

JUSTIÇA & CIDADANIA

ISSN 1807-779X
4971807779000 0 0 3 8 9 2
Edição 189 - Maio de 2016
R\$ 16,90

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS FILHO, PRESIDENTE DO TST

**“PRECISAMOS RACIONALIZAR
NOSSO SISTEMA JUDICIAL”**

EDITORIAL: Esperanças perdidas

As tutelas de urgência e a jurisprudência do TST

Douglas Alencar Rodrigues | Ministro do Tribunal Superior do Trabalho

No âmbito da jurisdição trabalhista, intensos debates são travados em torno dos meios de impugnação às decisões proferidas no exame das chamadas tutelas de urgência, em face da regra – também referida por alguns como princípio – da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias. Por força do § 1º do art. 893 da CLT, as decisões liminares e de antecipação dos efeitos da tutela apenas podem ser questionadas por ocasião do recurso cabível contra a decisão final proferida, ressalvadas algumas poucas exceções consagradas pela jurisprudência (Súmula 214 do TST).

De acordo com a Súmula 414 do TST, estruturada em três itens:

I - A antecipação da tutela concedida na sentença não comporta impugnação pela via do mandado de segurança, por ser impugnável mediante recurso ordinário. A ação cautelar é o meio próprio para se obter efeito suspensivo a recurso. II - No caso da tutela antecipada (ou liminar) ser concedida antes da sentença, cabe a impetração do mandado de segurança, em face da inexistência de recurso próprio. III - A superveniência da sentença, nos autos originários, faz perder o objeto do mandado de segurança que impugnava a concessão da tutela antecipada (ou liminar).

A esse debate se soma um outro igualmente relevante, fundado na Súmula 418 do TST, segundo a qual “A concessão de liminar ou a homologação



de acordo constituem faculdade do juiz, inexistindo direito líquido e certo tutelável pela via do mandado de segurança.”

À luz dessas diretrizes, tem prevalecido em alguns julgamentos a compreensão de que a referida Súmula 418 teria consagrado um poder absoluto ou discricionário aos magistrados para o exame das tutelas de urgência, ao mesmo tempo em que a Súmula 414 teria afastado o cabimento do mandado de segurança contra decisões que indeferem pedidos deduzidos nesse mesmo âmbito, pois apenas o admitiu contra decisões concessivas, o que, com todas as vênias, não nos parece adequado.

Do ponto de vista estritamente jurídico, a alusão à expressão “faculdade”, inscrita na Súmula 418 desta Corte, remete à noção de direitos subjetivos que, na sempre lembrada lição do Professor Washington de Barros Monteiro, confunde-se com a própria noção de poder pessoal advindo das regras do direito objetivo. Em suas palavras:

Direito subjetivo é poder. São as prerrogativas de que uma pessoa é titular, no sentido de obter certo efeito jurídico, em virtude da regra de direito. A expressão designa apenas uma faculdade reconhecida à pessoa pela lei e que lhe permite realizar determinados atos. É a faculdade que, para o particular, deriva da norma (jus est facultas agendi). (In CURSO DE DIREITO CIVIL - PARTE GERAL. São Paulo: Saraiva, 5ª edição, 1966, revista e aumentada).

Ainda analisando o poder conferido aos juízes para o exame de pretensões situadas no âmbito das chamadas tutelas de urgência, entre as quais figuram as decisões proferidas em cautelares, liminares e antecipações dos efeitos da tutela, parcela expressiva da doutrina e da jurisprudência opta por aludir a um caráter ou natureza discricionária da cognição judicial.

Não nos parece também correta essa proposição, pois a noção de discricionariedade aplicada ao direito “(...) encerra compreensão em torno da possibilidade de escolha conferida ao agente administrativo (no caso, o magistrado) de agir ou não agir numa determinada direção, consultando para isso a oportunidade e conveniência da medida” (RÉGNIER, João Roberto Santos. Discricionariedade Administrativa: significação, efeitos e controle. São Paulo: Malheiros Editores, 1997. p. 28).

Mas essa ideia de ampla discricionariedade conferida ao magistrado para o exercício da jurisdição, que parece incorporada pela Súmula 418 do TST, não se mostra adequada – ou, quando menos, não se mostra imune a críticas – em um sistema judiciário democrático, integrado por magistrados recrutados pelo sistema de mérito e que se sujeitam ao dever ético-jurídico de motivar suas decisões (CF, art. 93, IX).

O sistema constitucional brasileiro confere, é certo, garantias institucionais relevantes aos magistrados, as quais, longe de representar privilégios, apenas objetivam garantir aos cidadãos o mais amplo e efetivo acesso a órgãos judiciais integrados por magistrados tecnicamente preparados e verdadeiramente imparciais. Nesse exato âmbito de independência e autonomia é que se deve circunscrever a compreensão acerca do poder reconhecido aos magistrados de apreciar “livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes...” (CPC, art. 131).

É preciso ter presente que a garantia da livre persuasão racional não se destina unicamente a preservar a autonomia intelectual dos magistrados. Ao contrário, deve ser compreendida à luz de sua natureza instrumental, pois apenas se justifica na exata medida em que assegura aos cidadãos o direito à tutela efetiva, célere e imparcial de seus direitos e interesses (CF, art. 5º, XXXV). Em outras palavras, o livre convencimento motivado apenas se justifica e se legitima se vinculado ao direito fundamental assegurado aos cidadãos, de amplo acesso a juízes livres e independentes, apenas sujeitos à Constituição e às leis da República.

É relevante, ainda, ponderar que a antecipação dos efeitos da tutela, técnica inaugurada pela reforma processual do ano de 1994, foi idealizada para combater a já decantada crise de efetividade do Poder Judiciário, a partir da distribuição isonômica, entre os litigantes, dos ônus advindos não apenas da demora natural na efetiva resolução das milhares de ações propostas perante o Poder Judiciário – o chamado tempo fisiológico –, mas também da delonga resultante das chicanas processuais, da litigância de má-fé, dos estratagemas técnicos que apenas impediram e ainda impedem, por longos anos, a conclusão satisfatória das ações – o censurável tempo patológico do processo.

Para além desse aspecto, é preciso ter em mente que, superada a euforia gerada há mais de duzentos anos com a consagração da autonomia da relação jurídica processual em relação ao direito material, a doutrina processual evoluiu para realçar as concepções sucessivas da instrumentalidade e da efetividade da prestação jurisdicional, em sucessivas ondas teóricas forjadas pela complexidade crescente das relações sociais, impactadas por fatores diversos como o progresso tecnológico, a globalização econômica e o surgimento das sociedades de massa repleta de demandas advindas de constituições dirigentes.

Nesse novo contexto, a cláusula constitucional do acesso à Justiça (art. 5º, XXXV) assume um novo significado, assim exposto por Marinoni:

Se o Estado proibiu a autotutela privada é correto afirmar que ele está obrigado a prestar a tutela jurisdicional adequada a cada conflito de interesses. Nessa perspectiva, então, deve surgir a resposta intuitiva de que a inexistência de tutela adequada a determinada situação conflitiva significa a própria negação da tutela a que o Estado se obrigou no momento em que chamou a si o monopólio da jurisdição, já que o processo nada mais é do que a contrapartida que o Estado oferece aos cidadãos diante da proibição da autotutela. **Uma vez que o Estado é obrigado a prestar a devida tutela jurisdicional, entendida esta como a tutela apta a tornar efetivo o direito material, todos têm direito à adequada tutela jurisdicional. O jurisdicionado não tem apenas direito à resposta jurisdicional, mas sim direito à tutela jurisdicional efetiva.**

(...)

Como escreve Kazuo Watanabe, do princípio da inafastabilidade têm sido extraídas as garantias do direito de ação e do processo, o princípio do juiz natural e todos os respectivos corolários. **De acordo com o ilustre processualista, tem-se entendido que o texto constitucional, em sua essência, assegura “uma tutela qualificada contra qualquer forma de denegação da justiça”, abrangente tanto das situações processuais como das substanciais, sendo que essa conclusão fundamental tem servido de apoio à concepção de um sistema processual que efetivamente tutele todos os direitos, seja pelo esforço interpretativo que procure suprir as eventuais imperfeições, seja pela atribuição a certos institutos processuais, como o mandado de segurança, da notável função de cobrir as falhas existentes.**

O artigo 5º, XXXV, da Constituição da República, garante o direito de acesso à justiça e esse direito tem como corolário o direito à adequada tutela jurisdicional, que deve ser compreendido como o direito à preordenação de procedimentos adequados à tutela dos direitos. O cidadão que afirma ter um direito deve ter ao seu dispor as medidas e os instrumentos necessários à realização do seu eventual direito. **Se o direito à adequada tutela jurisdicional é garantido constitucionalmente, o legislador infraconstitucional é obrigado a estruturar o sistema processual de modo a permitir a efetividade da tutela de direitos. Um sistema de tutela dos direitos que não contenha procedimento adequado à tutela de uma determinada situação de direito substancial não está estruturado de acordo com a exigência constitucional.** (MARINONI, Luiz Guilherme. A Antecipação da Tutela. 5 ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 1999. p. 112, 114/115).

A legislação processual prevê as condições ou os requisitos que devem ser considerados pelos magistrados para o exame das denominadas tutelas de urgência. Nesse sentido, ao examinar, com a mais ampla liberdade que lhe confere a regra do art. 131 do CPC, as alegações da(s) parte(s), as circunstâncias do caso e as provas apresentadas, o magistrado deve objetivamente aferir se estão presentes a fumaça do bom direito e o risco de demora na composição definitiva da lide, no caso das ações cautelares e das liminares nessas mesmas ações cautelares (CPC, art. 801, IV), ou, ainda, a verossimilhança da alegação, o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu, na hipótese de antecipação dos efeitos da tutela (CPC, art. 273).

No caso específico da antecipação dos efeitos da tutela, é preciso notar que o legislador aludiu no art. 273 do CPC à **possibilidade** de o juiz antecipar, a requerimento da parte, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial:

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 de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões de seu convencimento.

(...)

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada. (...).

Como se percebe, a **possibilidade** a que alude o “caput” do preceito legal transcrito não se confunde com a faculdade de o julgador promover ou não a antecipação dos efeitos do provimento judicial final pretendido. De fato, essa possibilidade não pode ser confundida com discricionariedade na concessão ou não da medida, que apenas depende, objetivamente, e na forma da lei, (i) de requerimento formal da parte e (ii) da efetiva configuração, no plano fático, dos requisitos já referidos da verossimilhança da alegação, do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou da demonstração do abuso de direito de defesa ou do manifesto propósito protelatório do réu.

Tanto não há possibilidade de exame discricionário ou facultativo do magistrado que a própria lei prevê a necessidade de o juiz expor de modo claro e preciso as razões de seu convencimento (§§ 1º e 4º do art.

273 do CPC), o que apenas remarca o caráter não arbitrário do juízo de cognição sumário exercitado nesse âmbito específico de tutela de urgência, o que se coaduna aos postulados do amplo acesso à Justiça (CF, art. 5º, XXXVI), da motivação das decisões judiciais (CF, art. 93, IX) e do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV).

A indicação dos motivos que levaram ou não à concessão da tutela antecipada possibilita, ainda, o controle por órgão judiciário distinto, como expressão do próprio direito de defesa (CF, art. 5º, XXVI).

Nesse sentido, o escólio de KAZUO WATANABE:

1. O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inscrito no inc. XXXV do art. 5º da CF, não assegura apenas o acesso formal aos órgãos judiciários, e sim o acesso à Justiça que propicie a efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação da justiça e também acesso à ordem jurídica justa. Cuida-se de um ideal que, certamente, está ainda, infelizmente, muito distante de ser concretizado, e pela falibilidade do ser humano, seguramente jamais o atingiremos em sua inteireza. Mas a permanente manutenção desse ideal na mente e no coração dos operadores do direito é uma necessidade para que o ordenamento jurídico esteja em contínua evolução.

Um dos dados elementares do princípio da proteção judiciária com semelhante alcance é a preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva, adequada e tempestiva tutela de direitos. Outros elementos são igualmente fundamentais, como a organização judiciária adequada para o volume de serviços judiciários, recrutamento de juízes efetivamente preparados e com mentalidade aberta e capaz de perceber a permanente e rápida transformação da sociedade contemporânea, remoção de todos os obstáculos que se anteponham ao acesso efetivo à Justiça, organização de pesquisa permanente das causas da litigiosidade e dos meios de sua adequada solução judicial e extrajudicial, além de outras providências igualmente importantes. (...)

16. A ausência de critérios objetivos e claros que estabelecessem, a um tempo, o direito à antecipação da tutela e as medidas de salvaguarda contra os equívocos e exageros, estava fazendo com que a tutela jurisdicional fosse concedida segundo o critério pessoal e eminentemente subjetivo de cada juiz (alguns mais rigorosos, e outros menos) no estabelecimento dos pressupostos para a concessão da tutela antecipatória. E isso, como é de intuitiva percepção, estava gerando soluções injustas, além da insegurança e intranquilidade nos jurisdicionados e nos operadores do direito.

(...) **O primeiro parágrafo determina seja devidamente motivada a decisão concessiva da tutela antecipatória, indicando ‘de modo claro e preciso, as razões de seu convencimento’. A exigência vale também para a decisão denegatória, pois, se presentes os pressupostos legais, a antecipação da tutela é um direito da parte, e não medida dependente de discricionariedade do juiz.** O dispositivo seria, a rigor, dispensável, pois a exigência de motivação de qualquer ato decisório do juiz é hoje garantia constitucional (art. 93, inc. IX, da CF) e consta do Código de Processo Civil nos arts. 131 e 458, inc. II. Mas entendeu o legislador que a enunciação pleonástica de uma exigência teria um sentido didático importante, principalmente porque, mesmo após o preceito constitucional mencionado e as disposições da legislação ordinária, alguns juízes continuaram se utilizando dos chavões acima mencionados para a concessão ou denegação da medida liminar, violando abertamente o princípio da obrigatoriedade de fundamentação de toda e qualquer decisão. (Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer: arts. 273 e 461 do CPC in Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, n. 19, julho/ setembro, 1996. p. 77/89).

Reafirmando a presença de direito subjetivo da parte à obtenção da tutela antecipada, quando presentes os requisitos legais, a lição de FREDIE DIDIER JUNIOR E LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA:

Cumprido, a propósito, registrar breve repúdio à assertiva de que a concessão da liminar se situa na esfera de avaliação subjetiva do magistrado. Não existe subjetivismo na análise judicial. A concessão ou a denegação de provimento de urgência encontra balizamento em regras específicas da legislação processual, devendo o juiz, ao proferir sua decisão, fundamentá-la, demonstrando as razões pelas quais estão preenchidos ou não os requisitos do provimento de urgência. A verificação da presença de tais pressupostos rende ensejo à revisão pelos tribunais, eis que se trata de atividade interpretativa. (CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL, vol. 3, 12ª edição, 2014, Editora Jus Podium).

Ainda nessa mesma direção o escólio de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR:

Já no âmbito de antecipação da tutela, o espaço de liberdade do juiz é quase nenhum. Somente o que for requerido pela parte poderá ser concedido dentro do permissivo contido no art. 273 do CPC. E se configurados os pressupostos legais, não há discricionariedade para o juiz. Antecipação é direito da parte. Da mesma forma, se o interessado não fornecer ao juiz os comprovantes dos pressupostos do art.

273, não lhe resta margem para propiciar benesses ao requerente. O pedido de antecipação terá de ser irremediavelmente denegada (RJ N^o253, Porto Alegre: Síntese, Nov. 1998, p.25).

No mesmo sentido, Clovis Fedrizzi Rodrigues:

Nas hipóteses em que se achem presentes os requisitos de concessão da antecipação da tutela, o julgador somente tem uma alternativa que é de conceder, sob pena de ser ato ilegal e arbitrário – JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE leciona: **“não se trata de poder discricionário, visto que o juiz, ao conceder ou negar a antecipação da tutela, não o faz por conveniência e oportunidade, juízos de valor próprios da discricionariedade. Se a situação descrita pelo requerente se subsumir em qualquer das hipóteses legais, não restará outra alternativa ao julgador senão deferir a pretensão.”**

A concessão da tutela antecipada, desse modo, não é ato decorrente de poder discricionário do juiz, ou seja, estando presentes os fundamentos para a sua concessão, de forma inequívoca, ao juiz não é dado interferir a medida, ou vice-versa, isto é, não estando presentes tais fundamentos, concedê-la. A sua discricionariedade existe quanto à avaliação de estarem presentes, ou não, em cada caso, os elementos característicos da medida, devendo, no entanto, tal avaliação ser sempre fundamentada.

Portanto, respeitados os entendimentos em contrário, a decisão que antecipa os efeitos da tutela não se trata de poder discricionário do magistrado, a lei exige que a decisão acerca da antecipação de tutela seja sempre fundamentada, cabendo-lhe enunciar, “de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento” (CPC, art. 273 § 1^o). Assim, a concessão ou não da tutela antecipada não fica jungida ao poder discricionário do julgador, mas é um direito da parte quando preenchidos os requisitos que a autorizam, nos termos do art. 273 do CPC. (Antecipação de Tutela Recursal em sede de Agravo e Apelação: interpretação da Lei 10.352/01. Revista de Doutrina da 4^a Região. Publicação da Escola da Magistratura do TRF4 – EMAGIS. Publicado em 30/06/2004).

A compreensão de que o indeferimento da antecipação dos efeitos da tutela não pode ser impugnado por meio da ação mandamental parece, com todas as vênias, contrariar o próprio sentido da cláusula constitucional de amplo acesso à Justiça. Afinal, de acordo com a legislação vigente, a possibilidade de impugnação às decisões judiciais por via recursal ou autônoma define-se em razão da natureza das decisões proferidas, e não do conteúdo que possam assumir.

Por isso, sendo irrecorríveis as interlocutórias trabalhistas proferidas no âmbito das tutelas de urgência, a mera possibilidade de configuração de erro ou de arbitrariedade judicial faz impositivo o cabimento do mandado de segurança, única via cabível para reparar eventual lesão ou ameaça a direito líquido e certo, que pode estar configurada no âmbito da cognição cautelar liminar ou antecipatória de efeitos da tutela.

O acesso amplo e igualitário à Justiça representa uma das mais expressivas características do Estado democrático contemporâneo. Muito além de representar a simples possibilidade de recorrer ao Poder Judiciário para a defesa ou salvaguarda de direito ou pretensão contra lesão ou ameaça, também alcança a possibilidade de obtenção de decisões substancialmente justas, bem fundamentadas e em prazo razoável.

Note-se que é possível haver violação de direito líquido e certo tanto na decisão em que se defere liminar quanto na que a indefere.

Não há como concordar com a tese de que a lei atribui uma margem de discricionariedade ao órgão julgador quando este é provocado a decidir liminarmente. Afinal, se os requisitos legais para o deferimento da tutela antecipatória estão presentes, tem a parte, necessariamente, direito subjetivo à concessão da decisão de antecipação; de outro modo, quando ausentes os requisitos previstos na lei, o julgador deve indeferir o requerimento.

Modernamente, mesmo a tão decantada discricionariedade – conceito extraído do Direito Administrativo – submete-se ao controle judicial, porquanto a margem de escolha atribuída ao Administrador, traduzida na conveniência ou oportunidade para a prática dos atos, tem de ser exercida dentro de critérios razoáveis, observada a finalidade pública e os motivos que a animaram.

Assim, os atos discricionários não ficam totalmente imunes ao crivo do Judiciário (CF, art. 5^o, XXXV), pois o espaço de liberdade concedido ao administrador não pode ser exercido ilimitadamente e de modo arbitrário.

Por conseguinte, não se revela correto falar de matéria afeta à faculdade do julgador, pois se discute nos autos originários a existência de direito subjetivo à concessão de antecipação da tutela. É preciso que também sejam garantidos aos litigantes iguais oportunidades de defesa de suas pretensões e posições jurídicas, independentemente do polo que ocupem na relação jurídica processual, cabendo ao magistrado construir interpretações que assegurem a realização desse ideal, sob pena de inescusável inconstitucionalidade.

