

A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA JURISDICIONAL E SUA APLICAÇÃO AO PROCESSO LABORAL.

Wolney de Macedo Cordeiro (*)^{*}

1. Introdução.

Em dezembro de 1994, o Governo Federal sancionou uma série de alterações no Código de Processo Civil Brasileiro, as quais objetivam precipuamente a simplificação e celeridade processuais. As inovações, que não foram poucas, certamente serão objeto de calorosos debates. Todavia uma delas, por conta de seu ineditismo, trará mais problemas para os chamados operadores do direito. Trata-se da alteração efetivada pela lei Nº. 8.952, de 13 de dezembro de 1994, que deu a seguinte redação ao art. 273 do Código de Processo Civil, *verbis*:

Art. 273. O Juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido

*** Wolney de Macedo Cordeiro é Juiz Presidente de Junta da 13a. Região, Professor da Universidade Federal da Paraíba e Coordenador da Escola Superior da Magistratura Trabalhista .**

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.

§ 2º. Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3º. A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do artigo 588.

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

§ 5º. Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até o final do julgamento.

2. Natureza jurídica.

O primeiro passo a fim de que possamos conhecer a inovação trazida pela Lei Nº. 8.952, de 13 de dezembro de 1994 é estabelecer sua natureza jurídica. Em outras palavras, devemos tentar esclarecer se tal antecipação tem caráter de tutela jurisdicional de conhecimento, ou se, por outro lado, se apresenta como mero incidente do processo de conhecimento.

Um primeira análise do problema pode nos levar à idéia de que a antecipação da tutela jurisdicional não teria caráter cautelar. Dentro desta linha de pensamento, como o ato se traduz em uma *satisfação antecipada* estaria ele impregnado pelas características originais do processo principal. Ilustrando o debate poderíamos até utilizar a célebre discussão sobre a natureza do provimento jurisdicional preconizado pelo inciso IX do art. 659, da CLT. Como se sabe, o mencionado dispositivo legal assegura ao Presidente da Junta a prerrogativa de obstar a transferência arbitrária de empregado. Tal procedimento nada mais é do que uma antecipação da tutela jurisdicional pretendida, posto que não corporifica tutela cautelar própria. Sobre ele afirma o eminente processualista Manoel Antônio Teixeira Filho: “...*não ignoramos a existência de uma classe de providências cautelares que se caracteriza pelo fato de provocar uma espécie de antecipação provisória da prestação jurisdicional de fundo, como é o caso dos alimentos provisionais, no plano do processo civil (arts. 852 a 854)...O reconhecimento desse efeito específico de algumas providências não basta, entretanto, para justificar a natureza cautelar que se tem atribuído à medida inscrita no inc. IX do art. 659 da CLT. Uma leitura atenta da referida norma legal nos mostra que o legislador vinculou a concessão dessa*

liminar à 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 que, dentre outras coisas, o inciso em exame não permite ser solicitada a liminar sem que haja uma ação cognitiva, que colime uma sentença de mérito.”¹

Ora, a objeção manifestada pelo eminente processualista, que se encaixa perfeitamente na presente discussão, prende-se ao fato da providência cautelar ser tutela independente do processo cognitivo. Enveredando por esta linha doutrinária, pode-se dizer que a antecipação da tutela jurisdicional não teria a natureza cautelar porque tem sua existência vinculada ao processo de conhecimento.

Sabe-se que, embora a tutela cautelar se caracterize pela acessoriedade, seu objeto é diverso da tutela cognitiva. Naquela o objeto é a garantia da efetividade da prestação jurisdicional emanada desta. A acessoriedade da providência cautelar, entretanto, não desnatura a sua autonomia. Daí porque, dentro desta orientação, a providência cautelar vincula-se à tutela cognitiva (e por vezes à executória), embora resguarde sua autonomia e independência.

Em outras palavras, a chamada tutela cautelar pode ser preventiva ou ainda incidental (Código de Processo Civil, art. 796) e, muito embora guarde o requisito da acessoriedade, não perde sua autonomia e unicidade procedimental. Logo, um procedimento que implicasse em simples antecipação da tutela jurisdicional e fosse umbilicalmente ligado ao processo cognitivo não teria natureza cautelar.

Muito embora tais argumentos se apresentem extremamente pujantes, não podemos deixar de identificar a natureza cautelar da providência antecipatória preconizada pelo recém-modificado art. 273 do Código de Processo Civil Brasileiro.

Em verdade, a antecipação da tutela jurisdicional não é novidade em nosso direito. Tal procedimento está previsto em diversas ações de procedimento especial como nas ações possessórias (Código de Processo Civil, arts. 928 e 929) e Embargos de Terceiro (Código Civil, art. 1.501), e ainda em sede de Mandado de Segurança (Lei No. 1.533, de 31 de dezembro de 1951, art. 7º., II). A atual alteração legislativa tornou apenas genérica uma providência peculiar a determinados tipos de ações.

Tais providências já haviam sido estudadas pela doutrina pátria e sempre foram classificadas como providências de natureza cautelar, muito embora de forma atípica. Vale a transcrição do escólio do eminente processualista José Frederico Marques, *verbis*: “...as medidas cautelares são sempre provisórias... Aliás, a mediadas provisórias faz referência o art. 798, ao aludir providências cautelares atípicas. Todavia a denominação de medidas provisórias é conferida, de regra, a certas medidas liminarmente concedidas em procedimentos especiais, tais como, v. gratia, a reintegração ou manutenção de posse, ou a concessão liminar de mandado de segurança. Apesar de predominantemente satisfativas, como se diz na doutrina,

¹ *In: As ações cautelares no processo do trabalho*, São Paulo, Ltr, 2. ed., 1991, p. 69.

*essas medidas, por anteciparem o resultado final do processo, não deixam de ter a natureza, também, de medida cautelar.”*²

A conclusão a que se chega é que a antecipação da prestação jurisdicional ontologicamente objetiva a certeza da composição do litígio levado à presença do Poder Judiciário. Neste diapasão, é indiscutível a natureza cautelar da providência, muito embora não tenha ela autonomia procedimental, como bem alega José Frederico Marques.

3. Da aplicação do instituto ao processo laboral.

É até enfadonho se falar da lacunosidade das normas jurídicas regulamentadoras do processo laboral. A própria legislação vigente prevê regras de subsidiariedade (CLT, arts. 769, 882 e 889). Entretanto, diante do surgimento de novos institutos na legislação ordinária, mister se faz sua adequação aos princípios reitores do direito processual obreiro.

Na presente hipótese, não se vislumbra qualquer incompatibilidade da antecipação da tutela jurisdicional com o rito trabalhista. Com efeito, achamos a adequação do novo instituto perfeita.

O processo do trabalho há de ser célere acima de tudo, dispensando formalidades inúteis e até inovando no campo procedimental, a fim de se conseguir prestação judiciária rápida e eficiente. Daí porque prevalecer neste ramo da ciência processual o princípio da simplificação procedimental, conforme orientação do eminente processualista Wagner Giglio.

Além da compatibilidade no campo doutrinário e científico, a antecipação da tutela jurisdicional não se confronta com a legislação vigente. Não se encontra qualquer regulamentação legislativa sobre o tema, nem qualquer outro dispositivo legal que a ela se contraponha. Muito pelo contrário, encontramos a legislação laboral extremamente receptiva à aplicação subsidiária, posto que já previa procedimento similar nas reclamações trabalhistas objetivando a anulação de transferências funcionais arbitrárias (CLT, art. 659, IX).

Enfim, conclui-se pela possibilidade de se aplicar ao processo laboral toda a regulamentação concernente à antecipação da tutela jurisdicional prevista no recém alterado art. 273 do Código de Processo Civil.

4. Da competência funcional do órgão de primeiro grau de jurisdição.

Ao se tentar adequar um instituto próprio do direito processual comum ao processo obreiro, tarefa árdua é a fixação da competência funcional do órgão de primeiro grau. Como se sabe, a Justiça do Trabalho tem por peculiaridade a composição colegiada em todos os graus de jurisdição, todavia, em alguns momentos

² *In: Manual de direito processual civil*, v. 04, São Paulo, Saraiva, 1976, p. 341.

processuais o juiz togado atua monocraticamente. Sendo assim, quem é competente para apreciar o pedido de antecipação da tutela jurisdicional: apenas o seu Juiz-Presidente ou todo o colegiado ?

Deixando de lado a discussão sobre a absurdez da permanência da representação classista nos dias atuais, deve-se saber que a atuação dos vogais (denominação mais adequada para o instituto) não é tão ampla como possa parecer. Com efeito, a ação dos representantes sindicais resume-se aos processos que envolvam tutela de conhecimento. A consolidação obreira expressamente exclui tal categoria de juízes leigos dos processos que envolvam tutela executória (CLT, art. 877). Resta, portanto, traçar os limites de sua atuação no âmbito da tutela cautelar.

Como não existe regulamentação específica sobre a tutela cautelar no âmbito de nossa legislação, a doutrina enveredou por caminhos diferentes na solução da questão. O eminente professor e magistrado Manoel Antônio Teixeira Filho preconiza o seguinte: *“Na Justiça do Trabalho, a competência para conhecer de ações (ou simples requerimentos) cautelares no processo de conhecimento, é da Junta de Conciliação e Julgamento, como colegiado de primeiro grau, e não do magistrado, que a preside, órgão monocrático que é. Requerida a providência acautelatória no processo de execução, competente para concedê-la ou negá-la será o juiz, agora em atuação caracteristicamente unipessoal, em virtude da declaração realizada pelo art. 648, § 2º, da CLT.”*³

Contrariando a opinião do eminente jurista, o Prof. Amauri Mascaro Nascimento preconiza que : *“... a decisão é da competência funcional do juiz Presidente da Junta, como nos parece adequado ao processo trabalhista. Desnecessário o funcionamento dos Classistas diante da natureza provisória e acessória do pronunciamento.”*⁴

Dentro da linha doutrinária do juslaboralista paulista, merece ser transcrita a opinião de Luiz Carlos T. Bomfim: *“Qualquer que seja o valor que se empreste a tais argumentos, o fato é que não servem para justificar a atuação dos classistas nas medidas cautelares pela simples e curial razão de que nela não se julga a lide, entre empregado e empregador, mas apenas se adotam medidas para assegurar o resultado útil do processo principal em que a referida lide será julgada.”*⁵

Ora, como já afirmamos anteriormente, o fundamento da tutela cautelar é a garantia da prestação jurisdicional e não a própria composição do conflito de interesses. Neste sentido, não há razões para se inserir a atuação dos representantes classistas em tal atuação jurisdicional.

³ Op. cit. p. 173.

⁴ *In: Curso de direito processual do trabalho*, 12. ed. São Paulo, Saraiva, 1990, p. 313.

⁵ *In: Competência funcional para cautelares em primeira instância*, Revista Ltr., Vol. 58. p/ 401, São Paulo, 1994.

Tal idéia pode ser lastreada em dois argumentos básicos. Em primeiro lugar, como tivemos oportunidade de ressaltar, a legislação processual vigente limita a atuação dos vogais às hipóteses de tutela de conhecimento, excluindo da tutela executória. Além do mais, a única vez que o diploma celetário se reporta ao provimento cautelar (art. 659, IX) o faz assegurando a atuação monocrática do juiz togado. O outro argumento utilizado para lastrear nosso ponto de vista prende-se ao fato de que a presença de juízes leigos no âmbito do Poder Judiciário se justifica para a discussão das questões de ordem fático (pelo menos a nível de primeiro grau de jurisdição). Tais julgadores não-togados, portanto, têm suas funções afeitas à aferição de questões de fato, sendo que a participação na prestação cautelar é um contra-senso.

No âmbito da tutela cautelar objetiva-se, tão-somente, a concretização do provimento cognitivo ou executório, como já frisamos por diversas vezes. Logo, dificilmente há espaço para a discussão da matéria fática, a não ser quando ligada à própria garantia da prestação jurisdicional.

Além do mais, a antecipação da tutela jurisdicional é medida que deve ser utilizada com extrema cautela, tanto que a legislação recém-editada exige que o Juiz indique, de modo claro e preciso, as razões de seu convencimento, razões estas que são eminentemente jurídicas e, portanto, fora do alcance dos integrantes do vocalato.

Concluindo, verifica-se que o instituto da antecipação da tutela jurisdicional é compatível com o processo obreiro. Em se tratando de órgãos de primeira instância, no entanto, a competência será apenas do Juiz-Presidente, funcionando monocraticamente.

5. Dos pressupostos para a concessão da medida.

Para a antecipação da tutela jurisdicional, o legislador exigiu a existência de *prova inequívoca* dos fatos capaz de levar o julgador a se convencer da veracidade das alegações. A terminologia utilizada, entretanto, não se demonstra clara. Com efeito não se vê muito tecnicismo na expressão *prova inequívoca*, uma vez que não deixa clara a acepção que deve dar o hermenêuta à locução.

Entendemos que o legislador, ao se utilizar do termo em questão, objetivou que a avaliação probatória fosse procedida de modo subjetivo pelo julgador. A avaliação da veracidade das alegações será procedida *in concreto*, dentro do prudente arbítrio do magistrado. Isto, por outro lado, não significa dizer que o Juiz poderá conceder a antecipação lastreado em meros indícios ou presunções, posto que o código determina a indicação das razões do convencimento de forma clara. Tais razões, portanto, serão extraídas de elementos concretos dos autos e não da experiência individual do magistrado.

Além do requisito básico da robustez da prova lastreadora do pedido, mister se faz que o requerente demonstre a necessidade da urgência da medida ou atitude protelatória do réu. Analisemos estas duas hipóteses:

a) No inciso I do art. 273, preconiza o legislador que seja deferida a antecipação da tutela quando “... *haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação...*”. Nada mais fez do que reproduzir o pressuposto cautelar preconizado pelo art. 798 do Código de Processo Civil ao qual a doutrina batizou de *periculum in mora*. Vale, portanto, para fins de antecipação da tutela jurisdicional toda a discussão doutrinária já existente sobre o *periculum in mora* que, por motivos óbvios, não será desenvolvida neste trabalho.

b) Já no inciso II do mesmo artigo, exige-se, de forma alternativa, que “... *fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.*”. Inicialmente, entendemos que a modificação legislativa foi redundante. O propósito protelatório do réu já englobaria o abuso do direito de defesa. Entretanto, seguindo a sistemática do código vejamos os dois institutos isoladamente.

Para a delimitação do abuso do direito de defesa devemos recorrer à teoria do abuso do direito construída pelos civilistas franceses do século passado. Muito embora estejamos no âmbito do direito material, nada obsta que se utilize do instituto que, em essência, pode ser aplicado a todo o direito. Os próprios estudiosos do Direito Civil admitem a inserção da teoria do abuso do direito no âmbito do direito processual. Entre eles se situa a jurista Maria Helena Diniz, cujo ensinamento transcrevemos: “*O Código de Processo Civil, por sua vez, também cuidou da questão do abuso de direito no processo nos arts. 14 a 18, ao dispor sobre o processo de conhecimento, impondo às partes no exercício do direito de ação ou no de defesa que procedam com lealdade e boa-fé, sob pena de responderem como litigantes de má fé pelos prejuízos causados à contraparte.*”⁶

Muito embora se admita a absorção da teoria do abuso do direito pelo direito processual, há na doutrina uma séria divergência quanto à possibilidade do abuso do direito de defesa. Argumenta-se que por ser manifestação de uma garantia constitucional (Constituição Federal, art. 5º, LV) e um corolário do Estado democrático, não se pode cogitar em abuso do direito de defesa. Neste sentido, afirma o também juslaboralista Orlando Gomes que “*certos direitos não comportam limitação, como, por exemplo, o de defesa e o de condomínio forçado.*”⁷

Ainda sobre a questão do abuso do direito de defesa no âmbito de nosso direito positivo, preconiza o saudoso Pontes de Miranda *verbis*: “*A liberdade de se defender em justiça é essencial à própria liberdade de pensamento e de ação, sem a qual a sociedade se envilece e regride. Onde a justiça falta, a infelicidade humana se insinua; onde se cerceia a defesa, estrangula-se a liberdade humana, antes mesmo que a justiça falhe. Assim o abuso do direito processual só existe quando se compõem os seus pressupostos segundo texto legal; e nunca se aprecia antes de ter produzido os seus efeitos, porque então se estariam a peneirar liminarmente, a*

⁶ In: *Curso de direito civil brasileiro*, v. 07, São Paulo, 1993, p. 394.

⁷ In: *Introdução ao direito civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1983, p. 116. Negrito apostro pelo autor.

pretensão à tutela jurídica, a pretensão processual, a ação e a prática dos atos processuais.”⁸

Verifica-se, por conseguinte, que a doutrina processual é extremamente cautelosa em recepcionar o instituto do abuso do direito, principalmente quando estamos lidando com o direito de defesa. A cautela nesta hipóteses é extremamente justificável, posto que se trata de garantia constitucional sem limitação autorizada. Ademais, como esplendidamente frisou o mestre Pontes de Miranda, só se poderia detectar abuso do direito de defesa após a conclusão do processo, e, mesmo assim, se caracterizado o desvio do procedimento.

Vê-se, por conseguinte, que o novo dispositivo do Código de Processo Civil, além de duvidosa constitucionalidade, se mostra inócuo e desprovido de finalidade prática em virtude da dificuldade de caracterização do chamado abuso do direito de defesa.

Mais proveitosa, entretanto, é a disposição que permite a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional quando caracterizado *o manifesto propósito protelatório do réu*. Tal disposição, dada a sua abrangência, permite ao magistrado coibir previamente os atos da parte ré que possibilitem o atraso no andamento da lide. Trata-se de pressuposto da antecipação a ser analisado de forma subjetiva. O que importa é o comportamento do réu na condução da lide, e não apenas os atos por ele praticados. Alerta-se, por outro lado, para o fato de que devem existir elementos concretos nos autos que demonstrem a proposital inércia da parte ré.

Entre as hipóteses ensejadoras da caracterização do comportamento protelatório do réu, podemos destacar a recusa em trazer aos autos documentos indispensáveis a solução do litígio, o requerimento para inquirição de testemunhas por carta precatória (quando se demonstra que o réu tem provas suficientes para lastrear sua defesa), a recusa do recebimento de notificações, a formulação de requerimentos incidentais sem amparo legal, a solicitação de perícias ou inspeções flagrantemente desnecessárias, entre outros atos tão comuns no cotidiano forense. Vislumbrando atitudes deste jaez, poderá o Juiz, mediante requerimento do interessado, solicitar a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional.

6. Dos meios impugnativos à medida antecipatória.

A decisão que defere ou não a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional é, sem sombra de dúvidas de natureza interlocutória (Código de Processo Civil, art. 162, § 2º). Neste sentido, por força do art. 893, § 1º. do diploma celetário, trata-se de decisão imediatamente irrecorrível, só atacável juntamente com o meio recursal interposto contra a sentença.

⁸ *In: Comentários ao código de processo civil*, 4. ed. Rio de Janeiro, 1995, p. 358.

Obviamente, quando a decisão antecipatória for proferida em desacordo com o estabelecido em lei e causar sérios prejuízos para o réu, cogita-se o ajuizamento de Mandado de Segurança, na forma da legislação vigente.

Entretanto, como a decisão antecipatória tem caráter precário e pode ser modificada a qualquer tempo (CPC, art. 273, § 4º.), admite-se, como meio impugnativo, o requerimento fundamentado do interessado para sua revogação.

7. Da execução da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional.

O próprio art. 273 do Código de Processo Civil determina que a execução da decisão antecipatória da tutela jurisdicional siga o que determinam os incisos II e III do art. 588, do mesmo diploma legal. Trata-se, como não poderia deixar de ser, de execução provisória que só se torna definitiva caso a tutela antecipada coincida com a prestação jurisdicional final transitada em julgado.

8. Considerações finais.

A antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional é um instituto novo em nossa processualística, o qual certamente irá fomentar calorosos debates doutrinários. Entretanto, só com a utilização quotidiana do instituto poderemos mensurar com precisão a sua importância e utilidade.

O instituto, ora analisado, representa um grande passo na consecução da tão almejada celeridade processual. Deste avanço não se furta o processo do trabalho, onde a celeridade não pode ser encarada como mero atributo, mas sim razão de sua existência.

A tutela antecipada certamente será utilizada com mais frequência nas demandas que envolvam obrigação de fazer, especialmente, no que tange à reintegração de empregados estáveis. Especificamente em tal hipótese, estaria suplantada a discussão sobre a natureza satisfativa ou não do provimento cautelar de reintegração, posto que poderá este agora se revestir de antecipação de efeitos da tutela jurisdicional no âmbito do processo de conhecimento.

9. Conclusões.

Findo este trabalho podemos chegar às seguintes conclusões:

1) a medida de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, muito embora efetivada dentro de processo de conhecimento, tem caráter de tutela cautelar;

2) é plenamente aplicável ao processo do trabalho o instituto da antecipação da tutela jurisdicional;

3) é o Juiz-Presidente da Junta, atuando monocraticamente, e não o colegiado, que tem competência para decidir o incidente;

4) a aferição da prova inequívoca para fins de concessão da medida será avaliada pelo julgador *in concreto*;

5) a doutrina moderna não admite o abuso do direito de defesa que tem seu exercício garantido por preceito constitucional, ademais a deslealdade processual nesta hipótese só poderá ser aferida no final do procedimento;

6) é interlocutória a decisão que defere a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, só sendo possível a impugnação via meio recursal que ataque a sentença;

7) a execução da medida de antecipação da tutela jurisdicional é provisória.