

## A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NO PROCESSO DO TRABALHO (\*)

**Bruno Teixeira De Paiva**

### **I - INTRÓITO**

O instituto da antecipação de tutela, foi implantado em nosso sistema processual através da lei n. 8.952 de 13.12.1994. E, dentre todas as alterações trazidas por esta lei, a que se revelou com maior proficuidade foi, sem dúvida, a que possibilita ao aplicador da lei a antecipação da tutela

Existe, agora, a possibilidade de se requerer a tutela antecipada em todos os procedimentos, o que quer dizer, alcançar a decisão de mérito provisoriamente exequível, mesmo sem findos os tramites legais do processo. O que o novo texto permite é a possibilidade de o juiz conceder ao autor um provimento liminar que, provisoriamente, lhe resguarde o bem jurídico concernente à prestação de direito material reclamada como objeto da relação jurídica envolvido na lide.

É evidente, portanto, que trata-se de um instituto civilista (pois regulado no CPC), mas nem por isso, deixa de abranger outros sistemas processuais, como é o caso do trabalhista. E é justamente nesse ponto que tentarei expor meu ponto de vista, delineando a aplicabilidade do instituto no Processo do Trabalho, bem como fazendo uma análise dos principais enfoques trabalhistas relacionados com o tema.

Tratarei também de esmiuçar os pressupostos genéricos do tema, bem como de suas particularidades no Processo do Trabalho e aplicações divergentes com relação ao Processo Civil. Sem deixar de lado a questão dos efeitos nefastos do tempo e, por decorrência, a vital necessidade de aplicação da medida, principalmente em sede trabalhista, onde na maioria das vezes, de um lado da questão está um trabalhador ocioso de capacidade econômica.

Portanto, através do desenvolvimento do tema “*A Antecipação da Tutela no Processo do Trabalho*”, tentarei estabelecer e elucidar todos esses aspectos acima citados, além de outros que julgo de suma importância. O fascínio do tema, aguçado pela relevância do instituto, me levaram a discorrer por horas a fio sobre a matéria.

(\*) - Tese apresentada pelo Advogado  
**BRUNO TEIXEIRA DE PAIVA** na II  
**SEMANA DO JUDICIÁRIO DO TRT - PB**  
Prof. Orientador: José Baptista de Mello  
Neto

E este é o resultado: um trabalho simplório e humilde, e talvez até com pretensões não condizentes com o seu merecimento, e defende-se da possibilidade de cair na utopia baseando-se numa citação do célebre estadista norte-americano, (Teodoro Roosevelt): *“É muito melhor arriscar coisas grandiosas, alcançar triunfo e glória, mesmo se expondo à derrota, do que formar fila com os pobres de espírito, que nem gozam muito, pois vivem nessa penumbra cinzenta, que não conhece nem vitória nem derrota”*.

## II - O TEMPO NO PROCESSO E A RELEVÂNCIA DO INSTITUTO

*O tempo excessivo corrói a prestação da tutela jurisdicional. A demora, em certos processos, pode deformar a entrega da solução satisfativa. “ Justiça tardia não é justiça, mas injustiça. E injustiça qualificada. ” - Rui Barbosa.*

O caminho a ser trilhado pelo autor até obter a satisfação de seu direito, mostrava-se, quase sempre, numa recompensa para réu inadimplente e num castigo injustificável para o autor. Aquele era contemplado por longa suspensão do dever de cumprir a obrigação violada e este, inobstante a evidência muitas vezes de seu direito, não tinha outro trajeto a percorrer senão o de aguardar longo tempo , às vezes até intolerável, para obter a respectiva satisfação.

E como, hodiernamente, as relações sociais e econômicas se caracterizam mais pelo ritmo acelerado de vida, a prestação jurisdicional, como um todo, mostrava-se alvo do descrédito e da censura generalizada pela notória inaptidão dos serviços judiciais para se amoldarem à dinâmica social. O sistema processual brasileiro, justamente por não afigurar uma tutela jurisdicional efetiva que satisfizesse aos interesses das partes, trouxe prejuízo à evolução da sociedade, travando o próprio direito e inviabilizando a vida das pessoas.

Com o intuito de tentar contornar a inadequação do processo tradicional e suportar a irritante e intolerável lentidão da justiça, o legislador encontrou na antecipação de tutela uma válvula para se alcançar algum tipo de aceleração na tutela jurisdicional e alguma forma de antecipar os efeitos da solução de mérito esperada para causa.

O objetivo do legislador, ao criar o instituto da antecipação de tutela, foi tornar o processo mais célere. Mais efetivo. E, em sendo o processo traduzido como “ *pro cedere* ”, ou seja, “*caminhar par frente* ”, faz-se necessária a imposição a esta caminhada de uma dinâmica mais eficiente, mais rápida.

Justifica-se, pois, a antecipação da tutela, pelo princípio da necessidade, a partir da constatação de que, sem ela, a espera pela sentença de mérito importaria denegação da justiça, já que a efetividade da prestação jurisdicional restaria gravemente

comprometida. Reconhece-se, assim, a existência de casos em que a tutela só servirá ao demandante se deferida de imediato.

Cumpra salientar que, pela complexidade e relevância do Direito e dos bens jurídicos levados a juízo, visando um justo solucionamento de mérito, não se pode atropelar o contraditório e a ampla defesa, tão só por uma rápida satisfação do bem controverso. Aqui, dois valores constitucionais conflitam. O da efetividade da tutela e o do contraditório e ampla defesa.

E o eminente J. J. Calmon de Passos delinea a solução: “*Caso a ampla defesa e até mesmo a citação do réu importe certeza da ineficácia da futura tutela, sacrifica-se provisoriamente o contraditório, porque recuperável depois, assegurando-se a tutela que, se não antecipada, se faria impossível no futuro.*” E completa afirmando que trata-se do princípio da proporcionalidade, que impõe o sacrifício de um bem jurídico, suscetível de tutela subsequente, em favor de outro bem jurídico que, se não tutelado de pronto, será definitivamente sacrificado. Para o prof. Estevão Mallet “*é necessário buscar o equilíbrio, e a Antecipação da tutela é o instrumento para permitir a busca desse equilíbrio, entre a necessidade da rapidez e a perfeição da tutela jurisdicional*”.

Portanto, é fácil de se ver que a premissa de que “*o tempo faz os bons vinhos*” não se aplica de modo absoluto ao sistema processual brasileiro (tanto civil como trabalhista). O tempo gasto para percorrer todos os entraves judiciais é excessivamente grande, e em sendo maior a demora do processo, maior será seu custo e sua despesa, e enorme será o prejuízo das partes querelantes. E nesse entendimento, valho-me do lúcido ensinamento de Carnelutti, segundo o qual “*O tempo é um inimigo do Direito, contra o qual o juiz deve travar uma luta sem tréguas.*”

### III - A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA COMO DIREITO CONSTITUCIONAL DE AÇÃO

*Não há como deixar de aceitar que a eficácia de qualquer sistema processual e, bem assim, a utilidade das decisões por ele emitidas, dependem estritamente de sua capacidade de satisfazer as pretensões que lhe forem submetidas, e que só terá lugar se funcionar em tempo adequado.*

*Nesse entendimento, torna-se incontestável que o direito de ação passa a compreender também o direito a uma decisão tomada e cumprida em tempo razoável. Por isso mesmo que o pedido de tutela jurisdicional é também pedido de tutela tempestiva.*

*“A excessiva duração do processo” - assinala Ferruccio Tommaseo - “vulnera o princípio da efetividade da tutela jurisdicional”, princípio esse assimilado no artigo 5, inciso XXXV, da Constituição Federal. E completa o prof. Estevão Mallet afirmando que “dita observação é irrepreensível, pois, se fosse de outra forma, a demora na solução do litígio ou a*

***inadequação do procedimento previsto em lei obstarium, de fato, a tutela do direito, esvaziando o significado prático da garantia de acesso ao judiciário”.***

*Só se garante mesmo o direito de ação quando se assegura, além do acesso formal ao judiciário, também a utilidade do provimento a ser afinal emitido. Portanto, a previsão da antecipação, para tutela de direitos ameaçados de dano irreparável ou de difícil reparação, não é mera faculdade do legislador, mas decorrência necessária da garantia constitucional de ação, especialmente quando considerada essa garantia à luz da doutrina instrumentalista do processo.*

Tudo isso pelo fato de que certos direitos, notadamente aqueles de conteúdo não patrimonial, relacionados com liberdades fundamentais, só são tutelados adequadamente se deferida, em curto espaço de tempo, a providência reclamada. Do contrário, tornam-se irreparáveis os danos sofridos, e muitas vezes, inútil a tutela tardiamente prestada. Submeter tais direitos ao procedimento previsto para as demais ações seria, portanto, obstar sua efetiva defesa em juízo.

Observando a questão sob o prisma da atividade jurisdicional, percebe-se que, havendo o Estado proibido o exercício da autotutela, não pode, em situações em que a demora acarrete dano irreparável ou de difícil reparação a algum direito, deixar de prever mecanismos para a rápida prestação da tutela necessária, sob pena de negar, em verdade, proteção processual a esse direito. E negada a proteção processual ao direito, nega-se, em termos práticos, o próprio direito.

Daí decorre que, como bem obtempera o já pronunciado Estevão Mallet, “a atuação tardia da sanção, decorrente da demora no julgamento da demanda, constitui estímulo ao descumprimento da norma, já que, distanciado o fato consistente na violação da lei do fato subsequente da aplicação da sanção, fica enfraquecido, o caráter obrigatório do direito”.

Em suma, excluir a tutela de urgência nas hipóteses em que tal providência se faz necessária equivale, em termos práticos, a privar de tutela o direito em litígio, uma vez que não se impede a consumação de danos irreparáveis ou de difícil reparação. Vê-se portanto, a estreita ligação existente entre a antecipação de tutela e a garantia constitucional de ação. Com estas, busca-se a preservação do resultado útil do processo, evitando-se a ocorrência, durante a tramitação do feito, de dano irreparável ou de difícil reparação.

#### **IV - APLICABILIDADE NO PROCESSO DO TRABALHO**

Não é difícil concluir pela aplicabilidade da regra do artigo 273, do Código de Processo Civil, no processo do trabalho. A ausência de norma disciplinando a antecipação

da tutela em demandas trabalhistas, bem como a perfeita compatibilidade de semelhante instrumento com as normas pertinentes a tais demandas, compõem, com perfeição, o suporte para a incidência do artigo 769 da CLT.

Quanto a esta perfeita compatibilidade, vale inclusive ressaltar que em poucos setores adquire, como em matéria trabalhista, tanta relevância a rápida tutela dos direitos. Aliás, já houve mesmo quem dissesse caracterizarem-se os direitos trabalhistas pela exposição a prejuízo irreparável quando não satisfeitos de imediato.

E isso é bem fácil de se constatar ao se observar que, ante a natureza alimentar do salário e a condição realmente de debilidade econômica do trabalhador, a demora na solução do litígio é uma forma intolerável de denegação da justiça. O processo do Trabalho é caracterizado pela desigualdade das partes, que se reflete no desenvolvimento do processo pelo fato de que a parte economicamente mais debilitada (trabalhador) necessita o mais rapidamente da prestação da tutela para, no mais das vezes, assegurar a própria sobrevivência.

Prorrogando esse entendimento, a capacidade econômica é sinônimo de capacidade de resistência, sendo lúcida e de fácil verificação essa afirmação. No Processo do Trabalho, normalmente de um lado está a empresa (que pode aguardar, não sofrendo tantos prejuízos ocasionados pela demora da prestação), e do outro está o empregado, que não possui uma grande capacidade econômica (capacidade de resistência), e tem necessidade da rapidez da prestação para poder sobreviver.

Bem se vê que a antecipação da tutela não somente 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.

Outra questão que merece relevo é a que diz respeito à posição de alguns doutrinadores que afirmam ser inaplicável a tutela antecipada não por sua incompatibilidade com o processo do trabalho, mas por sua desnecessidade, desde que observado o procedimento legalmente estabelecido. Em outras palavras, respeitada a unicidade da audiência trabalhista de julgamento (CLT, art. 849), a concentração dos atos faria - defendem alguns - com que se abreviasse o procedimento, dando margem à rápida decisão da controvérsia. Bem, sujeitando-se a causa a pronta decisão, não haveria necessidade de tutela antecipada. Por esse entendimento, melhor do que aplicar o artigo 273, do CPC, no processo do trabalho, seria simplesmente respeitar o rito imposto pela lei trabalhista.

Data venia máxima, renomados juristas de dita opinião, esta não tem maior consistência. Inicialmente, concebe-se que, mesmo respeitado taxativamente o rito legal das ações trabalhistas, não se chegue e não se possa chegar a rápida solução da controvérsia. É o que ocorre na prática, ainda que se observe a unidade da audiência de julgamento. O grande número de processos acarreta a designação dessa audiência em data muito posterior à do ajuizamento do pedido, afora isso, não poucas vezes mostra-se inviável manter a audiência concentrada. Portanto, não é a tutela antecipada incompatível nem mesmo com o rito célere idealmente estabelecido pelo legislador para as demandas trabalhistas.

## V - ENFOQUES TRABALHISTAS DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

### V.1 - O Juiz do Trabalho e suas dificuldades

O juízo de primeiro grau deverá atuar como um “*artífice*” do direito, visando seus objetivos e renegando a precipitação. Terá que orientar-se, sempre e sempre, pelo bom senso e pela razoabilidade. O Juiz do Trabalho não poderá desapegar-se ao princípio de que aquilo que se busca no direito comum deverá ser adequado realidade trabalhista, pena de, assim não procedendo, encontrar óbice irremovível quanto à finalidade a ser atingida.

“*O Direito do Trabalho*” - como afirma Francisco Antônio de Oliveira - “*sempre que necessário, deverá torna-se irreverente como meio de defesa para conseguir seu objetivo*”. E, com essa postura de irreverência, humaniza e dá aplicabilidade em sede trabalhista, à *pacta sunt servana*, à *rebus sic stantibus*, à equidade, desvencilha-se da exigência do artigo 127 do CPC (art. 8, CLT); dá novo dimensionamento à prescrição (prestações periódicas) e, de há muito, já minimizara os efeitos deletérios da decadência.”

Deve o Juiz do trabalho ter a consciência de que é um aplicador de um direito novo, um dos mais dinâmicos, em diuturna comoção e de que recebe constantemente uma pressão social, inspirada por uma realidade universal que exige uma superação de conceitos para se adequar a uma nova visão e para servir a essa realidade cada vez mais exigente.

O Direito do Trabalho, ramo do direito em constantes mutações, deve avançar, repensar conceitos e adaptar normas do direito comum com o intuito de, principalmente, atender aos reclamos sociais. A obrigação de reverência à lei não impossibilita o juiz de bem interpretar, de suprir as lacunas do sistema normativo, de participar da importantíssima função de revelar o direito de acordo com as modernas idéias da antecipação de tutela.

### V.2 - Da antecipação de tutela nos dissídios coletivos e contra o trabalhador

Inicialmente, é preciso saber se fica a tutela antecipada restrita aos dissídios individuais ou se há também como utilizá-la nos dissídios coletivos. Não há razão alguma, porém, para hesitação. Como ensina Alice Monteiro de Barros, “*O dissídio coletivo é processo, como outro qualquer, sendo antecipáveis a tutela que nele se busca alcançar.*”

E contra tal posição nem cabe opor a eventual natureza normativa da decisão coletiva, uma vez que se admite, de modo expresso, a antecipação da tutela inclusive quando objeto do processo é a lei em tese, no campo do contencioso constitucional, como demonstra a norma do art. 102, inciso I, letra p, da Constituição Federal.

Outra questão que ainda resta enfrentar é a possibilidade de a antecipação ser deferida contra o trabalhador, em ação proposta pelo empregador. A hipótese é lucidamente suscetível e a dúvida não é de modo algum impertinente, já que, no direito italiano, de onde derivou o instituto agora introduzido no direito brasileiro, o legislador limitou o cabimento da antecipação contra o trabalhador.

Segundo o citado direito italiano, relativamente às somas não contestadas, o juiz pode estabelecer o imediato pagamento tanto em favor do trabalhador como em favor do empregador, caso figure este no pólo ativo da demanda. Mas, já na hipótese de direito provado, desde logo, de modo satisfatório, a ordem de pagamento antecipado só cabe a requerimento do trabalhador.

A divergência de tratamento (que deu margem, inclusive, a controvérsia em torno da constitucionalidade da regra), não existe na sistemática do Código brasileiro de Processo, não cabendo ao intérprete criá-la, sem que qualquer dispositivo legal a preconize.

Ademais, se o propósito do inciso II, do artigo 273, do CPC, é o de coibir práticas processualistas indesejáveis, nada justifica fazê-lo apenas quando figure o empregador em um dos pólos da demanda. O abuso do direito de defesa ou a protelação são sempre reprováveis, pouco importando quem haja incorrido em tais práticas. Logo, também a tutela requerida pelo empregador é passível de antecipação, e não apenas aquela postulada pelo empregado.

### **V.3 - Da antecipação de ofício**

O legislador, ao estabelecer as alterações do Código de Processo Civil, em nenhum instante, sequer, pensou em termos trabalhistas. Daí decorre que o emprego da norma de processo civil em âmbito trabalhista deve ser adaptada a esta realidade. E apesar da lei (artigo 273) falar de requerimento da parte, a norma legal não teria sentido e restaria mesmo inutilizado se fosse reiterada a exigência em sede trabalhista, onde a presença do advogado não é obrigatória e onde o crédito buscado tem natureza alimentar.

Cumpra deixar claro que a tese da inadmissibilidade da antecipação da tutela ex officio é perfeitamente sustentável no processo civil. Mas, por favor, assim não se alegue quanto ao processo do trabalho. Pretender que um peão de obra faça o requerimento ao juízo da antecipação de tutela é abusar da incoerência. Do magistrado não se admite tamanha ingenuidade. E muito menos do magistrado trabalhista, membro de um ramo ímpar do Poder Judiciário que se mantém em estreita equidistância da realidade social, onde se discute não o simples patrimônio mas muitas vezes a própria sobrevivência familiar.

Mais uma vez me agarro nos pormenores de Francisco Antônio de Oliveira, que ensina: *“O Juiz Trabalhista deve atuar com um a maior sensibilidade em relação ao Juiz de*

*Direito. Este poderá dar-se ao luxo de cumprir a lei em sua literalidade, aquele deverá auscultar do recôndito da lei e dali retirar regras virtuais que afloram de uma interpretação teleológica.*” Cumprindo lembrar que na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige às exigências do bem comum (art. 5 LICC).

#### **V.4 - Competência para aplicação do instituto nos colegiados trabalhistas de primeiro grau**

O requerimento da tutela antecipada é direcionado ao juízo competente para proferir a decisão a ser antecipada, atendidas as regras gerais pertinentes à matéria, sem que haja peculiaridades que mereçam relevo. Resta apenas aplicar, para o caso, a doutrina processual geral. Entretanto, no que concerne à competência interna nos juízos colegiados, como são os órgãos da justiça do trabalho (inclusive de primeiro grau de jurisdição), há discrepâncias doutrinárias.

A questão levantada ganha relevância quando se indaga sobre a competência para deliberar sobre o requerimento de antecipação: se cabe ao juiz presidente da Junta isoladamente ou ao colegiado, com a participação dos juizes classistas.

A consistência da dúvida está apenas no fato de se saber se a hipótese sujeita-se, por analogia, ao preceito do art. 659, incisos IX e X, da CLT, ou à regra de funcionamento colegiado e juízo, tirada, a contrario sensu, do art. 649, parágrafo 2, do mesmo texto legal. Questão de extrema importância, já que a adoção de procedimento diverso do correto implica sempre a nulidade da decisão tomada.

Sendo do colegiado a competência, o pronunciamento oriundo apenas do presidente nenhum valor pode ter, como facilmente se percebe. Caso prevaleça o oposto, ou seja, a tese da competência do juiz presidente, a nulidade não desaparece se a decisão é tomada pelo colegiado, ainda que com a participação do presidente.

Isso porque, de acordo com o modelo preconizado pela CLT, o presidente da Junta só vota na hipótese de divergência entre os classistas (parágrafo único, do artigo 850). Não havendo divergência a decisão é tomada tão somente pelos classistas. Ao presidente não cabe decidir, mas apenas propor a decisão e, depois, redigi-la. Conseqüentemente, admitida a tese da competência exclusiva do presidente para exame do pedido de antecipação, submeter o requerimento à deliberação dos classistas tiraria da autoridade competente o poder de decidir

Para dar resposta a questão levantada, socorro-me mais uma vez ao primoroso Mallet que afirma que, confrontado as disposições do artigo 659, incisos IX e X, com a do artigo 649, parágrafo segundo, ambos da CLT, percebe-se claramente que a última é de ordem geral, enquanto a primeira, ao contrário, mostra-se excepcional.

Pois bem, não é lícito aplicar analogicamente norma de índole excepcional, como defende a doutrina amplamente majoritária. “*O recurso à analogia*” - afirma Carlos Maximiliano – “*tem cabimento quanto a prescrições do direito comum, não do excepcional nem do penal*”. E completa, “*No campo desses dois a lei só se aplica aos casos que específica. Não me parece possível empregar, na aplicação de tais normas, o expediente da analogia.*”

Ora, a previsão do art. 659, incisos IX e X, da CLT é excepcional, e nela não estando abrangida a antecipação da tutela regulada pelo art. 273, do CPC, conclui-se pela competência do colegiado para deliberar sobre essa medida.

O fato de mostrar-se interlocutória a decisão que antecipa a tutela não torna o presidente do colegiado competente para decidir. De fato, em nenhum momento a Consolidação reservou ao presidente da Junta a 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.

Cumprе salientar que, entremettes, se o requerimento de antecipação vier em processo sujeito a julgamento apenas pelo presidente da Junta, como é o caso do incidente de liquidação de sentença, a participação dos classistas fica excluída.

## **VI - CONDIÇÕES PARA A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA**

Após discutir a aplicabilidade da antecipação da tutela no processo do trabalho, e depois de demonstrados os principais aspectos do instituto em sede trabalhista, é preciso agora indicar as condições legais para o deferimento de tal medida. Esta, portanto, está condicionada a certas precauções de ordem probatória, por se tratar de medida satisfativa tomada antes de encerrar-se a discussão e instrução da causa.

É preciso também distinguir a hipótese tratada no inciso I, do art. 273, do CPC, da prevista no inciso II, do mesmo preceito. Cada uma delas, além do pressuposto genérico, exige a presença de pressuposto particular próprio. Deste modo, cumpre principiar pela abordagem do pressuposto genérico, cuidando em seqüência e separadamente dos pressupostos particulares.

Pela análise do texto do dispositivo legal supra citado, fica bem claro que antecipação de tutela (que poderá ser total ou parcial em relação ao pedido formulado na petição inicial), dependerá dos seguintes pressupostos:

- 1 - Produção de prova inequívoca dos fatos arrolados na inicial
- 2 - Convencimento do juiz em torno da verossimilhança da alegação da parte
- 3 - Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.
- 4 - Caracterização do abuso de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu

#### 5 - Reversibilidade da decisão

A estes requisitos poderíamos verificar a presença do requerimento da parte, taxativamente expresso no texto legal. Mas, como foi exposto, em sede trabalhista, esta parte do dispositivo é inócua, já que se permite o pedido *ex officio*.

#### VI.1 - Da prova inequívoca e da verossimilhança da alegação

Existem dois pressupostos genéricos, que devem ser observados, para qualquer hipótese de tutela antecipada. São eles: A prova inequívoca e a verossimilhança da alegação.

Bem mais do que a simples aparência de direito (*fumus boni iuris*) reclamada para as medidas cautelares, exige a lei que a antecipação de tutela esteja sempre fundada em “*prova inequívoca*”. Como obtempera Humberto Theodoro Júnior, “*A antecipação não é de ser prodigalizada à base de simples alegações ou suspeitas. Haverá de apoiar-se em prova preexistente, que, todavia, não precisa ser necessariamente documental. Terá, no entanto, que ser clara, evidente, portadora de grau de convencimento tal que a seu respeito não se possa levantar dúvida razoável.*” Já Estevão Mallet adverte, “*Acontece, todavia, que prova alguma é inequívoca, porque simplesmente não há prova que forneça certeza absoluta sobre um fato ou um acontecimento. Por mais robusta que seja a prova, sempre subsiste a possibilidade de não corresponder ela ao que se passou no plano dos fatos.*”

Portanto, muito embora a análise do que seja inequívoca, seja buscada através de parâmetros valorativos, terá sempre forte dose de subjetivismo e dependerá sempre do maior ou menor grau de percepção de quem analisa a prova.

Mas então, o que poderemos definir como prova inequívoca? Ao meu ver, e mais uma vez entrelaçado nos ensinamentos do eminente Humberto Theodoro, inequívoca, é toda prova capaz de no momento processual autorizar uma sentença de mérito favorável à parte que invoca a tutela antecipada, caso pudesse ser a causa julgada desde logo. Alguns defendem que, sendo assim, então, prolate-se a sentença, encerrando-se a disputa pelo encerramento da lide.

Mas a questão não é bem assim. O julgamento definitivo do mérito não pode ser proferido senão a final, depois de exaurido todo o debate e toda a atividade instrutória. No momento, pode haver prova suficiente para a colhida antecipada da pretensão do autor. Depois, porém, da resposta e contraprova do réu, o quadro de convencimento pode resultar alterado e o juiz terá de julgar a lide contra o autor.

Já a verossimilhança da alegação, diz respeito ao juízo de convencimento a ser feito em torno dos fatos alegados pela parte que visa a antecipação a tutela. Não apenas no que se refere à existência de um direito subjetivo material, mas também, e relevantemente, no concernente ao perigo de danos e sua irreparabilidade, bem como ao abuso dos atos de

defesa e de protelação praticados pelo réu. Como resume Francisco Antônio Oliveira, “*Verossímil é o que tem mera aparência de verdadeiro*”.

Em outras palavras, os fundamentos da pretensão da tutela antecipada devem ser profícuos e apoiados em prova idônea. Em verdade, o perigo de dano e a temeridade da defesa não podem ser objetos de juízos de convencimento absoluto. Tão somente por probabilidade são apreciáveis fatos dessa espécie. E como afirma Carreira Alvim, “*A lei não se contenta com a simples probabilidade, já que, na situação do art. 273 do CPC, reclama a verossimilhança a seu respeito, a qual somente se configurará quando a prova apontar para “uma probabilidade muito grande” de que sejam verdadeiras as alegações do litigante*”.

## **VI.2 - Do fundado receio de dano irreparável e do abuso do direito**

Além desses dois requisitos de natureza probatória (quais sejam, a prova inequívoca e a verossimilhança da alegação), o art. 273 do CPC, estabelece, ainda como condição para deferimento da tutela antecipada, dois outros pressupostos, que devem ser observados de forma alternativa. São eles: O fundado receio de dano irreparável ou difícil reparação e o abuso do direito de defesa ou o manifesto proposto protelatório do réu. Humberto Theodoro Júnior, em recente congresso realizado na cidade de Natal (II Congresso de Processo civil e Trabalhista- setembro/98), afirmou que “*receio fundado é o que não provém de simples temor subjetivo da parte, mas que nasce de dados concretos, seguros, objeto de prova suficiente para autorizar o juízo de verossimilhança, ou de grande probabilidade em torno do risco de prejuízo grave.*”

Assertivas das mais escorregadas, já que apenas os inconvenientes da demora processual (muitas vezes inevitáveis dentro do sistema contraditório e da ampla defesa), não podem, por si só, justificar antecipação de tutela. É imprescindível se verificar risco de dano extraordinário, cuja consumação possa comprometer, substancialmente, a satisfação do direito subjetivo da parte.

Além do risco de dano, taxado no inciso I art. 273, este mesmo dispositivo legal, em seu inciso II, menciona o abuso de direito (nas formas de abuso de direito de defesa e manifesto propósito protelatório do réu), como outro requisito admissível para a tutela antecipada. Lembrando que esses dois pressupostos são alternativas, ou seja, um não precisa ser somado ao outro. Isso em virtude de que o abuso do direito por si só, presente a prova inequívoca e a verossimilhança da alegação, legitima a tutela antecipada, independente da verificação do risco de dano, e vice-versa.

O abuso do direito de defesa ocorre quando o réu apresenta resistência à pretensão do autor, totalmente infundada ou contra direito expresso, e, ainda, quando emprega meios ilícitos ou escusos para forjar sua defesa. São exemplos de abuso do direito de defesa, taxados no art. 17: Quando o réu deduz defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso (inciso I); altera a verdade dos fatos (inciso II), usa do processo para

conseguir objetivo ilegal (inciso III), opõe resistência injustificada ao andamento do feito (inciso IV) ou procede de modo temerário (inciso V). Praticando quaisquer destes atos, o réu, sem dúvida, abusa de seu direito de defesa.

Quanto ao manifesto propósito protelatório, também poderá ele legitimar a tutela antecipada, a exemplo do que ocorre com o abuso de defesa. Para se evidenciar, basta a comprovação nos autos, de que há, por parte do réu, o intuito protelatório. Temos no art. 17, uma hipótese capaz de configurar o propósito aludido, que é a provocação pelo réu de incidentes manifestamente infundados (inciso VI).

Como bem preleciona Calmon de Passos “*Quem postula sem fundamento sério, abusa do direito de demandar: além do abuso do direito, revela propósito manifestamente protelatório. Protelatório é tudo que retarda, sem razão atendível, o andamento do feito*”. E completa o dito autor, afirmando que este intuito é manifesto quando desprovido o ato, tido como protelatório, de justificação razoável, vale dizer, quando dele não poderá resultar proveito processual lícito para o interessado em sua prática.

### **VI.3 - Da provisoriedade e reversibilidade**

Como prescreve o parágrafo III do art. 273 do CPC, a tutela antecipada está adstrita ao regime das execuções provisórias, revestindo-a do caráter de solução não definitiva e, por isso mesmo, passível de revogação ou modificação a qualquer tempo, mas sempre por meio de decisão fundamentada. Observará, conseqüentemente, o estabelecido nos incisos II e III do art. 588. Preceitua, os ditos incisos que a execução provisória (e portanto a antecipação de tutela) não abrangerá atos que importem em alienação do domínio nem permita, sem caução idônea, o levantamento do depósito em dinheiro, ficando sem efeito, restituindo-se as coisas ao estado anterior, caso sobrevenha sentença que modifique ou anule a que foi objeto de execução.

Quanto ao segundo ponto do tópico a lei estabelece que a antecipação de tutela não será concedida se houver perigo de irreversibilidade da decisão. Ou seja, deve haver, para que se legitime a antecipação de tutela a possibilidade de reverter a medida antecipada, caso o resultado da ação não venha a ser contrário à pretensão da parte que requereu a antecipação satisfativa.

“*O periculum in mora*”, obtempera Humberto Theodoro, “*deve ser evitado para o autor, mas não à custa de transportá-lo para o réu (periculum in mora inversum). Ou seja: o autor tem direito a obter o afastamento do perigo que ameaça seu direito. Não tem, todavia, a faculdade de impor ao réu que suporte dito perigo. A antecipação de tutela, em suma, não se presta a deslocar ou transferir risco de uma parte para outra.*”

Mais vale acentuar a advertência de Sálvio de Figueiredo Teixeira: “*Em alguns casos, quando a pretensão for relevantemente urgente e se o índice de plausibilidade do direito for suficientemente consistente aos olhos do julgador ( entre permitir sua*

*irremediável destruição ou tutela-lo como simples aparência), esta última solução torna-se perfeitamente legítima". E conclui Baptista da Silva "O que, em tais casos especialíssimos, não se mostrará legítimo, será o Estado recusar-se a tutelar o direito verossímil, sujeitando seu titular a percorrer as agruras do procedimento ordinário, para depois, na sentença final, reconhecer a existência apenas teórica de um direito definitivamente destruído pela sua completa inocuidade prática".*

## VII - CONCLUSÃO

Pelo que vimos ao longo deste trabalho, a Antecipação de Tutela é um instituto dos mais relevantes do nosso sistema processual. Causa até admiração a sua tardia inclusão nas leis processuais brasileiras, devido a sua vital importância, principalmente em sede trabalhista. E é nessa área que dita medida deve ser aplicada com mais maleabilidade e razoabilidade. No campo trabalhista, o que está em jogo, no mais das vezes, não é o patrimônio de uma pessoa, mas a sua própria sobrevivência.

Quando da lei, toda e qualquer pessoa que trabalhe com o Direito nunca deve deixar de ter em mente o princípio norteador da aplicação da norma apositiva consignado no artigo 5º da LICC (Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum), sobretudo tendo-se em vista o fato de que o fim do direito é a concepção da Justiça.

As opiniões aqui proferidas não são apenas de um acadêmico de direito, mas, antes de tudo, de um cidadão preocupado com o destino de nossa justiça. Querendo deixar claro, entretanto, que está longe da pretensão do autor achar que tais opiniões se revestem da mais absoluta verdade ou de brilhantismo ímpar. Pelo contrário, são perfeitamente combatíveis e algumas até divergem das formuladas por renomados juristas. E apesar disto, encerra com a agradável sensação de quem deixou sua mensagem, ficando também a esperança de ver este ponto de vista sendo difundido e avaliado por entre estudantes e profissionais do Direito.

Espera o autor, finalmente, deixar gravado que o Juizes do Trabalho não poderão desapegar-se ao princípio de que aquilo que se busca no direito comum deverá ser adequado à realidade trabalhista. A obrigação de reverência à lei não impossibilita o juiz de bem a interpretar, de suprir as lacunas do sistema normativo, de participar da importantíssima função de revelar o direito de acordo com as modernas idéias da antecipação de tutela. Parafraseando Charles Chaplin, em O Último Ditador: "*Juízes, não sois máquinas! Homens é o que sois!*".

### **VIII - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALVIM, J. Eduardo Carreira - A Antecipação de Tutela na Reforma Processual, São Paulo, 1995

BARBOSA, Rui - Elogios Acadêmicos e Orações de Paraninfo - Edição da "Revista de Língua Portuguesa", 1924, p.381

CAVALCANTI, Francisco - Inovação no Processo Civil, Del Rey, Belo Horizonte, 1995

CONTE, Francesco - A Fazenda Pública e a Antecipação Jurisdicional da Tutela, em COAD - Informativo Semanal ADV, 25/95, p. 268

DINAMARCO, Cândido Rangel - A Reforma do Código de Processo Civil, 3ª edição, São Paulo-SP, Malheiros Editores, 1996

FRIED, Reis - Comentários à Reforma do Direito Processual Civil Brasileiro, 1ª edição, São Paulo-SP, Forense Universitária,

MALLET, Estevão - Antecipação da Tutela no Processo do Trabalho, São Paulo-SP, 1998

MARINONI, Hugo de Brito - A Antecipação da Tutela na Reforma do Processo Civil - 2ª edição, São Paulo-SP, Malheiros Editores, 1995

NERY JUNIOR, Nelson - Princípios do Processo Civil na Constituição Federal, 3ª edição, São Paulo-SP, Editora Revista dos Tribunais, 1995

OLIVEIRA, Francisco Antônio de - ALTERAÇÕES DO CPC, Aspectos Processuais Trabalhistas e Cíveis, São Paulo-SP, 1997

PASSOS, J. J. Calmon - Inovação no Código de Processo Civil, São Paulo-SP, 1995

RODRIGUES, Horácio Wanderlei - Acesso à Justiça no Direito Processual Brasileiro - 1ª edição, São Paulo-SP, Editora Acadêmica, 1994

SANTOS, Moacyr Amaral - Curso de Direito Processual Civil, Editora Saraiva, 1996

TEMER, Michel - Elementos de Direito Constitucional, 13ª edição, Malheiros Editores, São Paulo-SP, 1997

THEODORO JR., Humberto - As Inovações no Código de Processo Civil, Rio de Janeiro, 1995

Revista do TRT da 13ª Região - 1999