Cláudio Armando Couce de Meneses (1997, p.164 nota):

Discrição não significa arbitrariedade, mas liberdade de escolha e determinação dentro dos limites da lei. Discriminação, portanto, resulta de ato necessário de confiança do legislador no juiz [...] os agentes são obrigados a proceder a uma ponderação honesta do interesse ou do valor de cada medida, determinando-se, subjetivamente, segundo o fim visado pela lei, em outras palavras, discrição se traduz na liberdade de escolha de soluções dentro da finalidade legal...

Em conclusão, podemos citar o ensinamento do ilustre doutrinador Leonardo Dias Borges (1996, p.45/46):

Na verdade, não há porque discutir a respeito do “sexo dos anjos”, tendo em vista a clareza do texto legal (art. 273) ao dizer **poderá**. A toda evidencia que a expressão utilizada pelo legislador indica que o deferimento da tutela antecipada encontra-se na faculdade e poder discricionário do magistrado, e não na obrigação. Não é crível, por seu turno, que uma comissão formada pelos maiores juristas brasileiros incorressem em equívoco dessa natureza. Ademais, o que é verossímil para parte requerente, pode não ser para o magistrado, que julga com base no princípio da persuasão racional (art. 113), além de deter amplos poderes diretivos do processo (art. 765 CLT e art. 125 do CPC).

5.2 A provisoriedade da decisão

Antes de mais nada, necessário será uma breve análise da natureza jurídica da decisão que concede a tutela antecipada, para que possamos entender um dos fundamentos da provisoriedade da decisão.

A doutrina é tranqüila em afirmar que a decisão que concede a antecipação de tutela é uma decisão interlocutória, nos termos do parágrafo segundo do artigo 162 do CPC. Isso por que, o próprio artigo 273, em seu parágrafo quinto prevê que “concedida ou não a antecipação de tutela, prosseguirá o processo até final julgamento”, o que retira da tutela antecipada o caráter de sentença, já que o parágrafo primeiro do artigo 162 do CPC define sentença como sendo “ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa”.

Nesse sentido, observa Estevão Mallet (1999, p.85):

De sentença não se trata, porque o processo não termina com a antecipação da tutela, segundo dispõe, de modo expresso, aliás, o § 5º, do art. 273. Não poderia ser mesmo de outra forma, pois como lembra Olvidio Baptista da Silva, ‘a idéia de antecipação sugere algo que lhe sucede. Que a relação processual deve continuar, não obstante a outorga dessa espécie da proteção que se antecipa’[...] tampouco é despacho de mero expediente a tutela antecipada, porque o pronunciamento envolve necessariamente apreciação de questão incidente, e não simples impulsão do processo.

Assim sendo, não restando dúvidas quanto a natureza interlocutória da decisão, será a nós permitido, destarte, atribuir a tutela antecipada o caráter de provisória, pois esta ficará dependente do processo que se seguirá até o final, podendo ser confirmada na sentença, bem como modificada ou revogada.

Não obstante ao que foi exposto, como já estudamos anteriormente, a decisão que concede a tutela antecipada é baseada em probabilidade, dentro de um exame superficial dos fatos narrados, ou seja, através da cognição sumária.

A cognição sumária não admite um julgamento definitivo, uma vez que, como observa com muita propriedade Luiz Guilherme Marinoni (2000, p.27):

O juiz, quando concede a tutela sumária, nada declara, limitando-se a afirmar a probabilidade da existência do direito, de modo que, aprofundada a cognição, nada impede que o juiz assevere que o direito que supôs existir na verdade não existe.

Ressalte-se ainda, nas palavras do ilustre mestre que: (2000, p.172)

A provisoriedade da tutela antecipatória deve ser entendida como a sua incapacidade de definir a controvérsia, por sua absoluta falta de idoneidade para a declaração ou, em outros termos, para a produção da coisa julgada material.

Assim, a decisão que concede a tutela antecipada não se reveste da definitividade, mas sim, da provisoriedade, tanto o é, que o próprio legislador permitiu a possibilidade de revogação ou modificação da medida, no parágrafo quarto do artigo 273 do CPC, e, ainda, condicionou a concessão da medida à reversibilidade do provimento a ser antecipado.

Cumprir observar que existem, ainda, as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, que cairiam por terra caso se atribuísse à tutela antecipada o caráter de definitividade com base em mera probabilidade, dando ao instituto o caráter de julgamento antecipado da lide (CPC, art. 330).

Portanto, a tutela antecipada não terá o condão de extinguir o processo, por se tratar de medida de natureza provisória, concedida por meio de decisão interlocutória baseada em probabilidade, que por sua vez terá fundamento em uma cognição sumária, ou seja, conhecimento superficial e precário dos fatos alegados pelo autor.

5.3 Perigo da irreversibilidade

Outra questão que tem causado transtornos a doutrina pátria é a da irreversibilidade do provimento, prevista no parágrafo segundo do artigo 273 do código de processo civil.

Primeiramente devemos fazer uma ressalva quanto a expressão “irreversibilidade do provimento” utilizada pelo legislador.

Quando tratamos da provisoriedade da decisão, no item 4.2, vimos que o provimento que concede a antecipação de tutela é provisório, portanto, reversível, tanto o é, que o próprio legislador previu a possibilidade da revogação ou modificação da medida.

Ressalte-se, ainda, que a decisão que concede a medida antecipatória é uma decisão interlocutória, ou seja, que não extingue o processo e nem faz coisa julgada, mas apenas resolve questão incidente, nos termos do artigo 162 do CPC, podendo ser posteriormente discutida e modificada. Destarte, pode-se concluir que o provimento que concede a antecipação de tutela sempre será revogável.

Portanto, trata-se de uma terminologia incorreta, onde melhor seria a expressão “irreversibilidade dos efeitos do provimento”, uma vez que irreversíveis serão os efeitos da antecipação e não o provimento concessivo, do contrário, a norma do parágrafo segundo do artigo 273 do CPC não teria sentido algum, já que o provimento em si será sempre revogável.

Feita essa primeira observação, cumpre agora explicar qual a importância e fundamento da irreversibilidade tratada no § 2º do art. 273do CPC.

Segundo explica a doutrina, o que o legislador quer na verdade, é resguardar os direitos do requerido, exigindo, para tanto, que sejam reversíveis os *efeitos da medida antecipatória*. Reversível será a antecipação da tutela sempre que se puder estabelecer a situação anterior a sua concessão pela simples revogação, ou seja, sendo necessária e justa a revogação da medida, a situação possa retornar ao “status quo ante”, para que nenhuma das partes sofra prejuízo irremediável.

Segundo ensina Luiz Rodrigues Wambier (2002, p.335), também “considera-se reversível o provimento (reversíveis os seus efeitos), toda vez que puder haver indenização e que esta seja capaz de efetivamente compensar o dano sofrido”.

Desta forma, criou-se mais um impecilho legal para a antecipação de tutela, qual seja, a necessidade de que se possa retornar ao “status quo ante”, caso necessário, ou pelo menos seja possível a indenização que compense o dano sofrido.

Porém, o perigo da irreversibilidade deve ser analisado com cautela, para que em determinadas situações, onde a única forma de se evitar lesão irremediável ao direito do autor seja a antecipação de tutela, não seja a irreversibilidade dos efeitos do provimento um obstáculo intransponível que possa tornar inócua a medida.

Não há razão para não se admitir a antecipação da tutela sob único fundamento de que a medida possa produzir efeitos fáticos irreversíveis e danosos ao requerido. Não raras vezes o prejuízo sofrido pelo autor com a denegação da medida poderá ser maior do que o prejuízo que sofrerá o réu com a concessão desta, situação em que, sendo inevitável o sacrifício de uma das partes, a lógica da justiça manda que se resguarde a situação cujo prejuízo será maior, principalmente quando existe maior probabilidade de ser esse o direito reconhecido posteriormente.

Neste sentido, bem observa o ilustre professor Luiz Guilherme Marinoni (2000, p. 177):

Não só a lógica mas também o direito a adequada tutela jurisdicional exigem a possibilidade de sacrifício, ainda que de forma irreversível, de um direito que pareça improvável em benefício de outro que pareça provável. Caso contrário, o direito que tem maior probabilidade de ser definitivamente reconhecido poderá ser irremediavelmente lesado.

E completa o próprio Marinoni, citando Moniz de Aragão, que assevera que:

Admitir que o juiz não pode antecipar a tutela, quando a antecipação é imprescindível para evitar o prejuízo irreversível ao direito do autor, é o mesmo que afirmar que o legislador obrigou o juiz a correr um risco de provocar um dano irreversível ao direito que justamente lhe parece mais provável.

Assim, como a situação proposta exige sacrifício de uma das partes, deve-se analisar quantitativamente a qual situação o prejuízo sofrido será maior, se ao direito do réu pela concessão, ou ao direito do autor pela denegação da medida.

E com muito mais razão deve-se fazer esta ressalva em sede da justiça do trabalho, onde se envolvem valores fundamentais ligados a sobrevivência do trabalhador, que tem como contrapartida (na maioria das vezes) apenas o interesse do empregador de ver sua esfera jurídica e seu patrimônio mantidos íntegros. É indiscutível que neste caso o interesse do trabalhador é veementemente mais importante que do empregador, cujo prejuízo sofrido por este com a concessão da medida jamais poderia assemelhar-se ao sofrido pelo trabalhador com a denegação dela. “É natural que direitos de caráter fundamental sejam tutelados de modo até mais intenso do que os demais direitos, que nada tem de aberrante ou de surpreendente”.

“Por isso, pretender que o direito do demandado, seja ele qual for, deve sempre prevalecer sobre o do demandante, como faz o § 2º do art. 273, do CPC, afigura-se bem pouco apreensível.”(MALLET, 1999).

Diga-se de passagem que, em determinadas situações haverá a possibilidade do réu sofrer prejuízo maior do que do autor, e por isso, nem sempre será o direito dele o sacrificado. Acreditamos ser exatamente nesta hipótese em que será aplicada a regra do parágrafo segundo do artigo 273 do CPC, ou seja, quando a irreversibilidade dos efeitos do provimento antecipatório for mais prejudicial ao réu.

Somente a análise do caso concreto, sobre o justo equilíbrio dos prejuízos (proporcionalidade) que a concessão ou não da medida pode causar, estabelecendo-se “uma prevalência axiológica de um dos bens em vista do outro, de acordo com os valores do seu momento histórico” (MARINONI, 2000.), dará margem para concessão da tutela antecipada quando irreversíveis forem seus efeitos fáticos.

Na lição do professor Luiz Rodrigues Wambier, a proporcionalidade seria uma das respostas que se poderia dar “na solução do confronto rapidez-segurança, gerado pela possibilidade de que as medidas concedidas com base na plausibilidade do direito não fiquem presas a necessidade da reversibilidade”.

Diante de todo o exposto, podemos concluir com a lição do ilustre mestre Cláudio Armando Couce de Meneses (1997, p.181):

Sendo o direito do autor evidente ou muito provável, conforme acontece freqüentemente no processo cautelar, a medida requerida deve ser deferida, nem que seja em parte, como permite o 'caput' artigo 273. O que não pode acontecer é um enfoque formalista, reacionário ou covarde do parágrafo segundo do artigo 273 a ponto de causar prejuízos irreparáveis a quem desesperadamente busca a prestação jurisdicional, que, se não concedida no momento adequado, resulta na mais pura e objetiva **denegação da justiça. (grifo nosso).**

5.4 A modificabilidade ou revogabilidade da decisão

Segundo a norma que vem expressa no parágrafo quarto do artigo 273 do CPC, a tutela antecipatória poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, desde que o juiz o faça de forma fundamentada.

Por se tratar de decisão interlocutória, baseada pura e simplesmente em juízo de probabilidade (cognição sumária) e que admitiu o legislador que pudesse o magistrado reexaminar, a qualquer tempo, sua decisão, de forma a modificá-la ou até mesmo revogá-la se assim entender necessário.

Segundo o ilustre professor Sérgio Pinto Martins (1996, p. 29), “por revogação deve-se entender a modificação total daquilo que foi anteriormente concedido, isto é, a cassação do que foi deferido.” Já por modificação “deve-se entender a reconsideração parcial do que foi determinado anteriormente.” A definição de modificação e revogação é dada apenas a título de ilustração, já que a distinção perde, “em face do direito positivo, grande parte de sua importância. O legislador equiparou as duas figuras submetendo-as ao mesmo regime jurídico”.(MALLET, 1999).

Quando se fala em modificação ou revogação da medida surgem alguns problemas. Em primeiro lugar é o de se saber se a modificação ou revogação pode ser realizada “ex-officio”, ou só tem lugar quando houver requerimento da parte.

A doutrina que trata do assunto, nesse ponto, é bem dividida. Para Luiz Rodrigues Wambier, a liminar que concede a antecipação de tutela “está dentre aquelas decisões que geram preclusão para o juiz, não podendo, por isso, serem alteradas de ofício”.

Com base em outro fundamento, mas no mesmo sentido assevera José Eduardo Carreira Alvim que a tutela antecipada é provimento concedido através do requerimento da parte, de forma que, do mesmo modo, sua modificação ou revogação necessitaria de requerimento, pois, “se não são concedidas de ofício, não podem ser modificadas ou revogadas de ofício”.

Já em sentido oposto, Manuel Antônio Teixeira Filho ensina que “tanto um quanto outro ato podem ser praticados por iniciativa do juiz”, sendo certo que a única diferença está no fato de que a revogação ou modificação deverão ser fundamentadas “afim de se evitar uma arbitrariedade judicial.”

No mesmo sentido, Estevão Mallet fundamenta que basta que estejam ausentes os pressupostos após a concessão da medida, que estará o juiz autorizado a modificá-la ou revogá-la, de forma que, “tanto a revogação como a modificação prescindem de requerimento, não exigido por lei.”

Comungamos com o último posicionamento, com o devido respeito aos que entendem de forma diversa, pois acreditamos ser desnecessário o requerimento da parte pelo simples fato de que a lei não faz qualquer menção neste sentido, sendo certo que, ao que a lei não faz restrição, não cabe ao interprete fazê-lo. De outra banda, se a medida pode ser concedida “ex-officio” pelo magistrado, como tratamos alhures, não há razão para obstaculizar a modificação ou revogação da medida, impedindo o juiz de atuar de ofício.

Outra questão que surge quando se trata do parágrafo quarto do artigo 273 do CPC, é a de saber se seriam necessários fatos novos que justificassem modificação ou revogação da antecipação da tutela.

O parágrafo quarto do artigo 273 do CPC não faz qualquer alusão à necessidade do surgimento de novos fatos que justifiquem a modificação ou revogação da medida e, como ensina a doutrina mais apurada, o que o legislador não restringe não cabe ao interprete fazê-lo.

Estevão Mallet (1999, p.110), também baseado na inexistência de exigência legal, assevera que:

Ainda que a situação fática permaneça inalterada, é lícito ao juiz reexaminar, a qualquer tempo, seu pronunciamento, para adotar, inclusive, interpretação jurídica diversa da acolhida inicialmente, fazendo

com que a antecipação antes cabível, torne-se agora, mesmo diante de idênticos fatos, impertinente.

Porém, como observa com muita propriedade o ilustre mestre Luiz Rodrigues Wambier (2002, p.336):

O que não pode ocorrer, em nosso sentir, é a alteração da decisão concessiva ou denegatória da antecipação dos efeitos da sentença porque o juiz simplesmente mudou de idéia. É necessária a alteração dos fatos e/ou do quadro probatório. Trata-se de fenômeno análogo àquele que ocorria e que ocorre com as liminares e com as ações possessórias.

No mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni (2000, p.167) assevera que:

Não é somente a alteração da situação de fato objeto da lide que permite a modificação ou revogação da tutela, mas também o surgimento, derivado do desenvolvimento do contraditório, de uma outra evidência sobre a situação de fato. É o caso da produção de prova que pode alterar a convicção do julgador acerca da situação fática.

Assim, nem sempre a modificação ou revogação ficarão condicionadas ao surgimento de fatos novos, podendo ser aplicado o parágrafo quarto do art. 273 sempre que forem apresentadas novas provas que convençam o juiz da necessidade da modificação ou revogação, mesmo que em nada se altere a situação fática.

Por fim, cumpre salientar, ainda, a excelente observação de Edivaldo Masiero da Silva que, a expressão “a qualquer tempo” utilizada pelo legislador quer significar, pela lógica processual, até a sentença, e não como quer o ilustre doutrinador Estevão Mallet, que afirma ser possível a modificação ou revogação mesmo após a sentença, mesmo por que, o juiz encerra sua prestação jurisdicional com a sentença, sendo certo que toda matéria discutida após esta será matéria de recurso cuja competência é atribuída ao tribunal.

5.5 A impugnação da decisão

Da decisão que concede ou denega a tutela antecipada caberá recurso de agravo por instrumento, se a decisão for na esfera processual civil, e caberá mandado de segurança se a decisão for proferida na justiça do trabalho. Isso por que a decisão que concede ou denega a tutela antecipada é classificada como decisão interlocutória, como vimos no item 4.2, portanto, impugnável por meio da agravo(art.522 do CPC). Porém, como na esfera da justiça do trabalho não existe recurso para decisões interlocutórias, pelo contrário, nesta vigora o princípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias, só impugnáveis por meio de recurso ordinário após a sentença final em recurso interposto contra esta.

Desta situação surge um grande impasse, pois boa parte da doutrina não vê com bons olhos a utilização do mandado de segurança contra decisões interlocutórias na esfera trabalhista, pois além de desvirtuar a característica de remédio excepcional, passando agora a substituto do agravo, acabaria por esvaziar os poderes e prerrogativas do juiz, como assevera Cláudio Armando Couce de Meneses (1997, p.189):

[...] a tutela antecipada é fruto da discricionariedade do magistrado, de modo que o uso rotineiro e indiscriminado dos mandados de segurança e correicionais afronta diretamente a função do juiz, notadamente de primeiro grau, esvaziando muitas vezes seus poderes e prerrogativas. Se levemente forem concedidas a segurança e as correicionais para reformar, suspender ou anular decretos antecipatórios, além de possíveis impropriedades técnicas, as almejadas eficiência, rapidez e justiça do processo ficarão mais uma vez no plano da utopia.

Porém, de outro lado, a celeridade e eficiência almejados pelo legislador processual trabalhista não podem constituir empecilho a concessão da tutela antecipada, pois embora a irrecorribilidade das interlocutórias seja efetivamente uma benesse, evitando o retardamento processual, há situações de urgência em que a não concessão da tutela de forma antecipada pode comprometer a própria efetividade processual, evidenciando um indesejável quadro de denegação da justiça.

Desta forma, embora o mandado de segurança não seja um recurso próprio para os casos de antecipação de tutela na justiça do trabalho, é o único instrumento que se presta a garantir o direito líquido e certo do trabalhador e, muito embora exista doutrina que argumente a não existência de direito líquido e certo em caso de antecipação de tutela, certo é que a denegação da medida antecipatória corresponderá a própria denegação da justiça, quando esta for a única forma de garantia da efetiva prestação jurisdicional (efetiva quanto a pretensão do autor, que muitas vezes é vencedor da demanda, mas frustrado no objeto principal, bem que se perdeu pela demora processual), principalmente quando se trata do trabalhador, que na maioria das vezes esta lutando pela própria sobrevivência.

Com muita propriedade disserta Estevão Mallet (1999, p. 112) sobre o assunto:

Inexistindo recurso em lei para atacar o pronunciamento, abre-se espaço para a decretação do mandado de segurança, já que ato de autoridade pública se trata, como exigido pelo inciso LXIX, do artigo 5º da constituição, bastando-se evidenciar-se a impropriedade do decidido, o que torna ilegítimo e, pois, abusivo o pronunciamento tomado. A jurisprudência é pacífica hoje no particular.

E traz como reforço à sua tese um julgado do tribunal federal da 3ª região:

Não há ato judicial destituído de controle, e sendo ele capaz de causar lesão a eventual direito da parte, sujeitar-se-á à correção pela via mandamental, mormente quando o recurso dele interposto não tem o condão de paralisar seus efeitos (TRF – 3ª reg., 2ª sec., MS n. 131.843, rel. juiz Homar Cais).

Portanto, não resta dúvidas quanto a possibilidade da utilização do mandado de segurança contra decisão que concede ou denega a tutela antecipatória do mérito, pois é o único meio de atacar o pronunciamento, já que, como já foi dito, inexistente recurso contra decisão interlocutória no processo do trabalho.

Por fim, como reforço da tese por nós adotada, temos a **Orientação Jurisprudencial n.º 50, da SBDI-II do C. TST**: “mandado de segurança: tutela

antecipada. A tutela antecipada concedida antes da prolação da sentença é impugnável mediante mandado de segurança, por não comportar recurso próprio“.

5.7 Responsabilidade por dano decorrente da antecipação da tutela

Como já foi visto anteriormente, quando tratamos do perigo da irreversibilidade no item 5.4, o juiz, ao conceder a tutela antecipatória ao autor estará naturalmente assumindo o risco de gerar um prejuízo ao direito do réu. Isso por que o magistrado terá como base de seu convencimento apenas uma análise superficial dos fatos, ou seja, valer-se-á apenas da chamada cognição sumária, que neste caso será obrigatória, por tratar-se de uma situação de urgência.

Com o intuito de resguardar o direito do réu, o legislador criou mais um empecilho para a concessão da medida, qual seja, a necessidade de que sejam reversíveis os efeitos da antecipação de tutela.

Porém, existem situações em que o prejuízo será inevitável, ou seja, situações em que tanto a ação (concessão da medida) quanto a omissão (não concedendo-a) do magistrado trarão prejuízos a uma das partes. Nestes casos, deverá o magistrado decidir qual a situação que merece ser resguardada em detrimento da outra, de acordo com a valoração dos bens que estão em jogo, como visto alhures.

Desse quadro fático de valoração dos prejuízos, surge a possibilidade de equívocos, onde se verificará que aquele ao qual recaiu o prejuízo, por ser a parte que aparentemente não possuía a razão, ao final da demanda apareça como a parte detentora do direito discutido, situação em que, embora tal risco deva ser encarado como um mal necessário a agilização do processo e sua maior efetividade, não exclui a obrigação de indenizar.

Portanto, ocorrido o dano por consequência da concessão da medida, surge o dever de indenizar, cuja obrigação recairá sobre aquele que requereu a antecipação e levou o magistrado a concedê-la. Neste caso, a responsabilidade

será objetiva, ou seja, “a obrigação de indenizar não dependerá de aferição de culpa ou dolo do autor, não estará vinculada a nenhum critério objetivo” (DORIA, 2004, p. 71).

Com o advento da lei 10.444/02, que alterou a redação do § 3º do artigo 273 do CPC, o artigo 588 passou a ser aplicável ao instituto da tutela antecipada na sua integridade e, conseqüentemente, atribuiu ao requerente a obrigação de reparar o dano causado ao requerido pela antecipação da tutela, já que o inciso I do artigo 588 do CPC, com redação também alterada pela lei 10.444/02, prevê que “corre por conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os prejuízos que o executado venha a sofrer”.

Portanto, sendo o requerente da antecipação da tutela vencido em ação principal, ficará este obrigado a reparar o dano sofrido pelo requerido, independentemente de ter ou não agido com dolo.

Outro problema envolvendo a responsabilidade na tutela antecipada é o de saber quem será o responsável pelo dano no caso da antecipação de tutela feita de ofício pelo juiz do trabalho? (sobre a possibilidade da concessão de ofício vide item 2.7).

A doutrina mais apurada não trata a respeito do assunto, e embora seja muito remota a possibilidade dessa hipótese vir a acontecer, o certo é que este poderá ser mais um fundamento para que se impeça que a tutela antecipada seja concedida de ofício.

No entanto, não cremos que este seja um obstáculo a concessão da medida de ofício pelo juiz, pois certamente o risco de dano, a outra parte, corrido pelo magistrado ao conceder a medida será muito menos intenso do que se não concedê-la, ou seja, os prejuízos sofridos pelo trabalhador com a denegação de medida serão muito maiores dos que poderá sofrer o empregador com a concessão, mesmo que ao final fique provado que o ultimo é quem tem razão.

A solução, a primeira vista seria atribuir a responsabilidade ao requerente, o que, porém, é praticamente impossível em se tratando de trabalhador assalariado. Talvez valha aqui o entendimento de Eduardo Gabriel Saad, citado por Dantas Oliva (2002, p. 86), quando trata da necessidade de prestação de caução, que ao nosso ver adequa-se perfeitamente a esta situação:

Aqui coloca-se a seguinte questão: se posteriormente a sentença ou o acórdão modificar a decisão da tutela antecipada, quem deverá ressarcir o dano sofrido pelo devedor cujo bem foi alienado no processo de execução provisória?

Diante da impossibilidade de o exequente fazer face a essa reparação, estamos em que a responsabilidade se transfere para o legislador, ou melhor, para a União.

6 INOVAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI 10.444, DE 07 DE MAIO DE 2002

6.1 Efetivação da tutela antecipada (exequibilidade)

A primeira mudança trazida pela nova lei surge na alteração do § 3º do artigo 273, que trata da execução antecipada do pleito material buscado no processo. Na redação anterior havia referência exclusiva aos incisos II e III do artigo 588 do CPC, que cuidam da “execução provisória” e suas condições. Agora, além do uso das regras do 588, a nova redação se reporta também ao artigo 461, §§ 4º e 5º, bem como ao novo artigo 461-A, criado por esta própria Lei.

O ‘caput’ do artigo 588 do CPC dispõe que: “a execução provisória far-se-á do mesmo modo que a definitiva”. Fala-se em execução provisória por que provisória é a decisão que concede a tutela antecipada, portanto, provisório será o título que admite a execução.

Com relação a regra do inciso I, que prevê que o exequente ficará obrigado a reparar os danos sofridos pela outra parte caso a sentença seja reformada, não existe grande complicação, já que a regra é plenamente compatível com a antecipação da tutela, além do que, antes do advento da lei 10.444/02 que alterou a redação do parágrafo terceiro do art. 273, a doutrina já entendia que a responsabilidade por dano decorrente da antecipação era objetiva (do requerido), por extensão do disposto no artigo 811 do CPC.⁹

Já com relação ao inciso II, uma observação deve ser feita quanto a sua aplicação no processo do trabalho. Este inciso prescreve que o levantamento do depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de domínio que possam resultar lesão grave ao executado dependerão de caução idônea. A primeira vista poderia-se dizer que inaplicável ao processo do trabalho pois

⁹ Era o entendimento, por exemplo, dos renomados autores Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, que, fazendo nota ao art. 273 observaram: “deve ser utilizado, por extensão, o artigo 811 do CPC de modo que a responsabilidade do requerente da medida é objetiva, devendo ser caracterizada independentemente de sua conduta: havendo o dano e provado o nexo de causalidade entre a execução da medida e o dano, há o dever de indenizar.” (2001, p. 736)

confrontaria com o disposto no art. 899 da CLT, na parte em que prevê que só será permitida a execução provisória até a penhora.

Porém, como ensina o professor José Roberto Oliva, a interpretação do artigo 899 deve ser finalística e não literal. “Ora, se no processo civil se permitirá a alienação de bem ou até mesmo levantamento em dinheiro, com muito mais razão isto deve ocorrer no processo do trabalho”, pois neste o que se discute são créditos de natureza alimentar. Além do que, a própria regra do § 2º do art. 588 do CPC, aplicável a tutela antecipada, prevê a dispensa da caução nos casos de crédito de natureza alimentar (como os trabalhistas), e, portanto, a regra geral contida no artigo 899 da CLT, segundo assevera Teixeira Filho (2002, p.400), tem como exceção a regra do parágrafo segundo do artigo 588.

Ressalte-se, ainda, que na esfera da justiça do trabalho, na maioria das vezes o autor da tutela antecipada é o trabalhador, que não possui condições de prestar caução sem comprometer o sustento próprio ou da família, sendo certo que obrigar-lhes a prestação de caução é o mesmo que impedir-lhes do acesso a justiça. Destarte, assevera José Roberto Dantas Oliva (2002 p. 84) que:

Não permitir aos mais necessitados que, sem caução, imprimam a antecipação de tutela a mesma eficácia conferida pelo legislador a execução provisória, equívale a negar-lhes o acesso a justiça, pois não é possível tolerar que, enquanto os mais abastados possam se valer da novidade processual, aqueles que mais precisam vejam-se dela tolhidos justamente por faltar-lhes aquilo que só uma decisão favorável pode assegurar-lhes: patrimônio mínimo.

Assim, com respaldo na própria legislação processual civil admite a dispensa da caução para os casos de créditos de natureza alimentar (como são os trabalhistas), pelo que prevê o § 2º do art. 588, podemos afirmar com toda convicção que, com muito mais razão deve-se admitir o levantamento do depósito em dinheiro, em sede da justiça laboral, que trata especificamente de créditos de natureza alimentar, que coloca em jogo a própria subsistência do trabalhador.

O inciso III do artigo 588 dispõe que ficará sem efeito a execução caso sobrevenha acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução. Pela lógica processual, o acórdão substitui a sentença anteriormente proferida, seja modificando-a ou não. Se a mantém, a execução que era provisória agora será

definitiva. Se, por outro lado, a modifica, a execução perde seu objeto, portanto, fica sem efeito, devendo-se estabelecer o estado anterior.

O inciso IV do mesmo artigo veio apenas a dar maior praticidade, efetividade e rapidez processual, admitindo que os prejuízos sofridos pudessem ser liquidados no mesmo processo.

O parágrafo primeiro veio como complemento do disposto no inciso III, prevendo que, caso a sentença provisoriamente executada seja modificada somente em parte, somente nesta parte ficará sem efeito a execução.

Na execução da tutela antecipada também se aplicará, no que couber, as regras definidas nos arts. 461, §§ 4º e 5º, e 461-A . Tais artigos não exigem explicação, e também não apresentam dificuldade de interpretação, por isso nos reservamos ao direito de apenas transcrevê-los.

Art. 461 (omissis)

§ 4º - “o juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para cumprimento do preceito”.

§ 5º - “para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a interposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial”.

Art. 461 – A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará prazo para o cumprimento da obrigação.

§ 1º - tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz.

§ 2º - não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á ao credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel.

§ 3º - aplica-se a ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1º a 6º do art. 641.

6.2 A antecipação de tutela no caso de pedido incontroverso

Outra inovação trazida pela lei 10.444/02, que acrescentou os parágrafos sexto e sétimo ao artigo 273 do CPC, foi a possibilidade da antecipação da tutela com relação à parte incontroversa na demanda, como prevê a norma do § 6º do art. 273:

Art. 273 (omissis)

§ 6º - “a tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”.

Na realidade, a norma do parágrafo sexto do artigo 273 não foi uma inovação, mas uma sugestão de Luiz Guilherme Marinoni para que ficasse extirpada de dúvidas a possibilidade, já existente, da antecipação de tutela em caso de pedido incontroverso, como explica o professor José Roberto Oliva. Segundo esse autor, no caso, por exemplo, da ausência de pagamento de salários ou verbas rescisórias, sem que houvesse controvérsia a respeito, seria perfeitamente possível antecipar a própria execução do crédito, que tem natureza salarial, mesmo antes de proferida sentença de mérito, já que o risco da atividade econômica era do empregador.

Portanto, o § 6º do artigo 273 veio apenas a positivizar a possibilidade da antecipação de tutela no caso de pedido incontroverso, para que não reste dúvidas sobre a aplicabilidade do instituto a esses casos, principalmente em sede da justiça do trabalho, como salienta o próprio professor José Roberto Oliva (2002, p. 88):

Essa explicitação, portanto, no processo do trabalho, ganha importância ímpar, pois não é raro, por exemplo, pleitear o ex-empregado verbas rescisórias não pagas, cumuladas com horas extras e/ou adicional de insalubridade ou periculosidade, limitando-se o empregador a contestar as últimas pretensões, asseverando,

exemplificativamente, que deixou de pagar as verbas rescisórias em decorrência de dificuldades financeiras.¹⁰

A concessão antecipada da parte incontroversa na demanda decorre, até mesmo, da própria lógica, uma vez que, tratando-se de fato que independe de prova (art. 334, III do CPC) e ao qual recai proibição de discussão dentro do processo (art. 17, I do CPC), não há por que aguardar a decisão sobre a parte controversa da demanda (instrução, perícia, etc...), se a incontroversa já constitui direito do autor.

Neste sentido, observa com propriedade Rogéria Dotti Doria (2004, p. 82):

Uma coisa é certa: se o tempo já é um ônus demasiadamente pesado para o processo, ele só se justifica diante da controvérsia. 'onde não haja controvérsia sobre os fatos alegados pelos litigantes, a questão se reduz a mera aplicação do direito'. Em outros termos, quando uma parte da lida deixar de ser controversa, não há mais razão para se aguardar um pronunciamento judicial final.¹¹

E baseado na norma do § 6º do artigo 273, o autor Cândido Rangel Dinamarco vai além, dizendo que o próprio diploma legal estaria, nesta hipótese, dispensando a existência do "periculum in mora", pois o provimento decorrerá diretamente do desaparecimento da controvérsia.¹²

¹⁰ Explica o ilustre professor que "o risco da atividade econômica é do empregador" e, não satisfeitas as verbas rescisórias na primeira audiência, poderá o juiz, a requerimento do autor, executar os valores, inclusive com o acréscimo de 50 % previsto no artigo 467 da CLT. Observa ainda que, "no que respeita as obrigações pecuniárias, a recente alteração do artigo 467 da CLT pela lei 10.272/01 serviu de desestímulo para aqueles que, mesmo sabendo-se devedores, enxergavam na ação trabalhista oportunidade de prostrar o pagamento das verbas rescisórias. Antes era previsto o pagamento dobrado que só incidia sobre salários – stricto sensu – incontroversos. Após a alteração, o acréscimo foi reduzido para 50%, mas atinge a totalidade da parte incontroversa das verbas rescisórias, quando não pagas a data do comparecimento do empregador à justiça do trabalho".

¹¹ Explica a autora que a prestação jurisdicional se impõe a partir do momento em, que as partes concordam com os fatos que deram base ao pedido, não havendo razão para a procrastinação, porém, há a necessidade da antecipação da tutela, pois o órgão julgador não pode sentenciar parte do pedido de forma imediata e o restante ao final da demanda, somando-se, ainda, o fato de que o réu nunca cumpre espontaneamente sua obrigação, ainda eu de acordo com a pretensão do autor.

¹² Em análise ao artigo ora estudado, assevera o autor que "diante do exposto no § 6º do art. 273 e da pujante segurança para julgar, emergente da incontrovérsia sobre fatos, nesta hipótese se dispensa o 'periculum in mora', ou fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ordinariamente exigido pelo inc. I desse artigo. O dia a dia da operação do processo mostra inúmeras situações em que a pressa do autor em obter o que pretende não chega ao ponto de caracterizar este perigo superlativo, o que leva juizes a negar a antecipação de tutela em casos assim – com a imposição de retardos e esperas que concorrem para aumentar as angustias de quem tem necessidade da tutela jurisdicional. A controvérsia prevista no parágrafo é suficiente

Diante de todo o exposto, porém, cumpre ressaltar que no sistema processual brasileiro vige o princípio do “jura novit curia”, ou seja, a simples incontrovérsia dos fatos (pela revelia, pela não contestação ou contestação parcial), não vincula o juiz, que poderá julgar segundo seu convencimento, nos casos em que, mesmo incontroversos os fatos, estes não sejam suficientes para afirmar o direito do autor, ressalvadas as hipóteses de reconhecimento do pedido do autor (total ou parcial) pelo réu,¹³ também quando se tratar de direitos indisponíveis.

Portanto, não basta que existam fatos incontroversos, mas que estes também sejam suficientes para afirmar o direito do autor.

Por fim, ressalte-se ainda a observação feita por Edivaldo da Silva¹⁴, de que a interpretação literal do parágrafo levaria a conclusão precipitada da impossibilidade da aplicação da referida norma às hipóteses de um único pedido por parte do autor. Advogando pela possibilidade da antecipação também na hipótese de apenas um pedido, do qual parte é incontroversa, cita Garcia, que assevera que:

Também na hipótese de pedido singular, mas que parte dele se mostre incontroversa, a interpretação lógico-sistemática e teleológica, que deve prevalecer, revela ser lícita, também a antecipação dessa ‘parcela incontroversa’, inclusive segundo a lógica do razoável.¹⁵

6.3 Da fungibilidade

Também como inovação trazida pela lei 10.444/02, temos a hipótese do § 7º do artigo 273 do CPC, que possibilita que, requerida a providência de natureza cautelar a título de antecipação de tutela, possa o juiz deferir a medida cautelar

para eliminar parcialmente essas esperas, a bem da efetividade da garantia constitucional de uma tutela jurisdicional tempestiva”.

¹³ O reconhecimento jurídico do pedido não envolve discussão sobre a veracidade dos fatos, mas tão somente se presta para a questão do direito em si mesmo considerado, como observa Marinoni (1997, p. 97): “quem admite a procedência do pedido impede que o juiz julgue, propriamente, o mérito, já que o processo deve ser encerrado com julgamento do mérito em vista de o réu ter admitido que o autor tem razão.”

¹⁴ SILVA, Edivaldo Masiero. A antecipação de tutela no processo do trabalho. 2002, p.60.

¹⁵ GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa – citado na obra de Edivaldo M. da Silva

nos próprios autos, não havendo necessidade da propositura de outra ação, agora, cautelar.

Basicamente esta norma encontra respaldo em dois fundamentos que, neste caso, se completam. O primeiro deles é o poder geral de cautela conferido aos juizes, previsto no artigo 798 CPC, que permite ao juiz conceder as medidas cautelares que julgar adequadas a evitar o “periculum in mora” e resguardar o “fumus boni juris”. O segundo fundamento, previsto na própria exposição dos motivos que embasam a norma do parágrafo sétimo, é o princípio da economia processual, que visa, neste caso, evitar que a parte tenha que movimentar novamente a máquina estatal, garantindo, desta forma, maior efetividade processual.¹⁶

A fungibilidade do § 7º do art. 273 não apresenta maiores problemas quanto a sua aplicabilidade, no que se refere ao recebimento de uma cautelar interposta a título de antecipação de tutela, devendo-se apenas observar que deverão estar presentes os requisitos necessários a concessão das cautelares, quais sejam, o “periculum in mora” e o “fumus boni juris”.

Porém, o problema surge quando se indaga se a fungibilidade seria ou não uma via de mão dupla, ou seja, se seria possível aplicar a fungibilidade também aos casos em que fora interposta antecipação de tutela a título de uma ação cautelar.

Em resposta a pertinente indagação, o ilustre professor José Roberto Oliva (2002, p.93/94), analisando com muita propriedade e cautela o entendimento do juiz federal substituto George Marmelstein Lima, que converge com o entendimento do ilustre desembargador do TJSP, afirma que:

Parece indubitável, realmente, que se em ação rotulada cautelar, ajuizada em caráter incidental, for deduzido pedido correspondente à própria antecipação de tutela perseguida na ação principal, o juiz deva ignorar a nomenclatura dada e conhecer da pretensão como sendo de antecipação, aplicando assim, os aforismos da *narra mihi factum, dabo tibi jus e jura novit curia*, pois a ele – juiz – cabe a subsunção do fato a norma. Mais até do que converter o procedimento cautelar em ordinário,

¹⁶ Como bem observa o ilustre professor José Roberto Oliva, “a fungibilidade autorizada pelo novo dispositivo, no entanto, vai ao encontro da efetividade do processo e se coaduna inteiramente com o poder geral de cautela conferido ao juiz...”. (2002, p. 91)

pode, a nosso ver, receber a ação cautelar como simples petição deduzida no processo de conhecimento.

Porém, embora o autor concorde com o entendimento do magistrado de que a tutela antecipada requerida a título de cautelar deva ser recebida de ofício pelo magistrado, que a converterá em ação ordinária e considerará o pedido liminar como sendo de antecipação de tutela, observa que a regra só seria aplicável no caso de pedido incidental, fundamentando que:

Não conseguimos vislumbrar, entretanto, solução semelhante quando o ajuizamento da ação dita cautelar é antecedente (preparatória). Se, apesar do rótulo, conclui-se que a pretensão é de antecipação de tutela do direito material, quer nos parecer que a única solução viável será a extinção do feito por inadequação da via eleita, pois não há processo de conhecimento (“principal”) em que possa ser vinculado o pedido, que não pode ficar desgarrado, uma vez que a antecipação de tutela deve correr nos próprios autos em que se buscará o exaurimento e a plenitude da cognição para a prolação da sentença de mérito.

Por derradeiro, abusando do esplendido estudo do ilustre professor supracitado, podemos concluir a análise da fungibilidade com seu entendimento a respeito do assunto, que ao nosso ver é o mais apropriado até o presente momento:

[...] não consideramos possível que, formulado pedido de natureza cautelar (na hipótese anterior, o pedido era de antecipação, veiculado erroneamente por ação cautelar) seja possível ao juiz, entendendo que o caso ensejaria antecipação de tutela, concedê-la. A transformação de antecipação de tutela é aceitável porque, nesta, que visa tão só assegurar a eficácia de um provimento jurisdicional definitivo, os requisitos são muito mais singelos do que naquela, que possibilita o pronto atendimento provisório, total ou parcial, da própria pretensão de fundo deduzida. Por isto o inverso não pode ser verdadeiro. A tutela a ser concedida é demarcada pelo pedido formulado. Se de cautela, não pode o juiz ultrapassar suas fronteiras (arts. 128 e 460 do CPC), sob pena de incorrer em vício de julgamento (*extra petita*).

7 BREVES COMENTÁRIOS A TUTELA ESPECÍFICA DOS ARTS. 461 E 461-A DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

7.1 A antecipação de tutela nas obrigações de fazer ou não fazer e na entrega de coisa certa ou incerta

Além da previsão legal da possibilidade da antecipação de tutela nas obrigações de dar (pagar), que é a norma geral prevista no artigo 273 do CPC, o legislador tratou de disciplinar também, formas de tutela específicas para as obrigações de fazer ou não fazer e também para as obrigações de entregar. São as normas estabelecidas nos artigos 461 e 461-A do codex de processo civil¹⁷, mais especificamente no parágrafo 3º do artigo 461, aplicável também ao artigo 461-A, pelo que dispõe a regra do parágrafo 3º deste.

Destarte, aplicar-se-á, para a antecipação da tutela, a mesma regra tanto para as obrigações de fazer ou não fazer, quanto as obrigações de entregar a coisa. Dispõe o parágrafo 3º do referido artigo:

Art. 461 (omissis)

§ 3º sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

Da análise do referido parágrafo, pode-se extrair a necessidade do preenchimento de dois requisitos básicos para a concessão da liminar. O primeiro deles é a necessidade de que seja relevante o fundamento da demanda, o que a doutrina coloca como equivalente à verossimilhança da alegação exigida na norma genérica do art. 273 do CPC, já estudado anteriormente.

¹⁷ art. 461 – “na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará as providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.”

Art. 461– A “na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação”.

O segundo requisito a ser preenchido é o do justificado receio de ineficácia do provimento final, o que equivaleria ao fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação previsto no inciso I do art. 273 do CPC, também já estudado anteriormente.

A tutela específica, que segundo Martins (2002, p. 492) “deve-se entender tutela direta, que tem por objetivo proporcionar ao credor o mesmo resultado prático da hipótese da existência do adimplemento da obrigação”, tem, desta forma, caráter eminentemente satisfativo, pois visa assegurar o direito em si, ainda que de maneira provisória. Segundo observa, ainda, o referido autor:

Trata-se a tutela específica de obrigação de fazer ou não fazer de espécie do gênero tutela urgente (a tutela antecipatória, as ações possessórias) ou tutela antecipatória.

Tem a tutela específica natureza de ação, embora esteja enquadrada no artigo 461 do CPC. É uma medida provisória dentro do próprio processo principal e não uma cautelar. Trata-se de um benefício de efeito antecipado. É aproximadamente o mesmo que ocorre no inciso IX do art. 659 da CLT, em que o juiz concede medida liminar no curso do próprio processo para tornar sem efeito transferência do empregado sem real necessidade de serviço, conforme preconiza o art. 469 da CLT e seus parágrafos, ou no caso do inciso X do art. 659 da CLT, no caso de dispensa abusiva de dirigente sindical.

A tutela específica poderá ser concedida “inaudita altera parte”, caso seja necessário, ou mesmo após citação do réu, por meio de audiência de justificação prévia.

O parágrafo 4º do art. 461 prevê, ainda, a possibilidade de aplicação de multa diária ao réu, no caso da concessão liminar, independentemente de pedido do autor, se suficiente ou compatível com a obrigação.

Poderá o juiz, ainda, se valer das medidas de apoio que julgar necessárias ao imediato cumprimento da decisão, tais como a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, ou ainda, o desfazimento de obras, para garantir a efetividade daquela.

Por fim, como na regra geral do artigo 273 do CPC, a antecipação dos efeitos da tutela nas hipóteses específicas de obrigação de fazer ou não fazer ou de entregar coisa poderá ser revista a qualquer tempo, podendo ser revogada ou modificada, desde que o juiz o faça de forma fundamentada.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sabe-se que um dos maiores problemas da justiça é a sua morosidade, que constitui, inclusive, fator de descrédito da população em se socorrer do judiciário para resolver seus problemas.

O instituto da tutela antecipada constitui uma grande evolução ao direito pátrio, como corolário da necessidade da garantia da efetividade processual, prejudicada pela morosidade atual, especialmente no que se refere a justiça do trabalho, principalmente por tratar de litígios que, na grande maioria das vezes é de natureza alimentar, que envolve a própria subsistência do trabalhador.

Não é necessário ser jurista ou estudante de direito para saber que as cortes pátrias encontram-se abalroadas de processos a espera de um julgamento que, na mais otimista das hipóteses, terão duração mínima de cinco anos.

Sabe-se que a prestação jurisdicional não se convalida com a simples apreciação do litígio pelo Estado juiz, pois, quando esta for tardia no resguardo aos direitos de quem os pleiteia, seja pelo manifesto propósito procrastinatório da parte (que ganha amplo espaço com o número ilimitado de recursos hoje existentes), seja pela avalanche de feitos submetidos a justiça do trabalho, agravados pela precariedade de instalações e equipamentos, somados, ainda, ao reduzido número de funcionários, não será mais uma jurisdição (dizer o direito), mas sim um indesejável quadro de denegação da justiça.

Note-se que é papel do Estado prestar uma jurisdição efetiva nos termos da constituição, pois ao proibir a autotutela e a auto-composição, assumindo o monopólio da jurisdição, tem o dever de fazê-lo de forma efetiva, de modo a se evitar maiores prejuízos que parte já sofrera com o litígio. Observe-se que, existindo uma prestação jurisdicional ineficaz, estar-se-á punindo o pleiteante também pela ineficiência do Estado e, como disse Rui Barbosa, “**justiça tardia é injustiça manifesta**”.

Portanto, afirmamos com toda certeza que, hodiernamente, é impossível não vislumbrar o instituto da tutela antecipatória como verdadeira garantia da efetividade processual, seja para o processo comum, seja para o processo laboral.

Com base nestas premissas é que procuramos discorrer ao longo desta obra sobre as principais características e posicionamentos a respeito do assunto, pontos favoráveis e desfavoráveis a sua aplicabilidade, bem como sua importância para o processo e para o direito moderno, sem a intenção, no entanto, de esgotarmos o assunto.

Em conclusão, podemos citar a sábia e importante lição do ilustre mestre Sérgio Pinto Martins, que assevera que:

“O juiz não poderá se omitir diante dos novos institutos. Deverá utilizá-los quando provocado nesse sentido, com prudência e equilíbrio, e não com o medo de errar.”

Bibliografia

- ADAMOVICH, E. H. V. **A tutela de urgência no processo do trabalho: uma visão histórico-comparativa, idéias para o caso brasileiro.** 266 f. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2000.
- BORGES, L. D. **Do processo de conhecimento a tutela antecipada no processo do trabalho.** 182 f. Belo Horizonte: editora Del Rei, 1996.
- DINIZ, M. H. **Compendio de introdução a ciência do direito.** 578 f. 11ª edição; São Paulo: Saraiva, 1999.
- DÓRIA, R. D. **A tutela antecipada em relação a parte incontroversa na demanda.** 145 f. 2ª edição. São Paulo: editora RT, 2004.
- GONSALVES, E. **Direito processual do trabalho.** 1ª edição; São Paulo: LTr, 1995.
- HENRIQUE, D. S. **A tutela antecipada no direito do trabalho.** 2002. 77 f. Monografia (Bacharelado em Direito), Faculdades Integradas Antônio Eufrasio de Toledo, Presidente Prudente, 2002.
- MACHADO, A. C. C. **Tutela antecipada.** 722 f. 3ª edição, São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.
- MALLET, E. **Antecipação da tutela no processo do trabalho.** 156 f. 2ª edição; São Paulo: LTr, 1999.
- MARINONI, L. G. **A antecipação da tutela.** 261 f. 6ª edição; São Paulo: Malheiros, 2000.
- MARTINS, S. P. **Tutela antecipada e tutela específica no processo do trabalho.** 61 f. 6ª edição; São Paulo: Malheiros, 1996.
- _____. **Direito processual do trabalho.** 647 f. 17ª edição; São Paulo: Atlas, 2002.
- MENESES, C. A. C. e BORGES, L. D. **O moderno processo do trabalho.** 189 f. São Paulo: editora LTr, 1997.
- MORAES, A. **Direito constitucional.** 803 f. nona edição; São Paulo: Jurídica Atlas, 2001.
- NACIMENTO, A. M. **Iniciação ao direito do trabalho.** 676 f. 27ª edição; São Paulo: LTr, 2001.
- NERY JUNIOR, N.; NERY, R. M. de A. **código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor.** 6ª edição rev.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

OLIVA, J. R. D. **Tutela de urgência no processo do trabalho.** 178f. 1ª edição, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

OLIVEIRA, A. H. **O réu na tutela antecipatória do código de processo civil.** 312 f. Belo Horizonte: editora Mandamentos, 2001.

OLIVEIRA, F. A. **O processo na justiça do trabalho.** 770 f. 4ª edição; São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SILVA, E. M. **A antecipação de tutela no processo do trabalho.** 2002. 73 f. Monografia (Bacharelado em Direito), Faculdades Integradas Antônio Eufrasio de Toledo, Presidente Prudente, 2002.

TEIXEIRA FILHO, M. A.; **Antecipação de tutela e liminares** (curso de processo do trabalho: perguntas e respostas sobre assuntos polêmicos em opúsculos específicos). 55 f. 2ª tiragem. São Paulo: LTr, 1997.

THEODORO JR., H. **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela.** coordenadora: Wambier, Teresa Arruda Alvim; São Paulo: Revista dos tribunais, 1997.

WAMBIER, L. R.; ALMEIDA, F. R. C.; TALAMINI, E. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento.** 704 f. 5ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.