A TUTELA ANTECIPADA NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Renila Lacerda Bragagnoli: Advogada da Codevasf empresa pública federal, vinculada ao Ministério da Integração Nacional. Pós-graduação lato sensu em Ciências Criminais e em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Autônoma de Lisboa.

RESUMO

A antecipação dos efeitos da tutela representou inovação importante em matéria processual, já que autoriza o deferimento provisório ao autor, que pode ter seu pedido atendido de forma parcial ou integral, antes do julgamento definitivo, uma vez preenchidos o requisitos do art. 273 do Código de Processo Civil. É por meio dessa medida que se propicia ao autor a fruição, total ou parcial, do objeto da lide. Desta forma, procura-se, com este trabalho, proporcionar um conhecimento mais aprofundado do instituto da tutela antecipada no âmbito do processo trabalhista, visto que esse afasta a possibilidade de dano decorrente da mora na prestação jurisdicional, além de ser um veículo apto a dotar de efetividade o processo, posto que torna possível/viável a outorga de providências de natureza temporária, tendentes a frear situações de risco, sendo, portanto, uma medida reflexa dos princípios constitucionais do processo (Constituição Federal, art. 5º, LXXVIII), além de harmonizar-se com o cunho social da Justiça do Trabalho. Contudo, a aplicação subsidiária da antecipação dos efeitos da tutela deve se ater às peculiaridades do processo trabalhista, mormente as relacionadas à competência, procedimento e recorribilidade. Inquestionável, portanto, que a antecipação de tutela apresentou inovação importante que visou à celeridade e efetividade ao processo e que, atualmente, é grande ferramenta à disposição do Processo do Trabalho, que convive diuturnamente com a pobreza ao discutir conflitos referentes a créditos de natureza alimentar, destinados ao atendimento das necessidades mais básicas do trabalhador e sua família.

Palavras-chave: Tutela antecipada. Justiça do Trabalho. Aplicação. Eficácia. Celeridade. Peculiaridades.

ABSTRACT

The anticipation of injunctive relief effects represented an important innovation in procedural matters, since it provisionally authorizes the deferring to the author, ensuring it partly or fully before final judgment, once fulfilled the requirements of Art. 273 of the Code of Civil Procedure. This measure is the way to provides the author with the fruition, total or partial, of the object of the dispute. Thus, this work aims to providing a deeper understanding of the institution of injunctive relief under the labor process, since this institute departs possibility of damage arising from delay in adjudication, besides being a way to the process effectiveness, once makes possible/feasible the grant of arrangements in a temporary nature, tending to stop risk situations, being, so, a reflex measure of the constitutional principles of process (BFC, art. 5th, LXXVII), besides harmonizing with the social aspect of the Labor Court. However, the subsidiary application of the injunctive relief should be sticked to the peculiarities of the labor process, especially those related to competence, procedure and recorribilidade. Unquestionable, therefore, that the injunctive relief had significant innovation aimed at celerity and effectiveness to the process, an important tool currently available to the Labour Process, that incessantly coexists with poverty, discussing conflicts over claims for alimony, designed to meet the most basic needs of the worker and his family.

Key-words: Injunctive relief. Labour Court. Enforcement. Effectiveness. Celerity. Peculiarities.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 10

2 RAÍZES HISTÓRICAS DA TUTELA ANTECIPADA 12

2.1 O ACESSO À JUSTIÇA COMO JUSTIFICAÇÃO CONSTITUCIONAL PARA A CRIAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA 15

3 ELEMENTOS DA TUTELA ANTECIPADA 18

3.1 REQUISITOS 19

3.1.1 Requerimento da parte legitimada 19

3.1.2 Produção de prova inequívoca 20

3.1.3 Verossimilhança da alegação 21

3.1.4 Receio de dano irreparável ou de difícil reparação 22

3.1.5 Abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu 22

3.2 Momento ou oportunidade 25

3.3 EXTENSÃO 26

3.4 CARACTERÍSTICAS 27

3.4.1 Provisoriedade 27

3.4.2 Reversibilidade 28

3.5 PECULIARIDADES 29

3.5.1 Tutela antecipada contra a Fazenda Pública 29

3.5.2 Tutela antecipada em face do fato incontroverso 33

3.5.3 Tutela antecipada final e suas implicações 35

4 TUTELA CAUTELAR E TUTELA ANTECIPADA: SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS 38

4.1 O ABUSO DO DIREITO DE DEFESA COMO ELEMENTO DIFERENCIADOR 40

4.2 A FUNGIBILIDADE ENTRE AS TUTELAS DE EMERGÊNCIA.....42

5 A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA NA JUSTIÇA DO TRABALHO 45

5.1 REQUISITOS DA TUTELA ANTECIPADA NA JUSTIÇA DO TRABALHO.....47

5.2 REVERSIBILIDADE E PROVISORIEDADE.....50

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....53

REFERÊNCIAS.....56

ANEXO A – Acórdão do julgamento do PROCESSO Nº TST-RO-6081-12.2012.5.04.0000 58

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho, sob o título A Tutela Antecipada na Justiça do Trabalho, busca analisar o instituto da antecipação de tutela, sua criação, essencialmente no que diz respeito aos seus requisitos de concessão, características, paralelamente com a tutela cautelar, além de possuir um capítulo que tem, por fito, analisar a aplicabilidade deste instituto na Justiça Especializada do Trabalho.

O estudo do tema, que é enfrentado a partir do exame doutrinário, legal e jurisprudencial, encontra justificativa diante da necessidade, cada vez maior, de medidas que busquem uma prestação jurisdicional mais justa e efetiva, em total consonância com os preceitos constitucionais.

Estabelecidas essas premissas, busca-se inserir o leitor no contexto jurídico em que se encontram as tutelas jurisdicionais de emergência, firmando-se os pontos de conexão e de divergência existentes entre elas e dissertando-se, após, sobre os elementos definidores da tutela antecipada, espécie de tutela jurisdicional objeto deste estudo.

A antecipação dos efeitos da tutela representou inovação importante, posto que autoriza o deferimento provisório ao autor, que pode ter seu pedido atendido de forma parcial ou integral, antes do julgamento definitivo. É por meio desta medida que se propicia ao autor a fruição, total ou parcial, do objeto da lide.

Desta forma, procura-se, com este trabalho, proporcionar um conhecimento mais aprofundado do instituto da tutela antecipada, a fim de despertar o entendimento da tutela antecipada como um meio para um processo mais célere e efetivo, notadamente no âmbito da Justiça do Trabalho, por absoluta pertinência temática e equivalência com as imposições sociais que demandam celeridade e eficiência nos julgamentos que envolvam relação de trabalho.

Fixadas as bases para a iniciação ao estudo da tutela antecipada, fazem-se algumas considerações acerca da evolução histórica das tutelas de emergência, das quais serão evidenciadas a criação e a justificação da tutela antecipada.

Após, serão analisados todos os elementos essenciais de concessão da medida, que estão declinados no art. 273, bem como as características intrínsecas à medida.

Tratar-se-ão, também – no que tange à tutela antecipada –, de alguns aspectos tidos como polêmicos no mundo jurídico, como a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, a concessão da medida no bojo da sentença e a antecipação em face do fato incontroverso, de modo que serão estudados os entendimentos existentes mediante a indicação do entendimento mais adequando diante do caso concreto.

Analisa-se, ainda, a diferença entre a tutela cautelar e a tutela antecipada, visto que, por serem medidas urgentes e com elementos semelhantes, são bastante confundidas pelos operadores do Direito. Coube fazer um paralelo entre as duas medidas, deixando claros os pontos de interseção e as zonas de total divergência.

Por fim, analisar-se-á o instituto em apreço especialmente quanto à sua aplicabilidade no âmbito da Justiça do Trabalho, tendo em vista que sua correta aplicação responde aos clamores sociais de uma prestação jurisdicional mais célere, justa e igualitária através de decisões efetivas e satisfativas, essencialmente perante a mais social das competências jurisdicionais.

Deste modo, sem o intuito de esgotar os ricos temas ora estudados, pretende-se aqui analisar o instituto da tutela antecipada, com vista a compreendê-lo e dar a todos a possibilidade de conhecer esta medida que tem, como objetivo, oferecer maior efetividade ao processo brasileiro.

2 RAÍZES HISTÓRICAS DA TUTELA ANTECIPADA

Durante o período do Império, o Processo Civil Brasileiro obedecia às regras das Ordenações Filipinas, que vigoravam em Portugal desde 1603.

A origem da tutela antecipada remonta ao regime das Ordenações do Reino, que apresentava ações de manutenção e reintegração de posse, classificadas como sumárias se ajuizadas dentro de ano e dia. Não havia, porém, a previsão de liminar.

Em 1876, foi promulgada uma Consolidação das Leis de Processo Civil – feita pelo Conselheiro Antônio Joaquim Ribas –, que vigorou até a edição do primeiro Código de Processo Civil Brasileiro.

Com a Constituição de 1934, a unidade do processo civil foi estabelecida em todo o território nacional e, em 1939, através do Decreto-lei n.º 1.608, foi promulgado o Código de Processo Civil.

O Código de 1939 foi inspirado em legislações estrangeiras, apresenta muitos procedimentos especiais e um complexo sistema recursal. Esses fatores demandaram uma mudança no sistema processual civil pátrio.

Diante disso, em 1973, um novo Código foi sancionado, através da Lei n.º 5.869, que passou a vigorar a partir de 11 de janeiro de 1974. É este Código que vige até hoje, com várias alterações.

O Código de 1973 é formado pelo conjunto de 1.220 artigos, divididos em cinco livros, a saber: Livro I – Do Processo de Conhecimento; Livro II – Do Processo de Execução; Livro III – Do Processo Cautelar; Livro IV – Dos Procedimentos Especiais; e Livro V – Das Disposições Finais e Transitórias.

Este trabalho se limitará a analisar os Livros I e III, pois eles guardam relação com o estudo.

O Processo de Conhecimento é aquele que provoca a atividade jurisdicional a fim de que seja dada uma solução a um determinado litígio, cujo objetivo é a prolação de uma sentença de mérito, que pode ser procedente ou improcedente quanto ao pedido formulado; trata-se do meio pelo qual um juiz decide uma lide através de normas e princípios jurídicos.

O Processo Cautelar é aquele que visa a garantir a efetividade, tanto do processo de conhecimento quanto do de execução. Seu resultado é um provimento acautelatório que garante o resultado do processo principal. Deve ser invocado quando estiver presente o risco de alteração das partes no processo, antes da solução final da lide. Sua finalidade precípua é a de conservação do estado fático e de direito (em caráter provisório e preventivo), e visa a preservar a eficácia e a utilidade da prestação futura.

Quando não havia a tutela antecipada, a ação cautelar inominada era usada com caráter satisfativo para a obtenção da antecipação provisória do provimento invocado.

O excesso de burocracia existente na função jurisdicional, juntamente com um processo formal e solene e a existência de mecanismos hierarquicamente sofisticados, visa a dar racionalidade e segurança à composição de conflitos. Mas outro fator – o tempo – torna-se preponderante nos dias atuais. Complexidade e velocidade impõem estabelecer, no processo, equilíbrio entre os objetivos de segurança e eficiência.

Por considerar o fator temporal é que o legislador busca criar medidas alternativas e diferenciadas de proteção dos interesses em litígio. No comum dos casos não havia, entretanto, um instrumento legal que permitisse antecipar o deferimento do pedido, mesmo na iminência de perecimento do direito. Em face disso, generalizou-se a utilização anômala da ação cautelar inominada, com caráter satisfativo.

A realidade demonstra que muitas vezes a parte não pode esperar o tempo necessário para o convencimento judicial, nem esperar o desenrolar de um procedimento complexo, ou até mesmo que “chegue” a sua vez (em face do exacerbado número de processos e de recursos que acabam por atrasar a prestação jurisdicional), já que, se a sua pretensão não for satisfeita urgentemente, de nada adiantará esperar o resultado do processo, pois mesmo que seu direito seja reconhecido, ele não mais poderá ser exercido. Há casos, ainda em que, além da mora na prestação jurisdicional, o réu, sabedor de que o autor terá o seu direito reconhecido, resiste ao processo com o único propósito de protelar as decisões judiciais, fato que prejudica, ainda mais, o autor. Assim, surgiu a necessidade de o legislador criar um instituto que permitisse, a antecipação de efeitos concretos da sentença.

Nesse cenário, em 1992, uma comissão fixou os pontos que mereciam reforma dentro do Código de Processo Civil. As alterações visavam a agilizar, desburocratizar e simplificar a prestação jurisdicional. Um dos membros da Comissão, Kazuo Watanabe, defendia a tese de que a remodelação do ordenamento jurídico devia ser pautada no acesso à justiça, previsto como norma constitucional.

Foi dentro desta ótica que a Lei n.º 8.952/94 reformou o art. 273 do Código de Processo Civil e concebeu o instituto da tutela antecipada. Buscava-se o ideal, consubstanciado na prestação de uma tutela o mais rapidamente possível àquele que tem um direito, exatamente aquilo que tem o direito de obter.

A antecipação dos efeitos da tutela representou inovação importante, vez que permite o deferimento provisório ao autor, que pode ter seu pleito atendido parcial ou integralmente, antes do julgamento definitivo. É ela que assegura, ao autor, a fruição total ou parcial do objeto da lide. Não há que se olvidar, porém, que é indispensável uma sentença final.

Não se trata de simples faculdade ou de mero poder discricionário do juiz, mas de um direito subjetivo processual, dentro dos pressupostos rigidamente traçados pela lei. A parte tem o poder de exigir, da justiça, a prestação jurisdicional a que o Estado se obrigou e justifica-se pelo princípio da necessidade e da efetividade, posto que a ausência daquela importaria denegação da justiça.

Posteriormente, a Lei n.º 10.444/02 trouxe mudanças em relação à antecipação da tutela – que serão detalhadas em capítulo autônomo – posto que modificou a redação do §3º do art. 273, bem como incluiu os §§6º e 7º ao mesmo artigo.

Em tempo, faz-se necessário que se reporte à Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que acrescentou o inciso LXXVIII da Constituição Federal, que assegura, **in verbis**: “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Ou seja, mais um dispositivo constitucional que objetiva um acesso à justiça mais dinâmico e eficiente.

Assim, a necessidade de se tutelar direitos emergenciais consubstancia-se, primordialmente, num dever constitucional (consectário da garantia constitucional do acesso à Justiça) e não apenas uma mera faculdade.

2.1 O ACESSO À JUSTIÇA COMO JUSTIFICAÇÃO CONSTITUCIONAL PARA A CRIAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA

No bojo da Constituição Federal, existe a inserção de princípios processuais com o objetivo precípuo de evidenciar a indissociabilidade existente entre o processo e o direito material, visto que os referidos princípios abarcam os direitos e garantias fundamentais previstos e o instrumento a ser utilizado para a sua obtenção, fato demonstrativo de que este não pode caminhar sem aqueles.

No caso da antecipação da tutela, estão presentes dois princípios fundamentais: o da efetividade da tutela jurisdicional e o da segurança jurídica.

Através do devido processo legal, a Constituição Federal garante, a todos, o acesso à justiça, assegurando, assim, a tutela jurídica estatal para todos, de forma que nenhuma lesão ou ameaça a direito fique sem análise.

Para que o autor tenha seu pleito atendido, muitas vezes, o tempo que se espera é demasiadamente longo, a fim de que a efetivação do direito se dê através da segurança jurídica. Ocorre que, para que se alcance a segurança jurídica almejada, o juiz se rende ao extenso processo ordinário, buscando sempre e incansavelmente a verdade, através do seu livre convencimento.

A demora do processo pode transformá-lo em providência inútil para o cumprimento de sua função natural de instrumento de atuação e defesa do direito da parte vencedora, conforme entendimento de Calamandrei, citado por Theodoro Júnior (2005, p. 562). Surge dessa preocupação a necessidade de haver mecanismos que acelerem o provimento jurisdicional.

A morosidade da prestação jurisdicional é, muitas vezes, decorrência da ineficiência do burocrático procedimento ordinário.

Foi justamente essa ineficiência que transformou o art. 798 do Código de Processo Civil em uma forma de agilizar o pronunciamento estatal. Com isso, a tutela cautelar foi sendo utilizada como forma de acelerar a solução da lide, obtendo-se, através dela, a tutela que só viria no fim do processo.

O fator tempo fez com que o legislador buscasse a criação de medidas eficazes para a proteção dos interesses em litígio.

A tutela antecipada fora tratada como tutela cautelar (embora ela tenha por fim apenas assegurar a viabilização do direito), e este uso cautelar, empregado com finalidade satisfativa fez com que o legislador introduzisse no Código de Processo Civil, através da Lei n.º 8.952/94, a tutela antecipada, instrumento capaz de antecipar, mediante a satisfação de alguns requisitos, os efeitos da sentença final.

A tutela antecipada está determinada no Código de Processo Civil, art. 273, **in verbis**:

> 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 do seu convencimento.
> §2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado
> §3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§4º e 5º, e 461-A
> §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 final julgamento.
> §6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.
> §7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

A Lei n.º 8.952/94 ainda modificou a redação do art. 461 (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 providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento).

A Lei n.º 10.444/2012 criou o art. 461-A (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).

A finalidade de tal instituto será antecipar a medida que é pleiteada na petição inicial. É decisão de mérito que satisfaz todo o pedido inicial ou parte dele,

em julgamento antecipado, com a observação de seu caráter de provisoriedade, o que implica em sua revogação a qualquer tempo.

A inovação não representou uma mera alteração na ordem de procedimentos que agilizassem o processo. Houve a inovação de procedimentos jurisdicionais, que autorizaram o juiz a usar expedientes de natureza executiva imediata, antes mesmo de encerrar o processo de conhecimento.

Assim, decorrente das inovações legislativas que buscam dar celeridade e efetividade às decisões judiciais, é cabível a antecipação de tutela na obrigação de pagar (art. 273), na obrigação de fazer e não fazer (art.461) e na obrigação de entregar coisa (art. 461-A).

3 ELEMENTOS DA TUTELA ANTECIPADA

A concessão da tutela antecipada não é uma simples faculdade ou poder discricionário do magistrado, é um direito subjetivo processual através do qual o autor, se observados os requisitos elencados em lei, tem o poder de exigir, da justiça, a tutela jurisdicional a que o Estado se obrigou.

Denomina-se tutela antecipada o deferimento provisório do pedido inicial, no todo ou em parte, com força de execução se for necessário (art. 273 do Código de Processo Civil).

Da redação do art. 273, pode-se absorver a possibilidade de o juiz conceder, ao autor, um provimento liminar que, provisoriamente, lhe assegure o bem jurídico postulado, objeto da relação jurídica decorrente da lide. Nesses termos, a lei permite, em caráter liminar, a execução de alguma prestação que haveria de ser realizada, normalmente, depois da sentença de mérito.

> [...] diz-se, na espécie, que há antecipação de tutela porque o juiz se adianta para, antes do momento reservado ao normal julgamento do mérito, conceder à parte um provimento que, de ordinário, somente deveria ocorrer depois de exaurida a apreciação de toda a controvérsia e prolatada a sentença final. (THEODORO JÚNIOR, 2005, p. 568).

> [...] é decisão de mérito, que alcança todo o pedido inicial ou a parte dele, em julgamento antecipado, mas com a ressalva de que é provisório, podendo ser revogada ou modificada a qualquer tempo. É de mérito, porque julga o pedido e não uma questão interlocutória, mas não é sentença, por não extinguir o processo e não autorizar o recurso de apelação. (SALVADOR, 1997, p. 97).

Para Lopes (2003, p. 50), a tutela antecipada é uma decisão interlocutória pela qual o juiz concede ao autor o adiantamento dos efeitos da sentença de mérito. Frisa, ainda, que não se trata de julgamento antecipado da lide, é medida que tem caráter provisório com vistas à efetividade da ação, ao conceder, ao autor que preencha os requisitos legais, o seu direito.

O conceito apresentado por Amaral (2001, p. 77) define tutela antecipada como sendo a medida pautada em cognição sumária, com a finalidade de antecipar, ainda que provisoriamente, os efeitos totais ou parciais do pedido inicial.

Pode-se definir a tutela antecipada como uma tutela satisfativa no plano dos fatos, da qual decorre uma execução provisória quanto àquilo que se espera como efeito de uma sentença ainda não proferida, e que é justificada pelo princípio da efetividade, posto que sem ela haveria uma denegação da justiça.

É mister ressaltar que a tutela antecipada não é solução definitiva de causa, ou seja, não pode dispensar uma sentença final. Destarte, antecipam-se os efeitos da sentença de mérito e não faz coisa julgada material.

3.1 REQUISITOS

A tutela antecipada possui requisitos rigorosos para a sua concessão, não bastando, para tanto, apenas a existência de **fumus boni iures** e **periculum in mora** autorizadores da liminar. São esses requisitos mais rígidos que serão tratados adiante.

3.1.1 Requerimento da parte legitimada

O art. 273 do CPC deixa claro que a antecipação da tutela é medida colocada à disposição do autor, visto que é a parte que postula a medida concreta que virá a ser definida por sentença.

Assim sendo, é o autor que formula o pedido objeto da lide e que também está legitimado a requerer a tutela antecipada.

Ocorre que, algumas vezes, o réu, ao defender-se do pedido do autor, formula um contra-ataque, ao apresenta um pedido de providência de mérito contra ele (THEODORO JR., 2003, p.334). Quando isso acontece, o réu assume posição cumulativa de autor dentro da mesma relação processual. Neste contexto, o réu poderá pleitear uma antecipação de tutela. Isto ocorre quando o réu ajuíza reconvenção, ação declaratória incidental e, quando na contestação de ações dúplices, formula pedido. Neste caso é possível a antecipação pedida pelo réu-reconvinte, que assume na reconvenção a posição de autor e formula o pedido, bem como do assistente da parte autora, o Ministério Público e o terceiro interveniente.

O pedido de concessão de tutela antecipada deve ser formulado pela parte legitimada, de modo que a antecipação não pode ser concedida de ofício pelo juiz.

3.1.2 Produção de prova inequívoca

Mais do que aparência do direito (**fumus boni iuris**) a tutela antecipada exige a prova inequívoca, através da aplicação indubitável do princípio do **da mihi factum, ego dabo tibi jus** (dá-me os fatos que eu te darei o direito).

A antecipação de tutela não pode ter, como suporte probatório, suspeitas ou meras alegações. Exige prova pré-existente, não necessariamente documental, porém, portadora de um alto grau de convencimento.

Deve-se entender que a prova inequívoca é aquela que, por sua precisão e clareza, autoriza um julgamento que acolha o pedido formulado pelo autor, se fosse julgado naquele momento.

A prova inequívoca deve portar um grau de convencimento que não possa levantar dúvida razoável, sendo capaz de desenvolver um juízo de certeza da

alegação. É uma prova dotada de uma alta capacidade de influência positiva no convencimento do juiz.

Prova inequívoca convence o juiz da verossimilhança da alegação, ou seja, a que faz surgir o verossímil, a verdade suficiente para antecipar a tutela.

A jurisprudência, acerca da prova inequívoca, ensina que "[...] se houver possibilidade da ocorrência de qualquer dúvida sobre a qualidade, quantidade e valor da prova, ela deixa de ser inequívoca". (STJ – 1ª T. Al 169.465 – AgRg, rel. Min. José Delgado, j. 22.6.98).

É possível que a prova inequívoca do direito do autor e a comprovação das demais circunstâncias necessárias para a antecipação de tutela venham a se configurar em momento posterior ao da propositura da ação. Nesse caso, nada impede que a parte requeira a tutela antecipada durante o curso do processo.

Saliente-se, porém, que a prova inequívoca comporta contraprova futura que poderá desmerecê-la, conforme alerta Theodoro Jr. (2003, p. 335). No momento da apreciação da tutela antecipada, porém, a prova disponível não pode ensejar qualquer dúvida na convicção do magistrado, sendo imprescindível que as provas carreadas possibilitem a formação do convencimento do juiz de forma incontestável e induvidoso sobre a inequivocidade da prova dos fatos aduzidos (LEITE, 2013, p. 565).

3.1.3 Verossimilhança da alegação

A verossimilhança é decorrência direta da prova inequívoca. É a partir da comprovação dos fatos que o juiz decidirá pela aparência verdadeira.

É um juízo de convencimento que deve ser feito em torno dos fatos a partir dos quais a parte autora pretende ver antecipada a tutela jurisdicional. Não se relaciona apenas à existência de seu direito material subjetivo, mas ao perigo de dano e à sua irreversibilidade, juntamente com o abuso dos atos de defesa da parte **ex adversa**.

A antecipação da tutela pressupõe verossimilhança quanto ao fundamento de direito, que decorre da relativa certeza quanto à verdade dos fatos.

A verossimilhança da alegação é assunto pacífico na jurisprudência: “Não existe a verossimilhança necessária para a concessão de tutela antecipada se a tese que dá suporte ao pedido diverge da orientação jurisprudencial dominante”. (STJ – 3ª T., Resp 613.818, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 10.8.04, DJU 28.8.04).

É imprescindível, para a concessão da tutela antecipada, a existência de fundamentos relevantes que estejam apoiados em prova idônea.

A doutrina pondera que

> [...] a verossimilhança da alegação do autor deve ser justificada não só com base nas provas por ele produzidas, como também, se for o caso, mediante uma explicação racional da dificuldade da produção de prova, considerando que, quanto maior for essa dificuldade, menos se pode exigir. (LEITE, p. 566).

A prova inequívoca e a verossimilhança da alegação são requisitos cumulativos para a concessão da tutela antecipada, pois ainda que exista uma prova robusta a respeito de um fato, se aparentemente a alegação deste não se tornar verdadeira, não há falar-se em antecipação dos efeitos da tutela (ASSUMPÇÃO, 2013, p. 1.185).

3.1.4 Receio de dano irreparável ou de difícil reparação

O autor deve provar, ainda, a existência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Receio fundado não advém de simples temor da parte, deve brotar dos fatos concretos e seguros que forem prova suficiente que autorizem a verossimilhança ou a probabilidade de risco grave.

Os inconvenientes da morosidade processual, inevitável em face do contraditório e da ampla defesa, não podem, sozinhos, justificar a antecipação de tutela. É necessária a ocorrência do risco de dano “anormal”, cuja existência possa comprometer a satisfação do direito subjetivo da parte.

O risco de dano irreparável ou de difícil reparação que enseja a tutela antecipada é aquele que é concreto, atual (não eventual) e grave (pode prejudicar o direito da parte). Se o risco for grave, porém não iminente, não se justifica a antecipação da tutela. Os requistos são, portanto, cumulativos.

O receio não é determinado por regras, de modo que o juiz é quem define se se configurou ou não, e o faz mediante o uso do bom senso e da equidade.

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

A posição do réu é privilegiada no procedimento comum, valendo-se da demora do procedimento ordinário em prejuízo do direito do autor.

Se o réu tem o ônus de provar os fatos modificativos, impeditivos ou extintivos do direito pleiteado pelo autor, deve recair sobre ele o ônus do tempo necessário para a produção da prova.

Abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu ocorrem quando o réu é resistente à pretensão do autor sem nenhum fundamento ou, quando se utilizam meios ilícitos ou escusos para forjar sua defesa.

É caracterizado pela prática de atos do réu com o escopo de ganhar tempo, retardar o julgamento definitivo, com alegações infundadas e produção de provas e atos inúteis. Esse abuso pode ocorrer na contestação como em atos anteriores à propositura da ação. Quando da propositura da exordial, o autor pode demonstrar o abuso que vem sendo praticado pela parte adversa, pleiteando a tutela antecipada.

O manifesto propósito protelatório é caracterizado pela ocorrência de ações ou omissões havidas fora do processo, desde que evidenciem o intuito de procrastinar o andamento do processo e seu julgamento derradeiro.

O que autoriza a antecipação não é o propósito de protelar, mas a efetiva prática, pelo réu, de atos ou omissões destinados a retardar o andamento do processo. Considerado abusivo o ato, o juiz tem poderes para combater tais condutas.

Quanto ao abuso do direito de recorrer como meio de protelar pagamento de dívida, considera-se que tal conduta seja incompatível com a seriedade dos atos judiciais, posto que denota má-fé processual, a qual obriga que haja a respectiva reparação; neste norte, o ensinamento de Marinoni (2006, p.373) adverte que tal prática é uma realidade que não pode ser ignorada e sugere que tais abusos, advindos do réu, sejam “[...] inibidos por meio de condenação por litigância de má-fé (art. 17, VII, do CPC) ou mediante a técnica do indeferimento do recurso pelo relator (art. 557, CPC)”. Ainda segundo este abalizado doutrinador, a justiça brasileira não pode “[...] continuar sendo complacente com os recursos abusivos e protelatórios, pois estes colaboram para tornar ainda mais inefetiva, lenta e cara a prestação jurisdicional”. (MARINONI, 2006, p.374).

Convém lembrar, ainda, que a antecipação de tutela nos casos de abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu inverte o polo de interesse na rápida tramitação processual. Por exemplo, em uma ação, o réu vem praticando atos meramente protelatórios e descabidos como forma de garantir a fruição de um bem que o autor pleiteia como sendo seu. O juiz, neste caso, autoriza a antecipação de tutela, conferindo ao autor o direito de usufruir o bem que estava em poder do réu.

Nesta situação, o réu vai ter todo o interesse (que não tinha antes) de ver a lide resolvida. Ele vai buscar reaver o bem da forma mais rápida, ao contrário do autor, que agora pode esperar tranquilamente o todo desenrolar processual.

O objetivo da tutela antecipada fundada no abuso do direito de defesa não é de apenas atribuir o ônus do tempo a quem precisa de instrução, mas igualmente o de evitar que o réu extrapole o uso deste direito, ao alegar fato infundado ou ao requerer prova para tal fato, apenas com o fito de procrastinar, por mais tempo, a prestação jurisdicional.

Justifica-se pelo fato de que, se se antecipar a tutela, o réu deixa de ter como seu aliado, o decurso do tempo até o fim do processo, de modo que tal procedimento desestimula a apresentação de defesas abusivas ao mesmo tempo em que favorece a conciliação.

O Processo Civil brasileiro, com vistas a atender ao princípio constitucional da efetividade, deve racionalizar a distribuição do tempo processual, ou seja, a tutela antecipada neste caso em análise visa à distribuição do tempo entre

os litigantes, de acordo com a evidência das afirmações do autor e a fragilidade da defesa do réu. (MARINONI, 1999, p.135).

Deve-se ter em mente que o réu, atualmente, vem obtendo muita vantagem com aquilo que ele entende como sendo seu direito de defesa e que, ao utilizá-lo indiscriminadamente, gera prejuízos ao autor que tem razão, ao fazê-lo esperar o decurso de prazos e moras processuais.

Há que se ressaltar, por conveniente, que não há qualquer vinculação da antecipação dos efeitos da tutela derivada dos atos protelatórios da parte **ex adversa** com o fato temporal, concebido como elemento que gera atrasos na prestação jurisdicional. Há absoluta desvinculação da tutela antecipada concebida como tutela de urgência.

A melhor doutrina processualística civil afirma que

> A total desvinculação dessa espécie de tutela antecipada do âmbito da tutela de urgência exime o pretendente da demonstração de qualquer perigo sobre o direito que o tempo de duração do processo em tese pudesse durar. Significa dizer que o direito não precisa correr qualquer risco de perecimento, sendo possível à parte aguardar tranquilamente o encerramento do processo para a obtenção efetiva da sua pretensão. (ASSUMPÇÃO, 2013, p. 1.174).

3.2 MOMENTO OU OPORTUNIDADE

A lei processual brasileira não determinou o momento adequado para o pedido de antecipação de tutela, de modo que o autor fica livre para pleiteá-la, em juízo.

O termo “antecipada” não quer dizer que a tutela deva ser concedida liminarmente, ele indica que a providência pode ser deferida antes do momento normal (sentença), em face do caráter emergencial.

O autor pode pleiteá-la a qualquer tempo, em primeira ou em segunda instância, e até mesmo em ação rescisória. O art. 273 faculta a tutela antecipada a qualquer momento, desde que preenchidos os requisitos exigidos em lei.

Pode-se formular o pedido na exordial, de modo que fica, a critério do magistrado, apreciá-lo antes ou depois de ouvir o demandado, conforme a urgência do caso.

O juiz que indeferir ou não apreciar a tutela antecipada poderá concedê-la em momento ulterior, desde que considere presentes todos os pressupostos legais (THEODORO JR., 2003, p. 334).

Tem natureza de caráter incidental processual, devendo ser resolvida por meio de decisão interlocutória.

Se não houver extrema urgência, é normal que se aprecie o pedido após a manifestação do réu, cultivando-se, assim, os princípios do contraditório e da ampla defesa.

A doutrina não tem entendimento pacífico quanto à antecipação da tutela antes da citação do réu.

Acerca do tema:

> [...] a liminar pode ser concedida com ou sem a ouvida da parte contrária. Quando a citação do réu puder tornar ineficaz a medida, ou também quando a urgência indicar a necessidade de concessão imediata da tutela, o juiz poderá fazê-los *inaudita altera pars*, que não constitui ofensa, mas sim limitação imanente ao contraditório, que fica diferido para momento posterior do procedimento. (NERY JÚNIOR apud CORRÊA, 2004, p. 14).

Contrario sensu, Zavascki apud Corrêa (2004) acerca da citação do réu antes da concessão da tutela antecipada entende que “a providência somente poderá ser dispensada quando outro valor jurídico, de mesma estatura constitucional que o direito ao contraditório, puder ficar comprometido com a ouvida do adversário”.

Neste trabalho monográfico, defende-se a corrente segundo a qual a antecipação é deferida sem a manifestação do réu, desde que presentes todos os requisitos exigidos pelo art. 273.

A tutela antecipada pode, ainda, ser concedida no bojo da própria sentença de mérito, onde a cognição do juiz pode vislumbrar a existência de todos os requisitos que autorizam a sua concessão, fazendo, portanto, com que a sentença, em caso de interposição de recurso, tenha apenas efeito devolutivo. Tal medida torna a sentença mais eficaz e de aplicação imediata.

3.3 EXTENSÃO

A antecipação de tutela pode ser a satisfação inteira do pedido formulado pela parte legitimada, ou apenas parte dele. Assim sendo, a lei permite que seja a antecipação total ou parcial.

A extensão dos limites da tutela não é definida por liberalidade do juiz. Ele analisa o pedido tendo em vista, sempre, o princípio da razoabilidade.

Para decidir acerca da antecipação, o juiz deverá formular uma decisão (interlocutória) sempre fundamentada, explicitando claramente as razões de seu convencimento (art. 273, §1º, CPC). Tal exigência decorre do fato de que os limites da antecipação não constituem discricionariedade do juiz .

O caput do art. 273 já previa a antecipação de todos os efeitos da tutela pleiteada ou de apenas parte deles e o §6º, acrescentado pela lei 10.444/2002, traz a possibilidade de se antecipar a tutela em casos de cumulação de pedidos, quando o réu contesta apenas um ou alguns deles, deixando controversos os demais.

3.4 CARACTERÍSTICAS

Para que a tutela antecipada atinja seu objetivo precípuo de dar maior agilidade e efetividade ao processo, é mister observar-se, ainda, duas características essenciais ao instituto: a provisoriedade e a reversibilidade.

3.4.1 Provisoriedade

A lei enquadrou a antecipação de tutela no regime de execuções provisórias, concedendo-a caráter de solução não-definitiva e, por isto, passível de revogação ou anulação, a qualquer tempo, mediante decisão fundamentada.

Da equiparação da tutela antecipada com as execuções provisórias depreende-se que:

a) a medida será prontamente executada nos próprios autos da ação de conhecimento;
b) não é condicionada à prestação de caução, cabendo ao juiz decretá-la se as circunstâncias aconselharem tal procedimento;
c) a antecipação corre por conta do requerente, não comportando transferência do bem objeto da lide, o levantamento em dinheiro sem prévia caução.
d) para a concessão da tutela antecipada é preciso ter em mente que ela poderá ser revogada a qualquer tempo e em qualquer instância, caso o julgador detecte a ocorrência de novas relações que o convençam de que a prova inequívoca ou o perigo de dano se exauriram. O juiz pode revogar a antecipação de ofício sempre que se convencer da inverossimilhança do pleito, de forma motivada, expondo as razões do seu convencimento.

3.4.2 Reversibilidade

A antecipação de tutela não pode ocasionar fato consumado ou definitivo, sem a possibilidade de retorno ao **status quo ante**.

O próprio art. 273, §2º determina que “não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”. Com isso, deseja-se a manutenção do contraditório e da ampla defesa.

Com a proibição, o legislador quis proteger o réu dos danos que a antecipação pudesse causar e que poderiam ser irreversíveis, de modo que nem mesmo perdas e danos conseguiriam melhorar a sua situação.

Só é realmente reversível a medida que garanta ao juiz as condições para o restabelecimento pleno, se necessário, dentro do próprio processo em trâmite.

Para Theodoro Jr. (2005, p.575), “o *periculum in mora* deve ser evitado para o autor, mas não à custa de transportá-lo para o réu (*periculum in mora inversum*)”. Ou seja, não se deve transferir o risco de uma parte para outra.

Para que se antecipe a tutela é necessário que se assegurem as condições de restabelecimento pleno ao estado inicial.

Há casos em que o direito do autor, devidamente comprovado, está sendo ameaçado por dano irreparável ou de difícil reparação, sendo injusto não se conceder a tutela antecipada com base na alegação de que ela pode acarretar um dano ao direito (o que é improvável).

A exigência da irreversibilidade inserida no §2º do art. 273 não pode ser levada ao extremo, comportando ocasiões quando estiver em jogo um valor igualmente caro ao ordenamento.

Para evitar que o réu seja prejudicado, a Lei n.º 10.444/02 permitiu ao juiz, ao conceder a tutela antecipada, decidir se haverá a necessidade de o autor prestar caução para, assim, assegurar os interesses do réu.

3.5 PECULIARIDADES

Por ser um instituto relativamente recente, a tutela antecipada possui alguns pontos polêmicos, sendo alvo, tais polêmicas, de infindáveis discussões acadêmicas e jurisprudenciais.

Sabe-se que tais discussões ainda são latentes, em vista disto, buscar-se-á abordar algumas polêmicas e demonstrar as correntes existentes para a solução da controvérsia.

3.5.1 Tutela antecipada contra a Fazenda Pública

O termo Fazenda Pública engloba todas as entidades do direito público interno, quais sejam: União; Estados; Municípios; Distrito Federal; autarquias e fundações públicas.

A possibilidade de concessão de medidas antecipatórias contra a Fazenda Pública está prevista no art. 928 do Código de Processo Civil, no qual estão previstas as apresentações de liminares possessórias.

Com fulcro no art. 1º da Lei n.º 8.437/92, não é cabível a medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em ações de natureza cautelar, sempre que providência semelhante não puder ser concedida em mandado de segurança, em virtude de ser defeso em lei. Esta lei vedou a liminar em ação cautelar que esgote o objeto do processo movido em desfavor do Poder Público.

Partindo dessa afirmação, a doutrina, a exemplo de Lopes (2003, p.113), entende que o referido artigo não proíbe a tutela antecipada em face da Fazenda Pública (ressalvada a concessão de liminares em ações cautelares ou preventivas, que ponham fim ao objeto da lide), justamente pelo fato de que tutela antecipada não se confunde com medida liminar. Sendo assim, preenchidos os requisitos do art. 273, o particular pode obter os efeitos da antecipação em face da Fazenda Pública. Acrescenta, ainda, o fato de a liminar não poder antecipar a eficácia da sentença final, sob pena de julgamento indevido do mérito.

A medida provisória n.º 1.570/97, convertida na lei n.º 9.494/97, declinou as hipóteses de proibição de cabimento da concessão da tutela antecipada em face da Fazenda Pública, além de determinar a aplicação das seguintes regras:

a) não concessão de medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias;
b) não cabimento de medida liminar, contra atos do Poder Público, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal;
c) não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação, e;
d) havendo a possibilidade de a pessoa jurídica de direito público ré vir a sofrer dano, em virtude da concessão da liminar ou de qualquer medida de caráter antecipatório, será determinada a prestação de garantia real ou fidejussória.

Essa lei foi objeto de ação direta de constitucionalidade (ADC 4, Relator(a): Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, julgado em 11/02/1998, DJ 21-05-1999), quando o STF, através de Sessão Plenária, decidiu por sua constitucionalidade.

Atualmente, qualquer tentativa de se proibir a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, mesmo que mediante lei, é inconstitucional.

Os grandes entraves para a aceitação da antecipação contra a Fazenda Pública pelos que defendem a sua não-aplicabilidade são: o reexame necessário e o pagamento da execução através de precatórios.

A corrente que inadmite a antecipação de tutela em face do Poder Público utiliza-se da tese de que o julgamento provisório impediria o reexame necessário, como preceitua a lei processual, explicando, ainda, que seria aceitar uma decisão interlocutória com força e efeito superiores a uma sentença de mérito.

Aos que admitem a medida, utilizam-se dos argumentos segundo os quais a antecipação não poderá fugir às peculiaridades da execução contra a Fazenda Pública, bem como que a decisão que concede a antecipação não é sentença, não se sujeitando, portanto, ao que preceitua o art. 475, do Código de Processo Civil.

O art. 475 do Código de Processo Civil determina o reexame necessário da sentença que for proferida contra a Fazenda Pública, porém, o ato que concede a antecipação não tem natureza de sentença, mas de decisão interlocutória. Nesses termos, a decisão judicial que concede a tutela antecipada em face da Fazenda Pública não desafia o reexame necessário.

Acerca dessa problemática, Marinoni afirma que “o art. 475 não pode impedir a tutela antecipada contra a Fazenda Pública, pena de inconstitucionalidade”. (MARINONI, 2006, p.331).

O duplo grau de jurisdição obrigatório está reservado para as hipóteses de sentenças contra União, Estado, Distrito Federal, Município e as autarquias e fundações, não sendo válido o entendimento de que as decisões contra a Fazenda Pública não são exequíveis desde logo, em face do duplo grau. (LOPES, 2003, p.111).

O reexame necessário representa, para ambas as partes, a certeza de reapreciação de um ato decisório, nunca a imunidade contra a antecipação de efeitos da tutela antecipada, uma vez que esta busca impedir que a apreciação da causa implique perecimento do direito do autor.

A jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça é bastante elucidativa acerca da antecipação de tutela apresentada em face da Fazenda Pública no que tange ao reexame necessário. Temos, como exemplo, os seguintes julgados:

> Processual Civil e Tributário. Taxa de segurança pública**.** Suspensão. Antecipação de tutela contra a Fazenda Pública. Pressupostos. Verificação. Impossibilidade. Súmula 7/STJ. Duplo grau de jurisdição. Compatibilidade. Art. 1º da lei nº. 9.494/97. Interpretação restritiva.
> [...]
> II - Improcede a tese de que a ação sujeita ao duplo grau de jurisdição não recepcionaria a tutela antecipatória, haja vista que a concessão liminar dá-se por meio de decisão interlocutória e não de sentença definitiva, sendo esta última, consoante o ditame do art. 475 da Lei de Ritos, a que se submete ao reexame necessário. Precedente: REsp nº 638.919/RS, Rel. Min. Félix Fischer, DJ de 09/08/2004.
> III - O art. 1º da Lei nº 9.494/97, por haver "determinado as hipóteses em que a antecipação de tutela não poderia ser deferida, aplicando ao instituto da antecipação da tutela as mesmas limitações quanto à concessão de liminares em mandado de segurança, a contrario *sensu*, acabou por reconhecer o cabimento da antecipação de tutela em face da Fazenda Pública nas hipóteses não previstas no texto legal" (REsp nº 638.919/RS, idem).
> VI - Esta Corte Superior reconhece a impossibilidade da concessão da tutela antecipada contra a Fazenda Pública apenas nos casos em que houver impedimento ao deferimento de liminar em sede mandamental.
> V - O caso em exame trata de ação ajuizada com o fito de suspender a exigibilidade de taxa municipal. Nessa linha de raciocínio, perfeitamente possível a concessão da tutela antecipada *in casu*, uma vez que esta Casa de Justiça já se manifestou, quando presentes os pressupostos, pela concessão da liminar em mandado de segurança para suspender a exigibilidade de crédito tributário. Precedentes: Resp nº 222.838/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJ de 18/02/2002; e REsp nº 70.884/MG, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ de 22/03/1999.
> VI - Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, Desprovido.” (REsp 749082/RN. Rel. Ministro Francisco Falcão. T1 - Primeira Turma. DJ 10.04.2006 p. 145).
>
> Agravo regimental. Agravo de instrumento. Previdenciário. Antecipação de tutela contra a fazenda pública. Possibilidade. Reexame necessário. Desnecessidade. Requisitos ensejadores. Súmula 7 do STJ. Provimento negado.
> 1. É cabível a antecipação dos efeitos da tutela contra a Fazenda Pública, in casu, autarquia, quando a situação não esteja elencada no rol taxativo do artigo 1º da Lei 9.494/97. Verbete 729 do Pretório Excelso.
> 2. Não há falar-se em necessidade da remessa *ex officio* da decisão que antecipou a tutela jurisdicional, visto que aplicável somente às sentenças terminativas, com apreciação do mérito, proferidas em desfavor da Fazenda Pública**.**
> 3. O Tribunal de origem constatou a presença dos requisitos para a concessão da tutela antecipada. A cognição do apelo especial, com a revisão de tal premissa, encontra óbice no Enunciado 7 deste Sodalício, pois implica em necessária reapreciação do arcabouço fático probatório.
> 4. Decisão monocrática confirmada, agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no Ag 481205 / MG Rel. Ministro Helio Quaglia Barbosa. T6 - Sexta Turma. DJ 26.06.2006 p. 224). (BRASIL,2006).

A Constituição Federal, em seu art. 100, por sua vez, determina que o pagamento das verbas devidas pelo Poder Público determinado por sentença judiciária far-se-á por precatório, observando-se a ordem cronológica.

O ilustre doutrinador Machado (apud Aragon, 2000), ao analisar a tutela antecipada em face da Fazenda Pública, no que tange à expedição de precatório, entende que “a sentença, mesmo sem trânsito em julgado, quando nesta houver sido concedida a antecipação, ou a decisão interlocutória, presta-se como título adequado a instruir o precatório”.

No momento em que o magistrado ordenar a expedição do precatório, deixará claro seu caráter provisório, e determinará que o valor correspondente fique à disposição do juízo. A expedição do precatório, antes do trânsito em julgado da sentença ou quando da decisão interlocutória garante, ao autor, aguardar a apreciação do seu pleito segundo a ordem cronológica do pagamento dos precatórios, a qual é prevista constitucionalmente. Caso a sentença seja reformada ou a tutela revogada, o precatório deverá ser cancelado e, o valor, posto à disposição do juízo, quando então será convertido em renda para a Fazenda Pública. Neste caso, é possível o pagamento ao próprio credor, se ele oferecer caução idônea.

Diante dessas considerações, pode-se afirmar que não há nada no art. 273 do Código de Processo Civil que exclua o Poder Público da incidência da antecipação dos efeitos da tutela.

Partindo dessa conclusão, poderíamos, ainda, deduzir que vetar a tutela antecipada contra a Fazenda Pública, em caso de fundado receio de dano, seria admitir que o autor pode ser lesado quando a Fazenda Pública figurar no polo passivo.

Outro absurdo seria proibir a medida em casos de abuso de direito de defesa, manifesto propósito protelatório do réu ou, ainda, quando versar sobre o pedido incontroverso, obrigando, destarte, o autor a suportar sozinho o tempo de demora do processo.

Em tempo, é importante ressaltar que o Supremo Tribunal Federal sustenta entendimento de que a execução provisória da medida antecipada em se tratando de somas em dinheiro, mesmo que de natureza alimentar, far-se-á mediante precatório.

Um posicionamento **a contrario sensu** ao do STF, entende que a dispensa do precatório deve ocorrer sempre que o julgador tiver critérios capazes de demonstrar que o autor necessita imediatamente de alimentos, mesmo que o valor ultrapasse os sessenta salários mínimos. (MARINONI, 2006, p.334).

3.5.2 Tutela antecipada em face do fato incontroverso

Antigamente não era expresso que a antecipação da tutela podia ser concedida a apenas alguns dos pedidos cumulados ou parte deles. A nova redação do §6º do art. 273 deixa claro que, incontroversa a matéria, permite-se a antecipação de tutela parcial.

Por incontroverso tem-se o direito que se torna evidente no desenrolar do processo, fato que exige a imediata cautela. (MARINONI, 2006, p.360).

O §6º do art. 273, acrescentado pela Lei n.º 10.444/02 apresenta formas pelas quais se objetiva o não beneficiamento do réu em face da demora do processo. Busca-se, assim, o direito do autor, sem castrar os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Para a aplicação do §6º do art. 273, é necessário que o réu não conteste ou reconheça um dos pedidos ou parcela deles, não havendo, portanto, motivo para impor ao autor a espera de toda a fase de instrução para que ele tenha seu direito satisfeito.

A tutela antecipada parcial pode ser concedida em casos de fato incontroverso. Por exemplo, o autor pede R$ 100,00 e o réu admite que deve R$ 80,00. Neste caso, o autor pode pleitear o adiantamento da parte incontroversa (R$ 80,00) sob forma de tutela antecipada.

A não contestação ocorre quando o réu não contesta precisamente os fatos alegados pelo autor. Porém, não se pode vislumbrar, em sua defesa, o reconhecimento de parcela do pleito formulado, ou ainda, a vontade de contestar incisivamente o que não impugnou. Ocorrendo qualquer dessas hipóteses, o réu descumpriu o dever de contestar os fatos alegados pelo autor (art. 302, CPC). Sendo assim, se da contestação do réu não se puder vislumbrar a sua vontade de impugnar o pleito do autor, ele deve ser admitido como incontroverso.

Como exemplo da não contestação, existe a hipótese de que o autor pede, em desfavor do réu, a quantia de R$ 1.000,00 mais juros de mora de 5% ao mês. O réu, ao defender-se em sua contestação, alega que o valor dos juros é de 2% ao mês, e silencia quanto ao valor da dívida (R$ 1.000,00). Neste caso, descumpriu o ônus de contestar todos os fatos alegados pelo autor, sendo, portanto,

cabível entender que os R$ 1.000,00 tornaram-se incontroversos, cabendo antecipação de tutela quanto a esse valor.

A não contestação não requer apenas um comportamento passivo do réu sobre o fato, mas também a falta de outras afirmações que possam, mesmo que indiretamente, demonstrar a vontade de contestar o fato afirmado.

Tendo havido reconhecimento parcial ou ausência de contestação, o total ou a parcela daquilo que é postulado pelo autor torna-se incontroverso. Neste caso, como o direito tornou-se incontroverso, é admitida a antecipação da tutela desta parte incontroversa alegada pelo demandante.

O julgamento antecipado da parcela do pedido ou de um dos pedidos cumulados decorre da ideia de que, se o autor tem direito ao processo justo, ele não deve esperar a definição de um direito que já se encontra apto para apreciação.

Conforme afirmam Arenhart e Marinoni (2003, p.272) “se o jurisdicionado tem direito a processo justo, ele não pode esperar para ver definido um direito que está pronto para julgamento”.

O doutrinador Luiz Guilherme Marinoni elucida a questão:

> [...] tutela antecipatória, através das técnicas da não-contestação e do reconhecimento jurídico (parcial) do pedido, é instituto fundamental para a racionalização do processo de conhecimento e para a realização efetiva do princípio de que o processo não pode prejudicar o autor que tem razão. Trata-se de instituto que poderá contribuir em muito para que o autor sofra menos com a demora da justiça. (MARINONI, 1999, p. 69).

Para que o fato seja considerado incontroverso, é necessário que ele seja afirmado por uma parte e não contestado pela outra.

Quando o §6º prevê a antecipação de tutela em caso de pedido incontroverso, ele deseja dar efetividade aos direitos que podem ser evidenciados no transcorrer de todo o processo, que ainda vai exigir tempo para que a parcela “controversa” do pedido seja julgada.

Convém assinalar que há parcela da doutrina segundo a qual a antecipação da tutela, em razão de pedido incontroverso, nada mais é do que o julgamento antecipado parcial da lide. Assumpção (2013, p. 1175) assinala que os defensores desse entendimento acerca da cognição do juiz, ao decidir parcela incontroversa é exauriente, fundada em um juízo de certeza, tratando a decisão de resolução de mérito apta a gerar coisa julgada material, não podendo, portanto, ser

revogada nem modificada ao final do julgamento da lide nos termos do art. 273 do CPC.

3.5.3 Tutela antecipada final e suas implicações

A concessão da tutela antecipada pode se dar na sentença. Nada impede que o juiz abra espaço, na decisão definitiva, para deferir a medida do art. 273 do Código de Processo Civil. Se o juiz pode fazê-lo “preliminarmente” e em qualquer fase processual anterior ao fim da instrução, nada obsta que a antecipação de tutela seja deferida após o levantamento de toda a verdade real decorrente da fase probatória.

Essa medida tem, como finalidade, tornar imediatamente exequível a providência, com o objetivo de dispensar que a parte espere o trânsito em julgado da sentença para usar a execução forçada para ter seu pleito atendido.

A tutela antecipada final teria, como objetivo maior, dar efetividade à sentença de mérito, por esta ser, atualmente, um passo para a interposição de recurso.

A efetividade da sentença seria alcançada pelo fato de que, de acordo com o art. 520, VIII, do Código de Processo Civil, acrescentado pela Lei n.º 10.352/01, a apelação contra sentença que antecipa a tutela só será recebida no seu efeito devolutivo, autorizando, assim, a sua execução imediata.

A utilidade da concessão em sede de sentença não é outra senão entrar ao autor o que não foi gerado automaticamente pela sentença: os efeitos práticos da tutela obtida, segundo Scarpinella Bueno apud Assumpção (2013, p.1197), reforçado pelo entendimento pacífico da jurisprudência do STJ nesse sentido, através do precedente AgRg no Ag 940.317/SC, relatoria da Ministra Nancy Andrighi (DJ 08.02.2008).

A doutrina que se manifesta contra a concessão da tutela antecipada em sede de sentença, a exemplo de Amaral (2001, p.146) entende que, em respeito à “boa técnica e ordem processual” a tutela antecipada não deve ser concedida por ocasião da sentença, mas por meio de decisão interlocutória em separado, com o

propósito de, assim, ser possível a interposição de recursos adequados – apelação e agravo –, suprimindo eventuais discussões sobre as decisões judiciais.

Para Lopes (2003, p.89) a tutela antecipada é um juízo provisório e incompatível com o caráter definitivo da sentença. Porém, admite ser mais adequado o juiz proferir decisão interlocutória em separado, concedendo a tutela antecipada, para que se evitem problemas procedimentais.

Sobre o tema, Marinoni (1999a, p.183) diz que o maior argumento para os defensores da inexecução imediata da sentença é o fato de que não se pode conceder execução imediata a uma sentença que o tribunal pode reformar. E contra-argumenta, brilhantemente:

> [...] um sistema que não admite a execução da sentença na pendência de recurso causa dano ao autor, ao passo que o sistema que admite pode causar prejuízo ao réu. Note-se, porém, que não admitir a execução imediata da sentença é o mesmo que dizer que o autor pode ser prejudicado e que o réu sequer pode ser exposto a riscos. (MARINONI, 1999a, p.183)

A sentença, por ser um ato legítimo e justo, não deve ser considerada apenas um projeto da decisão de segundo grau, que seria, sob esta ótica da não execução imediata da sentença, a única e verdadeira decisão judicial. Para que a decisão do juiz **a quo** seja valorizada, é preciso que ela surta efeito no mundo fático.

A decisão que concede a tutela antecipada, mas que não pode ser executada, fere o princípio constitucional da tutela jurisdicional efetiva.

A execução imediata da sentença provisória em face da concessão de tutela antecipada não é diferente da execução de uma sentença definitiva. Mesmo que a execução seja limitada – a que abrange apenas os efeitos autorizados pela tutela antecipada – os atos executivos praticados em face de uma sentença ainda em sede recursal não podem ser denominados provisórios, pelo simples fato de alterarem a realidade física e fática das coisas. A sentença que traz a concessão de tutela é uma sentença que fica na dependência da decisão de segundo grau. Sendo, portanto, sentença provisória com efeitos imediatos.

Para que a Execução imediata da sentença corresponda à necessidade tempestiva da tutela estatal, ela deve autorizar a realização do direito do autor e a sua respectiva satisfação. A execução provisória pressupõe a necessidade de

aceleração da atividade executiva para a segurança jurídica do juízo. Deve permitir a realização imediata do direito do autor.

É um juízo equivocado supor que a execução não atingirá o seu fim porque é baseada em uma sentença provisória. Esta provisoriedade se liga a sua mutabilidade e não a sua eficácia.

Em tempo, é necessário ter em mente que a execução imediata de sentença provisória pode ser suspensa, desde que requerida pela parte interessada desde que estejam presentes motivos relevantes.

4 TUTELA CAUTELAR E TUTELA ANTECIPADA: SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS

A tutela antecipada foi criada, conforme exposto em capítulos anteriores, pelo fato de não ser possível, anteriormente a 1994, a satisfação do direito do autor através de ação cautelar.

A tutela antecipada não se confunde com medida cautelar, vez que esta providência se destina a assegurar a eficácia prática da decisão judicial posterior, ao passo que, naquela, existe o adiantamento do próprio pedido de ação.

Embora não se confundam, apresentam muitas características em comum. São de cognição sumária, regidas pela instrumentalidade, fundadas em juízo de probabilidade e objetivam impedir o perecimento do direito pela ação do tempo.

Apesar da existência de muitos pontos em comum, a diferenciação reside basicamente na natureza jurídica dos institutos.

A tutela antecipada não visa a assegurar a decisão processual, ela busca antecipar a eficácia da sentença prolatada no próprio processo. A medida cautelar não pode ter conteúdo idêntico à própria satisfação, pois visa a garantir o resultado útil do processo principal. A tutela antecipada, por sua vez, não guarda relação com outro processo, busca o adiantamento dos efeitos do mérito que será julgado no mesmo processo.

A tutela cautelar se caracteriza pela não satisfatividade, não podendo, assim, adiantar os efeitos da sentença de mérito. A tutela antecipada é que se caracteriza pelo adiantamento desses efeitos.

Nesse diapasão, Marinoni (2006, p.134) conclui que se a tutela cautelar pode realizar o próprio direito, haveria uma gritante contradição, visto que se foi realizado o direito material, não há mais nada o que se assegurar.

A jurisprudência elucida a discussão:

> [...] não se confundem medida cautelar e tutela antecipada. Na primeira bastam fumaça do bom direito e perigo de dano. Na segunda, exige-se que a tutela corresponda ao dispositivo da sentença; haja prova inequívoca capaz de convencer o juiz da verossimilhança das alegações, fundado

> receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou manifesto propósito protelatório do réu. Tudo isso mediante cognição provisória, com audiência do demandado, que pode ser dispensada em casos excepcionais. (Ac.Un. 3ª Câm., TJ/SC, 17.09.96. Ag. 96.002.452-7, rel. Des. Amaral e Silva).

Enquanto o processo tido como principal busca a composição da lide, o processo cautelar busca, apenas, outorgar situação provisória de segurança para os objetivos dos litigantes.

Os requisitos de ambos também diferem. Para a tutela cautelar, bastam o **periculum in mora** e o **fumus boni juris**. Para a tutela antecipada é necessária, também, a prova inequívoca e a verossimilhança da alegação, além do receio de dano irreparável ou de difícil reparação, além da resistência da parte ré.

As cautelares têm, como objetivo precípuo, a garantia da efetividade da tutela jurisdicional, aliada aos seus pressupostos de concessão: **periculum in mora** e **fumus boni juris**. Não basta a presença de um dos requisitos para que se acautele um direito, é necessária a presença de ambos, sob pena de indeferimento do pedido.

A doutrina esclarece que

> [...] diferencia-se a tutela antecipada da tutela cautelar pelo grau de aparência do direito em questão, visto que a verossimilhança do alegado é um *plus* ao *fumus boni juris*, exigido para a concessão da cautelar, que o legislador entendeu que devesse ser incrementado ao instituto da tutela antecipada (MESQUITA, 2002, p.411).

A tutela antecipada é satisfativa parcial ou totalmente. A satisfação vem através do adiantamento dos efeitos do pleito formulado, ao passo que a tutela cautelar procura manter as provas ou garantir a eficácia do provimento na ação principal. Não sendo, assim, de caráter satisfativo, mas, acautelatório.

Na tutela cautelar, os requisitos para a existência do **fumus boni juris** são analisados com base em um processo principal que ainda será instaurado, ao passo que na tutela antecipada, todos os pressupostos são analisados no mesmo processo em quem o instituto é concedido.

A tutela cautelar tem como objeto afastar o risco de dano à eficácia da providência pleiteada, ao passo que a tutela antecipada pressupõe o próprio direito, que desde logo deve se mostrar evidente, merecendo, assim, tutela especial e diferenciada.

A possibilidade de revogação é outra característica que distingue as tutelas em exame. Na tutela antecipada pode ocorrer a revogação na fase seguinte a sua concessão, no bojo do próprio procedimento em que é concedida, sendo capaz de descaracterizar os fundamentos que lhe serviram de alicerce.

Esta possibilidade é impossível em se tratando de medida cautelar, pois ela se contenta com a simples fumaça do bom direito e com o perigo que a demora do procedimento possa ocasionar.

Diante de todo o exposto, podem-se elencar as semelhanças e diferenças entre medida cautelar e tutela antecipada.

Como semelhanças entre essas tutelas de emergência tem-se:

a) são formas de tutela jurisdicional diferenciada;
b) têm caráter provisório;
c) são de cognição sumária.

As diferenças são:

a) a tutela cautelar se caracteriza pela não-satisfatividade, ao passo que a tutela antecipada é eminentemente satisfativa;
b) para a obtenção de tutela cautelar, é suficiente a plausibilidade do direito (**fumus boni juris**); para a tutela antecipada, exige-se a probabilidade do direito;
c) a tutela cautelar não implica adiantamento e efeitos do mérito da causa; a tutela antecipada está incidentalmente ligada ao provimento final;
d) a ação cautelar se caracteriza pela autonomia (elementos, condições da ação e mérito próprios), ao passo que a tutela antecipada constitui mero incidente processual.

4.1 O ABUSO DO DIREITO DE DEFESA COMO ELEMENTO DIFERENCIADOR

Em rápidas linhas, outro fator que difere a tutela antecipada da tutela cautelar é que, na antecipação da tutela, existe a possibilidade de o julgador antecipar os efeitos da sentença final apenas com base no abuso de direito da defesa ou manifesto propósito protelatório do réu (CPC, art. 273, II). Requisito melhor trabalhado no tópico 3.1.5.

Nos casos em que o recurso seja manifestadamente inadmissível, prejudicado, ou contrário à súmula do tribunal **ad quem** ou do tribunal superior, também é possível a antecipação da tutela.

Se o direito pleiteado pelo autor é mantido na ordem jurídico-patrimonial do réu durante a marcha processual, quanto mais o processo demorar para exaurir-se, mais o réu será beneficiado, utilizando-se, mesmo sem razão, de um recurso, com o único propósito de prolongar o tempo em que é beneficiado.

É este o motivo pelo qual se deve evitar o abuso do direito de recorrer, inibindo-se, assim, os recursos meramente protelatórios. (MARINONI, 1999a, p.187).

A tutela antecipada serve, agora, para evitar esse tipo de comportamento por parte do réu.

Não existe situação análoga quando se fala em medida cautelar, que sempre se sujeitará ao perigo de dano grave ou de difícil reparação (CPC, art. 798).

4.2 A FUNGIBILIDADE ENTRE AS TUTELAS DE EMERGÊNCIA

A Lei n.º 10.444/02 acrescentou o §7º ao art. 273, que possibilita, ao juiz, o deferimento de medida cautelar incidental no processo, mesmo quando o requerimento dela se der a título de tutela antecipada e, desde que estejam presentes os requisitos para a concessão de medida cautelar.

O §7º determina, **in verbis**, que

> Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

Neste caso, o juiz não atuará **ex officio***.* Presentes os requisitos, o juiz poderá conceder a medida pleiteada em caráter incidental.

A inserção deste parágrafo ao ordenamento pátrio é um exemplo da utilização do princípio da economia processual, do comprometimento e da preocupação do legislador com a efetividade do processo, expressado através de comandos mais flexíveis. Permite-se, assim, a fungibilidade entre as medidas,

quando requerida medida cautelar a título de antecipação de tutela e presentes os requisitos para o deferimento da primeira.

Nestes termos, fora estabelecida a fungibilidade entre a tutela cautelar e a tutela antecipada. Ou seja, a possibilidade de conversão de um pedido em outro.

O princípio da fungibilidade é muito comum no âmbito da teoria geral dos recursos; segundo ele, uma parte não pode ser prejudicada, diante de dúvida objetiva, pela interposição de um recurso que não era cabível ao caso concreto. Diante dessa situação, autoriza-se que seja considerado válido o recurso interposto erroneamente, sob determinadas condições.

Ao se partir da ideia de que pode haver confusão entre tutela cautelar e tutela antecipada, deseja-se, com a fungibilidade, ressalvar a possibilidade de se conceder tutela urgente em processo de conhecimento nos casos em que se verificar dúvida fundada e razoável quanto à sua natureza. É correta a admissão desde que não haja erro grosseiro do requerente.

Destarte, a fungibilidade das tutelas só será permitida em hipóteses excepcionais, ou seja, em casos de dúvida fundada e razoável em relação à correta identificação da tutela urgente.

As hipóteses de fungibilidade são apenas duas:

a) pedido de antecipação de tutela em pedido de natureza cautelar e,

b) pedido de natureza cautelar de caráter incidental em pedido de tutela antecipada.

Quanto à primeira hipótese, o juiz deverá utilizar-se do princípio da fungibilidade dos pedidos e empreender a conversão ao adequar um pedido em outro, desde que presentes os requisitos essenciais ao pedido de natureza cautelar (**periculum in mora e fumus boni juris**).

A segunda hipótese é aquela em que o pedido feito é de natureza cautelar, tratando-se de tutela antecipada. Se estiverem presentes os requisitos inerentes à tutela antecipada expostos no art. 273 do Código de Processo Civil, o juiz deverá promover a conversão.

Acerca do tema, a doutrina está fragmentada, posto que há dois entendimentos distintos.

A primeira corrente defende a fungibilidade total entre as medidas, ou seja, mesmo que o autor requeira provimento cautelar a título de antecipação de

tutela, ou o inverso, o juiz poderá deferir uma pela outra, conforme entendimento de Theodoro Jr. (2003, p.337).

O festejado doutrinador Dinamarco (apud Fernandes, 2004), defende o “duplo sentido vetorial” do parágrafo em análise:

> [...] o novo texto não deve ser lido somente como portador da autorização a conceder uma medida cautelar quando pedida a antecipação da tutela. Também o contrário está autorizado, isto é: também quando feito um pedido a título de medida cautelar, o juiz estará autorizado a conceder a medida a título de antecipação de tutela, se esse for seu entendimento e os pressupostos estiverem satisfeitos. Não há fungibilidade em uma só mão de direção. (DINAMARCO apud FERNANDES, 2004, p.7).

Segundo o entendimento do ilustre processualista, o que importa é que a narração dos fatos seja capaz de conduzir ao resultado que se postula.

A segunda corrente, mais cautelosa, interpreta literalmente o §7º admitindo a fungibilidade apenas nos termos do artigo, ou seja, quando requerido provimento cautelar a título de antecipação de tutela, mas não quando ocorrer o contrário. Isto porque os requisitos para a concessão da cautelar são menos rígidos que aqueles exigidos para a concessão da antecipação de tutela.

Em sentido oposto, encontra-se Lopes (2003, p. 167) afirmando que o princípio da fungibilidade não foi albergado em termos amplos e irrestritos. Em função disto, a fungibilidade poderia ser admitida na hipótese de o autor requerer, a título de antecipação de tutela, providência de natureza cautelar, e não o inverso.

A par das teorias extremistas, Marinoni (2006, p.162) tem um entendimento que mescla argumentos das duas correntes analisadas. Defende o doutrinador a concessão de tutela antecipada quando ela for postulada com o nome de cautelar, desde que não haja erro grosseiro do requerente. Porém, salienta que tal entendimento pode levar à conclusão de que é possível requerer tutela cautelar em sede de processo de conhecimento e resolve a questão dizendo que medida cautelar não se confunde com processo cautelar, este último sendo viável apenas quando for necessária a melhor elucidação dos fatos, mediante a produção de provas:

> [...] a tutela cautelar pode ser requerida no próprio processo de conhecimento. Havendo necessidade de os fundamentos da tutela cautelar serem demonstrados através de instrução mais aprofundada, há que ser proposta ação cautelar e instaurado o respectivo processo, onde será levada a efeito a prova destinada a demonstrar os seus requisitos típicos. (MARINONI, 2006, p.163)

> [...] haverá, contudo, sempre situações de fronteira, que ensejarão dificuldade de ordem prática para joeirar, com precisão, uma e outra espécie de tutela. Não deve o juiz, na dúvida, adotar posição de intransigência. Ao contrário, deverá agir sempre com maior flexibilidade, dando maior atenção à função máxima do processo, a qual se liga a meta da instrumentalidade da maior e mais ampla efetividade da tutela jurisdicional. É preferível transigir com a pureza dos institutos do que sonegar a prestação justa a que o Estado se obrigou perante todos aqueles que dependem do Poder Judiciário para defender seus direitos e interesses envolvidos em litígio. (THEODORO JÚNIOR, 2005, p.577).

Acerca da fungibilidade entre as medidas, a jurisprudência é vasta no sentido de admiti-la. Vejamos alguns julgados:

> Processual civil. Recurso especial. Cautelar de sustação de protesto. Efetivação do protesto. Suspensão dos seus efeitos. Possibilidade. Poder geral de cautela e fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias dos efeitos da tutela**.**
> - O princípio da fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias dos efeitos da tutela confere poder ao juiz para deferir providência de natureza cautelar**,** a título de antecipação dos efeitos da tutela.
> - Segundo o entendimento do STJ: (i) é possível a suspensão dos efeitos dos protestos quando há discussão judicial do débito; (ii) a decisão cautelar de sustação de protesto de título insere-se no poder geral de cautela, previsto no art. 798 do CPC; e (iii) a sustação de protesto se justifica quando as circunstâncias de fato recomendam a proteção do direito do devedor diante de possível dano irreparável, da presença da aparência do bom direito e quando houver a prestação de contra-cautela.
> - De acordo com o poder geral de cautela e o princípio da fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias dos efeitos da tutela, o perigo de dano pode ser evitado com a substituição da sustação do protesto pela suspensão dos seus efeitos, se o protesto já tiver sido lavrado na pendência da discussão judicial do débito. Recurso especial provido. (REsp 627759/MG. Rel. Min. Nancy Andrighi. T3- Terceira turma. DJ 08.05.2006 p. 198).(BRASIL, 2006)
>
> Processual civil. Recurso especial. Fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias dos efeitos da tutela. Art. 273, §7°, do CPC. Interesse processual.
> - O princípio da fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias dos efeitos da tutela confere interesse processual para se pleitear providência de natureza cautelar, a título de antecipação dos efeitos da tutela. Recurso especial não conhecido. (REsp 653381/RJ. Rel. Min. Nancy Andrighi. T3 - Terceira turma. DJ 20.03.2006 p. 268). (BRASIL, 2006)

Sob nossa ótica é o entendimento mais correto, que se admita a fungibilidade em ambas as vias, para que se verifique a efetividade que foi conferida à medida inovadora, visto que, admitir de forma diferente seria abdicar de parte do alcance e utilidade da inovação legislativa.

5 A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Após a descrição da tutela antecipada, do seu surgimento e da definição de seus elementos caracterizadores, cabe-nos agora discorrer acerca da aplicabilidade do instituto no Processo do Trabalho.

Como cediço, a Consolidação das Leis do Trabalho prevê apenas duas hipóteses em que ao juiz, no curso do processo de conhecimento, é permitida a concessão de medida liminar. Estão, as possibilidades, dispostas no art. 659, incisos IX e X, os quais autorizam a concessão liminar nas reclamatórias que visem a tornar sem efeito transferência disciplinada pelos parágrafos do artigo 469 da CLT e que visem a reintegrar, no emprego, dirigente sindical afastado, suspenso ou dispensado pelo empregador, respectivamente. Esses incisos são reconhecidos pela jurisprudência como tutela jurisdicional antecipada, nos moldes do precedente (TST-RO-MS 282.417/96-1, SBDI-II, 4.315/97).

Vê-se, assim, que a CLT não trata especificamente do instituto em estudo, sendo a aplicação da tutela antecipada no processo trabalhista uma construção em razão da omissão do Texto Consolidado e da compatibilidade do instrumento com o direito processual do trabalho, em atenção ao art. 769 da CLT.

Segundo Leite (2013, p. 561),

> [...] é seguramente no processo do trabalho, dado seu escopo social de tornar realizável o direito material do trabalho, que o instituto da antecipação da tutela se torna não apenas instrumento útil, mas, sobretudo, indispensável.

Isto em razão de a natureza majoritária das causas trabalhistas versar sobre salários e prestações com clara natureza alimentar.

Reforçar-se a ideia inicial da criação da tutela antecipada de viabilizar o acesso à justiça e ao processo de resultados, o que torna o processo mais ágil e útil à parte e à sociedade por evita-se uma morosa prestação jurisdicional.

Nesse esteiro, o Tribunal Superior do Trabalho possui entendimento absolutamente consolidado acerca da aplicação da antecipação dos efeitos da tutela na Justiça do Trabalho, conforme inteligência das Súmulas 405 e 414 e das Orientações Jurisprudenciais n.º 64 e 68, ambas da SBDI-II, **in verbis**:

> Súmula n.º 405 do TST
> AÇÃO RESCISÓRIA. LIMINAR. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA
> I - Em face do que dispõe a MP 1.984-22/2000 e reedições e o artigo 273, §7º, do CPC, é cabível o pedido liminar formulado na petição inicial de ação rescisória ou na fase recursal, visando a suspender a execução da decisão rescindenda.
> II - O pedido de antecipação de tutela, formulado nas mesmas condições, será recebido como medida acautelatória em ação rescisória, por não se admitir tutela antecipada em sede de ação rescisória.
>
> Súmula n.º 414 do TST
> MANDADO DE SEGURANÇA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA (OU LIMINAR) CONCEDIDA ANTES OU NA SENTENÇA
> 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).
>
> Orientação Jurisprudencial n.º 64. MANDADO DE SEGURANÇA. REINTEGRAÇÃO LIMINARMENTE CONCEDIDA . Não fere direito líquido e certo a concessão de tutela antecipada para reintegração de empregado protegido por estabilidade provisória decorrente de lei ou norma coletiva.
>
> Orientação Jurisprudencial n.º 68. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. COMPETÊNCIA . Nos Tribunais, compete ao relator decidir sobre o pedido de antecipação de tutela, submetendo sua decisão ao Colegiado respectivo, independentemente de pauta, na sessão imediatamente subsequente.

Assim, resta clara a aplicabilidade da tutela antecipada na Justiça do Trabalho, mormente porque esse instrumento permite agilizar a prestação jurisdicional, máxime dessa justiça especializada que convive diuturnamente com a pobreza e onde, conforme exposto alhures, debatem-se créditos destinados à subsistência e à manutenção do obreiro e da sua família.

Segundo Dalazen (1995), “retardar a prestação jurisdicional no processo do trabalho pode significar o comprometimento da fonte única de subsistência de uma pessoa e sua família. É denegação de Justiça qualificada!”, assim, mais que no

Processo Civil, no Processo do Trabalho, a efetividade e a celeridade são corolários da tutela antecipada, posto que ganham contornos absolutamente sociais e de manutenção da vida do trabalhador.

O ilustre mestre Marinoni apud Leite (2013, p. 561) de forma brilhante conclui que

> [...] o procedimento ordinário é injusto às partes pobres, que não podem esperar, sem dano grave, a realização dos seus direitos. Todos sabem que os mais fracos ou pobres aceitam transacionar sobre seus direitos em virtude da lentidão da Justiça, abrindo mão da parcela de direito que provavelmente seria realizado, mas depois de muito tempo. A demora do processo, na verdade, sempre lesou o princípio da igualdade.

De modo definitivo, a tutela antecipada é amplamente compatível com a Justiça do Trabalho visando à composição das lides promovidas por obreiros e empregadores.

5.1 REQUISITOS DA TUTELA ANTECIPADA NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Em que pese a absoluta compatibilidade do instituto em estudo com o processo do trabalho, há que se destacar algumas especificidades de aplicação, tendo em vista o caráter especializado da Justiça do Trabalho.

Os requisitos de prova inequívoca e verossimilhança da alegação seguem a mesma sistemática processual civil, considerando que, também no processo justrabalhista, o ônus da prova compete a quem alegar (art. 818 da CLT).

O fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação deve ser analisado tendo em vista as relações de trabalho que fazem parte do contexto do direito pleiteado, pois “o contrato de trabalho é de trato sucessivo e que, se a empresa necessita de empregados para realizar seu negócio, o empregado precisa de emprego e de todas as vantagens que ele lhe traz, mormente o salário”, nos dizeres de Soares (1999).

Nesse norte, a extensão do dano e o grau de irreparabilidade ou dificuldade para repará-lo hão de ser analisados em razão das necessidades de quem reivindica a tutela antecipada bem como dentre as possibilidades de quem suportará o cumprimento.

A prova inequívoca como requisito para concessão da antecipação dos efeitos da tutela é aqui, também, aquela que leva a certeza (ao menos momentânea), de que a parte requerente tem direito à concessão e necessita da tutela justrabalhista, em razão de ser dotada de caráter alimentar, na maioria dos casos, sendo certo que a espera pelo provimento final da lide, via sentença, exigirá sacrifícios da parte requerente, tendo a tutela antecipada a justificativa necessária para seu imediato deferimento.

Quando se tratar de tutela antecipada sancionatória, calcada no abuso de direito de defesa do réu ou seu manifesto propósito protelatório, os mesmos parâmetros cíveis são aplicados no processo do trabalho.

De forma magistral, através de um precedente emblemático, a SBDI-II traduz o que é a antecipação de tutela na Justiça do Trabalho (Anexo A) ao reprografar o entendimento *ad quo*. Transcrevemos trechos oportunos, **verbis:**

> Nos termos do disposto no artigo 273 do CPC é possível conceder-se a antecipação dos efeitos da tutela definitiva, constituindo-se em uma decisão com natureza satisfativa. Aqui, impera a verossimilhança da alegação. A antecipação da tutela, em verdade, é admitida quando se vislumbrar concretamente a antecipação do ato de execução. Diz o art. 273 do CPC: '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'.
> O artigo 461 do CPC estabelece que '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 providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento'. O §3º deste dispositivo impõe que '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'.
> Como dito na decisão liminar, a nulidade da despedida pelo não cometimento dos fatos tipificados pelo empregador, por tais fatos não serem suficientemente graves a justificar a rescisão contratual calcada no artigo 482 da CLT, ou mesmo pela incapacidade para o trabalho e ausência de exame demissional, são matérias cuja prova inequívoca dependem de ampla dilação probatória, devendo ser discutidas na esfera apropriada.
> Não se trata de perquirir acerca da existência de garantia no emprego, de acolher ou de rejeitar a falta grave apurada no processo administrativo e sim

de se reconhecer a invalidade da despedida formalizada enquanto suspenso o contrato de trabalho. A suspensão do contrato de trabalho em face do gozo de benefício previdenciário é circunstância que impede a efetivação da despedida enquanto não findar a causa suspensiva do pacto.
Ainda, é irrelevante a inexistência de notícia, nos autos, acerca da atual condição do reclamante junto ao Órgão Previdenciário. O que importa é que à época da despedida o contrato estava suspenso em face de gozo de benefício previdenciário.
A aparência do bom direito, assim, é suficiente para a manutenção do comando de reintegração.
O fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, justificador da antecipação de tutela concedida na origem, resta configurado pela insegurança jurídica causada pela extinção do pacto em momento em que o contrato estava suspenso em face de gozo de benefício previdenciário, prática vedada pelo ordenamento legal vigente.
Vale salientar, por fim, que a tutela deferida tem caráter de provisoriedade: embora possua efeito satisfativo momentâneo, pode ser revogada a qualquer tempo, na exata medida em que a defesa - eventualmente - lograr êxito em suas ponderações.
A propósito, não há perigo de irreversibilidade do ato. Nenhum prejuízo financeiro sofrerá a empresa enquanto o empregado estiver afastado em gozo de benefício previdenciário. De resto, foi expressamente determinado que a retomada das efetivas atribuições laborais deve ser precedida de exame médico de retorno. Portanto, se o empregado não mais estiver em gozo de benefício previdenciário e for considerado apto, sua permanência no emprego propiciará o sinalagma entre as prestações trabalho e salário, garantida a bilateralidade ínsita à relação empregatícia, não se observando prejuízos à empresa. Neste sentido, por analogia, a Orientação Jurisprudencial nº 142 da SDI-II do C. TST: 'MANDADO DE SEGURANÇA. REINTEGRAÇÃO LIMINARMENTE CONCEDIDA. Inexiste direito líquido e certo a ser oposto contra ato de Juiz que, antecipando a tutela jurisdicional, determina a reintegração do empregado até a decisão final do processo, quando demonstrada a razoabilidade do direito subjetivo material, como nos casos de anistiado pela da Lei nº 8.878/94, aposentado, integrante de comissão de fábrica, dirigente sindical, portador de doença profissional, portador de vírus HIV ou detentor de estabilidade provisória prevista em norma coletiva.' Assim, nenhum prejuízo terá a empregadora ao efetivar a reintegração, ao contrário, se beneficiará da prestação do trabalho.
Deste modo, dos fatos narrados e da prova trazida aos autos do *mandamus*, não se verifica ilegalidade ou abusividade no ato atacado que determinou, liminarmente, a reintegração do reclamante no emprego e o pagamento dos salários correspondente. (TST-RO-6081-12.2012.5.04.0000)

5.1.1 Requerimento da parte legitimada

Cumpre destacar discussão na Justiça do Trabalho acerca da iniciativa da parte para requerer a concessão da tutela antecipada.

Conforme exposto no item 3.1.1, segundo exigência do art. 273 do Código de Processo Civil, a parte beneficiária deverá solicitar a concessão da medida, mediante demonstração de existência e validade dos requisitos impostos pela lei.

Pois bem, há corrente doutrinária que aduz que no processo do trabalho a execução poderá ser promovida *ex officio* pelo juiz, o que autoriza, portanto, a concessão de antecipação de tutela sem requerimento específico da parte, desde que presentes seus elementos essenciais.

É a doutrina de que "é dado o mais – promover a execução – parece-me que também lhe é dado o menor: de ofício, antecipar a tutela satisfativa do crédito exequendo, no caso de resultar manifesto o propósito protelatório do executado", magistério do eminente Ministro Dalazen apud Lora (2010).

Como reforço argumentativo, soma-se o **jus postulandi**, que detém as partes na Justiça do Trabalho (art. 791 da CLT), podendo litigar sem representação via advogado, motivo pelo qual

> seguramente não terá a parte autora (como regra geral, o trabalhador) conhecimento técnico suficiente para requerer a antecipação da tutela, crescendo assim de importância a necessidade de permitir-se ao Juiz conceder de ofício a medida, em especial quando constate o manifesto propósito protelatório do reclamado. (LORA, 2010).

Destarte, em se tratando de execução que está sendo obstaculada infundadamente pelo reclamado, é possível que o juiz, no caso concreto, antecipe os efeitos da tutela de ofício, de modo a efetivar a decisão definitiva e de entregar a parte a prestação jurisdicional a qual se obrigou.

5.2 REVERSIBILIDADE E PROVISORIEDADE

A tutela antecipada mantém, na Justiça do Trabalho, seu caráter temporário e modificativo, embora seja medida de cunho eminentemente satisfativo.

Não se confundem, portanto, satisfatividade e irreversibilidade. O caráter satisfativo revela a entrega efetiva da prestação jurisdicional, sendo ela provisória ou definitiva. A irreversibilidade, por seu turno, não é admitida em provimentos provisórios, pois estes últimos são suscetíveis de devolução ao estado anterior à antecipação da tutela, em caso de revogação ou modificação.

Segundo a doutrina de Dalazen apud Evanna Soares (1999), a reversibilidade deve ser analisada segundo seus efeitos e não quanto ao provimento em si, sugerindo que seja aquilatada com o zelo necessário a não inviabilizar a antecipação de tutela, pois seu caráter satisfativo é intrínseco.

Cabe aqui registrar, por oportuno, que essa característica deve ser sopesada em razão da natureza alimentícia dos valores comumente postulados pelos reclamantes visto que, se de um lado o empregador pode ter algum prejuízo de ordem financeira/econômica, do outro, é certo que o empregado pode ter comprometido não apenas seu sustento e dignidade, mas a subsistência da sua própria família (LEITE, p. 568).

Nas brilhantes palavras de Neyton Fatoni Jr. apud Leite (2013, p. 568)

> [...] o perigo da irreversibilidade não pode servir de desculpa ou pretexto para a acomodação ou acovardamento do Juiz diante da situação concreta submetida à sua apreciação e do dever de fundamentar a decisão, porque traduz postura inteiramente descompromissada com os princípios constitucionais do direito à adequada tutela jurisdicional e do acesso à ordem jurídica justa, convertendo-o em instrumento de denegação da justiça em desprestígio da função jurisdicional.

Traz-se à baila, ainda, que, de acordo com o mencionado no item 3.4, a Lei n.º 10.444/2002 condicionou a antecipação de tutela à prestação de caução por parte do beneficiário, visando a garantir a reversibilidade do provimento.

Especialmente acerca dessa possibilidade, há doutrina trabalhista que defende o entendimento e aplicação literal da legislação, porém entende-se, neste texto acadêmico, que condicionar a antecipação dos efeitos da tutela à prestação de caução por parte do trabalho é o mesmo que esvaziar o sentido da medida, em razão de sua limitação.

Acerca do confronto aparente de normas, imperiosa colocação de Mallet apud Lora (2010), perfilhando entendimento razoável e irreprochável ao aduzir que:

> Em primeiro lugar, se dois direitos estão em conflito, cumpre indagar se ambos revestem-se da mesma importância ou se um deles foi colocado em posição de preeminência. É que, como anota Otto Bachof, 'em todo e qualquer documento constitucional, como em toda e qualquer lei, podem distinguir-se preceitos de importância fundamental e preceitos menos importantes'. Assim, se de um lado está o direito à preservação da integridade física do trabalhador e de outro está simplesmente um direito patrimonial do empregador, claro que o primeiro deve prevalecer sobre o último. É natural que direitos de caráter fundamental sejam tutelados de modo até mais intenso do que os demais direitos, o que nada tem de aberrante ou de surpreendente. Tanto assim que se verifica, na prática, que 'les mesures urgentes sont plus facilemente accordées lorsqu'elles visent à protéger des droits considérés comme fondamentaux'. 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 compreensível.

Acerca do conflito, manifesta-se a jurisprudência:

> Com efeito, ante o possível confronto entre a segurança e a efetividade, cabe ao julgador, atento às circunstâncias do caso concreto e com o desígnio de preservar os bens e valores prevalentes à luz do Direito, deferir a medida liminar, sem olvidar a hipótese de tal medida ser concedida *inaudita altera pars*, quando, por exemplo, a bilateralidade for incompatível com a urgência da pretensão provisória (TST-RO-6081-12.2012.5.04.0000).

Não se deve olvidar, portanto, da natureza social da Justiça Trabalhista e dos créditos eminentemente salariais que são objeto de sua competência constitucional de julgamento, para que sempre considere a causuística quando da avaliação dos direitos em conflito, ainda que de forma aparente.

5.3 IRRECORRIBILIDADE DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS DA JUSTIÇA DO TRABALHO

No curso do processo, a tutela antecipada é deferida via decisão interlocutória mista que desafia interposição de agravo de instrumento (art. 522 do CPC) e, conforme cediço, no processo trabalho, as decisões interlocutórias são irrecorríveis (CLT, art. 893, parágrafo primeiro).

Assim, uma vez concedida a tutela antecipada em sede de reclamação trabalhista, a parte prejudicada não poderá interpor agravo de instrumento, posto que tem, ao seu dispor, apenas o manejo de mandado de segurança para o tribunal correspondente, nos termos da Súmula 414, inciso II, do TST.

Ressalte-se, outrossim, que quando a antecipação dos efeitos da tutela se der em sede de sentença, não há falar-se em manejo de mandado de segurança, tendo em vista que há recurso próprio para atacar a sentença de 1º grau (recurso ordinário), havendo a possibilidade de se pleitear efeito suspensivo da decisão através de ação cautelar (Súmula 414, inciso I do TST).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto da tutela antecipada, como meio capaz de garantir a satisfação imediata da prestação jurisdicional almejada pela parte requerente, configura-se em medida importante na atualidade, visto que é plenamente eficaz no que tange ao atendimento dos reclames sociais por uma atividade jurisdicional mais célere e efetiva, de acordo com o princípio da efetividade da jurisdição.

Como ficou demonstrado, entretanto, para que esta medida possa implicar na satisfação imediata do direito pleiteado pela parte requerente, não pode ser concedida de forma livre, sob pena de violação ao princípio da segurança jurídica. Pelo contrário, necessita de estrita obediência a todos os pressupostos elencados no art. 273 do Código de Processo Civil.

A antecipação da tutela é feita com observância a rígidos critérios de concessão que, por sua maior exigência, não permite que seja confundida com a tutela cautelar, visto ser, esta última, concedida com base em elementos mais maleáveis de cognição.

A possibilidade de se ter esse tipo de medida quando a Fazenda Pública figurar no polo passivo é questão ainda muito discutida no mundo jurídico, não tendo, ainda, uma posição definitiva quanto à sua real possibilidade. As correntes são as que não admitem e, claro, as que admitem que seja possível tal medida contra a Fazenda Pública. É com essa última corrente que a presente autora se afina, visto que, se um particular pode suportar, no polo passivo, o ônus de uma antecipação de tutela, a Fazenda Pública também é passível desse tipo de medida, sob pena de se tratar desigualmente os iguais; registre-se, inclusive, o entendimento consolidado do C. STF, segundo o qual há a possibilidade de a Fazenda Pública suportar o ônus da concessão da antecipação dos efeitos da tutela ao autor, quando aquela figurar como demandada.

Antecipar a tutela em face de pedido incontroverso foi inovação trazida pela Lei n.º 10.444/02 segundo a qual, quando o pedido ou parte dele se torna incontroverso, ele necessita de imediata cautela, de modo que não faz sentido o autor esperar todo o deslinde da lide para perceber o seu direito, que já foi, inclusive, reconhecido como devido pelo réu.

Para que o instituto em estudo tenha uma eficácia maior, a sentença que põe fim ao processo pode e deve antecipar os efeitos da tutela, sendo, assim, um meio de impor, à sentença, um efeito de execução imediata dos direitos do requente, ao passo que garante, ao juízo de primeiro grau, certeza e exigibilidade, quando impede que a sentença seja recebida em seu efeito devolutivo.

Apesar das críticas dos que não concordam com esta possibilidade, a antecipação de tutela quando deferida no bojo da própria sentença de mérito, mesmo sendo matéria de decisão interlocutória confere, à sentença, eficácia plena e imediata.

As inovações trazidas pela Lei n.º 10/444/02 representaram um grande avanço quando conferiram meios coercitivos à tutela antecipada para que o réu cumpra a determinação judicial. Esses meios coercitivos vão desde a aplicação de multa diária até a utilização de força policial para que a medida seja cumprida.

A maior inovação trazida por esta lei foi que, conforme o entendimento desta autora, existe a possibilidade de fungibilidade entre a tutela cautelar e a tutela antecipada. Partindo da premissa de que é bastante tênue a linha divisória entre esses institutos , o legislador buscou não prejudicar o autor que, involuntariamente e sem cometer erro grosseiro, requer tutela cautelar com o nome de tutela antecipada. Quando isto ocorre, o juiz está autorizado à conversão para que não haja prejuízo ao autor, desde que presentes os requisitos para a concessão da tutela cautelar.

Na hipótese, abstraída da interpretação da lei, de requerimento de tutela antecipada movida a título de tutela cautelar, a doutrina ainda se mostra divergente quanto a sua fungibilidade, porém, a maioria admite tal prática, desde que os requisitos para a concessão da tutela antecipada sejam analisados atenciosamente, por serem mais rígidos que os requisitos da tutela cautelar. Verificando o juiz a existência de todos os elementos de concessão, a medida pode e deve ser conferida.

Neste trabalho, esta autora filia-se à corrente que admite a fungibilidade total entre as medidas, por ser uma prática que está em consonância com as formas atuais de se lograr maior efetividade e celeridade às demandas judiciais.

A tutela antecipada, conforme demonstrado, é absolutamente aplicável à Justiça do Trabalho, seja por lacuna legislativa (através de prática de integração), seja por pertinência temática, vez que, de acordo com o exposto alhures, o fim precípuo dessa justiça especializada é o de alcançar a celeridade na resolução das

lides, posto que, na maioria das vezes, as reclamações versam sobre créditos de natureza alimentar.

Não é despiciendo aduzir que, embora plenamente aplicável à Justiça do Trabalho, a tutela antecipada no processo trabalhista tem algumas peculiaridades, como a irrecorribilidade das decisões interlocutórias e a possibilidade de concessão da medida **ex officio** pelo magistrado, em razão do **jus postulandi** das partes na reclamatória acrescido da resistência do demandado em cumprir a decisão já em fase de execução.

Como se pode observar, embora a tutela antecipada não seja um instituto novo, comporta ainda questões polêmicas que ainda rendem infindáveis teses doutrinárias.

O tempo é que determinará qual posicionamento será o adotado pelos processualistas. O que não se pode permitir nunca é o perecimento do direito do autor em face da demora transcorrida para a solução da lide.

A criação da tutela antecipada e suas posteriores alterações é a resposta do Estado aos anseios sociais de uma Justiça mais célere, justa e igualitária.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. **Tutela antecipatória**. São Paulo: Saraiva, 2001.

ARAGON, Célio da Silva. **Aspectos da tutela antecipada contra a Fazenda Pública**. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 44. ago. 2000. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=881> Acesso em: 05 jul. 2014.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do Processo de Conhecimento**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ASSUMPÇÃO, Daniel. **Manual de Direito Processual Civil**. 6ª Ed. Vol. Único. São Paulo: Método, 2013.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 jan. 1973**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L5869compilada.htm>. Acesso em 10 jul. 2014.

_____. **Consolidação das Leis do Trabalho, de 1º mai. 1943**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em 10 jul. 2014.

_____.Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp> Acesso em 10 jul. 2014.

DALAZEN, João Oreste. Aspectos da Tutela Antecipatória de Mérito no Processo Trabalhista Brasileiro**. Revista do TRT 3 Região** Jun 95/Jul97. Belo Horizonte, Disponível em http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_55_56/Joao_Dalazen.pdf, Acesso em 17 jul. 2014.

FERNANDES. Alessandra Moraes. **Uma nova modalidade de tutela antecipada. Lei nº 10.444/2002**. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n 534, 23 dez. 2004. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6091. Acesso em: 05 jul. 2014.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 12ª ed. São Paulo: LTr Editora, 2014.

LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

LORA, Ilse Marcelina Bernardi. **Antecipação de tutela.** Academia Paranaense de Estudos Jurídicos. Acervo eletrônico doado ao Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. 2010. Disponível em http://www.trt9.jus.br/apej/artigos_doutrina_imbl_02.asp. Acesso em 16 jul 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999a.

_____. **Novas linhas do processo civil**. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 1999b.

_____. **Tutela específica: arts***. 461, CPC e 84, CDC*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____.**Antecipação de tutela**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MESQUITA, Eduardo Melo de. **As tutelas cautelar e antecipada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002 – Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, v. 52.

MOREIRA, Eloína Corrêa Gomes. **Tutela antecipada no Código de Processo Civil Brasileir***o*. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 189, 11 jan. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4713>. Acesso em 10 jul. 2014.

NEGRÃO, Theotônio & GOUVEA, José Roberto F. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

SALVADOR, Antônio Raphael Silva. **Da ação monitória e da tutela jurisdicional antecipada**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SOARES, Evanna. **A tutela antecipada no processo do trabalho. Assimilação do instituto da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional pelo Direito Processual do Trabalho no Brasil.** Trabalho de conclusão da disciplina Seminário I (Direito Processual), Curso de Doutorado em Ciências Jurídicas e Sociais, Faculdade de Ciências Políticas, Jurídicas e Econômicas, Universidade do Museu Nacional Argentino, Prof. Dr. Eduardo Mario Martinez Alvarez. Buenos Aires, 1999. Disponível em http://www.prt22.mpt.gov.br/artigos/trabevan22.pdf . Acesso em 16 jul 2014.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 40. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. Vol. 1.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 2.

ANEXO A – Acórdão do julgamento do PROCESSO Nº TST-RO-6081-12.2012.5.04.0000

A C Ó R D Ã O
(SDI-2)

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. RESOLUÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO NO CURSO DE AUXÍLIO-DOENÇA. CONTROVÉRSIA ACERCA DA JUSTA CAUSA. NULIDADE DA DISPENSA. REINTEGRAÇÃO. RESTABELECIMENTO DO PLANO DE SAÚDE. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS QUE AUTORIZAM A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. 1. A tutela provisória deita suas raízes na efetividade do processo, pois, enquanto espécie de providência imediata e de urgência, afasta a possibilidade de dano decorrente da demora na prestação jurisdicional (CF, art. 5º, LXXVIII). 2. Funciona, portanto, como instrumento de harmonização entre a segurança jurídica e a efetividade do processo, na medida em que viabiliza a outorga de providências de natureza temporária, tendentes a frear situações de risco. 3. Nessa perspectiva e a teor do art. 273 do CPC, a concessão de tutela antecipada depende tanto da existência de prova inequívoca capaz de convencer o julgador da verossimilhança da alegação quanto do "fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação" ou do "abuso de direito ou o manifesto propósito protelatório do réu" (incisos I e II do art. 273 do CPC). 4. A noção de urgência dá margem ao julgador para decidir sem a necessidade de aprofundar a cognição, desde que presentes os elementos que impulsionem a formação do seu convencimento quanto à existência do direito. 5. A presença dos requisitos do art. 273 do CPC aconselha a antecipação da tutela. Recurso ordinário em mandado de segurança conhecido e desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Ordinário n° **TST-RO-6081-12.2012.5.04.0000**, em que é Recorrente **CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CEF**, Recorrido **CARLOS EDUARDO DE ARAÚJO MOURA** e Autoridade Coatora **JUIZ TITULAR DA 13ª VARA DO TRABALHO DE PORTO ALEGRE**.

O Eg. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, pelo acórdão de fls. 294/298, denegou a segurança, por entender presentes os que autorizam o deferimento de medida liminar.

A impetrante (Caixa Econômica Federal - CEF) interpõe recurso ordinário (fls. 300/335), sustentando, em resumo, a existência de direito líquido e certo tutelável pela via do *mandamus.* Alega que não estão presentes os requisitos que autorizam o deferimento da tutela antecipada (CPC, art. 273), uma vez que "a melhor interpretação do artigo 476 da CLT não veda a rescisão do contrato de trabalho quando configuradas qualquer uma das hipóteses previstas no artigo 482 da CLT". Insiste na configuração da justa causa.

Guia de custas a fl. 336.

Recebido o recurso pelo despacho de fl. 339.

Contrarrazões a fls. 347/355.

Manifestação do d. Ministério Público do Trabalho pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

É o relatório.

V O T O

I – CONHECIMENTO.

Presentes os requisitos extrínsecos de admissibilidade, pois tempestivo o apelo (fls. 299 e 300), regular a representação (fl. 26) e recolhidas as custas processuais (fl. 336), conheço do recurso ordinário.

II - MÉRITO.

RESOLUÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO NO CURSO DE AUXÍLIO-DOENÇA. CONTROVÉRSIA ACERCA DA JUSTA CAUSA. NULIDADE DA DISPENSA. REINTEGRAÇÃO. RESTABELECIMENTO DO PLANO DE SAÚDE. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS QUE AUTORIZAM A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA.

Caixa Econômica Federal - CEF impetra mandado de segurança contra a decisão de fls. 54/55, pela qual Exma. Juíza da 13ª Vara do Trabalho de Porto Alegre/RS deferiu o pedido de antecipação de tutela, para determinar que a reclamada, no prazo de 48 horas, reintegre o reclamante ao emprego e restabeleça o plano de saúde (titular e dependentes), nos mesmos moldes anteriores, sob pena de multa diária de R$300,00 (trezentos reais).

Estes, os fundamentos da decisão impugnada:

"Vistos e examinados os autos.

O reclamante informa ter sido admitido em 14-06-2004 e dispensado em 26-05-2011, por imputação de justa causa, a qual refere não sustentar pela ostensiva e latente condição de incapacidade para o trabalho há muito presente.

Refere que, independentemente da discussão acerca da falta grave, a dispensa é nula, aduzindo estar incapacitado para o trabalho e, mesmo, para os atos da vida civil, salientando que o quadro de ansiedade, angústia e depressão que o acomete haveria de ser atestado no exame médico demissional, contudo o empregador não o realizou.

Busca, entre outros pedidos, a nulidade do ato demissional, com imediata reintegração nos quadros funcionais da primeira reclamada, e o pagamento dos salários e demais vantagens, bem como aqueles decorrentes da condição de trabalhador incapacitado, especialmente o Plano Médico de Saúde que era mantido a si e a seus dependentes.

Nega ter cometido falta grave a ensejar o lima e contratual, aduzindo ser indispensável à compreensão do feito, o reexame do seu quadro psicológico e do contexto da dispensa.

Argumenta que desde o final de 2009 e início de 2010 apresentou quadro de depressão e ansiedade, com sinais de euforia e excitação, seguidos de quadros de introspecção, em quadro que evoluiu para outro de extrema e gravíssima depressão, beirando a demência mental com tentativas ostensivas de suicídio. Informa que vem sistematicamente em tratamento médico, custeado por sua mãe (diarista).

Prossegue historiando a evolução do quadro psíquico e as programações mentais tidas, que há muito indicavam afastamento em benefício previdenciário, só tendo percebido o quadro em que se encontrava, por familiares e mais próximos quando se encaminhava para o final do contrato, não tendo sido percebido no trabalho a gritante incapacidade mental.

Diz que além da dispensa ter ocorrido no auge de sua insanidade, foi compulsoriamente culpado por ações que devem ser revistas pelo Judiciário, somando-se a isso os

descontos sistemáticos que vem sofrendo que em muito superam os R$2.101,24 que a suposta e inadvertidamente teria transferido.

Postula, em liminar, a antecipação parcial dos efeitos da tutela com a reintegração aos quadros funcionais do reclamado, com restabelecimento urgente dos benefício funcionais e das mesmas condições contratuais até então vigentes, especialmente o plano de assistência médico-hospitalar.

Pois bem, relatado o feito, a prova documental que acompanha a inicial demonstra que o reclamante esteve em benefício previdenciário, espécie 31, nos períodos abaixo:

- de 12-05-2011 a 31-08-2011 (fl. 45)
- de 19-08-2011 a 26-01-2012 (fl. 44)
- de 30-01-2012 a 15-05-2012 (fl. 26)

Também há prova documental de internação junto à Associação Encarnacióm Blaya Clínica Pinel, de 10-5-2011 a 0-6-2011 (fl. 38).

Além disso, há prova documental de atendimento hospitalar em 2010, bem como receituários médicos e agendas de consulta com médicos da área psiquiátrica.

Portanto, está demonstrado pela prova documental, em especial pela Comunicação de Decisão da Previdência Social (fl. 45), identificando o período do benefício previdenciário de 12-05-2011 a 31-08-2011, que a ruptura do contrato de trabalho ocorrida em 26-05-2011, se deu em período de suspenção do contrato de trabalho, o que, por si só, afasta a sua validade.

Outrossim, os documentos juntados com a inicial evidenciam a indispensabilidade do Plano de Saúde, nos moldes antes mantido com a empregadora, inclusive a dependentes do reclamante, a fim de assegurar tratamento de saúde físico-psíquica.

Desse modo, por não se cogitar de validade da despedida havida em 26-05-2011 no curso da suspensão contratual decorrente do benefício previdenciário, a teor dos artigos 9º e 476 da CLT, cumpre, de forma liminar, *inaudita altera parte*, antecipar os efeitos da tutela para a retomada

do contrato de trabalho, mantidas as mesmas condições anteriores, tudo sem prejuízo de posterior reexame.

Ainda é acolhida a pretensão, de forma liminar, para determinar o restabelecimento do Plano de Assistência Médico-hospitalar ao reclamante, e seus dependentes, nos mesmos moldes do anteriormente mantido, devendo as respectivas Carteiras serem fornecidas pela primeira reclamada, no prazo de 48 horas, sob pena de multa de R$ 300,00 por dia, até o cumprimento da obrigação de fazer, reversível, ao reclamante.

Sem prejuízo da retomada do contrato de trabalho, a retomada das efetivas atribuições laborais deve ser precedida de exame médico de retorno.

A eventual prorrogação de benefício previdenciário concedido ao reclamante deverá ser comunicada à empregadora, bem como a documentação deverá ser juntada aos autos.

Expeça-se Mandado acompanhado de cópia da presente decisão, inclusive para notificação a primeira reclamada para audiência inicial, a ser realizada no dia 13-08-2012, às 10h30min, nos termos do artigo 844 da CLT.

Cumpra-se por Oficial de Justiça, em regime de plantão.

Ainda, notifique-se o reclamante a segunda reclamada para a audiência, nos termos do artigo 844 da CLT.

Intime-se o procurador do reclamante, ainda que por via telefônica.

Determino, neste primeiro momento e, por cautela, a tramitação em segredo de justiça.

Em 27/06/2012."

A MM. Desembargadora relatora, pela decisão de fls. 257/258, indeferiu a pretensão liminar formulada nesta ação de segurança.

No julgamento do mérito, a 1ª Seção de Dissídios Individuais do TRT da 4ª Região denegou a segurança, assim manifestando o seu convencimento (fls. 295/297):

"Trata-se de mandado de segurança impetrado por CAIXA ECONÔMICA FEDERAL visando seja desconstituído ato considerado ilegal, emanado da MM. Juíza-Substituta da 13ª Vara do Trabalho de Porto Alegre, que nos autos da reclamatória trabalhista nº 0000777-90.2012.5.04.0013, movida por Carlos Eduardo de Araújo Moura, determinou a imediata reintegração do autor no emprego, mantidas as condições anteriores, bem como o restabelecimento do Plano de Assistência Médica-Hospitalar ao reclamante e seus dependentes, nos mesmos moldes anteriormente mantidos, sob pena de multa de R$ 300,00 por dia, até o cumprimento da obrigação de fazer, determinando ainda que a retomada das efetivas atribuições deve ser precedida de exame médico de retorno.

A impetrante defende que o autor da ação subjacente teve o contrato de trabalho rescindido por justa causa em 07.02.2012, em razão da comprovação de atos irregulares praticados enquanto detentor do cargo de Gerente de Pessoa Jurídica da Ag. Canoas, apurados através de processo administrativo no qual assegurado o direito à ampla defesa e ao contraditório. Sustenta que o processo administrativo foi instaurado em 27.12.2010, com o objetivo de apurar irregularidades em transferências entre contas de clientes e avaliações de crédito no Sistema de Avaliação de Risco de Crédito, concluindo pela prática de atos ilícitos, que culminaram, ao término do processo administrativo, com a despedida por justa causa por cometimento das faltas graves tipificadas no artigo 482, letras ‘a’, ‘b’ e ‘h’, da CLT. Defende que apesar de o contrato de trabalho estar suspenso à época da despedida, vez que o autor se encontrava em benefício previdenciário, o artigo 476 da CLT não veda a despedida quando configurada a prática de qualquer uma das hipóteses previstas no artigo 482 consolidado, caso dos autos, enfatizando que a lei não prevê garantia de emprego contra a justa causa. Argumenta, por fim, a aparência do bom direito consubstanciada na comprovação dos fatos que justificaram a justa causa e o perigo da demora, evitando-se que os prejuízos financeiros

decorrentes da determinação de reintegração indevida se somem àqueles já causados pelo empregado e que, inclusive, culminaram com sua despedida por justa causa. Busca, liminarmente, seja cassada a ordem de imediata reintegração do reclamante no emprego e o restabelecimento dos salários e, no mérito, a concessão definitiva da segurança com a confirmação da liminar.

Examina-se.

Nos termos do disposto no artigo 273 do CPC é possível conceder-se a antecipação dos efeitos da tutela definitiva, constituindo-se em uma decisão com natureza satisfativa. Aqui, impera a verossimilhança da alegação. A antecipação da tutela, em verdade, é admitida quando se vislumbrar concretamente a antecipação do ato de execução. Diz o art. 273 do CPC: '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'.

O artigo 461 do CPC estabelece que '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 providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento'. O §3º deste dispositivo impõe que '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'.

Como dito na decisão liminar, a nulidade da despedida pelo não cometimento dos fatos tipificados pelo empregador, por tais fatos não serem suficientemente graves a justificar a rescisão contratual calcada no artigo 482 da CLT, ou mesmo

pela incapacidade para o trabalho e ausência de exame demissional, são matérias cuja prova inequívoca dependem de ampla dilação probatória, devendo ser discutidas na esfera apropriada.

Não se trata de perquirir acerca da existência de garantia no emprego, de acolher ou de rejeitar a falta grave apurada no processo administrativo e sim de se reconhecer a invalidade da despedida formalizada enquanto suspenso o contrato de trabalho. A suspensão do contrato de trabalho em face do gozo de benefício previdenciário é circunstância que impede a efetivação da despedida enquanto não findar a causa suspensiva do pacto.

Ainda, é irrelevante a inexistência de notícia, nos autos, acerca da atual condição do reclamante junto ao Órgão Previdenciário. O que importa é que à época da despedida o contrato estava suspenso em face de gozo de benefício previdenciário.

A aparência do bom direito, assim, é suficiente para a manutenção do comando de reintegração.

O fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, justificador da antecipação de tutela concedida na origem, resta configurado pela insegurança jurídica causada pela extinção do pacto em momento em que o contrato estava suspenso em face de gozo de benefício previdenciário, prática vedada pelo ordenamento legal vigente.

Vale salientar, por fim, que a tutela deferida tem caráter de provisoriedade: embora possua efeito satisfativo momentâneo, pode ser revogada a qualquer tempo, na exata medida em que a defesa - eventualmente – lograr êxito em suas ponderações.

A propósito, não há perigo de irreversibilidade do ato. Nenhum prejuízo financeiro sofrerá a empresa enquanto o empregado estiver afastado em gozo de benefício previdenciário. De resto, foi expressamente determinado que a retomada das efetivas atribuições laborais deve ser precedida de exame médico de retorno. Portanto, se o empregado não mais estiver em gozo de benefício

previdenciário e for considerado apto, sua permanência no emprego propiciará o sinalagma entre as prestações trabalho e salário, garantida a bilateralidade ínsita à relação empregatícia, não se observando prejuízos à empresa. Neste sentido, por analogia, a Orientação Jurisprudencial nº 142 da SDI-II do C. TST: 'MANDADO DE SEGURANÇA. REINTEGRAÇÃO LIMINARMENTE CONCEDIDA. Inexiste direito líquido e certo a ser oposto contra ato de Juiz que, antecipando a tutela jurisdicional, determina a reintegração do empregado até a decisão final do processo, quando demonstrada a razoabilidade do direito subjetivo material, como nos casos de anistiado pela da Lei nº 8.878/94, aposentado, integrante de comissão de fábrica, dirigente sindical, portador de doença profissional, portador de vírus HIV ou detentor de estabilidade provisória prevista em norma coletiva.' Assim, nenhum prejuízo terá a empregadora ao efetivar a reintegração, ao contrário, se beneficiará da prestação do trabalho.

Deste modo, dos fatos narrados e da prova trazida aos autos do mandamus, não se verifica ilegalidade ou abusividade no ato atacado que determinou, liminarmente, a reintegração do reclamante no emprego e o pagamento dos salários correspondentes.

Denega-se a segurança pretendida.

Custas de R$ 20,00 (vinte reais), pela impetrante, calculadas sobre o valor de R$ 1.000,00 (um mil reais) atribuído à causa."

Pelas razões de recurso ordinário, a impetrante sustenta que não estão presentes os requisitos que autorizam o deferimento da tutela antecipada (CPC, art. 273). Sustenta que "a melhor interpretação do artigo 476 da CLT não veda a rescisão do contrato de trabalho quando configuradas qualquer uma das hipóteses previstas no artigo 482 da CLT". Insiste na configuração da justa causa.

À análise.

O Estado, como produto da razão humana, tem suas origens nas chamadas teorias contratualistas ou pactistas, também conhecidas como teorias racionalistas de justificação do Estado, desenvolvidas a partir do estudo das primitivas comunidades, em estado de natureza.

John Locke, em contraponto ao absolutismo teorizado por Thomas Hobbes ("o homem é o lobo do homem"), assentou a sua teoria em bases liberais, com o propósito de traduzir a obediência dos súditos em proteção.

Nessa concepção, "a autoridade dirige e promove justiça; o contrato é utilitário e sua moral é o bem comum ... o Estado não cria a propriedade, mas a reconhece e protege" (Sahid Maluf, Teoria Geral do Estado, 23ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 69).

Vale dizer, o homem delega ao Estado os direitos necessários à manutenção da paz e da segurança de todos, conservando, por outro lado, o direito à vida, à propriedade e à liberdade (direitos naturais inalienáveis).

A teoria contratualista, na compreensão de Jean Jacques Rousseau, representou a máxima expressão do Estado Liberal, funcionando, inclusive, como base filosófica da Revolução Francesa, que, comparada aos movimentos político-sociais precedentes (Revolução Inglesa - 1689 e Revolução Americana - 1776), teve a propriedade de universalizar os princípios que iriam conduzir ao Estado Democrático (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789).

Para Rousseau, segundo Sahid Maluf, a liberdade "consiste, em última análise, em trocar cada um a sua vontade particular pela sua vontade geral. Ser livre é obedecer ao corpo social, o que equivale a obedecer a si próprio" (obra citada, p. 73).

E conclui:

> "O homem transfere o seu eu para a unidade comum, passando a ser parte do todo coletivo, do corpo social, que é a soma de vontades da maioria dos homens. O povo, organizado em corpo social, passa a ser o soberano único, enquanto a lei é, na realidade, uma manifestação positiva da vontade geral" (obra citada, p. 73).

Sobreleva notar que a luta contra o absolutismo monárquico, além de influenciar a formação do Estado Democrático, consolidou os ideais de liberdade e igualdade defendidos pelos contratualistas, impedindo, assim, a imposição de qualquer limitação aos direitos fundamentais dos indivíduos, salvo por meio de Lei, expressão máxima da vontade geral.

Nesse cenário, os movimentos que consagraram as aspirações preponderantes na Europa dos séculos XVII e XVIII, notadamente as Revoluções Inglesa, Americana e Francesa, esquadrinharam o caminho dos Estados

que se pretendem democráticos, sendo a supremacia popular, a liberdade e a igualdade de direitos os valores a serem realizados.

O Estado, enquanto elemento condutor das modificações então preconizadas, assume o compromisso de livrar a sociedade das desigualdades e dos preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e qualquer outras formas de discriminação, tornando-a justa e solidária (CF, art. 3º).

Não por outra razão que, no âmbito da proteção jurisdicional, "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (CF, art. 5º, XXXV).

Prestar tutela jurisdicional ou apreciar lesões ou ameaças a direitos, na expressão de Teori Albino Zavascki, significa "formular juízo sobre a existência dos direitos reclamados e, mais que isso, impor as medidas necessárias à manutenção ou reparação dos direitos reconhecidos" (Antecipação da tutela, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 6).

A tutela jurisdicional, consoante orientação que se extrai do CPC, compreende a tutela de conhecimento, a executiva e a cautelar, cada qual com seus princípios e normas específicas, sem importar, no entanto, segmentação absoluta.

Ou seja, a classificação tripartite, embora represente opção legislativa, não afasta da tutela cautelar as atividades cognitivas e executivas. Daí a razão pela qual o estudo da tutela jurisdicional envolve, na prática, a exata compreensão dos institutos da tutela definitiva (cognição exauriente) e da tutela provisória (cognição sumária).

Enquanto a tutela definitiva implica cognição formada com base no contraditório e na ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da Carta Magna), a tutela provisória, como espécie de medida imediata e de urgência, deita suas raízes na efetividade do processo, de modo a assegurar que os indivíduos não venham a sofrer danos em razão da demora na prestação jurisdicional (CF, art. 5º, LXXVIII).

Diante de tal recomendação, fácil concluir que a cognição exauriente "se presta à busca de juízos de certeza, de convicção, porque o valor por ela privilegiado é o da *segurança jurídica*", ao passo que a sumária, "própria da tutela provisória, dá ensejo a juízos de probabilidade, de verossimilhança, de aparência, de *fumus boni iuris*, mais apropriados à salvaguarda da presteza necessária a garantir a *efetividade* da tutela" (Teori Albino Zavascki, Antecipação da tutela, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 33).

Note-se que tanto a tutela cautelar quanto a antecipatória, espécies que são da função jurisdicional provisória, harmonizam a relação jurídica

existente entre a segurança jurídica e a efetividade do processo, pois viabilizam a outorga de medidas de natureza temporária, tendentes a frear situações de risco.

Com efeito, ante o possível confronto entre a segurança e a efetividade, cabe ao julgador, atento às circunstâncias do caso concreto e com o desígnio de preservar os bens e valores prevalentes à luz do Direito, deferir a medida liminar, sem olvidar a hipótese de tal medida ser concedida *inaudita altera pars*, quando, por exemplo, a bilateralidade for incompatível com a urgência da pretensão provisória.

Delimitados os fundamentos das medidas de urgência, passo ao exame detalhado dos seus pressupostos.

Dispõe o art. 273 do CPC:

> "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."

A leitura atenta do mencionado dispositivo legal revela que a "prova inequívoca" e a "verossimilhança da alegação" correspondem aos pressupostos necessários, sendo os incisos I e II os pressupostos cumulativo-alternativos.

Indene de dúvidas que a concessão de tutela antecipada, nos termos do art. 273 do CPC, depende tanto da existência de prova inequívoca (prova contundente) capaz de convencer o julgador da verossimilhança da alegação, quanto do "fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação" ou do "abuso de direito ou o manifesto propósito protelatório do réu" (incisos I e II do art. 273 do CPC, respectivamente).

O §3º do art. 461 do CPC também orienta situações em que a tutela jurisdicional pode ser antecipada:

> "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 providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.
>
> [...]
>
> §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."

Destaque-se, ainda, o poder geral de cautela consolidado no art. 798 do CPC, cuja redação é a seguinte:

> "Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação."

A gênese dos mencionados dispositivos legais, apesar dos diferenciais semânticos, encontra justificação na noção de urgência, que dá margem ao julgador para decidir sem a necessidade de aprofundar a cognição, desde que presentes os elementos que impulsionem a formação do seu convencimento quanto à existência do direito ("fumaça do bom direito"), impondo-se, na espécie, a pronta atuação do Estado, a fim de combater o risco iminente de lesão (*periculum in mora*).

Compete destacar que a Lei nº 10.444/02, ao inserir o conceito de fungibilidade entre a "tutela cautelar" e a "tutela antecipada", aproximou, definitivamente, o conteúdo material dos institutos processuais que autorizam o juiz, com apoio em cognição sumária, a prestar a tutela jurisdicional.

Essa é a compreensão depositada no §7º do art. 273 do CPC (incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002):

> "Art. 273.
>
> [...]
>
> §7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz,

quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado".

No mesmo sentido é a lição de Cássio Scarpinella Bueno:

"Como os números anteriores querem demostrar, a doutrina e a jurisprudência não conseguiram, desde a introdução do instituto da tutela antecipada no Código de Processo Civil, em 1994, estabelecer um *parâmetro objetivo* e unanimemente aceito de distinção entre a 'tutela antecipada' e a 'tutela cautelar'. Ainda que haja algumas conclusões sobre as quais há maior consonância, não existe, em termos gerais, *uniformidade* quanto aos *critérios de classificação* aptos a distinguir os institutos.

O que é 'antecipar' para muitos não passa de mero 'acautelamento' para outros e a recíproca é verdadeira. Até porque a 'tutela cautelar', quando analisada em si mesma e tendo em conta os seus próprios fins, é inequivocamente *satisfativa*. O que o autor pede ao Estado-juiz em um 'processo cautelar' - *liminarmente,* como é mais comum no foro, ou na sentença, isso não faz diferença - é, naquele âmbito, inegavelmente satisfativo: uma decisão liminar concedida no âmbito de um 'processo cautelar' tem, por isso mesmo, inegável natureza antecipatória (v. n. 1 do Capítulo 1).

[...]

Não obstante a discussão ser interessantíssima e relevantíssima do ponto de vista teórico, começou-se a verificar que, na prática - leia-se, no dia a dia forense -, as incertezas da doutrina passaram a ter aptidão para causar prejuízos ao jurisdicionado, o qual, ao bater nas portas do Judiciário, passou a ver seu pleito indeferido por questões técnicas, formais, indiferentes ao *fato* que reclamava a concessão de tutela jurisdicional, independentemente de seu *nome, natureza* ou critério classificatório.

Um devedor, por exemplo, pedia, em demanda que visava à anulação de título cambial, a sustação do protesto perseguido pelo credor, e o magistrado indeferia o

requerimento acentuando tratar-se aquela providência de natureza *cautelar* por ser inviável a antecipação da *certeza jurídica*, que caracteriza a 'tutela declaratória', máxime porque a 'tutela antecipada' pode ser revogada a qualquer tempo nos termos do §4º do art. 273.

Em 'processo cautelar' preparatório, o devedor formulava o mesmo pedido de sustação de protesto, e um outro magistrado indeferia a petição inicial por entender que a providência só poderia ser obtida pela antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, a ser pedida no 'processo de conhecimento' dado o seu alto grau de satisfatividade.

Não é desnecessário destacar que deixar de conceder tutela jurisdicional por causa de seu *rótulo* é clara contradição do que pregam os estudos do direito processual civil mais recentes. Máxime porque a fonte da tutela jurisdicional, qualquer que seja a sua 'espécie' ou 'classificação' é uma só, a Constituição, que não faz, com relação a ela, qualquer distinção. O que importa, na perspectiva constitucional, é que lesões e ameaças a direito sejam devidamente protegidas pela intervenção jurisdicional (art. 5°, XXXV, da Constituição Federal) e que haja técnicas aptas à otimização da prestação jurisdicional (art. 5°, LXXVIII).

Tais dificuldades acabaram por sensibilizar o legislador das 'Reformas do CPC' que, com a Lei n.º 10.444/2002, fez introduzir um §7° no art. 273, com a seguinte redação: '§7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado'.

[...]

A interpretação literal do dispositivo tal qual sugerida pelo parágrafo anterior, contudo, deve ser afastada. Ela conspira contra o 'modelo constitucional do processo civil'. O que menos importa para a solução do problema é a presença ou a ausência de texto expresso na lei em um ou em outro sentido.

A *'fungibilidade'* ou a 'conversão' do pedido de tutela jurisdicional é providência *impositiva* ao magistrado e que deriva não da lei, mas do sistema processual civil como uni todo, desde a Constituição Federal. Se é certo que os incisos XXXV e LXXVIII do art. 5º daquela Carta deixam ao alvedrio do legislador a escolha das *técnicas* pelas quais ameaças a direito serão imunizadas e pelas quais o processo será célere no atingimento de seus resultados, não é menos certo que não é dado ao legislador criar uma situação tal que resulte no afastamento de determinadas situações da apreciação tempestiva do Poder Judiciário.

Mas não é só. Os arts. 154, *caput*, 244 e 250 e o 'princípio da instrumentalidade das formas' deles derivado são suficientes para afastar o entendimento de que a *letra* do §7° do art. 273 pode querer sugerir. O que há de fundamental nesses dispositivos é que a forma do ato processual não pode frustrar o atingimento de sua finalidade *substancial* (v. n. 5 do Capítulo 2 da Parte IV do vol. 1). O que se pretende, em última análise, em situações como as descritas ilustrativamente, é que o Estado-juiz preste tutela jurisdicional para imunizar uma dada situação de ameaça. Desde que a iniciativa tal qual formulada seja apta para romper validamente a inércia da jurisdição e conquanto os pressupostos exigidos pelo art. 273 ou pelo art. 798 estejam presentes, não há razão para negar o pedido de qualquer ponto de vista.

Não existe, mormente pelas razões expostas pelo n. 1, *supra*, uma distinção rígida entre 'tutela antecipada' e 'tutela cautelar'. Elas não são - e nunca foram, a depender da perspectiva eleita para o estudo do tema (v. n. 1 da Introdução) - realidades ontologicamente distintas; no máximo, trata-se de duas facetas diversas de uma mesma realidade que, como tais, complementam-se. A não admissibilidade de um 'pedido pelo outro', mormente quando são a própria doutrina e jurisprudência que apresentam tantas dúvidas e incertezas quanto ao tema, agride o 'modelo constitucional do processo civil'.

> Assim, não é porque a *literalidade* do § 7° do art. 273 não autoriza a conversão da 'tutela cautelar' em 'tutela antecipada' que, diante dos pressupostos exigidos pelo art. 273 e/ou pelo art. 798, o magistrado deverá indeferir o pedido de tutela jurisdicional que lhe é endereçado, independentemente da *forma* que ele apresentar. 'Desde que presentes os pressupostos respectivos', assunto do qual se ocupa o número seguinte, um pedido de 'tutela cautelar' ou um pedido de 'tutela antecipada' deve ser concedido um pelo outro, *protegendo-se* o direito lesionado ou ameaçado. Se esse direito será 'antecipado' ou 'acautelado' é questão que o n. 1, *supra*, demonstra como sendo de nenhuma relevância.
>
> O § 7º do art. 273, portanto, deve ser interpretado de forma a permitir fungibilidade ampla e recíproca entre a 'tutela antecipada' e a 'tutela cautelar'.
>
> [...]

É desejável ir um pouco além. O art. 273, § 7º, quando analisado no seu devido contexto, nem sequer deve ser entendido como um caso de *fungibilidade* da 'tutela antecipada' em 'tutela cautelar' ou o contrário. À luz do 'modelo constitucional do processo civil' - e é este, vale a ênfase, o contexto adequado de exame do dispositivo legal -, a hipótese aproxima-se muito mais a uma *indiferença* de técnicas processuais. Tanto faz qual a *técnica* a ser empregada pelo jurisdicionado e pelo magistrado para, diante de cada caso concreto, tutelar (proteger) adequadamente (imunizar) situação de ameaça, pressuposto comum entre uma e outra técnica como demonstra o n. 4, *infra*.

> O que importa é que cada *técnica processual* seja utilizada de acordo com os seus respectivos pressupostos, e quanto a isto não há qualquer crítica que mereça o dispositivo em exame.
>
> [...]
>
> Ademais, os *efeitos práticos*, isto é, os efeitos exteriores ao processo, obtidos pelo deferimento do pedido, em um e em outro casos, são rigorosamente idênticos. É supor a hipótese de, em 'processo cautelar preparatório', pedir que o réu seja impedido de incluir o nome do autor em algum banco de informações de proteção ao crédito para

> que, oportunamente, seja declarada a inexistência da dívida que justificaria aquela iniciativa. Se a ordem judicial para o mesmo fim fosse resultado da concessão de um 'pedido de antecipação de tutela', mesmo que parcial, do pedido de declaração de nulidade daquele débito já formulado perante o Estado-juiz, o resultado útil do processo, isto é, da necessária intervenção e atuação jurisdicional, seria rigorosamente o mesmo. Analisada a questão dessa perspectiva, é impossível constatar qualquer distinção entre as duas hipóteses a robustecer o acerto da orientação aqui proposta.
>
> São essas as razões pelas quais é importante entender que a fungibilidade propugnada pelo § 7º do art. 273 é de *forma*, de *procedimento*, de *técnica* e não *substancial*, aplicando-se a ela, consequentemente, os princípios regentes das *formas* dos atos processuais. A situação é tanto mais evidente quando comparada com hipóteses similares da legislação processual civil extravagante em que a 'tutela antecipada' ou a 'tutela cautelar', com as vestes de uma 'liminar' é obtenível no *mesmo* processo, incidentalmente a ele, sem que isso tenha despertado na doutrina nacional qualquer suspeita de que a iniciativa fosse representativa de uma *nova* ou *distinta* ação."

Ocorre que ambos os requisitos se materializam na hipótese dos autos, especialmente porque restou demonstrada a plausibilidade do direito que se pretende.

Cuida-se de mandado de segurança impetrado pela então reclamada contra decisão da Exma. Juíza da 13ª Vara do Trabalho de Porto Alegre/RS, pela qual deferido o pedido de antecipação de tutela, para determinar, no prazo de 48 horas, a reintegração do reclamante ao emprego e o restabelecimento do plano de saúde (titular e dependentes), nos mesmos moldes anteriores.

É incontroverso, nos autos, que o reclamante foi revela durante o curso do auxílio-doença (espécie B31), em face de imputação da prática de falta grave (CLT, art. 482).

O comunicado de deferimento do auxílio-doença (fl. 45) revela a concessão do benefício no período de 12.5.2011 a 31.8.2011, sendo a resolução contratual datada de 26.5.2011.

Com efeito, os demais documentos colacionados (fls. 26, 27, 37 a 51) revelam que o então reclamante, já em meados de 2010, era submetido a tratamento psiquiátrico, com concessão de auxílio-doença em três períodos distintos, nos anos de 2011 e 2012.

Os arts. 476 da CLT e 63 da Lei nº 8.213/91 dispõem que o empregado, no gozo de auxílio-doença, será considerado em licença.

Sobreleva registrar que a concessão de auxílio-doença não funciona como obstáculo à justa rescisão contratual, na medida em que subsistem, a despeito da suspensão do contrato de trabalho, todos os deveres de lealdade, probidade e boa-fé.

Entretanto, na hipótese dos autos, as supostas faltas teriam sido praticadas em momento anterior aos períodos de afastamento, época em o reclamante já apresentava os sinais da moléstia, o que, após apuração administrativa, teria culminado com a demissão por justa causa.

A resolução contratual, portanto, somente poderia surtir efeitos após a cessação do auxílio-doença.

Nesse sentido, a parte final da Súmula 371 desta Corte:

> "AVISO PRÉVIO INDENIZADO. EFEITOS. SUPERVENIÊNCIA DE AUXÍLIO-DOENÇA NO CURSO DESTE (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 40 e 135 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005.
>
> A projeção do contrato de trabalho para o futuro, pela concessão do aviso prévio indenizado, tem efeitos limitados às vantagens econômicas obtidas no período de pré-aviso, ou seja, salários, reflexos e verbas rescisórias. <u>No caso de concessão de auxílio-doença no curso do aviso prévio, todavia, só se concretizam os efeitos da dispensa depois de expirado o benefício previdenciário.</u> (ex-OJs nºs 40 e 135 da SBDI-1 – inseridas, respectivamente, em 28.11.1995 e 27.11.1998) "

De toda sorte, a controvérsia acerca da justa causa aplicada escapa aos limites do mandado de segurança, enquanto ação de cognição sumária, incompatível com a dilação probatória que se faria necessária.

Nesse contexto, ainda que em análise abstrata do caso concreto, revela-se a plausibilidade do direito a ser resguardado.

Denunciam os autos que o reclamante apresenta quadro de grave comprometimento psíquico, inclusive com relatos de tentativas de suicídio, necessitando de tratamento e acompanhamento constantes.

Portanto, também está presente o risco da demora.

Isso é o que basta para sustentar a legalidade da decisão impugnada.

Do contrário, estar-se-ia dissipando o valor social do trabalho e a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III e IV), pois o empregado, em percepção de auxílio-doença e submetido a tratamento psiquiátrico, ficaria, agora, ante a tentativa da empresa de por fim à relação contratual, sem a possibilidade de utilização do convênio médico, o que, na verdade, revela o descaso do empregador, bem como a sua intenção de evitar a assunção das irrefutáveis obrigações decorrentes do curso regular do contrato.

Thereza Cristina Gosdal, Procuradora do Trabalho da 9ª Região, adverte que "a lógica econômica é aceita sem reservas, assim como os primados da produção e do crescimento. Generaliza-se a ideia de que os homens estão reunidos em sociedade para produzir mais" (Dignidade do Trabalhador: um conceito construído sob o paradigma do trabalho decente e da honra, São Paulo: LTR, 2007, p. 22).

Nesse contexto, afirma (obra citada, p. 22-23):

> "O bem-estar, possibilitado pelo crescimento econômico, torna-se fim dos indivíduos e da sociedade, colocando-se a produção, os meios de produção e a técnica no centro dos interesses da sociedade. Como o dinheiro é o principal meio para a realização desta finalidade, o objetivo da produção passa a ser o dinheiro.
>
> Nenhum valor se opõe à técnica e o indivíduo e sua existência passam a ser uma mera contingência. Com a mundialização da economia esta tendência se acentua, neutralizando-se qualquer conteúdo de valor. Poder fazer torna-se a substância ética da liberdade e a emancipação passa a ser compreendida como bem-estar econômico, posse de bens de consumo. Este mundo da técnica e do consumo é apresentado como natural, como única via possível para a existência social. A dignidade do trabalhador é compreendida dentro da perspectiva estrita do acesso a bens e serviços."

Assim, o exame atento dos documentos carreados aos autos, tomados em seu conjunto, ao menos em cognição sumária, evidenciam a presença de elementos de persuasão robustos, que justificam o deferimento do pedido de tutela de urgência.

Nesse sentir, não restam dúvidas de que a decisão proferida pelo Exma. Juíza da 13ª Vara do Trabalho de Porto Alegre/RS, na esteira do que decidiu o Tribunal Regional, quando do julgamento do mandado de segurança, está, de fato, devidamente amparada nos pressupostos que autorizam o deferimento das medidas liminares.

À vista de todo o exposto, não há reforma possível.

Nego provimento ao recurso ordinário.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Egrégia Subseção II Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso ordinário e, no mérito, negar-lhe provimento.

Brasília, 05 de novembro de 2013.

Firmado por assinatura digital (Lei nº 11.419/2006)

ALBERTO LUIZ BRESCIANI DE FONTAN PEREIRA

Ministro Relator