

# A EFETIVIDADE CONFERIDA PELA APLICAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA NO ÂMBITO DO PROCESSO DO TRABALHO

*Paulo Henrique José do Prado\**  
*Edmar Souza Salgado\*\**

**SUMÁRIO:** *Introdução; 2. Tutela jurisdicional e efetividade do processo; 3. Técnica processual e tutela jurisdicional; 4. Tutela antecipada na teoria geral do processo; 5. Tutela antecipada no processo do trabalho; 6. Conclusão; Referências.*

**RESUMO:** O presente estudo tem por escopo enfocar a tutela antecipada (art. 273 do Código de Processo Civil) sob o viés da efetividade e celeridade processual no âmbito do processo civil e, sobretudo do processo do trabalho, conquanto a aplicação subsidiária das normas daquele ramo no processo especializado seja ineliminável, por força do art. 769 da CLT. Ao longo do presente estudo, analisar-se-á a tutela jurisdicional sob o ângulo da efetividade, sem perder o foco concernente à análise da técnica de antecipação de tutela e suas indelévels características. Ver-se-á, ainda, um estudo pormenorizado da tutela antecipada à luz da teoria geral do processo, com o fito de apresentar seus requisitos e pressupostos intrínsecos e extrínsecos, especialmente aqueles comuns ao processo do trabalho. Por derradeiro, analisar-se-á a aplicação da tutela antecipada à luz do processo do trabalho, ressaltando suas particularidades, com vistas à obtenção de maior efetividade e celeridade processual.

**PALAVRAS-CHAVES:** Tutela antecipada; Processo do trabalho; Teoria Geral do Processo.

## EFFECTIVENESS PROVIDED BY EARLY

---

\* Advogado no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais; Pós-graduado em Direito Processual Civil e Processual do Trabalho na Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM; Graduação em Direito pela Faculdade de Direito Sul de Minas – FDSM. E-mail: paulohenriqueprado@uol.com.br

\*\* Advogado; Juiz Federal do Trabalho - Vara do Trabalho de Itajubá – MG; Mestre em Direito do Trabalho; Especialista em Direito do Trabalho; Docente da graduação e da pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM.

## PROTECTION APPLICATION IN THE WORK CONTEXT

**ABSTRACT:** The present study focus the scope of injunctive relief (Article 273 of the Civil Procedure Code) under the effectiveness gore and procedure speed under the civil procedure and especially the work process, while the subsidiary application of the rules that branch is specialized in the not disposable, under Article 769 of the Labor Laws Code. Throughout this study analyzes there will be a judicial review from the effectiveness perspective, without losing focus concerning the analysis of the early relief technique and its indelible characteristics. There will be also a detailed study of injunctive relief in the general case theory lucidity, aiming to present their requirements and intrinsic and extrinsic factors assumptions, especially those common to the work process. Finally, analyzed will be the application of injunctive relief to the work process, highlighting its merits, with a view to achieving greater effectiveness and procedure speed.

**KEYWORDS:** Early Custody, Work process, General Theory of the Case

## LA EFECTIVIDAD CONFERIDA POR LA APLICACIÓN DE LA TUTELA ANTICIPADA EN EL ÁMBITO DEL PROCESO DEL TRABAJO

**RESUMEN:** Ese estudio tiene como objetivo tratar de la tutela anticipada (Art. 273 del Código de Proceso Civil) desde la perspectiva de la efectividad y celeridad procesal en el ámbito del proceso civil y, sobretodo del proceso del trabajo, desde que la aplicación subsidiaria de las normas de aquella rama en el proceso especializado sea imposibilitada de eliminarse, por el Art. 769 de la CLT. A lo largo de ese estudio, será analizada la tutela jurisdiccional sob el prisma de la efectividad, sin la pérdida del foco concerniente al análisis de la técnica de anticipación de tutela y sus características propias. Desde esa perspectiva, se buscará, todavía, hacer un estudio pormenorizado de la tutela anticipada desde el punto de vista de la teoría general del proceso, objetivando presentar sus requisitos y presupuestos intrínsecos y extrínsecos, especialmente aquellos que son comunes al proceso de trabajo. Al fin, será analizada la aplicación de la tutela anticipada desde la perspectiva del proceso de trabajo, resaltando sus particularidades, para así, obtener más efectividad y celeridad procesal.

**PALABRAS-CLAVE:** Tutela antecipada; Processo de Trabajo; Teoría General del proceso.

## INTRODUÇÃO

Os últimos anos marcaram notável ciclo evolutivo no sistema processual brasileiro. O ingresso do instituto da tutela antecipada no ordenamento jurídico pátrio por intermédio da Lei n. 8.952/94 proporcionou maior celeridade e efetividade no plano processual. O instituto da tutela antecipada ganhou ainda mais força com o implemento do novel inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição da República (por força da Emenda Constitucional n. 45/04), que consagrou a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação como um direito fundamental a ser perseguido.

Justifica-se, portanto, o estudo da tutela antecipada na medida em que a dinâmica da sociedade contemporânea exige maior efetividade na prestação jurisdicional, a qual somente será alcançada eficazmente se lançarmos mão da técnica de tutela sumária, com o fito de garantir maior concretude ao provimento judicial. Assim, neste estudo, ver-se-á a tutela antecipada como instrumento hábil a conferir efetividade no processo, bem como, uma análise por meio da constituição de tal técnica processual e suas repercussões jurídicas, sobretudo, suas inflexões no âmbito do processo trabalho. O tipo de pesquisa predominantemente adotado na elaboração deste estudo foi a revisão de literatura, dedicando-se, outrossim, especial atenção à análise de documentos legislativos, doutrinários e jurisprudenciais.

## 2 TUTELA JURISDICIONAL E EFETIVIDADE DO PROCESSO

Desde que o Estado eliminou e proibiu a justiça de mão própria, salvo exceções, monopolizando a distribuição da justiça, passou a prometer e assegurar a aplicação do direito por intermédio da jurisdição. A doutrina contemporânea vê o processo como um instrumento a serviço da jurisdição, ou seja, destinado a fazer, em sua plenitude, a ordem jurídica proteger os direitos e garantir a paz social. Nesse sentido, corrobora Teori Albino Zavascki<sup>1</sup>:

Tutelar (do latim *tueor*, *tueri* = ver, olhar, observar e, figuradamente, velar, vigiar) significa proteger, amparar, defender, assistir. É com esse sentido que o verbo e os subs-

<sup>1</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**. 3. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2000. p. 5.

tantivos tutor e tutela, dele derivados, são empregados na linguagem jurídica, nomeadamente nas expressões tutela jurídica e tutela jurisdicional. Com efeito, o Estado, que tem por objetivos fundamentais os de criar uma sociedade livre, justa, solidária e desenvolvida, sem pobreza e desigualdades, sem preconceitos ou discriminações, na qual se garanta o bem de todos (art. 3º da Constituição) e, que, para isso, exerce a administração pública e cria as normas reguladoras da convivência social, assumiu também o compromisso de tornar efetiva a aplicação de tais normas, dispensados aos indivíduos lesados ou ameaçados pela violação delas a devida proteção..

Ressalta-se que o compromisso de prestar a tutela jurisdicional constitui um dever estatal (poder-dever) a ser cumprido de pronto e eficazmente, sob pena de se consagrar a falência dos padrões de convívio social e do próprio Estado. Aquelle que aciona o Poder Judiciário não espera obter uma mera regulação jurídica do conflito de interesses deduzido em juízo. Pretende, na verdade, que o provimento judicial emanado repercuta na prática fazendo com que a norma seja atendida no plano fático.

O sistema processual pátrio sofreu grande influência dos ideais liberais, contribuindo para tornar o processo desprovido de mecanismos hábeis a evitar que o tempo torne inócua a atuação do Estado na solução de conflito de interesses<sup>2</sup>. Em consequência, tem-se um juiz despido de poderes e submetido ao vetusto princípio dispositivo, tanto em razão de estar preso à iniciativa das partes como adstrito ao princípio probatório. Para Jorge Pinheiro Castelo<sup>3</sup>:

A partir do século XX a concepção liberal do processo começa a ser fortemente questionada em função da própria evolução social e econômica sempre mais acelerada e da necessidade de justiça. A concepção liberal e privatista do processo cedem lugar à concepção publicista do processo, nem tanto por uma mudança da ideologia política liberal, mas decorrente de evolução cultural.

Nosso Código de Processo Civil, ao se omitir em sua redação original quanto à tutela antecipada no processo de conhecimento, acabou por fazer opção por um

---

<sup>2</sup>Para Jorge Pinheiro Castelo: “A concepção liberal do processo se funda sobre uma noção de parte abstrata, sem qualquer consideração com os sujeitos concretos envolvidos na controvérsia. (CASTELO, Jorge Pinheiro. **Tutela antecipada na teoria geral do processo**. São Paulo, SP: LTr, 1999. v. I. p. 36/38).

<sup>3</sup> CASTELO, Jorge Pinheiro. **Tutela antecipada no processo do trabalho**. São Paulo, SP: LTr, 1999. v. II. p. 37.

modelo falsamente intervencionista, pois, aqueles segmentos da sociedade que detêm certa parcela de poder influenciaram o legislativo na criação de mecanismos para fazer atuar a própria antecipação do provimento vindicado, antes, contudo, de adentrar ao mérito, tal como ocorre, v.g., na busca e apreensão, liminares no processo de alienação fiduciária e nas ações possessórias, ação de despejo, etc. Contudo, as recentes reformas processuais tiveram o condão de romper o paradigma liberal do processo, principalmente através do incremento da Lei nº. 8.952/1994, que, por sua vez, introduziu os arts. 273 e 461 no CPC.

Fala-se, frequentemente, em processo de resultados, instrumentalidade substancial, em acesso à ordem jurídica justa. É inquestionável que, ao menos no plano ideal, o processo deve colimar resultados concretos e propiciar a efetiva realização da justiça.

É dominante no cenário jurídico a concepção de que o juiz não é um mero aplicador mecânico da lei, mas figura central da relação jurídica processual, cumprindo-lhe prestar a tutela jurisdicional segundo os princípios e valores consagrados no ordenamento jurídico. Assim, dentre as várias tendências atuais da processualística moderna, avulta a chamada constitucionalização do processo, cujo estudo “deve ter como ponto de partida e de chegada a Constituição Federal, que, em vários dispositivos, consagra princípios e estabelece garantias processuais”.<sup>4</sup> Tanto é assim, que houve o surgimento de uma nova concepção do processo à luz do Constituição, tendo a doutrina o dividido em dois flancos: Direito Constitucional Processual e Direito Processual Constitucional. Para Nelson Nery Júnior<sup>5</sup>:

O direito processual se compõe de um sistema uniforme, que lhe dá homogeneidade, de sorte a facilitar sua compreensão e aplicação para a solução de ameaças e lesões a direito. Mesmo que se reconheça essa unidade processual, é comum dizer-se didaticamente que existe um Direito Constitucional Processual, para significar o conjunto de normas de Direito Processual que se encontra na Constituição Federal, ao lado de um Direito Processual Constitucional, que seria a reunião dos princípios para o fim de regular a denominada jurisdição constitucional.

Ao lançarmos um olhar atento para o texto constitucional, observamos a presença dos princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, do juiz natural, da publicidade e motivação dos atos processuais, da proi-

<sup>4</sup> Ibidem, p. 19.

<sup>5</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo, SP: RT, 2004. p. 26.

bição das provas ilícitas, etc. Em princípio, bastaria a mera referência ao princípio do *due process of law* para se abarcar toda uma gama de princípios e garantias constitucionais.

Dentre os princípios derivados do *due process of law*, Nelson Nery Jr.<sup>6</sup> faz remissão, aos seguintes princípios: princípio da isonomia, da inafastabilidade do controle jurisdicional, do duplo grau de jurisdição e da celeridade processual e razoável duração do processo. É digno de nota ressaltar sua importância, pois, o intérprete deve neles buscar a aplicação do direito ao caso concreto, tendo como pressuposto o exame da Constituição Federal.

Urge salientar que na hipótese de haver limitações na lei processual e/ou material ao direito do contraditório e da cognição do juiz, impossibilitando a efetiva entrega da tutela jurisdicional fere frontalmente o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, consagrado no art. 5º, XXXV da Lei Maior. Por um lado, a dilação temporal é benéfica porquanto propicia um exame detalhado da lide, mas, por outro, ela é maléfica porque, causando a demora na solução do conflito, prolonga a situação de incerteza jurídica. No que tange à morosidade processual, lúcidas são as palavras de Luiz Guilherme Marinoni<sup>7</sup>:

O principal problema da justiça era e ainda é o da morosidade dos processos. Todos sabem que os mais fracos ou pobres aceitam transacionar sobre os seus direitos em virtude da lentidão da justiça, abrindo mão de parcela da pretensão que provavelmente seria realizada. A demora do processo, na verdade, sempre lesou o princípio da igualdade.

O problema em questão é mais perceptível nas relações de trabalho, onde a demora para a solução do conflito acaba sendo fator decisivo para que o trabalhador aceite acordo com valor, muitas vezes, aquém do devido, conquanto, encontre-se premido pela necessidade alimentar. Vejamos a colocação de Manoel Antônio Teixeira Filho<sup>8</sup> ao demonstrar o quão nociva é a demora processual para aquele que necessita da entrega do bem jurídico vindicado.

E, para demonstrar isso, fornecíamos um exemplo pessoal, retirado da época em que nos iniciamos na advocacia: muitas vezes, transbordantes de orgulho e júbilo por havermos obtido, no foro trabalhista, uma vitória integral na causa, transmitíamos a notícia desse sucesso ao trabalhador, nos-

<sup>6</sup> Ibidem, p. 71.

<sup>7</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de tutela**. 9. ed. São Paulo, SP: RT, 2006. p. 22.

<sup>8</sup> TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **A sentença no processo do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004. p. 408.

so cliente que, com certa ansiedade, nos indagava quando iria receber as quantias deferidas em seu benefício pela sentença. Diante disso, tínhamos que lhe esclarecer (com certo constrangimento) que, para isso, deveríamos aguardar o prazo para o adversário oferecer embargos de declaração e interpor recurso ordinário.

Assim, para romper com a citada morosidade, o direito material e o direito processual devem atender à realidade. Assegurar e garantir efetividade ao processo é o grande desafio da processualística moderna. Cândido Rangel Dinamarco apud Sérgio Pinto Martins, aponta que a “efetividade do processo significa a sua almejada aptidão a eliminar insatisfações, com justiça e fazendo cumprir o direito, além de valer como meio de educação geral para o exercício e respeito aos direitos”.<sup>9</sup>

### 3 TÉCNICA PROCESSUAL E TUTELA JURISDICIONAL

Em uma perspectiva mais rente ao direito material, é possível equiparar a “tutela” a um “bem da vida”, uma vez que o jurisdicionado procura o Poder Judiciário para obter um “bem jurídico” ou a “tutela” do direito que afirma possuir.<sup>10</sup> É oportuno frisar a distinção entre tutela e técnica para a sua concessão. Nesse sentido leciona Jorge Luiz Souto Maior<sup>11</sup>:

Creio que a tutela antecipada trata-se de uma nova técnica de provimento jurisdicional, proferido em cognição sumária, que se baseia, em parte, nos pressupostos da tutela cautelar (ainda que os termos do art. 273 tragam nova roupagem ao *periculum in mora*, chamando-o de ‘receio de dano irreparável ou de difícil reparação’ e que quanto ao *fumus boni iuris* diga tratar-se de ‘verossimilhança da alegação’), mas que também pode ser concedida por razões de ordem estrutural, para fins de penalizar atos que afrontem a dignidade da justiça. Uma decisão que tem por objetivo antecipar, provisoriamente, no todo ou em parte, os efeitos práticos da pretensão deduzida em juízo, e não a pretensão em si, tendo, por isso, uma função executiva, mas que pode ser efetivada

<sup>9</sup>MARTINS, Sérgio Pinto. **Tutela antecipada e tutela específica no processo do trabalho**. 3. ed. São Paulo, SP: Atlas, 2002. p. 24.

<sup>10</sup> MARINONI, op cit., p.33.

<sup>11</sup> MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Temas de processo do trabalho**. São Paulo, SP: Ltr, 2000. p. 56.

com força mandamental e pode, eventualmente, não coincidir com o conteúdo da sentença final.

Através da técnica da cognição empregada e combinada nas suas diversas modalidades é possível conceber procedimentos diferenciados e adaptados às várias especificidades de direitos, interesses e pretensões materiais. Em decorrência disso, a cognição pode ser analisada em duas frentes: no sentido horizontal ou da extensão, quando a cognição pode ser ilimitada (plena) ou parcial (limitada); e no sentido vertical ou da profundidade, em que a cognição pode ser exauriente (completa), sumária e superficial (incompleta).<sup>12</sup>

No plano horizontal, a cognição tem por limite os elementos objetivos do processo, ou seja, o trinômio de questões do processo: questões processuais, condições da ação e mérito. Nessa esteira, dentro do plano horizontal, a cognição do juiz tem por limite máximo todas as questões fáticas e de direito pertinentes ao trinômio de questões a serem conhecidas no bojo do processo. Caso a cognição se estabeleça sobre todo o material fático e de direito que envolva o trinômio de questões que o juiz pode conhecer num determinado processo, ela será horizontalmente ilimitada ou plena. Na hipótese de ser eliminada da cognição toda uma área dessas questões, ela será horizontalmente limitada ou parcial. Não obstante, caso haja uma limitação da profundidade, a cognição objeto do processo será incompleta: será sumária ou superficial quanto à profundidade.

No plano vertical, a cognição pode ser classificada, segundo o grau de profundidade: exauriente e sumária. Se, quanto ao objeto do processo a análise do juiz, no plano vertical, não sofrer qualquer restrição, a cognição será exauriente ou completa quanto à profundidade, garantindo a realização plena do princípio do contraditório. Se a cognição objeto do processo no plano vertical for incompleta, então será sumária ou superficial (sumariedade em maior intensidade) quanto à profundidade. Segundo o escólio de Luiz Guilherme Marinoni<sup>13</sup>:

É correto dizer, resumidamente, que as tutelas de cognição sumarizadas no sentido vertical objetivam: (a) assegurar a viabilidade da realização de um direito (tutela cautelar); (b) realizar, em vista de uma situação de perigo, antecipadamente um direito (tutela antecipatória fundada no art. 273, I do CPC); (c) realizar, em razão das peculiaridades de um determinado direito em vista da demora do procedimento ordinário, antecipadamente um direito (liminares de determinados procedimentos especiais); (d) realizar, quando o direito do autor surge como evidente e a defesa é exercida

<sup>12</sup> Classificação apontada segundo Jorge Pinheiro Castelo (op cit., p. 205.)

<sup>13</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de tutela**. 9. ed. São Paulo, SP: RT, 2006. p. 38.

de modo abusivo, antecipadamente um direito (tutela antecipatória fundada no art. 273, II, do CPC).

Em princípio, a solução definitiva das pretensões processuais é obtida por provimento que se assente em cognição plena e exauriente. A solução definitiva das pretensões processuais é buscada e obtida pela técnica da utilização de um procedimento horizontalmente plenário e também pela cognição exauriente no plano vertical. Infere-se que a cognição exauriente é, na verdade, cognição formada à base dos meios de contraditório e de defesa adequados ao caso submetido ao Juízo. A cognição parcial e exauriente consiste na cognição horizontalmente limitada e verticalmente plena e exauriente, i.e., com limitação quanto à amplitude do debate das partes e, conseqüentemente, da cognição do magistrado, mas sem limite no sentido vertical, da profundidade, quanto ao objeto da causa.

A técnica da cognição parcial pode operacionalizar-se de dois modos: fixando o objeto litigioso (embargos do executado) ou estabelecendo os limites da defesa (busca e apreensão do Decreto-Lei nº. 911/69). Especificadamente no processo laboral, temos a utilização da técnica da cognição parcial e exauriente na ação de cumprimento estabelecida pelo art. 872 da CLT, no que diz respeito ao cumprimento das decisões no âmbito do dissídio coletivo.

Na cognição sumária existe uma limitação do conhecimento do juiz no plano vertical. A cognição no plano vertical pode ser mais bem classificada em: exauriente, sumária e superficial. Destarte, a cognição sumária (incompleta) realizada no caso de ações cautelares e de processos com pedidos sumários satisfativos não habilita a formação da coisa julgada material. Em se tratando de pedidos antecipatórios sumários satisfativos que envolvam decisões de urgência, a restrição se dá quanto à profundidade da análise do objeto do processo, ou seja, há uma limitação da cognição vertical do juiz.<sup>14</sup>

Somente depois de atingido um juízo de probabilidade mínima, média ou máxima, com a análise sumária dos elementos de prova existentes nos autos, que se possa considerar inequívoca dentro de uma compatibilidade com a cognição sumária, ou a convicção quanto à existência provável do direito alegado é que se poderá emitir o provimento de urgência. Na cognição superficial, ocorre apenas a análise da lógica abstrata das afirmações, sem necessidade de se incursionar na análise de qualquer tipo de prova para a aferição da exatidão das alegações. Segundo Jorge Pinheiro Castelo:<sup>15</sup>

<sup>14</sup> Para Jorge Pinheiro Castelo: "o art. 273 condiciona a antecipação da tutela à existência de prova inequívoca suficiente para que o juiz se 'convença da verossimilhança da alegação'. A dar peso ao sentido literal do texto, seria difícil interpreta-lo satisfatoriamente porque prova inequívoca é prova tão robusta que não permite equívocos ou dúvidas, infundindo no espírito do juiz o sentimento de certeza e não mera verossimilhança. (op cit., p. 219).

<sup>15</sup> CASTELO, op cit., p. 222.

Deve-se proceder primeiramente ao exame das afirmações da ação para a análise dos pressupostos processuais (relacionados com a inépcia e outros requisitos de procedibilidade) e das condições da ação, com total abstração da efetiva análise da situação real e concreta, em mera conformidade com o que foi afirmado na demanda (in status assertionis), ou seja, sem necessidade de qualquer prova ou indício, ou mínimo de probabilidade da exatidão da afirmação.

Somente depois de alcançado o nível de cognição sumária (superior à mera cognição superficial) é que se poderão proferir provimentos de urgência, ainda que liminares.

#### **4 TUTELA ANTECIPADA NA TEORIA GERAL DO PROCESSO**

Remontando ao Direito Romano, havia os “interditos” que eram proferidos por análise superficial e destinados a evitar inconvenientes decorrentes da demora no andamento do processo de rito ordinário. Era uma espécie de cognição sumária, antecipando a tutela. No direito brasileiro, fechando o foco no Código de Processo Civil de 1973, o instituto da antecipação dos efeitos da tutela não ingressou no ordenamento jurídico sob a égide da Lei nº. 8.952/94, que fez a inserção dos arts. 273 e 461 no CPC, dentre outras alterações.

Com efeito, a Lei nº. 8.952/94 veio a preencher um vazio existente nos procedimentos comum ordinário e sumário, que, até então, estavam desprovidos de quaisquer mecanismos que propiciassem o adiantamento dos efeitos da sentença proferida em sua sede. Com isso, abandonou-se o uso anômalo do art. 798 do CPC, que até então, se prestava como “válvula de escape” para uma prestação jurisdicional mais eficiente e adequada à realidade social, retornando o poder geral de cautela ao seu designo inicial: conservativo e assecuratório.<sup>16</sup>

Cumprir notar ainda, que a antecipação de tutela pode ser deferida não apenas nas ações de conhecimento pelo procedimento comum ordinário ou sumário, ou sob o rito especial compatível com provimento desta natureza. Igualmente admissível, em princípio, é a sua aplicação nas ações reguladas por legislação extravagante, porquanto o CPC é lei geral sobre o processo civil brasileiro, aplicando-se subsidiariamente às ações reguladas por leis especiais. Hodiernamente, o art. 273 do CPC tem a seguinte redação:

---

<sup>16</sup> Nesse mesmo sentido, pondera Teori Albino Zavascki (op cit., p. 45): “O que se operou foi a purificação do processo cautelar, que assim readquiriu sua finalidade: a de instrumento de obtenção de medidas adequadas a tutelar o direito, sem satisfazê-lo”.

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 manifesto propósito protelatório do réu.

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

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

§3º. A 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.

§ 6. A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcelas 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.

À primeira vista, tem-se a noção da tutela antecipada ser uma providência inconciliável com a garantia do devido processo legal e, especificadamente, com a garantia do contraditório e da ampla defesa, todas merecedoras de solene consagração entre os direitos declarados pela Lei Maior. Na tutela antecipada, estão em contraponto dois grandes e fundamentais princípios: o da efetividade da tutela jurisdicional e o da segurança jurídica.

De outro giro, temos que o litigante tem constitucionalmente assegurado o direito de não ser privado de seus bens e direitos, sem o perfazimento por completo do contraditório e da ampla defesa (princípio da segurança jurídica). Diante disso, há de se harmonizar os princípios da efetividade da jurisdição e o da segurança jurídica, sob pena de quebra de unidade do Texto Constitucional. Teori Albino Zavascki<sup>17</sup> propõe os seguintes princípios:

a) Princípio da necessidade: a regra de solução (que é limita-

<sup>17</sup> ZAVASCKI, op cit., p. 63.

dora de direito fundamental) somente será legítima quando for real o conflito, ou seja, quando não for possível estabelecer um modo de convivência simultânea dos direitos fundamentais sob tensão;

b) Princípio da menor restrição possível, também chamado de princípio da proibição de excessos, que está associado, sob certo aspecto, também ao princípio da proporcionalidade, segundo o qual a restrição a direito fundamental, operada pela regra de solução, não poderá ir além do limite mínimo indispensável à harmonização pretendida;

c) Princípio da salvaguarda do núcleo essencial: segundo o qual não é legítima a regra de solução que, a pretexto de harmonizar a convivência entre direitos fundamentais, opera a eliminação de um deles ou lhe retira a sua substância elementar.

Com isso, para evitar que o autor se veja completamente desamparado pelo devido processo legal, procede-se a medidas como as cautelares e as de antecipação de tutela. Isto se faz, porquanto, não há outro caminho para assegurar a tutela de mérito ao litigante que se apresenta ser o merecedor da garantia jurisdicional. O réu não fica privado do devido processo legal, porque depois da antecipação, que se dá nos moldes de provisoriedade, abre-se pleno contraditório e a ampla defesa, para só afinal dar-se uma solução definitiva à lide.

Por conta disso, o que se faz, para harmonizar os dois princípios fundamentais de igual calibre (efetividade da jurisdição e segurança jurídica), é apenas uma inversão da sequência cronológica de aplicação de seus mandamentos. Depois de se perquirir a respeito do conceito da tutela antecipada, bem como, de sua compatibilização com os direitos fundamentais, cumpre indagar: O que exatamente se antecipa? O ponto de partida para tal indagação é entender que o pleito de antecipação não se refere à tutela jurisdicional vindicada propriamente dita, pois que ela incide sobre os efeitos que tal tutela tem aptidão para produzir.

Desta maneira, não se afigura razoável a interpretação que estenda, indiscriminadamente, o âmbito da tutela antecipada a todos os efeitos da sentença como se cuidasse de julgamento antecipado da lide. Isto porque a provisoriedade e a revogabilidade que marcam a tutela antecipada impedem que o magistrado, ao concedê-la, antecipe, em sua integralidade, a eficácia da sentença de mérito. No entanto, isso não significa dizer que a decisão que antecipa os efeitos da sentença não possua eficácia jurídica. Muito pelo contrário, “por ser ato derivado do processo, bem como embasado em pressupostos exigidos pela legislação em vigor, constitui ato jurídico processual”.<sup>18</sup>

<sup>18</sup> TARDIN, Luiz Gustavo. **Fungibilidade das tutelas de urgência**. São Paulo, SP: RT, 2006. (Coleção

Outro aspecto importante é o que se refere à aplicação do princípio da congruência nos meandros do instituto da tutela antecipada. Com a aplicação do citado princípio, quer se evidenciar que a antecipação dos efeitos da tutela deve respeitar os limites da demanda (subjctivos e objetivos), não sendo admitido antecipar o que se não poderá obter com o provimento definitivo, conforme restou consignado no julgado prolatado pelo STJ, através do REsp 694.251/AM.<sup>19</sup> No que toca aos limites fincados no pleito inaugural, pode a tutela antecipada abarcar parcela de seus efeitos, conforme caput do art. 273 do CPC.

Nesse diapasão, constitui decisão extra petita aquela que antecipa os efeitos da tutela vindicada concedendo ao autor bem diverso daquele almejado no pedido principal. Por seu turno, representa decisão ultra petita aquela cuja tutela antecipada entrega ao autor o bem perseguido e o outro não inserido no pedido principal. Constituirá decisão infra petita se o juiz não apreciar os pleitos antecipatórios formulados<sup>20</sup>.

À hipótese de concessão da tutela em casos em que “haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação” (art. 273, I do CPC) pode-se denominar antecipação assecuratória. Assim, a injustiça que se visa coibir decorre da inutilização, pelo perigo da demora, da própria tutela jurisdicional. Se a demora na entrega da tutela jurisdicional vier acarretar lesão irreparável ou de difícil reparação ao titular do direito, preenchido estará o pressuposto descrito no inciso I do art. 273 do CPC. Ao contrário, se a demora não expresse receio de dano, é caso de prestigiar o modelo garantístico do processo. Para Sérgio Pinto Martins<sup>21</sup> “o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação pode ser chamado de *periculum in mora* e, se demonstrado, será concedido *inaudita altera parte*. A concessão *inaudita altera parte* não ofende o direito de defesa, pois que este fica deferido no tempo”.

A outra hipótese, decorrente de abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu (art. 273, II do CPC) é denominado de antecipação punitiva. Nesse caso, a injustiça está na demora em coibir o flagrante atentado ao direito subjctivo da parte que tem razão, cometido por quem usa da resistência

---

temas fundamentais de direito). v. 4. p. 118.

<sup>19</sup> A decisão do E. STJ restou assim ementada: “Recurso especial. Processo Civil. Decisão. Antecipação de tutela. Limites. Efeitos. Vinculação ao pedido final. Congruência. Provimento definitivo. 1) Os efeitos da decisão que defere o pedido de antecipação de tutela devem ser aqueles constantes do conteúdo do dispositivo de uma eventual sentença de procedência da ação. 2) Os efeitos da decisão antecipatória não podem ir além do que se pretende obter em definitivo, ou seja, além do pedido final formulado pelo autor da demanda. 3) Recurso especial conhecido e provido”. (4ª. T., REsp 694.251/AM, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 16.12.2004, DJ 14.03.2005, p. 382)

<sup>20</sup> Lecionam Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery (**Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 9. ed. São Paulo, SP: RT, 2006. p. 453).

<sup>21</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **Tutela antecipada e tutela específica no processo do trabalho**. 3. ed. São Paulo, SP: Atlas, 2002. p. 43-44.

processual apenas por espírito de emulação ou abuso de defesa. Urge ao magistrado analisar se a conduta do réu demonstra um propósito protelatório ou abuso do direito de defesa. Carga indevida dos autos do processo, contestação desprovida de fundamentação jurídica pertinente ao caso ou até mesmo em contrariedade ao posicionamento consolidado dos Tribunais Superiores indicam a prática de ilícito processual.

Cumprir ressaltar que ambas as hipóteses de antecipação (assecuratória e punitiva) têm configurações próprias e não são cumulativas. Qualquer uma delas é suficiente de per si para justificar a antecipação da tutela, dentro da sistemática do art. 273 do CPC. Vale dizer, a medida antecipatória pode corresponder à satisfação integral do pedido ou apenas parte daquilo que se espera alcançar com a sentença de mérito.

A fixação dos limites da tutela antecipada não é ato discricionário do juiz. Este estará sempre vinculado ao princípio da necessidade, de sorte que somente afastará a garantia do normal contraditório prévio (princípio da segurança jurídica), nos exatos limites do que for necessário à efetividade da tutela jurisdicional.<sup>22</sup> Em qualquer caso, é bom que se frise, o juiz deverá indicar de modo, claro e preciso, as razões de seu convencimento, conforme ilação do § 1º do art. 273 do CPC. Para Humberto Theodoro Júnior<sup>23</sup>:

Ao traçar os requisitos da tutela antecipada e ao exigir do juiz que aprecie, em decisão fundamentada, o legislador não só revelou o caráter excepcional da medida como impôs rigor e cautela no seu emprego. Incumbirá ao juiz cumprir o encargo que lhe atribuiu o art. 273, § 1º, do CPC, de modo objetivo, isto é, deve a decisão expor os fatos que acenem para a plausibilidade do direito e para a probabilidade da ocorrência de dano de, ao menos, difícil reparação, ou, se for o caso, deve ela mencionar a decisão em que é manifesto o propósito procrastinatório ou aquele abuso por parte do demandado; mas será imprescindível dizer que sua recalcitrância se revela por tal ou qual atitude. Enfim, deverá a decisão mencionar porque, nas circunstâncias, a antecipação da tutela não se mostra irreversível, para ser deferido provimento antecipatório. Ou, para ser negado, deverá ser esclarecido em que medida mostra-se presente o periculum

<sup>22</sup> Para Teori Albino Zavascki (op cit., p. 75): “Para determinar a extensão da antecipação deve o juiz observância fiel ao princípio da menor restrição possível: porque importa limitação ao direito fundamental à segurança jurídica, a antecipação de efeitos da tutela somente será legítima no limite estritamente necessário à salvaguarda do outro direito fundamental, considerado prevalente”.

<sup>23</sup> TEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 33. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2002. v. II. p. 559.

in mora inversum.

Mais do que a simples aparência de direito (*fumus boni iuris*) reclamada para as medias cautelares, a lei exige que a antecipação de tutela esteja sempre fundada em prova inequívoca<sup>24</sup>. Por prova inequívoca entende-se: “*prova documental ou inconteste dos fatos alegados na inicial, sobre a qual não paire qualquer dúvida. É a prova robusta e bastante para a concessão da tutela, não exigindo complementação*”<sup>25</sup>.

Nesse fluxo de idéias, exige-se que os fundamentos da pretensão à tutela antecipada sejam relevantes e apoiados em prova idônea, conquanto o perigo de dano e a temeridade da defesa não podem ser objetos de juízos de convencimento absoluto<sup>26</sup>. Luiz Guilherme Marinoni<sup>27</sup> aduz que há dificuldade por parte da doutrina e dos Tribunais de se compreender como uma prova inequívoca pode gerar somente verossimilhança:

*Essa dificuldade é facilmente explicável, pois decorre de vício que se encontra na base da formação dos doutrinadores e operadores do direito, os quais não distinguem ‘prova’ de ‘convencimento judicial’. Ora, como o art. 273 do CPC fala em ‘prova inequívoca’ e ‘convencimento da verossimilhança’, qualquer tentativa de explicar a relação entre as duas expressões será inútil se não se partir da distinção entre prova e convencimento. A prova existe para convencer o juiz, de modo que chega a ser absurdo identificar prova com convencimento, como se pudesse existir prova de verossimilhança ou prova de verdade.*

Aos pressupostos concorrentes acima referidos, deve estar agregado, sempre, pelo menos um dos seguintes pressupostos alternativos: (a) o “*receio de dano irreparável ou de difícil reparação*” (inciso I do art. 273 do CPC) ou (b) o “*abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu*” (inciso II do art. 273 do CPC).<sup>28</sup>

<sup>24</sup> Nesse sentido, para Jorge Pinheiro Castelo (op cit., p. 292): “a prova inequívoca tratada pelo art. 273 do CPC é aquela própria para se chegar à aferição inequívoca da probabilidade (ainda que no seu grau mínimo). Ou seja, para ainda que em grau mínimo, se concluir, pela prova produzida, que, mesmo que de forma mínima, existem mais motivos para que se conclua favoravelmente à afirmação do autor do que motivos contrários”.

<sup>25</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. Tutela antecipada e tutela específica no processo do trabalho, p. 40.

<sup>26</sup> Para Humberto Teodoro Júnior (op cit., p. 560-561): “a lei não se contenta com a simples probabilidade, já que, na situação do art. 273 do CPC, reclama a verossimilhança a seu respeito, a qual somente se configurará quando a prova apontar para uma probabilidade muito grande de que sejam verdadeiras as alegações do litigante”.

<sup>27</sup> MARINONI, op cit., p. 209.

<sup>28</sup> Teori Albino Zavascki (op cit., p. 77) critica a terminologia empregada pelo legislador “manifesto propósito

O *periculum in mora* que envolve a tutela de urgência antecipatória diz respeito à própria natureza da situação material deduzida em juízo, que se não tutelada com sua imediata satisfação leva ao perecimento do direito a ser tutelado. Vale dizer, a característica do *periculum in mora* antecipatório é a transferência do patrimônio ou o bem da vida ao imediato exercício e gozo por uma das partes, para se tutelar o risco do perecimento do próprio direito.

Com isso, o risco de dano irreparável ou de difícil reparação que enseja a antecipação assecuratória é o risco concreto (e não o hipotético ou eventual), atual (que se apresenta iminente no curso do processo) e grave (potencialmente apto a fazer perecer ou a prejudicar o direito afirmado pela parte). As expressões “abuso do direito de defesa” ou “manifesto propósito protelatório do réu”, possuem conteúdos distintos, ou seja, o primeiro refere-se a atos praticados para defender-se, ou seja, a atos processuais (v.g. os do art. 14, III e IV, do CPC). O segundo há de ser assim considerado o que resulta do comportamento do réu – atos e omissões – fora do processo, embora, com ele relacionados (v.g. a ocultação de provas).

A lei não prefixou o momento adequado para a antecipação da tutela. Nada impede, portanto, que seja ela postulada na inicial, cabendo ao juiz apreciá-la antes ou depois da citação do réu, conforme sua maior ou menor urgência. Entretanto, “a tutela antecipada antes da ouvida do réu somente tem razão de ser quando a sua audiência puder causar lesão ao direito do autor”.<sup>29</sup> Nesse diapasão, preleciona Teori Albino Zavascki<sup>30</sup>:

Para definir o momento de antecipar a tutela deverá o juiz ter presente o princípio da menor restrição possível: o momento não pode ser antecipado mais que o necessário. O perigo de dano, pode preceder ou ser contemporâneo ao ajuizamento da demanda, e, nesse caso, a antecipação assecuratória será concedida liminarmente. Porém, se o perigo, mesmo previsível, não tem aptidão para se concretizar antes da citação, ou antes da audiência, a antecipação da tutela não será legítima senão após a realização desses atos.

Nos casos de ação dúplice, em que a tutela definitiva poderá vir a ser conferida ao réu, mesmo sem reconvenção, nada impede que, presentes os requisitos exigidos, venha ele, réu, pedir medida antecipatória em seu favor<sup>31</sup>. O reque-

---

protelatório do réu’, pois “sua aceção literal sugere a possibilidade de antecipar efeitos da sentença ante mera intenção de protelar. Na verdade, o que justifica a antecipação não é propósito de protelar, mas a efetiva prática, pelo réu, de atos ou omissões destinados a retardar o andamento do processo”.

<sup>29</sup>MARINONI, op cit., 197.

<sup>30</sup>ZAVASCKI, op cit., p. 80.

<sup>31</sup> Nesse sentido, Teori Albino Zavascki (op cit., p. 103).

rimento é formulado no âmbito da própria ação em que a tutela definitiva que se quer ver antecipada, podendo ser promovido, tão logo verificados os pressupostos para antecipação da tutela, inclusive na própria petição inicial. No curso do processo, será deduzido em petição escrita ao juiz da causa. Em audiência, poderá a parte, se for o caso, formular o pedido oralmente, que será tomado a termo.

No que tange à concessão da tutela antecipada *ex officio*, atualmente a doutrina encontra-se dividida quanto tal possibilidade. Teori Albino Zavascki<sup>32</sup> entende o seu não cabimento porquanto a tutela antecipatória está sujeita ao princípio dispositivo, contido no art. 2º do CPC<sup>33</sup>. Em sentido contrário, Luiz Gustavo Tardin<sup>34</sup> entende que pode conceder de ofício a medida, pois que é aplicável à tutela antecipada o art. 798 do CPC (poder cautelar geral do juiz), isto é, o mesmo regime jurídico das cautelares<sup>35</sup>.

A tutela antecipada pode ser deferida a qualquer tempo, porque a lei processual instituidora nada dispõe sobre o momento de sua concessão. Contudo, questiona-se sobre a admissibilidade da medida quando, havendo prova inequívoca e risco de dano preexistente, deixa o autor de requerê-la no momento próprio reservando-se para fazê-lo posteriormente. Nesse ponto, João Batista Lopes<sup>36</sup> registra divergência entre dois eminentes processualistas: Calmon de Passos e Antônio Cláudio da Costa Machado, ao apontar que:

Para o primeiro, presentes os requisitos da prova inequívoca e do risco do dano, tem o autor o ônus de pleitear a providência, sob pena de preclusão, porque a antecipação não pode ficar a critério e conveniência do autor. Já o segundo autor considera tal análise correta sob o aspecto principiológico, mas não adequada sob o prisma técnico da preclusão. É que, conquanto não possa o exercício de tal faculdade significar liberdade irrestrita de escolha [...] o que impede o autor, que não requereu a tutela na inicial, de receber a providência antecipada não é a preclusão temporal do direito de requerer, mas o desaparecimento, ou inexistência mesmo, do próprio *periculum in mora*.

Assim, a circunstância de o pedido de tutela antecipada não haver sido formulado na inicial não obsta a que seja deduzido posteriormente se persistir o *periculum in mora* e houver prova inequívoca das alegações. Ao contrário, toda-

<sup>32</sup> ZAVASCKI, op cit., p. 103.

<sup>33</sup> Nesse sentido, João Batista Lopes (op cit., 67); Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (op cit., p. 454); Elpídio Donizetti (Curso didático de direito processual civil, p. 203)

<sup>34</sup> TARDIN, op cit., p. 128.

<sup>35</sup> Nessa direção, José Roberto Bedaque apud Luiz Gustavo Tardin (op cit., p. 129).

<sup>36</sup> LOPES, op cit., p. 93-94.

via, se haverá de entender relativamente o pedido de tutela lastreado no inciso II do art. 273 do CPC (abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu), pois que “em havendo comportamento abusivo do réu, não há razão jurídica que legitime o retardamento da formulação do pedido de tutela, o que leva à conclusão de que, na hipótese, há que ser reconhecida a preclusão”<sup>37</sup>.

A execução da medida antecipatória pode ser feita de acordo com o sistema da execução provisória, isto é, do art. 475-O do CPC. Ocorre que com a modificação que a Lei nº. 10.444/02 empreendeu no sistema da execução provisória, mantida as linhas da Lei nº. 11.232/05, a tutela antecipada pode, na prática, ser executada até definitivamente, desde que a parte que irá beneficiar-se com a execução da medida prestar caução idônea, caso a efetivação da medida implique: (a) o levantamento de depósito em dinheiro; (b) atos de alienação de domínio; ou (c) atos dos quais possa resultar grave dano à parte contrária (art. 475-O, III do CPC). A referida caução poderá ser dispensada a partir do art. 475-O, III,

§ 2º, *in verbis*:

§2º. A caução a que se refere o inciso III do caput deste artigo poderá ser dispensada:

- I – nos casos de crédito de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito, até o limite de 60 vezes o valor do salário-mínimo, o exequente demonstrar situação de necessidade;
- II – nos caso de execução provisória em que penda agravo de instrumento junto ao STF ou ao STJ (art. 544), salvo quando da dispensa possa manifestamente resultar risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação.

Em se tratando de execução provisória, cabe ao juiz preservar meios eficientes ao retorno ao *status quo ante*, pois conforme entendimento de Teori Albino Zavascki<sup>38</sup>:

A provisoriedade da execução deve ser considerada como garantia do executado, garantia essa que não pode ser apenas formal, mas real, ou seja, é indispensável preservar as condições que propiciem retorno ao estado anterior, e a exigência de caução, quando necessária a tal finalidade, independe de autorização expressa na lei.

No caso do requerente da medida, que se beneficiou com a concessão e efetivação da tutela antecipada, perca a demanda e a execução da decisão antecipatória

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 94.

<sup>38</sup> ZAVASCKI, *op cit.*, p. 89.

tenha causado prejuízo à parte contrária, esta tem direito de haver indenização do requerente. No tocante à natureza da responsabilidade em tais casos: se objetiva ou subjetiva, Teori Albino Zavascki<sup>39</sup>:

Caberia então distinguir as hipóteses de antecipação assecuratória e punitiva. Na primeira: porque originada de fatos que (a) não têm necessariamente a participação ilícita do demandado e, sobretudo, (b) repercutem essencialmente na esfera de interesses particulares dos litigantes – a responsabilidade do demandante pelos riscos da execução é objetiva. Já na segunda hipótese: em que a antecipação da tutela é motivada sempre por ato ilícito do demandado, praticado não apenas contra os interesses do demandante, mas contra a própria função jurisdicional do Estado, pode-se sustentar que a responsabilidade do demandante por danos decorrentes da execução antecipada tem natureza subjetiva: caberá a ele a obrigação de restituir ao demandado os benefícios obtidos com a antecipação da tutela.

Ao passo que para Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery “deve ser utilizado, por extensão, o sistema do art. 811 do CPC, de modo que a responsabilidade do requerente da medida é objetiva, devendo ser caracterizado independentemente de sua conduta: havendo o dano e provado o nexo, há o dever de indenizar”.<sup>40</sup> Determina o art. 273 do CPC, em seu § 2º, que “não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”<sup>41</sup>. Teori Albino Zavascki<sup>42</sup> obtempera que:

No particular, o dispositivo observa estritamente o princípio da salvaguarda do núcleo essencial: antecipar irreversivelmente seria antecipar a própria vitória definitiva do autor, sem assegurar ao réu o exercício do seu direito fundamental de se defender, exercício esse que, ante a irreversibilidade da situação de fato, tornar-se-ia absolutamente inútil, como inútil seria, nestes casos, o prosseguimento do próprio processo. Reitere-se, contudo, o que acima se afirmou, no sentido de que a vedação inscrita no citado § 2º deve ser

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 90.

<sup>40</sup> NERY JR.; NERY, *op cit.*, p. 459. Nesse mesmo sentido, Jorge Pinheiro Castelo (*op cit.*, p. 671).

<sup>41</sup> Nelson Ney Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery observam a impropriedade normativa do texto legal, pois “a norma fala na inadmissibilidade da concessão da tutela antecipada, quando o provimento for irreversível. O provimento nunca é irreversível, porque provisório e revogável (*op cit.*, p. 458).

<sup>42</sup> ZAVASCKI, *op cit.*, p. 97.

relativizada, sob pena de comprometer quase por inteiro o próprio instituto da antecipação de tutela.

A revogação ou modificação da tutela antecipada produz efeitos *ex tunc*, isto é, desde a data da concessão da medida. O disposto no § 6º do art. 273 do CPC<sup>43</sup>, procura atender à efetividade do processo ao permitir a antecipação de efeitos do provimento final, quando o réu deixar de impugnar um dos pedidos ou parte dele. Como é crucial, o deferimento da tutela antecipada lastreada no citado dispositivo legal não é automático, cumprindo ao juiz verificar, se as consequências jurídicas objetivadas estão em harmonia com o sistema jurídico.

Torna-se incoerente propor, com base no princípio da economia processual, a cumulação de pedidos, e ao mesmo tempo negar direito à razoável duração do processo (art. 5º LXXVIII, CF), não permitindo a imediata tutela do pedido que se tornou incontroverso no curso do processo. Em decorrência da similitude entre os institutos é que o legislador inseriu o § 7º no art. 273 do CPC, que dispõe, in verbis: “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 primeira conclusão que se tira da leitura do dispositivo legal analisado é que o legislador pensou na fungibilidade em mão única, ou seja, o autor postulou nos autos do processo de conhecimento uma antecipação de tutela e o juiz acabou concedendo uma medida cautelar, porque aquele requerimento feito de forma incidental ao processo cognitivo representava, na verdade, uma medida assecuratória. Em relação a isso, existem, atualmente, duas orientações doutrinárias firmadas: a) A primeira admite a fungibilidade apenas na expressão legal, pois, que os pressupostos para a concessão da tutela antecipada são mais robustos do que os pressupostos das medidas cautelares<sup>44</sup>. b) A segunda admite a fungibilidade em mão dupla, ao argumento de que com a propositura da ação cautelar e presentes os pressupostos da antecipação da tutela, fica o juiz, autorizado a conceder a tutela antecipada sob o rótulo de cautelar. Destarte, interposta ação cautelar inominada e havendo o juiz concluído tratar-se de antecipação dos efeitos da tutela, deve ele apreciar a medida e, presentes os pressupostos, concedê-la para que possa produzir os efeitos pertinentes<sup>45</sup>.

Apreciando um pedido de antecipação de tutela nos autos de uma ação de conhecimento, deve o juiz aplicar a fungibilidade e conceber a medida cautelar verdadeiramente requerida se houver dúvida quanto à natureza jurídica da tutela

<sup>43</sup> Para Luiz Guilherme Marinoni (op cit., p. 360): “Incontroverso é o direito que se torna evidente no curso do processo, exigindo, em razão disso, imediata tutela. É nesse sentido que se diz que o § 6º é a base para a tutela dos direitos evidentes”.

<sup>44</sup> Nessa direção: LOPES, op cit., p. 179.

<sup>45</sup> NERY JR.; NERY, op cit., p. 461.; TARDIN, op cit., p. 171.

de urgência almejada. Entretanto, questão tormentosa surge em relação à possibilidade de concessão da antecipação de tutela no bojo de ação cautelar não incidental (ou preparatória).

Para os que defendem que a fungibilidade do art. § 7º do art. 273 do CPC somente é possível na hipótese de mão única, ou seja, quando o autor postula nos autos do processo de conhecimento uma antecipação de tutela e o juiz concede uma medida cautelar, tal fungibilidade não é aplicável em ação cautelar incidental, devendo, o processo ser extinto sem julgamento de mérito, uma vez que não se trata da via própria para a formulação de medida antecipatória<sup>46</sup>. Para os que defendem a possibilidade de fungibilidade em mão dupla, em se tratando de ação cautelar inominada preparatória, em que, presentes os requisitos autorizadores da antecipação de tutela (e este deve ser o entendimento do juiz, senão a receberá como cautelar), pode o julgador, com base em sua valiosa prudência, conceder a medida cautelar com eficácia antecipatória, garantindo assim o resultado satisfativo que o §7º do art. 273 propicia no caso concreto. Nesse diapasão, colhe-se o seguinte julgado:

RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. ARTIGO 273, INCISO I, CPC. AÇÃO CAUTELAR INOMINADA PREPARATÓRIA. Distingue-se o pedido que se refere à antecipação dos efeitos da tutela, do que diz respeito à ação cautelar inominada preparatória. No primeiro caso, a antecipação se dá no bojo da ação que visa coibir um ato do empregador, que, de imediato, é passível de causar um dano irreparável ao empregado, antes do advento da decisão da lide. No segundo, busca-se uma cautela antecipada em relação ao pedido que há de vir no bojo da ação principal. Essa pretensão cautelar pode ser manifestada antes ou no curso do processo principal. A antecipação dos efeitos da tutela, deferida com base no artigo 273/CPC, prescinde do ajuizamento da ação principal a que alude o artigo 806/CPC. TRT 3ª Região. RO 00622-2007-142-03-00-6, 3ª T., Rel. César Pereira da Silva Machado Júnior, p.07, pub. 29/09/2007 – DJMG.

Observa-se do julgado supra transcrito que, uma vez deferida a tutela antecipada no bojo da ação cautelar não incidental (preparatória), torna-se prescindível o ajuizamento da ação principal (art. 806 do CPC). Se for possível a tutela antecipada contra o particular, nada deve, em princípio, impedir a tutela antecipatória contra a

<sup>46</sup> Nesse sentido, aponta Luiz Gustavo Tardin que “à primeira vista, o legislador não imaginou a hipótese inversa, isto é, a propositura de ação cautelar (preparatória ou incidental) em que o requerimento verdadeiramente realizado é de tutela antecipada. Essa situação, prima face, deve conduzir à extinção do feito cautelar, pois não se trata da via própria à formulação de pedido de medida antecipatória”. (op cit., p. 171).

Fazenda Pública. Contudo, reza o art. 1º da Lei n. 8.437/92:

Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que a providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.

§ 1º. Não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal.

§ 2º. O disposto no parágrafo anterior não se aplica aos processos de ação popular e de ação civil pública.

§3º. Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação.

Posteriormente, foi editada a Medida Provisória n. 1570/97, que assim estabeleceu no seu art. 1º *in verbis*:

Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do CPCo disposto nos arts. 5º e se parágrafo único e 7º da Lei 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei 8.437, de 30 de junho de 1992. (grifei).

Como anotado, a Medida Provisória em tela também objetivou impedir – ao menos em algumas hipóteses – a concessão de tutela antecipatória contra a Fazenda Pública. Entretanto, o texto dessa MP voltou a figurar na Lei n. 9494/97, que, por sua vez, foi objeto de ação direta de constitucionalidade. Nela, o Supremo Tribunal Federal (STF), por meio de sua Sessão Plenária e por maioria de votos, decidiu, em sede de liminar e com efeito vinculante, pela constitucionalidade da referida norma.<sup>47</sup> Para Luiz Guilherme Marinoni<sup>48</sup>:

---

<sup>47</sup> Informativo 248 do STF: “O STF, ao conceder o provimento cautelar requerido na ADC n. 4-DF, proferiu, por expressiva maioria, decisão que foi assim sumulada na Ata de Julgamento do Plenário: ‘O Tribunal, por votação majoritária, deferiu, em parte, o pedido de medida cautelar, para suspender com eficácia ex nunc e com efeito vinculante, até final julgamento da ação, a prolação de qualquer decisão sobre pedido de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei 9.494, de 10.09.1997, sustando, ainda, com a mesma eficácia, os efeitos futuros dessas decisões antecipatórias de tutela já proferidas contra a Fazenda Pública, vencidos, em parte, o Ministro Néri da Silveira, que deferia a medida cautelar em menor extensão, e, integralmente, os Ministros Ilmar Galvão e Marco Aurélio, que a indeferiram’”.

<sup>48</sup> MARINONI, op cit., p. 330.

É oportuno ressaltar que o direito à efetividade e à tempestividade da tutela jurisdicional é constitucionalmente garantido. O direito de acesso à justiça, albergado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, não quer dizer apenas que todos têm direito a recorrer ao Poder Judiciário, mas também significa que todos têm direito à tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva. Ora, se o legislador infraconstitucional está obrigado, em nome do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, prever tutelas que, atuando internamente no procedimento, permitam uma efetiva e tempestiva tutela jurisdicional, ele não pode decidir, em contradição com o próprio princípio da efetividade, que o cidadão somente tem direito à tutela efetiva e tempestiva contra o particular. Dizer que não há direito à tutela antecipatória contra a Fazenda Pública em caso de ‘fundado receio de dano’ é o mesmo que afirmar que o direito do cidadão pode ser lesado quando a Fazenda é ré.

Por outras palavras, o direito de ação não pode ser embaraçado, nem restringido pela legislação infraconstitucional. A ação, por constituir direito subjetivo, é verdadeira garantia constitucional e, pode ser tolhida por lei ordinária. Para Humberto Theodoro Júnior<sup>49</sup> “não havendo no regime do art. 273 do CPC nada que exclua o Poder Público de sua incidência, correta a conclusão que defende a sujeição deste à norma contida naquele dispositivo legal”. Segundo Marinoni<sup>50</sup>, outro argumento utilizado para impedir a tutela antecipatória contra a Fazenda Pública vem do art. 475 do CPC<sup>51</sup>. Contudo, o citado dispositivo legal “fala em sentença e não em decisão e que, portanto, é apenas a sentença que não pode produzir efeitos antes de confirmada pelo tribunal”.<sup>52</sup>

Luiz Guilherme Marinoni<sup>53</sup> preleciona que:

Na verdade, o art. 475 do CPC não pode impedir a tutela antecipatória contra a Fazenda Pública, sob pena de inconstitucionalidade. Nos casos de ‘fundado receio de dano’, de ‘abuso de direito de defesa’ e de ‘direito evidente’ é possível a produção antecipada dos efeitos da tutela final, já que

<sup>49</sup> TEODORO JÚNIOR, op cit., p. 564.

<sup>50</sup> MARINONI, op cit., p. 330.

<sup>51</sup> Art. 475 do CPC: “Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I – proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público; II – que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI)”.

<sup>52</sup> Ibidem, p. 330.

<sup>53</sup> Ibidem, p. 331.

o autor que tem razão não só não pode ter direito lesado (direito à efetividade da tutela jurisdicional), como também não pode ser obrigado a suportar o tempo do processo, nos casos em que há 'abuso do direito de defesa' ou o seu direito é evidente (direito à tempestividade da tutela jurisdicional).

Segundo preconiza o *caput* art. 100 da Constituição da República, à exceção dos créditos de natureza alimentar, todos os demais pagamentos devidos pela Fazenda Pública far-se-ão por intermédio de precatórios. Outrossim, o § 3º do referido dispositivo constitucional, inserido pela EC 30/2000, dispensou a expedição de precatório para pagamento de obrigações definidas em lei como de pequeno valor, atualmente, corresponde a 60 salários-mínimos, por força do art. 3º da Lei n. 10259/01.

É de se observar, que na hipótese de crédito de natureza alimentar, o art. 475-O, § 2º, I, CPC, dispensa a prestação de caução até o limite de 60 salários-mínimos encontrando-se o exequente em estado de necessidade. O problema surge quando se pensa em verba alimentar de valor superior a 60 salários-mínimos. Embora o art. 100, § 3º, da Carta Magna diga que o precatório somente pode ser dispensado diante de obrigações definidas em lei como de pequeno valor, não há como negar que a execução por meio de precatório é incompatível com a necessidade que legitima a antecipação de soma de natureza alimentar, de qualquer valor.

Tendo em vista o caráter mandamental desse tipo de provimento, em especial quando a infungibilidade for prática e não for possível esperar obter a eficácia através da imposição de outras medidas coercitivas de apoio, discute-se a possibilidade da adoção da medida de coerção indireta consistente na prisão da parte recalcitrante. Segundo o escólio de Luiz Guilherme Marinoni<sup>54</sup>:

A interpretação do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, deve ser alçada a um nível que considere os direitos fundamentais. Se é necessário vedar a prisão do devedor que não possui patrimônio, e assim considerar o direito fundamental, é absolutamente indispensável permitir o seu uso para a efetividade da tutela de outros direitos fundamentais. A proibição de fazer justiça de mão própria não tem muito sentido se ao réu for dada a liberdade de descumprir a decisão que concedeu razão ao autor, pois nesse caso ele fará prevalecer a vontade como se o Estado não houvesse assumido o monopólio da jurisdição.

Não há como negar que o processo exige, diante de certas situações de direito

---

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 269.

substancial, o uso da coerção indireta. Porém, a multa não constitui a única forma de coerção indireta, e nem se pode dizer que ela é suficiente para a efetiva entrega da prestação jurisdicional. Não raro, a multa não tem efetividade diante de um réu que não possui patrimônio. Marinoni<sup>55</sup> assevera que “não admitir a prisão como forma de coerção indireta é aceitar que, em determinadas situações, o processo não terá efetividade e, assim, que nessas hipóteses o ordenamento jurídico estará apenas proclamando os direitos”.

Deparando-se com a norma do art. 5º, LXVII da Constituição da República, o intérprete deve estabelecer a dúvida que a sua interpretação suscita, isto é, se a norma veda o uso da prisão como meio de coerção indireta ou somente a prisão por dívida em sentido estrito. A seu turno, Jorge Pinheiro Castelo<sup>56</sup> preconiza que:

O descumprimento da ordem judicial contida no provimento mandamental referente à tutela de obrigação específica configura crime de desobediência, podendo ser lavrada até a prisão em flagrante, uma vez que tal prisão não é proibida pelo inciso LXVII do art. 5º da CF por se tratar de prisão por crime de desobediência. No caso de desobediência a ordens judiciais decretadas em face de direitos patrimoniais ‘privilegiados’, v.g.: a) do alienante fiduciário (que na verdade tem uma dívida civil e não um mero depósito); b) do descumprimento de ordens relativas ao direito de propriedade e de posse.<sup>57</sup>

Assim, no caso em que se ordena um fazer cuja observância depende apenas do comportamento do réu e, além disso, não exige dispêndio de patrimônio, o juiz pode ordenar o cumprimento, assinalando um prazo razoável para seu cumprimento, sob pena de prisão.

## 5 TUTELA ANTECIPADA NO PROCESSO DO TRABALHO

Realizado o estudo da tutela antecipada à luz da teoria geral do processo em que se observam suas nuances e características cabe, doravante, traçar os matices específicos concernentes às implicações na seara do Direito Processual do Trabalho. Carlos Henrique Bezerra Leite<sup>58</sup> demonstra a importância do estudo da tutela antecipada no processo do trabalho, ao asseverar que: “é seguramente neste ramo do direito, dado o seu escopo social de tornar realizável o direito material do

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 269-270.

<sup>56</sup> CASTELO, op cit., p. 624.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 624.

<sup>58</sup> LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 4. ed. São Paulo, SP: LTr, 2006. p. 415

trabalho, que o instituto da antecipação da tutela se torna instrumento não apenas útil, mas, sobretudo, indispensável”.

Deveras, pois não raras às vezes o procedimento trabalhista se manifesta por demais lento diante das exigências de rapidez e dinamismo da sociedade moderna pelo fato de que em inúmeras situações está a lidar com direitos não patrimoniais (direitos da personalidade, gravidez, estabilidade) ou com direitos patrimoniais com função não patrimonial, que se não tutelados imediatamente, podem sofrer dano irreparável.<sup>59</sup>

Além do que, a celeridade e a efetividade são imprescindíveis no âmbito do Processo do Trabalho, porquanto geralmente o objeto da lide trabalhista compõe-se de verbas de caráter nitidamente alimentar. Nos meandros do Processo do Trabalho, a doutrina tem-se inclinado no sentido da concessão da tutela antecipada ex officio diante das peculiaridades deste sistema processual, principalmente por força do próprio art. 878 do Texto Consolidado.<sup>60</sup> Para Carlos Henrique Bezerra Leite<sup>61</sup>:

Não obstante a literalidade do caput do art. 273 do CPC, parece-nos que no processo do trabalho é factível a antecipação da tutela de ofício pelo próprio juiz, independentemente de requerimento da parte. Ora, se estamos diante de um ato judicial com característica de provimento mandamental e executivo lato sensu e se o juiz do trabalho está autorizado a promover a execução ex officio (CLT, art. 878), então não seria legalmente proibido ao juiz determinar, de ofício, a antecipação dos efeitos da tutela de mérito.

Forte nas posições acima alinhadas e sabendo da índole constitucional das tutelas de urgência, em certos casos, em que esperar por um julgamento definitivo pode conduzir à ineficácia da tutela jurisdicional, está o magistrado autorizado a conceder a tutela antecipada ex officio.<sup>62</sup>

Para tanto, é imprescindível que da petição inicial e das provas carreadas aos autos possa o juiz contemplar a presença de todos os pressupostos para a concessão da medida satisfativa. Em síntese, quando a ausência de requerimento de tutela antecipada puser em risco a efetividade da jurisdição, deverá o juiz fazer a

<sup>59</sup> Nesse sentido, Jorge Luiz Souto Maior (op cit., p. 162)

<sup>60</sup> Em sentido contrário, não admitindo a concessão de ofício da tutela antecipada no processo do trabalho: MARTINS, op cit., p. 479; SAAD, Eduardo Gabriel; SAAD, José Eduardo Duarte; BRANCO, Ana Maria Saad Castello. **Curso de direito processual do trabalho**. 5. ed. São Paulo, SP: LTr, 2007. p. 506; TEIXEIRA FILHO, op cit., p. 411.

<sup>61</sup> LEITE, op cit., p. 419.

<sup>62</sup> Nessa esteira aponta Luiz Gustavo Tardin (op cit., p. 129): “não se pode compreender que possa ficar o magistrado de mãos atadas frente à situação periclitante que, sem dúvida, trará grande prejuízo à sua própria manifestação futura a respeito da lide, ou mesmo à efetividade e eficácia de sua declaração na sentença”.

concessão.<sup>63</sup>

No processo do trabalho, o requisito em tela deve ser sopesado com a natureza alimentícia dos valores geralmente postulados pelos trabalhadores, pois, se de um lado o empregador pode ter algum prejuízo de ordem econômica, de outro, é certo, o empregado pode ter comprometida não apenas sua própria subsistência e da sua família, mas também a sua própria dignidade.<sup>64</sup>

Em decorrência disso, o risco da irreversibilidade deverá ser ponderado entre o direito à preservação da integralidade física do trabalhador, assegurado pelos benefícios alimentares decorrentes do contrato de trabalho, e o interesse meramente patrimonial do empregador, a solução há de pender em favor do hipossuficiente, segundo a principiologia inerente ao ramo jurídico especializado, prestigiando, desta forma, a efetividade e a celeridade processual.

Nesse sentido, a inovação jurídica apresentada pela Lei nº. 11.232/2005 nos meandros do processo civil, especialmente no que tange à execução provisória (art. 475-O do CPC), veio agasalhar a efetividade do processo laboral ao dispensar a caução para levantamento de depósito em dinheiro ou a prática de atos que importem alienação de propriedade nos casos de crédito de natureza alimentar até o limite de sessenta vezes o salário-mínimo, demonstrando o autor situação de necessidade (art. 475-O, III, § 2º, I do CPC).

A antecipação provisória dos efeitos da tutela observará, as regras delineadas no art. 475-O do CPC. À primeira vista, a norma constante na parte final do art. 899 da CLT estaria a impedir a aplicação plena desse dispositivo processual, pois que aí é assentado que a execução provisória somente poderá ir até a penhora, norma essa que inexistente no processo civil.<sup>65</sup>

Inserido o estudo da execução provisória no contexto do processo do trabalho, a CLT diz em seu art. 889 que a lei que rege a Execução Fiscal será fonte supletiva imediata. Em havendo omissão em ambos os diplomas, a interpretação da qual não se pode afastar é aquela no sentido de que as regras da execução comum poderão ter perfeita incidência (art. 769 da CLT) no processo laboral, desde que com ele guarde a necessária compatibilidade procedimental. Ora, como a CLT dispõe parcamente sobre a execução provisória em seu art. 899, limitando-se em afirmar que é "...permitida a execução provisória até a penhora", lacuna da mesma magnitude se constata da Lei de Execução Fiscal (Lei nº. 6.830/80).

---

<sup>63</sup> Para José Roberto dos Santos Bedaque apud Luiz Gustavo Tardin (op cit., p. 130): "não se podem excluir, situações excepcionais em que o juiz verifique a necessidade de antecipação, diante do risco iminente de perecimento do direito cuja tutela é pleiteada e do qual existam provas suficientes de verossimilhança. Nesses casos extremos, em que, apesar de presentes os requisitos legais, a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional não é requerida pela parte, a atuação ex officio do juiz constitui o único meio de se preservar a utilidade do resultado do processo.

<sup>64</sup> Nessa direção: Carlos Henrique Bezerra Leite (op cit., p. 422)

<sup>65</sup> Nesse sentido, Eduardo Gabriel Saad et. el. (op cit., p. 507).

Intuitivamente, não há como afastar sua aplicação no bojo do procedimento laboral, uma vez que seu cabimento decorre pela mera adequação e compatibilidade ao citado procedimento, bem como, pela própria natureza alimentar do crédito trabalhista em litígio. Marcelo Freire Sampaio Costa<sup>66</sup> utiliza-se da leitura do princípio da subsidiariedade, com o escopo de colmatar as recentes reformas do processo civil ao processo do trabalho:

Impõe a visualização da necessária integração das reformas hodiernas havidas no processo civil no processo do trabalho. Em suma, insta conferir interpretação conforme à Constituição ao modelo principiológico constitucional do processo e à técnica da heterointegração do processo civil no ramo trabalhista, significando, realçar a insuficiência e o equívoco componentes da aplicação subsidiária no processo laboral.

Por conta disso e pelo fato de constituir importante instrumento de celeridade processual dos benéficos eflúvios da sistemática constitucional decorrentes da subsidiariedade incidente no processo do trabalho, denota compatibilidade total do procedimento de execução provisória na seara laboral, com as adaptações necessárias ao rito deste ramo especializado.<sup>67</sup>

As jurisprudências dos Tribunais Regionais do Trabalho já apresentam avanços mais largos, notadamente, pelo influxo dos valores e regras introduzidas na processualística pela Lei n. 11.232/2005. A este respeito, colhe-se o aresto abaixo transcrito do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, que assim resta ementado<sup>68</sup>:

*EXECUÇÃO PROVISÓRIA - ART. 475-O DO CPC - APLI-*

<sup>66</sup> COSTA, Marcelo Freire Sampaio. **Reflexos da reforma do CPC no Processo do Trabalho**. São Paulo, SP: Método, 2007. p. 32-33.

<sup>67</sup> Nesse sentido leciona Francisco Antônio de Oliveira (op cit., p. 208): “No processo trabalhista, com a revogação do art. 590 do CPC (Lei 11.232/2005), que nomeava os requisitos da carta de sentença e de aplicação subsidiária no processo do trabalho, remete-se a busca subsidiária ao art. 475-O, § 3º, incisos I a V, CPC”, inclusive, para fins de execução provisória”.

<sup>68</sup> Na mesma direção: “EFICÁCIA DA APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL À EXECUÇÃO TRABALHISTA - ARTIGO 475-O, parágrafo 2o., I, DO CPC – É plenamente compatível com o Processo do Trabalho a redação dada pelo artigo 475-O, parágrafo 2o., I, do CPC, que permite a prática de atos alienatórios e o levantamento de depósito em dinheiro, sem caução, quando se tratar de crédito de natureza alimentar ou proveniente de ato ilícito, pois facilita e agiliza a execução do crédito trabalhista, de natureza tipicamente alimentar, fruto do trabalho humano reconhecido constitucionalmente como fundamento da República e como base da ordem econômica e social (inciso IV, artigo 1o., artigos 170 e 193, todos da Constituição da República de 1988). E o meio por excelência de efetivação dos créditos alimentares é o Processo do Trabalho, por resultar do trabalho humano, devendo o intérprete e aplicador da lei dotá-lo de todas as conquistas criadas pelo moderno direito processual para que ao trabalhador possa ser garantida a efetividade de seus direitos, principalmente quando necessita de cuidados médicos urgentes, sob pena de ferir o espírito da constituição e impedir a eficácia de seus preceitos”. TRT 3ª Região. AP 00908-2002-015-03-00-6, 2ª T., Rel. Sebastião Geraldo de Oliveira, p.15, pub. 21/11/2007 – DJMG.

CAÇÃO. Em execução provisória é possível a liberação de valores depositados em Juízo, sem o oferecimento de caução, desde que se apresentem algumas das situações descritas no parágrafo 2o. do art. 475-O do CPC. Constatado que se trata de crédito alimentar, decorrente em parte de ato ilícito (indenizações por danos materiais e morais decorrentes de acidente do trabalho, com culpa do empregador); que os salários do exequente não alcançam o dobro do mínimo legal, autorizando presumir sua miserabilidade; que ele teve reduzida sua capacidade laborativa em razão da perda de cinquenta por cento das funções da mão direita, e que o recurso de revista interposto pela empresa está pendente de agravo de instrumento no TST, é cabível que se determine a aplicação subsidiária da lei processual civil, para conferir aplicabilidade à garantia constitucional da duração razoável do processo e permitir a aplicação de normas processuais mais adequadas à efetivação do direito. Nesse passo, a expressão “até a penhora”, do art. 899 da CLT, é meramente referencial e não limita a execução provisória no âmbito do processo trabalhista. TRT 3ª Região. AP 00318-2005-087-03-00-0, 2ª T., Rel. Sebastião Geraldo de Oliveira, p.12, pub. 27/02/2008 – DJMG.

Oportuno registrar, ainda, que o Enunciado n. 69, aprovado na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho – TST (23/11/2007) agasalha o entendimento a cerca da aplicabilidade do art. 475-O do CPC no processo do trabalho.<sup>69</sup> Como visto alhures, a lei não prefixou o momento adequado para a antecipação da tutela, nada impedindo, portanto, que seja ela postulada na inicial, cabendo ao juiz apreciá-la antes ou depois da citação do réu, conforme sua maior ou menor urgência.

No caso da tutela antecipada ser concedida no momento da prolação da decisão final (sentença), cumpre advertir que a decisão in casu não é interlocutória, desafiando, assim, o recurso ordinário (art. 895, a, da CLT) e não o mandado de segurança.<sup>70</sup> Na hipótese de tutela antecipada ser concedida antes da sentença é

<sup>69</sup> Enunciado n. 69: “EXECUÇÃO PROVISÓRIA. APLICABILIDADE DO ART. 475-O DO CPC NO PROCESSO DO TRABALHO. I – A expressão ‘... até a penhora...’ constante da CLT, art. 899, é meramente referencial e não limita a execução provisória no âmbito do direito processual do trabalho, sendo plenamente aplicável o disposto no CPC, art. 475-O. II – Na execução provisória trabalhista é admissível a penhora de dinheiro, mesmo que indicados outros bens. Adequação do postulado da execução menos gravosa ao executado aos princípios da razoável duração do processo e efetividade. III – É possível a liberação de valores em execução provisória, desde que verificada alguma das hipóteses do artigo 475-O, § 2º, do CPC, sempre que o recurso interposto esteja em contrariedade com Súmula ou Orientação Jurisprudencial, bem como na pendência de agravo de instrumento no TST”.

<sup>70</sup> Nesse sentido: Sérgio Pinto Martins (op cit., p. 304).

cabível a impetração do mandado de segurança, pois que “se trata de uma decisão interlocutória e, no processo trabalhista, não há recurso contra esta (salvo raras hipóteses), conforme § 1º do art. 893 da CLT”<sup>71</sup>. O mandado de segurança perderá o seu objeto, podendo a parte impugnar o mérito e a tutela pela via do recurso ordinário. Maurício Godinho Delgado<sup>72</sup> preleciona:

Garantia de emprego é a vantagem jurídica de caráter transitório deferida ao empregado em virtude de uma circunstância contratual ou pessoal obreira de caráter especial, de modo a assegurar a manutenção do vínculo empregatício por um lapso temporal definido, independentemente da vontade do empregador.

A tutela antecipada se revela como um instrumento hábil a fim de proteger e dar guarida às garantias de emprego e às estabilidades provisórias de eventual dispensa arbitrária a ser perpetrada pelo empregador. A garantia de emprego do dirigente sindical emerge do art. 8º, VIII da Constituição da República<sup>73</sup> tendo a CLT previsto a concessão de “medida liminar, até decisão final do processo, em reclamações trabalhistas que visem reintegrar no emprego dirigente sindical afastado, suspenso ou dispensado pelo empregador”<sup>74</sup>.

Outrossim, o art. 10, II, a do ADCT<sup>75</sup> confere garantia contra dispensa arbitrária ou sem justa causa do cipeiro, desde o registro de sua candidatura até o um ano após o final de seu mandato. Segundo Jorge Pinheiro Castelo<sup>76</sup>

Com a garantia de emprego outorgada ao cipeiro, estão se protegendo os interesses coletivos da categoria profissional e, apenas mediatamente, o interesse individual do cipeiro. [...] Assim, a garantia de emprego constitucional e legal do cipeiro constitui medida de proteção de direito coletivo fundamental – não patrimonial – dos empregados da empresa,

<sup>71</sup> PINTO, Raymundo Antônio Carneiro. **Súmulas do TST comentadas**. 9. ed. São Paulo, SP: LTr, 2007. p. 352.

<sup>72</sup> DELGADO, op cit., p. 1248.

<sup>73</sup> Art. 8º, VIII da CR/88: “É vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei”.

<sup>74</sup> Art. 659, X da CLT

<sup>75</sup> Art. 10, II, a, do ADCT: “II – fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa: a) do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato”.

<sup>76</sup> CASTELO, op cit., p. 90-91.

do efetivo exercício da liberdade de ação do cipeiro protegido contra condutas contrárias aos interesses da coletividade de empregados praticadas pelo empregador.

Por seu lado, a proteção e garantia de emprego da gestante resta consignado no art. 10, II, b do ADCT, cujo qual estabelece: “fica vedada a dispensa arbitrária da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto”. Novamente, lançando mão dos ensinamentos de Jorge Pinheiro Castelo<sup>77</sup>, este pontifica que:

O direito constitucional que está sendo diretamente protegido pela estabilidade e licença da gestante não é o direito individual patrimonial da empregada, mas sim direito não patrimonial: a) direito da personalidade da empregada pertinente à função procriadora da mulher trabalhadora; b) direito difuso não patrimonial da sociedade relacionado com a garantia das futuras gerações.

No que diz respeito à proteção contra a transferência ilegal, o art. 469 da CLT veda a transferência do empregado, sem sua respectiva anuência, para localidade diversa que resultar o contrato, salvo exceções legais determinadas em Lei. Para salvaguardar esta garantia ao trabalhador, a CLT estabelece a competência para a Justiça do Trabalho “conceder medida liminar, até decisão final do processo em reclamações trabalhista que visem a tornar sem efeito transferência disciplinada pelos parágrafos do art. 469 desta Consolidação”.<sup>78</sup>

Tal proteção visa a evitar o ato obstativo do empregador do prosseguimento da relação de emprego pelo trabalhador, bem como, de proteger o empregado de transferência que tenha caráter disciplinar (punição).

A Lei das Comissões de Conciliação Prévia (Lei n. 9.958/00) inseriu no bojo da CLT (art. 625-B, § 2º) a garantia de emprego dos representantes dos membros da Comissão de Conciliação Prévia, ao vedar a dispensa dos titulares e suplentes, até um ano após o final do mandato, salvo se cometerem falta grave, nos termos da lei.

Ao lado das garantias e estabilidades acima mencionadas, Maurício Godinho Delgado<sup>79</sup>, alinha aquelas constantes na legislação previdenciária, a saber: a) a do empregado acidentado, pelo prazo de 12 meses após a cessão do auxílio-doença acidentário (art. 118, Lei n. 8.213/01); b) a do trabalhador reabilitado ou de deficiente habilitado (art. 93, § 1º, da Lei n. 8.213/91); e c) a dos três empregados,

<sup>77</sup> Ibidem, p. 107.

<sup>78</sup> Art. 659, IX da CLT.

<sup>79</sup> DELGADO. op cit., p. 1255-1256.

e seus suplentes, que representam os trabalhadores em atividade no Conselho Nacional de Previdência Social (art. 295, II, *b*, Decreto n. 3.048/99).

## 6 CONCLUSÃO

Ao findar este estudo, verificou-se que a tutela antecipada representa um importante instrumento a ser utilizado pela parte e observado pelo juiz para evitar que a demora a se proferir a decisão final possa causar prejuízo ao direito do interessado. Outrossim, restou demonstrada que a tutela antecipada nada mais é do que uma técnica processual que, através da distribuição do ônus do tempo do processo, visa a conferir maior efetividade e celeridade processual nos provimentos jurisdicionais, garantindo-se a plena realização do princípio constitucional fundamental da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII da CF/88).

Ao analisar o estudo da tutela antecipada sob o espectro da teoria geral do processo, observou-se, sem ter tido a pretensão de esgotar o tema, os requisitos e os pressupostos constitutivos de tal instituto, denotando a sua aplicabilidade tanto na seara do processo civil, uma vez que nele encontra-se imantado (art. 273 do CPC), quanto na seara do processo do trabalho (por força da norma de extensão contida no art. 769 da CLT).

Sob o enfoque da efetividade da tutela antecipada conferida no âmbito do processo do trabalho, observou-se que em virtude da natureza eminentemente alimentar do crédito trabalhista, o campo de sua aplicação possui maior envergadura, pois a demora na solução do processo trabalhista acaba lesando o trabalhador (hipossuficiente).

A começar pela admissão (em grande parte da doutrina) da concessão *ex officio* da tutela antecipada no processo trabalhista (notadamente por força da ilação do art. 878 da CLT) desde que presentes os requisitos legais. De igual sorte, desponta a releitura da questão da irreversibilidade do provimento no processo especializado, que não poderá obstar a concessão do provimento antecipatório, sob pena de quebra do princípio da igualdade, porquanto resta incontestado que a condição do hipossuficiente é, ao menos, desigual em relação ao empregador.

Nesse contexto, a possibilidade da execução provisória no processo do trabalho (art. 475-O do CPC) acena no sentido de conferir efetividade e concretude no processo do trabalho ao dispensar caução para o levantamento de depósito em dinheiro ou a prática de atos importem alienação de propriedade nos casos de crédito de natureza alimentar até o limite de sessenta vezes o salário-mínimo (art. 475-O, III, § 2º, I do CPC).

Ao final, viu-se que a tutela antecipada se revela como um instrumento hábil e prontamente eficaz para proteger e dar guarida às garantias de emprego e

às estabilidades provisórias de eventual dispensa arbitrária a ser perpetrada pelo empregador, pois visa a assegurar ao empregado o livre gozo do período que a lei lhe confere.

Conclusivamente, a aplicação da tutela antecipada confere maior efetividade e celeridade ao processo, sobretudo, o do trabalho, o qual, por sua vez, deve desenvolver-se no menor espaço de tempo possível para pronta e eficazmente tutelar do direito em litígio, sob pena de perecimento do próprio bem perseguido.

## REFERÊNCIAS

CASTELO, Jorge Pinheiro. **Tutela antecipada na teoria geral do processo**. São Paulo, SP: LTr, 1999. v. I.

\_\_\_\_\_. **Tutela antecipada no processo do trabalho**. São Paulo, SP: LTr, 1999. v. II.

COSTA, Marcelo Freire Sampaio. **Reflexos da reforma do CPC no Processo do Trabalho**. São Paulo, SP: Método, 2007.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo, SP: LTr, 2006.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 4. ed. São Paulo, SP: LTr, 2006.

LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo, SP: RT, 2007.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Tutela antecipada**. 2. ed. São Paulo, SP: Oliveira Mendes, 1998.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Direito processual do trabalho: efetividade, acesso à justiça e procedimento oral**. São Paulo, SP: LTr, 1998.

\_\_\_\_\_. **Temas de processo do trabalho**. São Paulo, SP: Ltr, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de tutela**. 9. ed. São Paulo, SP: RT, 2006.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Comentários às súmulas do TST**. 2. ed. São Paulo, SP: Atlas, 2006.

\_\_\_\_\_. **Direito processual do trabalho**. 15. ed. São Paulo, SP: Atlas, 2001.

\_\_\_\_\_. **Tutela antecipada e tutela específica no processo do trabalho**. 3. ed. São Paulo, SP: Atlas, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo, SP: RT, 2004.

\_\_\_\_\_; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 9. ed. São Paulo, SP: RT, 2006.

PINTO, Raymundo Antônio Carneiro. **Súmulas do TST comentadas**. 9. ed. São Paulo, SP: LTr, 2007.

SAAD, Eduardo Gabriel; SAAD, José Eduardo Duarte; BRANCO, Ana Maria Saad Castello. **Curso de direito processual do trabalho**. 5. ed. São Paulo, SP: LTr, 2007.

TARDIN, Luiz Gustavo. **Fungibilidade das tutelas de urgência**. São Paulo, SP: RT, 2006. (Coleção temas fundamentais de direito). v. 4.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **A sentença no processo do trabalho**. 3. ed. São Paulo, SP: LTr, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 33. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2002. v. II.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 3. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2000.

*Recebido em: 29 Março 2010*

*Aceito em: 07 Maio 2010*