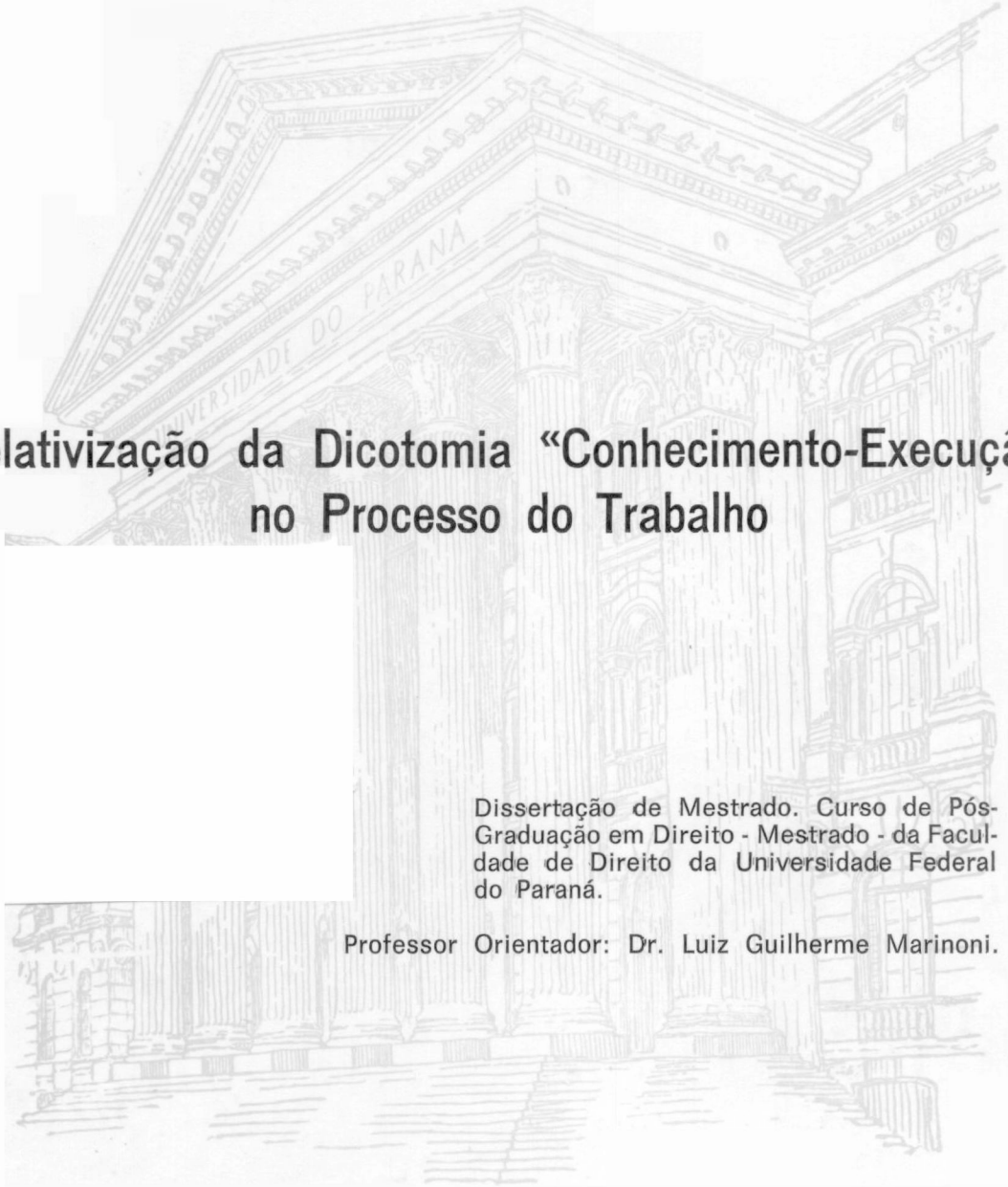


LUCIANO GUBERT DE OLIVEIRA



**Relativização da Dicotomia “Conhecimento-Execução”
no Processo do Trabalho**

Dissertação de Mestrado. Curso de Pós-Graduação em Direito - Mestrado - da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

Professor Orientador: Dr. Luiz Guilherme Marinoni.

CURITIBA
JUNHO DE 1997

LUCIANO GUBERT DE OLIVEIRA

Relativização da Dicotomia “Conhecimento-Execução” no Processo do Trabalho

Dissertação de Mestrado. Curso de Pós-Graduação em Direito - Mestrado - da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

Professor Orientador: Dr. Luiz Guilherme Marinoni.

CURITIBA
JUNHO DE 1997

À minha esposa,
Franciane.

Aos meus pais,
José e Leatrice.

Agradeço, pelo apoio,
ao Prof. Luiz Guilherme Marinoni.

SUMÁRIO

| | |
|-----------------------------------------------------------|----|
| 1. INTRODUÇÃO..... | 1 |
| 2. A NEUTRALIDADE DO JUIZ E PROCESSO DE CONHECIMENTO..... | 7 |
| 2.1 PRELIMINAR..... | 7 |
| 2.2 VISÃO FILOSÓFICA..... | 10 |
| 2.3 O PROCESSO DE CONHECIMENTO..... | 31 |
| a) CONCEITO ROMANO DE JURISDIÇÃO..... | 31 |
| b) TRANSPOSIÇÃO DO CONCEITO PARA O MUNDO MODERNO..... | 34 |
| c) CONCEITO MODERNO DE JURISDIÇÃO..... | 36 |
| d) PROBLEMÁTICA ATUAL DO PROCESSO DE CONHECIMENTO..... | 44 |
| 2.4 CONCLUSÃO..... | 62 |
| 3. A TUTELA ANTECIPADA..... | 66 |
| 3.1 PRECEDENTES - NECESSIDADE..... | 66 |
| 3.2 O ART. 273 DO CPC..... | 75 |
| RELATIVIZAÇÃO DA DICOTOMIA "CONHECIMENTO - EXECUÇÃO"..... | 75 |
| JUSTIFICATIVA..... | 79 |
| A REFORMA NA PRÁTICA..... | 84 |
| a) NATUREZA JURÍDICA..... | 86 |
| b) O "MODUS OPERANDI"..... | 96 |
| b.1) A IMPROPRIEDADE DA EXPRESSÃO "PODERÁ"..... | 96 |

| | | |
|-----------|-------------------------------------------------------|------------|
| b.2) | REQUERIMENTO..... | 98 |
| b.3) | ANTECIPAÇÃO TOTAL OU PARCIAL..... | 100 |
| b.4) | PEDIDO INICIAL..... | 103 |
| b.5) | PROVA INEQUÍVOCA E VEROSSIMILHANÇA..... | 105 |
| b.6) | FUNDADO RECEIO DE DANO..... | 108 |
| b.7) | ABUSO DE DIREITO DE DEFESA E INTENTO PROTETÓRIO..... | 110 |
| b.8) | NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO..... | 115 |
| b.9) | IRREVERSIBILIDADE DO PROVIMENTO ANTECIPADO..... | 117 |
| b.10) | ATUAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA..... | 122 |
| b.11) | REVOGAÇÃO OU MODIFICAÇÃO..... | 128 |
| b.12) | FINAL JULGAMENTO..... | 131 |
| c) | OUTRAS QUESTÕES..... | 132 |
| c.1) | MOMENTO OPORTUNO..... | 132 |
| c.1.1) | OPORTUNIDADE DE REQUERER..... | 132 |
| c.1.2) | EFICÁCIA TEMPORAL..... | 135 |
| c.2) | NATUREZA DA DECISÃO..... | 137 |
| c.2.1) | RECURSOS..... | 140 |
| 4. | TUTELA ANTECIPADA NO PROCESSO DO TRABALHO..... | 143 |
| 4.1 | APLICABILIDADE..... | 143 |
| 4.2 | O PROCEDIMENTO..... | 148 |
| a) | REQUERIMENTO..... | 148 |
| b) | COMPETÊNCIA..... | 150 |
| c) | RECURSOS..... | 154 |
| 4.3 | A TUTELA ANTECIPADA NA CASUÍSTICA TRABALHISTA..... | 157 |
| 4.3.1 | A TUTELA DO ART. 273, I..... | 163 |
| a) | REINTEGRAÇÃO DE EMPREGADO ESTÁVEL..... | 165 |

| | |
|-------------------------------------------------------|------------|
| b) ANOTAÇÕES EM CTPS, FORNECIMENTO DE DOCUMENTOS..... | 167 |
| c) PAGAMENTO DE SOMAS EM DINHEIRO..... | 168 |
| d) CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 170 |
| 4.3.2 A TUTELA DO ART. 273, II..... | 171 |
| I) TÉCNICAS ANTECIPATÓRIAS..... | 171 |
| a) TÉCNICA DA CONDENAÇÃO COM RESERVA..... | 174 |
| b) NÃO CONTESTAÇÃO E RECONHECIMENTO PARCIAL..... | 178 |
| c) A TÉCNICA MONITÓRIA..... | 186 |
| d) JULGAMENTO ANTECIPADO DE PARTE DOS PEDIDOS..... | 189 |
| e) ABUSO DO DIREITO DE RECORRER..... | 196 |
| II) CASUÍSTICA..... | 198 |
| a) REINTEGRAÇÃO DE EMPREGADO ESTÁVEL..... | 199 |
| b) ANOTAÇÕES EM CTPS, FORNECIMENTO DE DOCUMENTOS..... | 200 |
| c) PAGAMENTO DE SOMAS EM DINHEIRO..... | 202 |
| 5. CONCLUSÕES..... | 205 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 218 |

1. INTRODUÇÃO

O direito processual se debate para vislumbrar uma saída que lhe permita encontrar o "elo perdido". Ou seja, precisa voltar a ser um instrumento de Justiça, que ofereça respostas céleres, e principalmente eficazes, aos anseios mais prementes da sociedade. O processo cada vez distanciava-se mais da maioria da população, numa crise sem precedentes, seja em virtude dos altos custos da Justiça, da morosidade do Judiciário, ou da inefetividade de um processo comprometido, em sua origem, com os interesses das classes dominantes

Na tentativa de se diagnosticar as causas da mencionada crise foi elaborada a monografia¹ na qual se baseia todo o próximo capítulo, no qual se vasculham as origens remotas do nosso processo baseado no sistema europeu continental.

Diante dos fatos lá expostos, se chegou à conclusão de que somente a superação dos dogmas que elegeram o procedimento

¹ Trabalho de conclusão do módulo ministrado pelo brilhante Professor Ovídio Baptista da Silva, dentro do Curso de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

ordinário como parâmetro conceitual para o nosso processo civil é que se poderá reaproximar o processo da realidade.

A possibilidade da tutela antecipatória, inserida no artigo 273 do Código de Processo Civil (CPC) pela Lei n. 8.952 de 13 de dezembro de 1.994, representou um grande passo no sentido de se superar o mito da ordinariedade, gerando uma relativização da radical dicotomia até então existente entre conhecimento e execução. Abre-se ao juiz, portanto, um campo vastíssimo no sentido de, na busca da efetividade do processo e da Justiça, dar atuação ao direito material dentro do próprio processo de conhecimento. A busca de um processo dotado de maior efetividade, capaz de realmente resguardar os direitos materiais dos cidadãos, encontrou na norma instituidora da tutela antecipada, sem dúvidas, um grande alento, um poderoso aliado, um impulso monumental, para a superação dos dogmas e mitos que atravancam o desenvolvimento do nosso direito processual.

É evidente que a novidade, até por ferir no âmago a estrutura da ordinariedade arraigada na cultura jurídica dos sistemas europeus continentais, gerou perplexidades, muitas delas justificáveis, outras de difícil aceitação por aqueles que se preocupam com a efetividade, com a necessária relação entre o direito material e o processo. As dúvidas e entraves à aplicabilidade prática de tão portentoso instituto são

discutidos no capítulo subsequente, no qual se traçam algumas diretrizes básicas no sentido de se transportar as previsões legislativas para a realidade, de indicar os meios práticos pelo qual a tutela antecipada poderá vir a mostrar sua real utilidade. Às vezes foi necessário adotar-se posturas corajosas, assim como também se prega a moderação e o bom senso como parâmetros aplicativos para a concessão do provimento antecipatório.

Uma vez cumprida a tarefa de se efetuar uma análise exegética dos ditames do citado artigo 273, incisos e parágrafos, do CPC, se passa ao último ponto da presente dissertação. O processo do trabalho, moderno e efetivo na sua origem, acabou contagiando-se com a ordinariedade. Além disto, sofre também dos problemas gerais do Judiciário, como falta de estrutura, de pessoal, e crescimento exagerado do número de ações. As ações trabalhistas, além de se multiplicarem, sofreram um incremento tal, quanto à complexidade das questões, que acabou por decretar a falência de um procedimento originariamente apto para a realidade na qual foi concebido. Como a legislação processual trabalhista não acompanhou a evolução das próprias demandas, o procedimento comum trabalhista também se mostra bastante defasado em relação às necessidades atuais.

O primeiro ponto a se analisar será o da aplicabilidade das normas da antecipação de tutela, previstas originariamente para o processo civil, no âmbito do processo do trabalho. Justificada a aplicação, apontam-se os caminhos que a tutela antecipada pode trilhar na seara trabalhista, com a análise de sua casuística própria, bem como da possibilidade de utilização das modernas técnicas antecipatórias.

Embora muitos dos estudiosos do processo do trabalho ainda permaneçam reticentes quanto à real importância prática da tutela antecipada nas demandas trabalhistas, se demonstra o grande impacto que a norma antecipatória pode vir a causar. Anuncia-se uma verdadeira revolução no processo do trabalho pela aplicação efetiva da tutela antecipada, que contém em si embrião capaz de desenvolver-se e reaproximar o processo do trabalho de seu ideal de efetividade.

A intenção da obra não é a de esgotar a discussão da matéria, até porque altamente polêmica em muitos pontos, mas de demonstrar a importância de uma postura aberta às inovações e desatrelada dos dogmas que envolvem a formação de todos os juristas que têm como base os sistemas jurídicos herdeiros da tradição da Europa continental. Procura-se, em muitas situações, lançar a semente, propondo soluções inovadoras, várias vezes controvertidas, sempre com o intuito de desfazer as amarras conceituais que prendem à ordinariiedade.

A experiência do dia-a-dia no foro trabalhista em muito ajuda na elaboração de hipóteses fáticas ensejadoras da necessidade da tutela antecipatória no processo do trabalho, bem como fortalece a convicção que o procedimento comum não é mais apto a resolver sozinho o sem número de novas, e cada vez mais complexas, situações que se apresentam aos operadores do direito do trabalho.

Tudo a demonstrar a necessidade de uma imediata superação do procedimento ordinário. Somente com a instituição de procedimentos verdadeiramente democráticos² e o necessário afastamento dos dogmas decorrentes da ordinariedade, como o da exigência de um juiz neutro, enquanto necessariamente passivo, e da *nulla executio sine titulo*, com a conseqüente relativização da separação entre processo de conhecimento e processo de execução, é que se pode pensar em estudar seriamente o processo, retirando-o da redoma estéril que lhe é imposta por aqueles que crêem o direito como uma ciência demonstrável.

² Na medida que o procedimento ordinário tem origem nitidamente conservadora, como será demonstrado adiante.

O processo ideal seria aquele que oferecesse pronta atuação dos direitos, sem necessidade de se recorrer ao aparato estatal. Como é impossível tal aproximação da perfeição, é chegada a hora dos processualistas tomarem consciência de que o processo não pode ir além de sua finalidade, ou seja, deve sempre ser acessório para a realização do direito material, necessita caminhar lado a lado com a realidade, e não dela se afastar, querendo atribuir ao processo importância que não tem, na medida de sua inerente instrumentalidade em relação ao direito material.

O processo deve passar pela vida das pessoas como uma brisa, e não nelas deixar marcas, como uma tormenta.

2. A NEUTRALIDADE DO JUIZ E PROCESSO DE CONHECIMENTO

2.1 - PRELIMINAR

" A neutralidade do Juiz e Processo de Conhecimento ",
tema que avivou a curiosidade científica, por abranger uma gama
de assuntos interdisciplinarmente relacionados, tais como
filosofia, psicologia e, principalmente, o Direito Processual,
que devem obrigatoriamente ser examinados, sob pena de
incompletude da tarefa proposta.

Será abordado o Princípio da Neutralidade do Juiz e suas
implicações com o Processo de Conhecimento.

Primeiramente será procedida à análise, após uma síntese
da evolução do pensamento da Filosofia do Direito acerca da
natureza da Ciência Jurídica, da questão acerca de ser uma
realidade ou um mito o Postulado da Neutralidade do Juiz. Para
tanto remonta-se à discussão acerca de ter a Ciência do Direito
um caráter de Ciência demonstrável, ou, de ser uma Ciência do

Espírito, o que será objeto da digressão filosófica, através da análise e crítica das principais dentre as várias correntes que versaram sobre o tema, de Aristóteles a Kelsen.

Fixadas tais bases, passa-se a apresentar os motivos históricos que levaram à construção do Princípio da Neutralidade dentro do enfoque permitido pela conclusão acerca de seus reais fundamentos, propondo nova visão acerca do tema.

É a partir daí que se chega ao ponto central de nossa discussão, analisando as implicações entre o citado Princípio e o Processo de Conhecimento.

Será o Princípio da Neutralidade realmente válido para embasar o processo de Conhecimento, tal como exigido em nossos dias? Novas opções procedimentais são ou não compatíveis com a pretensa Neutralidade exigida dos exercentes da Magistratura? Como compatibilizar tal exigência com os clamores por um Processo mais célere e com respostas mais imediatas àqueles que se socorrem do Judiciário? Estas são algumas das questões que serão respondidas, sempre atentando ao tema principal do estudo, que é o de vasculhar a relação entre o Princípio da Neutralidade do Juiz e o Processo de Conhecimento.

Em conclusão apresentam-se soluções para a problemática proposta.

A importância do tema é transcendente, compreendendo desde as origens do Processo Civil Moderno, até questões atuais, como a antecipação de tutela, inversão do ônus da espera, juízos de verossimilhança. Isto porque são justamente os entraves ditados por Postulados como o da neutralidade do juiz, que vêm barrando o evoluir da processualística civil. A Justiça necessita de caminhos mais curtos e mais justos para atingir seus objetivos. Os percursos atuais, muito embora fulcrados numa pretensa igualdade e cognição dita exauriente, podem até conduzir ao justo, mas pouco, ou quase nada de Justiça produzirão, se a parte que tinha razão precisar esperar os longos trâmites para ver reconhecido seu direito. De pouco adianta uma longa caminhada injusta para se alcançar o justo, se o desgaste com a injustiça da caminhada retirar o brilho e o sentido do resultado final. Somente com um procedimento que favoreça a realização e a verificação do mais correto - em termos de se proporcionar Justiça também durante o trâmite processual - é que se pode pensar num resultado final igualmente satisfatório.

Buscando a resposta a tais indagações é que foi aceito o desafio de se embrenhar nesse verdadeiro emaranhado conceitual, numa das tarefas mais penosas na nossa recém iniciada jornada de pensar o Direito.

2.2 - VISÃO FILOSÓFICA

É com os gregos que se encontram as primeiras lições filosóficas acerca da Justiça. Aristóteles foi o maior dentre os grandes pensadores da época, mas vale recordar, antes de nos reportarmos às lições do Estagirita³, os estudos dos que o antecederam, e, por óbvio, lhe influenciaram e abriram muitos dos caminhos por ele trilhados.

Em Pitágoras, encontra-se a noção de Justiça vista como uma relação matemática, uma equação ou igualdade. É daí que surge a idéia de Justiça retributiva. É nele que se situa o germe da doutrina Aristotélica sobre a Justiça. Falecido no ano de 500 A. C., seu ensino era oral, e foi através dos números, aos quais reduzia todas as coisas, que se formou a visão de Justiça como retribuição, como correspondência entre o fato e o tratamento a ele dispensado.⁴

Foram os sofistas (Século V A. C.) aqueles que primeiro colocaram a questão de se saber se a Justiça tem um fundamento natural, ou seja, de se saber se aquilo que é justo por lei também o é pela natureza. Tudo isto diante de sua atitude eminentemente negativista em relação a tudo, pela qual uma verdadeira ciência não era possível, na medida que o homem era

³ Referindo-se à origem do Filósofo, que nasceu em Estagira.

⁴ DEL VECCHIO, Giorgio; Lições de Filosofia do Direito, p. 34.

a medida de todas as coisas, como pregava Protágoras, e, portanto, apenas existiriam as opiniões de cada indivíduo, e nunca proposições universalmente válidas. Negavam, assim, um justo natural, eis que, se tal existisse, todas as leis teriam o mesmo conteúdo.

É com Sócrates (469 a 399 A. C.) que se inicia o esplendor do pensamento filosófico grego. Acreditava numa Justiça superior, para cuja validade não se fazia necessária a interferência das autoridades, na obediência às leis escritas, mesmo que estas fossem más, o que deveria ser feito a título de exemplo, para que as boas também fossem respeitadas.⁵ Ao contrário dos sofistas, passou a afirmar a importância de se ver a universalidade, para além do indivíduo.

Foi seu discípulo, Platão (427 a 347 A. C.) quem edificou o sistema filosófico idealista proposto por seu Mestre, Sócrates. Para Platão era no Estado que se apresentava em letras maiores a problemática da Justiça, na medida que nos homens em particular esta se encontra em letras pequenas. Formulou teoria na qual figura o Estado como um conjunto de órgãos, semelhante a um corpo. A Justiça era encarada como a virtude por excelência, por visar uma harmonia entre os órgãos, buscando um fim comum. Sacrifica totalmente, dentro de sua

⁵ DEL VECCHIO; op. cit. p. 38

visão, o indivíduo em favor do Estado, não se descobrindo, no seu pensamento, traços de que o indivíduo pudesse ter direitos originários. Tais idéias são trazidas, basicamente, na República, pois, no diálogo acerca das leis, muitas de suas posições são abrandadas pelo passar do tempo e pela experiência, resultando numa visão menos radical, com maior respeito ao indivíduo, mas sem ferir os princípios propostos na República.

Foi, contudo, em Aristóteles (384 a 322 A. C.) que a Filosofia Grega encontrou o seu maior vulto, sempre lembrando que este encontrou o campo já fertilizado pelas idéias de seus antecessores.

Dedicou-se a todos os ramos do conhecimento, sendo o iniciador de muitas de nossas ciências⁶, eis que dotado de espírito muito mais especulativo que Platão, de quem foi discípulo. Para Aristóteles, assim como em Platão, o supremo bem era a felicidade, a qual é fruto da virtude. As leis se dirigiriam à consecução da felicidade do indivíduo. O sucesso ou o fracasso de uma Constituição se mostra na obtenção de um bom comportamento.

⁶ DEL VECCHIO; op. cit., p. 44

Pode-se dizer que chegou a construir uma verdadeira Teoria sobre a Justiça, muito embora os estudos mostrem que muitos de seus trabalhos a respeito tenham ficados sepultados pelo tempo.

Para ele a Justiça é uma virtude que se materializa dentro das relações que os homens podem manter com seus semelhantes. É esclarecedor o dizer de ANDRÉ CRESSON⁷: *"é vulgarmente olhada como sendo a mais importante de todas as virtudes; e nem o astro da noite, nem a estrela da manhã, conseguem inspirar tamanha admiração, tendo a máxima de um poeta, que diz que na Justiça se incluem as virtudes, acabado por se tornar entre nós um provérbio."*

Baseado nas concepções de Pitágoras, traz a idéia de Justiça como proporção, sendo justo aquilo que se coloca no meio entre dois termos que se distanciam da proporção. Diante de tal visão afirmou existir uma Justiça dita distributiva, pela qual se tratam desigualmente os desiguais, procurando aproximar os indivíduos do termo médio (idéia de proporcionalidade) e de uma Justiça corretiva, ou sinalagmática, destinada às relações de troca (comércio), nas qual se passava a encarar as partes em igualdade, agora de forma diversa, ou seja, impessoal, o que também era aplicado aos delitos.

⁷ CRESSON, André; Aristóteles, p. 94

Para Aristóteles, o Estado - adota a noção orgânica platônica -, e por conseqüência as leis, eram uma necessidade da vida, dominando-a.⁸ Para a rigidez das leis e a conseqüente dificuldade de aplicação aos casos concretos cria o conceito de Equidade, vista como um remédio ao inconveniente que nasce da generalidade da lei.

É nele que se verifica uma das primeiras referências à necessidade de uma autoridade neutra, pois, conforme traz JOHN MORRAL⁹: "*procurar Justiça é procurar uma autoridade neutra; e a lei é uma autoridade neutra. Mas as leis que repousam no costume não escrito são ainda mais soberanas, e dizem respeito a assuntos de importância ainda mais soberana, do que as leis escritas; e isso sugere que, mesmo que o governo de um homem seja mais seguro do que o império da lei escrita, pode não ser mais seguro do que o império da lei não escrita.*" Retira-se, ao mesmo tempo, de tal transcrição, as primeiras idéias de Aristóteles à caminho de uma visão de Direito Natural.

Na Retórica distingue "direito universal e direito particular", se aproximando de uma explicitação da idéia de Direito Natural.

⁸ DEL VECCHIO; op. cit., p. 45

⁹ MORRAL, John B.; Aristóteles, p. 70

Alguns, como Vandyck N. de Araújo¹⁰, embasam sua crença num Direito Natural com base na Filosofia Aristotélica. Como se sabe, o pensamento clássico, baseado em Aristóteles, não via no direito juízos de certeza, eis que estes eram próprios das ciências naturais, mas sim juízos de verossimilhança, eis que o direito, assim como a moral, se enquadram dentro das ciências do espírito.

Em Roma se estabeleceu uma tricotomia entre Direito Natural, Direito das Gentes e Direito Civil, sendo bastante clara, entre os romanos, a idéia de direito natural, advinda, sem sobra de dúvidas, das lições legadas pelos filósofos gregos.

Nos primórdios do Cristianismo, logicamente superada a fase apolítica, encontram-se muitos padres que, ao mesmo tempo que extraíam do Decálogo e do Evangelho os fundamentos do Direito Natural, acolhiam a filosofia grega ensinada pelos juristas romanos, e admitiam a existência de uma lei natural, como pressuposto das leis positivas.

É na Patrística, representada por seu maior expoente, Santo Agostinho, e na Escolástica de São Tomás de Aquino, que se dão os dois grandes períodos da filosofia cristã.

A Patrística se caracterizou por uma louvação do divino em detrimento do terreno, sendo que assim como os gregos exaltavam o Estado, Santo Agostinho exalta a Igreja e a Comunhão das Almas em Deus. É na Patrística que se fixam os dogmas, os artigos da fé, baseados na ação dos Padres da Igreja.

Na Escolástica, com São Tomás de Aquino como seu maior representante, se retomam as atenções sobre a filosofia grega, mas agora numa tentativa de adaptá-la aos dogmas religiosos. Foi Aristóteles o grande inspirador desta Escola, muito embora nem sempre tenha sido exposto com autenticidade, justamente diante da citada necessidade de se adequar suas lições aos dogmas da Igreja.

São Tomás admite três categorias de leis, a *Lex eterna*, *Lex naturalis* e *Lex humana*. A lei eterna seria a própria razão divina, a qual a ninguém é dado conhecer inteiramente, senão ao próprio Deus. Já a lei natural consistiria na participação da criatura racional na lei eterna, enquanto a lei humana seria a criação do homem que, valendo-se das leis naturais, a aplicaria particularmente.

No final da Idade Média e início da Moderna, passam a surgir as primeiras doutrinas contratualistas, pregando a

¹⁰ ARAÚJO, Vandyck Nóbrega de; Fundamentos Aristotélicos do Direito

soberania do povo, as quais foram aceitas inclusive por alguns jesuítas.

Em sentido contrário, no início da nova era, vale a pena citar Maquiavel e Bodin, defensores do absolutismo, para os quais os monarcas somente estariam sujeitos às leis divinas e naturais, isentos da lei humana, eis que eram os próprios monarcas que ditavam as mesmas.

É Hugo Grotius quem sistematiza os Princípios Gerais da Política, sendo, por tal fato, considerado o fundador da Moderna Filosofia do Direito. Situado numa época em que se tinham superado as crenças de um Império único, e depois as de uma Igreja Mundial, Grotius procura outra base para as relações entre os Estados Soberanos. Para ele o Direito Natural se conheceria em dois momentos, um *a priori* no qual se descobre a conformidade de uma coisa em relação á sua natureza racional ou social, e um *a posteriori* quando se reconhece que algo é tido por justo por todos os povos mais civilizados. Se verifica aí, uma ruptura com o direito natural de cunho divino, passando a ser encarado sob o prisma da racionalidade, como inato ao homem. Admitia a idéia de contrato social, e a inviolabilidade deste pacto como condição de existência da sociedade, mas, ao contrário dos primeiros contratualistas, defendia a idéia que o contrato geraria a obrigação de obediência ao soberano.

Mas, de grande importância mesmo, no que se refere a essa época, se faz a análise da obra de Thomas Hobbes. Hobbes foi um teórico do absolutismo, pregava que a salvação do Estado só poderia ocorrer se o Poder fosse capaz de dominar todas as lutas e paixões individuais. Para ele o ser humano seria mau por natureza, sendo que este estágio natural levaria à guerra de todos contra todos. Para deixar este estado o homem necessitaria de um contrato, no qual renunciaria sua liberdade em favor de um soberano que viria para impor a lei. Justifica, assim, o poder do Estado acima de todos os homens.

Além de pecar por taxar a maldade como típica do ser humano, Hobbes falha de maneira desastrosa ao pregar o contrato social, pois se o homem fosse egoísta por natureza jamais admitiria abrir mão de sua liberdade em favor de uma convivência social.

Conforme leciona Ovídio Baptista da Silva¹¹, foi Hobbes um dos arautos do absolutismo, principalmente na Europa Continental. A idéia de segurança é o ponto mais importante de sua doutrina. Assim, passa-se a valorizar muito mais o valor segurança em detrimento da Justiça. Em nome da pretensa segurança, prega a neutralidade do Juiz, o qual não desempenha qualquer atividade criadora, sendo mero aplicador das leis

ditadas pelo soberano. Desta maneira, enquanto no Período Clássico, principalmente no processo interdital romano, as decisões se fundavam em juízos de verossimilhança, o Juiz deste período, diante da doutrina de Hobbes e outros absolutistas, justamente diante desta necessidade de neutralidade, somente poderia decidir com base em juízos de certeza, diante da pretensão da época de que o direito fosse uma ciência formada por verdades absolutas.

Foi Locke quem imprimiu à doutrina do estado de natureza e do contrato social o caráter mais racional. Nos mesmos fundamentos dos quais se valeu Hobbes para fundamentar o poder do príncipe, Locke vai se fulcrar para pregar a limitação jurídica aos poderes absolutistas. Afirma que o homem é naturalmente sociável, dizendo ser impossível o estado de natureza sem a sociedade. Em tal estado o homem já teria direitos, sendo que a autoridade simplesmente virá para assegurá-los, daí surgindo o contrato social. A diferença é patente, eis que, partindo destas premissas, teremos que o soberano não pode se afastar do bem comum. Temos a idéia de soberania, ou seja, a vontade popular acima do arbítrio do soberano. O vetor trazido desde Marcílio de Pádua e outros contratualistas (monarcómacos)¹², muito embora desviado em

¹¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da; *Origens Romano-Canônicas do Processo Civil Moderno*.

¹² Se refere aos que se debatiam contra os poderes absolutos dos monarcas, principalmente autores protestantes.

Grotius e Hobbes, encontra, no dizer de DEL VECCHIO¹³, " a sua síntese e explicação racional em Locke. "

Os últimos escritores analisados trataram o problema do fundamento racional do direito, sem analisar os problemas histórico, genético, ou seja, analisaram o direito apenas dentro da esfera do dever ser, sem se aprofundarem no aspecto do que o direito é. É somente no séc. XIX que o problema histórico passa a merecer maior atenção, mas já no séc. XVIII, escritores como Vico e Montesquieu antecipavam a discussão do problema.

Vico, que estudou o Direito não mais apenas dentro do aspecto do dever ser, não vislumbrava contraste radical entre o Direito Natural e o Direito Positivo. Para ele, dever-se-ia fazer a distinção entre o verdadeiro e o certo, sendo que, enquanto o verdadeiro seria o elemento racional, o certo seria o elemento positivo, que corresponde à autoridade. Visou dar um enfoque mais histórico à abordagem filosófica, retirando-a do campo meramente idealista, e confrontando-a com os fatos.

Também dentro de uma visão "mais histórica" do Direito, Montesquieu partia do princípio de que as leis são "as relações necessárias que derivam da natureza das coisas", não se

¹³ DEL VECCHIO; op. cit., p. 104

entregando, contudo, no dizer de Del Vecchio¹⁴, ao exame destas relações. Ao contrário, Montesquieu examinou leis e instituições particulares, movido pelo desejo de encontrar as explicações nos fatos. De uma análise do Direito em vários povos, tenta construir uma visão histórica para demonstrar os motivos que levaram à construção dos diversos sistemas jurídicos. A maior importância de sua obra deu-se no campo do Direito Constitucional, com a célebre Teoria da Tripartição dos Poderes, muito embora o que interesse, para o presente estudo, seja o fato de Montesquieu ter sido um dos primeiros a encarar o Direito sob um prisma histórico, distanciando-se do enfoque extremamente racionalista impresso pelos pensadores anteriores. Muito embora não se possa negar o valor da visão histórica trazida por Montesquieu, este também veio a servir ao absolutismo, ao pregar que o Poder Judiciário deveria ser neutro, enquanto encarregado de pronunciar as palavras da lei.¹⁵

Rousseau, um dos ideólogos da Revolução Francesa, foi quem deu ares de racionalidade à confusa consciência política do século. Preocupado com o ideal de justiça, pregava que o homem, no "estado de natureza", era intrinsecamente bom, sendo que a propriedade privada, e depois a propriedade política, criaram uma situação contrária à natureza humana, passando o homem a

¹⁴ DEL VECCHIO; op. cit., p. 116

¹⁵ SILVA, Ovídio A. B; op. cit. p. 75

uma situação de dependência contrária à sua natureza livre. Diante da impossibilidade de regresso ao "estado de natureza" o homem civilizado procura um equivalente, ou seja, resgatar a liberdade e igualdade primitivas. Este equivalente, para Rousseau, poderia ser explicado pelo contrato social, o qual, agora, não mais é visto como uma opressão - como em Hobbes -, mas como uma forma de solucionar os problemas de perda da liberdade e da igualdade em razão da civilização. Foge às críticas dirigidas aos outros contratualistas, ao admitir que não existia um contrato social como ele pregava, muito pelo contrário, ciente que a realidade era bastante diversa, que suas idéias deveriam servir como um norte a mostrar como deveria se constituir um ordenamento jurídico. Para ele seria necessário que os indivíduos, por um momento, abrissem mão de seus direitos naturais em favor do Estado, que os devolverá sob a denominação de direitos civis. Foi Rousseau o último e mais eloqüente intérprete das idéias do Direito Natural. Todas as declarações de direitos que têm ou tiveram seu germe na "*Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*" devem muito ao espírito iluminado de Rousseau.

Cabe agora, ao se ultrapassar o marco representado pela obra de Rousseau, registrar que a Filosofia do Direito veio dominada, no decorrer de sua história, e até meados do séc. XIX, pelo Direito Natural. Com óbvias variações de conteúdo (antítese natureza-normas na antigüidade, divino-humano na

Idade Média e direito positivo - razão individual nos tempos modernos), ora estava a serviço do direito positivo, ora auxiliava na tarefa de reformar o direito posto.

Gustav Radbruch¹⁶, fornece alguns traços fundamentais distintivos das concepções jusnaturalistas, a saber: 1 - Todas as concepções trazem um "juízo de valor" jurídico, com um determinado conteúdo; 2 - Tais juízos trazem em sua base a Natureza, a Revelação ou a Razão, universais e imutáveis; 3 - São acessíveis ao conhecimento racional; 4 - São preferíveis às leis positivas que lhes contrariem.

Foi Kant quem desferiu o golpe decisivo, muito embora a antecedência de algumas tentativas historicistas, nas idéias jusnaturalistas. Realizou no campo da ordem especulativa, o que Rousseau havia feito na ordem política. O sujeito, que já havia sido reconhecido como princípio na ordem política, passa a ser também assim considerado na ordem especulativa.

Afirmou o valor puramente racional do direito natural, encerrando a confusão entre o histórico e o racional. Concebe o contrato social já não como fato histórico, na esteira de Rousseau, mas como pura idéia, ou seja, como fundamento, arquétipo jurídico do Estado. Enquanto Radbruch é taxativo ao afirmar ser Kant o grande marco que pôs fim ao jusnaturalismo,

¹⁶ RADBRUCH, Gustav; *Filosofia do Direito*, p. 62

Del Vecchio assevera a importância de obras anteriores, numa correção metodológica quase encerrada por Rousseau, que foi ultimada por Kant. É Kant o verdadeiro renovador da Filosofia moderna, iniciada por Descartes e Bacon.

Kant supera, com seu criticismo, o dogmatismo e o ceticismo. Neste criticismo visava indagar as condições e limites do conhecimento, as possibilidades e o valor do mesmo. Para Kant, a coisa "em si", ou "noumeno" é incognoscível. Somente conhecemos aquilo que nos é apresentado, isto é, o fenômeno. Distingue direito e moral. A moral quer que os nossos atos tenham caráter universal, designada de "imperativo categórico", prega que o homem deve atuar de tal forma que seus atos possam valer como princípios de uma legislação universal. A moral seria a maior certeza que teríamos, dela não se podendo duvidar. Para a moral o que importa é o motivo da ação. Já para o direito o que interessa é o aspecto físico da ação, a ação externa, não se vasculhando os motivos que a determinaram. Esta distinção é criticada por Del Vecchio¹⁷, para quem o que ocorre na realidade é que na moral partimos da consideração dos motivos antes de chegarmos à consideração da ação externa, enquanto no direito se adota o procedimento inverso. Não seriam, portanto, no pensar de Del Vecchio, compartimentos estanques, no que não lhe podemos negar razão.

¹⁷ DEL VECCHIO; op. cit., p. 136

A partir da idéia de direito operando apenas no mundo físico, Kant afirma que este, ao contrário da moral, é, em essência, coercível, na medida em que sobre as intenções não se pode exercer o constrangimento.

Em oposição ao racionalismo kantiano e de seus seguidores, ao método dedutivo por estes empregado, que valorizava o raciocínio puro e abstrato, ergue-se uma corrente de pensamento que foi denominada de Historicismo.

Historicismo denomina as várias reações que nasceram contra a Escola Racionalista. Possui várias correntes, mas seu principal representante é Hegel.

Hegel, ao contrário de Kant, nega a existência de qualquer limite ao conhecimento, ou seja, o próprio absoluto seria cognoscível. Nega também a distinção de ser e dever ser: "*Tudo o que é real é racional, tudo o que é racional é real*". Para ele tudo se resumia à idéia, pelo que até mesmo os postulados da matemática estariam nela compreendidos, todas as ciências estariam compreendidas em tal campo, seriam "razão objetivada". Para ele as coisas não são, elas seriam fruto de um eterno devenir, da contradição, da evolução. Daí a idéia da dialética hegeliana.

Para Hegel, o direito seria a "existência do livre querer", ou seja, a exteriorização da liberdade. Mas, como esta liberdade é defeituosa, ela regressa a si mesma como moralidade, ou seja, o momento subjetivo do dever. Como, seguindo seu pensamento dialético, este também é incerto e insuficiente, a esta contradição segue-se a síntese, ou seja, o costume. Este seria, para Hegel, a vida ética efetiva, concreta. Foi, por seu otimismo, ideólogo do Estado prussiano, sendo alçado a catedrático na Universidade de Berlim, de onde pontificaram absolutas suas idéias até alguns anos após sua morte (1831).

Ainda dentro do historicismo, não se pode encerrar sem lembrar Savigny, que foi um ferrenho combatador das codificações, por acreditar que impediam o desenvolvimento do direito. Parte da idéia de "*Volksgeist*", ou espírito do povo, o qual relegaria a lei à segundo plano. O "*Volksgeist*", ou os princípios a partir dele elaborados seriam a única e autêntica fonte do direito. Logo, em sua visão, podemos situar a Ciência do Direito, dentro de uma visão epistemológica, como uma ciência do espírito, e não uma ciência demonstrável.

Por último, dentro deste breve "passar de olhos" pela evolução do pensamento da Filosofia do Direito, resta analisar a corrente positivista, a qual elegeu a norma como centro das atenções do direito, que passa a ser estudado, basicamente em

alguns, e exclusivamente em outros, a partir da norma jurídica como objeto da Ciência do Direito.

Dentro desta concepção que visa, segundo pregam seus defensores, dignificar cientificamente o direito, através da redução de seu objeto à norma, avulta o nome de Hans Kelsen, justamente por ser aquele que elaborou a teoria mais refinada e mais pura acerca da questão. Para o mestre de Viena, deve-se eliminar todos os elementos estranhos à essência do direito, tais como a psicanálise, sociologia, ética dentre outros, reduzindo-se ao estudo da norma jurídica o objeto da Ciência. Não nega a existência de questões como Justiça, repercussões sociais, dentre outras, mas isola o direito do contato com tais questões através de um purismo metodológico.

Citando Kelsen, Michel Mialle¹⁸ traz a idéia primordial da pirâmide jurídica criada pelo mestre vienense para explicar o sistema jurídico puro por ele proposto. Para Kelsen as normas não se situariam no mesmo plano, elas estariam organizadas em diversos degraus, de maneira hierárquica. Cada norma seria fundada numa norma hierarquicamente superior, que lhe conferiria validade, e assim por diante. Ao se deparar com a última norma da cadeia, Kelsen, sem saída para dar um fechamento à sua notável construção teórica, viu-se obrigado a se valer de um ficção, à qual denominou de Norma Hipotética

¹⁸ MIALLE, Michel; Introdução Crítica ao Direito, p. 303

Fundamental e que dotaria de validade todas as demais normas do sistema jurídico. É patente que a Norma Fundamental está fora do sistema jurídico, e que é uma mera suposição, ou seja, um pressuposto de validade de toda a Ciência Jurídica, tal qual proposta por Kelsen.

A Ciência do Direito não seria, para Kelsen, uma Ciência da Natureza. Em não sendo uma Ciência da Natureza, ou seja, demonstrável empiricamente, o Direito tem de ter um princípio explicativo diverso. Enquanto as Ciências da Natureza obedecem ao chamado princípio da causalidade, (dado A, é B), ou seja, de um acontecimento necessariamente surgirá determinada consequência. Já para as Ciências Morais, dentre as quais situa o Direito, o princípio explicativo é o da imputabilidade, (dado A, deve ser B). Isto decorre do fato das normas, no caso jurídicas, serem ditadas pelo homem, e, por isto, não estarem sujeitas a verificações empíricas.

Vale transcrever as conclusões de Miaille¹⁹ acerca da repercussão da obra kelseniana:

" Por mais paradoxal que isso pareça, oferecendo aos juristas a imagem de seu próprio sistema, unificado e tornado coerente por uma formação em graus, Kelsen torna por demasiado visível o que a

¹⁹ MIAILLE, Michel; op. cit., p. 308

ideologia liberal tentava ocultar: o homem como pura imaginação, ocultando um universo objectivo de mecanismos autônomos - talvez mesmo completamente independente desses homens! Daí a unidade com que os juristas abandonam um dos seus, demasiado lúcido para ser adoptado. É a razão pela qual, ainda que todos os juristas sejam positivistas e formalistas, nenhum deles ousa ir tão longe como Kelsen. Daí os compromissos entre humanismo e formalismo de que os manuais são um bom exemplo. De facto, se "o homem morre", deixa de haver discurso possível em nome da vontade e da consciência: resta apenas a fria mecânica da estrutura das normas. Compreende-se como, nestas condições, a escola estruturalista permaneceu muito minoritária nos juristas."

Temos, pois, após este breve colóquio com os Filósofos do Direito, um sem número de idéias, opiniões, todas sempre situadas dentro de uma determinada conjuntura de tempo, espaço e, conseqüentemente, ideológica, que as modelam e tornam vastíssimo o campo da Filosofia Jurídica. A intenção desta incursão filosófica era justamente demonstrar esta diversidade, os diversos modos de encarar o direito, a metodologia científica própria de cada corrente, de modo a preparar o espírito do leitor para o ponto principal do estudo, que é o de

demonstrar a relação existente entre o Processo de Conhecimento e o Princípio da Neutralidade do Juiz.

A abordagem anterior tem fulcral importância neste caminhar, eis que apenas com a consciência dos diversos modos de encarar o direito, das várias nuances propiciadas pelas ideologias dominantes, é que se pode analisar o Processo, eis que instrumento de realização deste mesmo polêmico direito, dentro da perspectiva a que se propõe a presente dissertação. Já se teve a oportunidade, em ligeiras menções propiciadas pela citação de alguns filósofos, principalmente em Hobbes, de antever o verdadeiro "engessamento" que o mito da neutralidade do Juiz opera no Processo de Conhecimento.

É evidente que o estudo do direito, no caso do direito processual, não pode se resumir a uma perspectiva meramente normativa, como pretende Kelsen. Se assim se entendesse, nem sequer haveria lançado esta preliminar filosófica, eis que bastaria, para se fazer ciência, abordar e fazer a relação entre as normas regentes do Processo de Conhecimento e as referentes à Neutralidade do Juiz.

Fixa-se, desse modo, o campo do estudo não só no direito positivado nas normas, mas também a uma análise histórica, filosófica, política, sociológica, dentre outras disciplinas a ele relacionadas, permitindo verificar a Justiça de cada norma,

perquerir o que há, ideologicamente, por detrás dela, enfim, estudar interdisciplinarmente o Direito Processual, aí sim com letra maiúscula, de forma a se propiciar a solução das grandes questões surgidas com a insuficiência do modelo de Processo de Conhecimento vigente.

2.3 - O PROCESSO DE CONHECIMENTO

- influências do mito da neutralidade -

a) CONCEITO ROMANO DE JURISDIÇÃO

É importante deixar registrado, muito embora não se trate do ponto central da discussão pretendida neste estudo, o conceito romano de Jurisdição, eis que o nosso direito é, sem sombra de dúvidas, herdeiro da tradição romana.

Como assevera Ovídio Baptista da Silva²⁰, apesar de existirem no direito romano dois instrumentos de proteção dos direitos, a *actio* e os *interdicta* - além de outros meios extraordinários - somente no primeiro se dava a verdadeira Jurisdição. Para os romanos, tanto nos interditos, como nos

²⁰ SILVA, Ovídio A. B; op. cit. p. 14

meios extraordinários, haveria apenas função administrativa do Estado. No dizer do citado autor "somente o processo da actio, que se desenvolvia através do procedimento do ordo judiciorum privatorum, possuía natureza jurisdicional".

A Jurisdição compreenderia, deste modo, apenas a função de declarar o direito.

Enquanto na *actio* havia um "ato de inteligência", que corresponderia a uma declaração de existência do direito, os *interdicta* representavam um "ato de vontade" do pretor, na medida em que este ordenava, e ordenar não se enquadrava no conceito de *iurisdictio*. Prossegue Ovídio²¹, afirmando que as razões que levaram à exclusão dos interditos do conceito de Jurisdição estariam baseadas nos fatos de que nos interditos o magistrado ordenava com base num direito ainda não acertado, e porque o interdito estabelecia um vínculo de natureza pública, enquanto na *actio*, por estar situada no ordenamento jurídico privado, somente poderia haver um reconhecimento de direitos.

Fica, deste modo, evidente que já nos romanos a negativa do caráter jurisdicional aos interditos se dava pelo fato destes não se basearem em juízos de certeza, mas tão somente em juízos de verossimilhança. Vem daí, sem dúvidas, a origem da

²¹ idem; p. 16

negação presente até os nossos dias, do juízo de verossimilhança como meio de composição das lides.

No dizer de Ovídio,²² "Este é, na verdade, o paradigma doutrinário que ainda hoje sustenta o Processo de Conhecimento, com sua orgânica e essencial ordinariedade, a impedir a concessão de liminares, tornando os provimentos judiciais baseados em juízos provisórios e provas sumárias, simples decisões interlocutórias, nunca de mérito!" Busca aí, Ovídio, as bases da *ordinariedade* arraigada em nosso Processo, que, sob o manto da necessidade de um juízo de certeza, ditada pelo mito da segurança jurídica e a ilusão do direito como ciência demonstrável, não aceita como jurisdicional a decisão que não tenha por fundamento uma cognição plena.

Encerrando esta rápida menção ao conceito romano de Jurisdição, não se poderia deixar de analisar a deturpação procedida no sentido original da *litis contestatio*²³. Como ela passou a ser pressuposto de todas as ações, os glosadores puderam formular a idéia de que o direito que caísse no processo se transformaria, independente de sua natureza jurídica originária, em relação obrigacional. Esta foi a forma encontrada, uma vez que na evolução se perderam os interditos,

²² SILVA, Ovídio A. B; op. cit. p. 24

²³ Sobre o sentido original da *litis contestatio*, v. Ovídio B. A. Silva, op. cit., pp. 62 e segs.

para agasalhar direitos que, originariamente, não eram sujeitos à *actio*, eis que esta se voltava exclusivamente para as ações pessoais, ou seja, as que tinham origem numa obrigação.

b) TRANSPOSIÇÃO DO CONCEITO PARA O MUNDO MODERNO

Já foi citado que ao nosso sistema jurídico derivado do Europeu Continental, restou, dos institutos romanos, apenas a *actio*. Mas, qual o motivo de ter sido mantida a *actio* em nosso sistema, enquanto nos sistemas anglo-saxões foi preservada justamente a porção mais nobre da Justiça romana, ou seja, os interditos.

Ovídio²⁴ diz que os caminhos diferentes tomados pelas Revoluções Europeias e pela Inglaterra explicariam parcialmente tais diferenças. Na mesma passagem, traz a lição de John Merryman que afirma ter sido a revolução inglesa muito menos radical e muito mais gradual que a Europeia Continental. Enquanto na Inglaterra o direito comum foi uma força positiva para o seu ressurgimento como nação, no continente, mais precisamente na França, a Revolução requeria o completo esquecimento da antiga ordem jurídica.

²⁴ SILVA, Ovídio A. B; op. cit. p. 71

A necessidade francesa de rechaçar tudo o que lembrasse o regime antigo, de resguardar os cidadãos de quaisquer desvios perpetrados pela magistratura, que tinha compromissos com o regime deposto, levou à codificação do direito, à busca de sua certeza, e à adoração do discurso da segurança jurídica. Enquanto o direito inglês visava se garantir evitando as codificações, resguardando a faculdade do descobrimento da melhor solução para o caso concreto, o francês, tomando caminho inverso, buscava esta mesma segurança identificando o direito com a Lei. Para isto, firmaram o mito da neutralidade, pelo qual, ao Juiz, caberia apenas dizer o direito, tal como posto nos códigos pelo legislador, sem exercer qualquer papel criador.

É tal ponto de vista que impedirá, a coexistência de conhecimento e execução no mesmo processo, pois a execução numa ação exclusivamente de conhecimento implicaria em quebra da neutralidade que deveria ser exigida do Juiz.

A neutralidade concebida pelos franceses como forma de garantismo da segurança jurídica, vai se mostrar um filho ingrato, pois o discurso da neutralidade possibilita abrigar quaisquer regimes políticos, por mais cruéis que possam ser, eis que impossibilita o questionamento da Justiça das leis tais como postas. O mito da neutralidade, portanto, longe de

oferecer segurança propriamente dita aos cidadãos, servia tão somente para assegurar os detentores do poder de que não seriam contestados em suas decisões, suas normas não poderiam ser discutidas pelo Judiciário, que seria um mero leitor e propagador acrítico dos mandamentos contidos nas legislações.

c) CONCEITO MODERNO DE JURISDIÇÃO

Como se viu, a nós, diante das deturpações ocorridas no decorrer dos séculos, bem como diante das contingências que levaram à herança apenas da função menos nobre dentro dos institutos romanos de efetivação dos direitos, foi legado um conceito de jurisdição bastante limitado e subserviente. Analisar-se-ão vários conceitos apresentados para a Jurisdição, a grande maioria com preconceitos derivados da herança citada, procurando buscar os pontos comuns e construir um conceito menos compromissado com o passado, que possibilite o encontro de soluções para a crise do processo de conhecimento, diante das amarras que lhe são impostas, e derivam, na sua quase totalidade, do conceito deturpado de Jurisdição que chegou até os dias de hoje.

Chiovenda²⁵ acreditava que a Jurisdição, assim como a Administração, aplicava o direito. Porém, enquanto esta tinha a

²⁵ Citado por SILVA, Ovídio A. B; Curso de Processo Civil, vol. 1, p. 20

lei como limite, a Jurisdição vê na lei um fim a ser alcançado. Enquanto o Juiz atua a lei, o administrador atua conforme à lei. Ao mesmo tempo, apresenta-nos o caráter substitutivo, ou seja, o fato do Juiz julgar uma atividade alheia. É criticado por Galeno Lacerda, para quem estes critérios, principalmente a substitutividade, impediriam que se explicasse a Jurisdição Voluntária, e, o que é muito mais importante, os casos em que o julgamento ocorra acerca dos próprios atos jurisdicionais. Para Ovídio, o grande pecado mesmo, apesar de elogiar a construção doutrinária chiovendiana, estaria no fato de que o mestre italiano sustentava a distinção plena entre a tarefa legislativa e a jurisdicional, resumindo a função do Juiz a mero aplicador da lei, sem qualquer função criativa, o que, para o processualista gaúcho, é inadmissível. Quanto à substitutividade, maior alvo de críticas à doutrina de Chiovenda, Calmon de Passos procura defender o mestre italiano, acreditando que, quando Chiovenda se referia à substitutividade, na realidade queria apenas identificar a necessidade de imparcialidade do Juiz.²⁶

Na esteira da substitutividade, em que pesem todas as críticas já feitas, permanecem ainda vários processualistas. Arruda Alvim²⁷ vê na substitutividade a índole da função Jurisdicional, afirmando ocorrer a substituição de uma

²⁶ SILVA, Ovídio A. B; op. cit., p. 29

²⁷ ALVIM, Arruda; Manual de Direito Processual Civil, vol. 1, p. 95

atividade privada pela atividade pública. Sobre suas idéias recaem todas as críticas já feitas a Chiovenda, inclusive pela falta de caráter criador à atividade do juiz. Defende Arruda Alvim, em notado apego aos princípios formalistas, que a sentença deverá afirmar a "vontade concreta da lei". Mas, em Alvim, encontramos um traço distintivo, eis que para ele, ao lado da substitutividade, deveria haver, para que realmente se demonstrasse o exercício jurisdicional, a autoridade da coisa julgada.

Outros, como Calamandrei, Liebman e Couture, também defendiam, seguindo os passos de Allorio, que a "pedra de toque" da Jurisdição seria a sua aptidão em produzir a coisa julgada. Ovídio²⁸ critica estas posições por entendê-la como limitadora do conceito. Isto pelo fato de que, se tomarmos a coisa julgada como ponto central do conceito, seríamos forçados a excluir da Jurisdição o Processo Executivo e a Jurisdição Voluntária, muito embora, quanto a esta, a maioria da doutrina entenda que realmente não se trata de Jurisdição propriamente dita. Critica também sob o fundamento de que existem inúmeros exemplos de casos, no Processo de Conhecimento, nos quais a sentença não é apta a produzir coisa julgada, como é o caso do processo cautelar.

²⁸ SILVA, Ovídio A. B; op. cit., p. 23

Nem precisaríamos ir tão longe. A fragilidade da doutrina esbarra no fato de que a coisa julgada sequer é um componente essencial ao Processo. Trata-se de mera opção legislativa, sendo perfeitamente admissível a inexistência da coisa julgada, ao menos em hipótese, num determinado sistema jurídico.

Já para Carnelutti, a Jurisdição consistiria na justa composição da lide, ou seja, dependeria, seguindo seu conceito de lide, de uma pretensão resistida. Deste modo, segundo ele, inexistiria Jurisdição até mesmo no Processo Executivo. Mais tarde, o próprio Carnelutti reformula seu ponto de vista, para abarcar o Processo Executivo. Enquanto no Processo de Conhecimento dar-se-ia a lide diante da existência de uma pretensão contestada (resistida), no Processo de Execução nos depararíamos com uma lide derivada de uma pretensão insatisfeita. A crítica que lhe é feita por Ovídio, é no sentido de que seu conceito não parte da essência da Jurisdição, mas, sim, de seus objetivos. Assim, segundo o mestre gaúcho, de pouco importaria, se seguissemos à risca o conceito carneluttiano, quem realizasse a composição da lide, o que não é necessariamente realizado pelo Estado-Juiz, eis que bastaria a obtenção do resultado.

Muito embora Liebman, conforme já citado, não tenha negado tanto o caráter substitutivo chiovendiano, muito menos a idéia de justa composição da lide trazida por Carnelutti, ao

resumir um conceito de Jurisdição, de muito se aproxima daquilo que se entende por adequado:²⁹

" De nossa parte, resumindo, podemos considerar a jurisdição como a atividade dos órgãos do Estado, destinada a formular e atuar a regra jurídica concreta que, segundo o direito vigente, disciplina determinada situação jurídica."

Quanto à obra de Liebman, vale a pena frisar que este já parece admitir o caráter criador da atividade do Juiz, ao asseverar, em passagem muito feliz³⁰, que a interpretação da lei é um dos momentos preponderantes da função jurisdicional, mas que tal interpretação deve ser feita inserindo a própria norma no contexto de uma realidade social dinâmica a exigir valores novos. Tudo isto, acrescenta, sem importar, em arbitrariedades.

Ovídio Baptista da Silva³¹, resume o conceito de Jurisdição a dois itens básicos. Para ele a jurisdição seria a atividade estatal, realizada por dever de função, cujo objetivo não é a simples aplicação da lei ao caso concreto, mas a

²⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio; Manual de Direito Processual Civil, p. 7

³⁰ LIEBMAN, op. cit. p. 5

³¹ SILVA, Ovídio A. B; op. cit. p. 28

realização do bem comum segundo o direito objetivo. Ao lado desta característica, afirma ser essencial à Jurisdição que o Juiz se encontre numa posição de terceiro imparcial. Para tanto, cita MICHELI, para quem não é o caráter de substitutividade que caracterizaria a Jurisdição, mas seu caráter de imparcialidade.

Os dois últimos conceitos apresentados são, formalmente, os que mais se aproximam de uma conceituação adequada de Jurisdição. Diz-se formalmente pelo fato de se entender de menor importância a fixação de um conceito formal. Tanto é assim que, formalmente, são muito parecidos os conceitos de Liebman e de Ovídio, respectivamente, quando, pelo próprio teor das críticas apresentadas, nota-se existirem significativas diferenças. Enquanto Liebman não nega, muito embora não afirme no conceito, a substitutividade e a idéia de composição da lide, tais conceitos são afastados expressamente pelas críticas de Ovídio.

Assim, muito embora a crença na secundariedade de uma conceituação estreita, acredita-se poder conceituar a Jurisdição como sendo a atividade desenvolvida pela autoridade estatal, formulando e atuando o direito objetivo, como finalidade específica de seu agir, inserido na realidade social, em direção à realização do bem comum.

Foram utilizadas, para a elaboração do conceito, principalmente as idéias modernas trazidas por Ovídio, acompanhadas da preocupação demonstrada por Liebman no final da década de 70. Entende-se ser muito importante a inclusão do verbo formular no corpo do conceito, como fez Liebman, de modo que se fixe o inegável caráter criador da função jurisdicional.

Retira-se do conceito de Ovídio, propositadamente, embora não se negue a importância, a característica da imparcialidade, pelo fato de se entender estar tal exigência enquadrada dentro dos princípios informadores da jurisdição. Diante de tal posicionamento particular, seria um contra-senso lógico incluir-se a imparcialidade dentro do próprio conceito de jurisdição, para, em seguida, ao se apresentar seus princípios, novamente dela tratar.

Quanto à imparcialidade, à qual, frise-se, não se nega a extrema importância, é interessante transcrever trecho da obra de Carnelutti³²:

"Ci vuol poco a capire che la idoneità del giudice dipende oltre chi dalle sue qualità, da una sua posizione di fronte alle parti. Tale posizione, che prende il nome de imparzialità, si risolve in una equidistanza dalle parti."

³² CARNELUTTI, Francesco; *Diritto e Processo*, p. 74, n. 46

Lembra Carnelutti, que ser imparcial significa não ser parte, ao mesmo tempo que recorda que o Juiz, pelo fato de ser homem, não pode deixar de ser parte. Tais lições servem para nos lembrar que a imparcialidade tem de ser encarada de maneira muito mais séria do que a costumeiramente trazida pelos manuais, que se restringem, via de regra, a colocá-la como uma exigência da Jurisdição, pela qual o Juiz deve manter uma distância das partes, e dos fatos, de modo a se tornar uma *tabula rasa*, no dizer carneluttiano. Tal posição, somente seria possível, segundo o próprio Carnelutti, se o Juiz fosse colocado dentro de uma redoma de vidro, completamente alheio ao mundo exterior.

A impossibilidade de se atingir a imparcialidade, tal como corriqueiramente proposta, se traduz na passagem de Carnelutti, em trecho seguinte ao já transcrito, quando afirma "*Pretendere la imparzialità del giudice è pertanto qualcosa como cercare la quadratura del circolo*".

Deste modo, muito embora seja abissal a diferença entre o mito da neutralidade, enquanto abstenção de qualquer função criativa à função jurisdicional - matéria já superada pela inclusão da criação dentre as tarefas precípua no conceito de Jurisdição -, e a exigência de imparcialidade do magistrado,

requisito para que se evite Juizes interessados nas causas, esta sim necessária ao desempenho da Jurisdição, a imparcialidade merece um tratamento mais profundo, de modo a que não venha também a se tornar apenas mais um mito. É desta maneira que se julga importante frisar que a imparcialidade, como tradicionalmente concebida, é de uma impossibilidade imanente, à medida que é concebida para ser aplicada pelo gênero humano, imune, por sua própria natureza, à imparcialidade axiológica. Por tais motivos, deve-se deixar claro que, ao se exigir imparcialidade do Juiz, não podemos pedir mais que um terceiro não diretamente interessado na causa, ou seja, que não possua vínculos diretos com as partes, ou com o caso concreto. Pedir mais significa exigir um Juiz que ao julgar olvide de todo o conteúdo histórico, ideológico, de suas preferências e de suas convicções, o que, como já disse Carnelutti, é tarefa impossível, ao menos para os homens.

d) PROBLEMÁTICA ATUAL DO PROCESSO DE CONHECIMENTO

Até aqui foi demonstrada a criação histórica do mito da neutralidade do Juiz, que impede, ideologicamente, a tarefa criativa, e, por conseqüência, reduz, quando não retira por completo, a efetividade da tutela jurisdicional. Como se viu, herdou-se um processo cercado da ordinariedade, em virtude da generalização da *actio romana*.

Diante desta exigência de neutralidade, ainda arraigada, e da ordinariedade herdada dos romanos, que não deixa de ser um tributo à neutralidade, formou-se a estrutura atual do processo de conhecimento, lento, sem efetividade, subserviente aos interesses dominantes³³. Um processo baseado em juízos de certeza, como se o Direito fosse uma ciência demonstrável, em cognição exauriente, que somente admite a concessão da tutela após esgotados todos os meios probatórios. É justamente aí que se verifica a problemática do processo de conhecimento de nossos dias.

Vários são os entraves causados por problemas como estes, sendo impossível diagnosticá-los um a um, diante da sua infinidade e entrelaçamento de muitos conceitos. Analisar-se-ão, desta forma, os pontos primordiais da questão, remetendo aos principais problemas práticos deles advindos.

O Processo que a nós foi legado exige juízos de certeza, ou seja, que se esgotem todos os meios probatórios para que se possa, ao final, proferir a sentença, a qual, mesmo que positiva, nem sempre redundará na satisfação da pretensão do indivíduo. Isto diante do fato de que as sentenças ainda dependem, em caso de não cumprimento voluntário, de uma posterior execução.

Já na origem romana, como citado anteriormente, aos *interdicta* era negado o caráter jurisdicional pelo fato destes basearem-se não em juízos de certeza, mas, em um direito ainda não acertado. Já a *actio*, por ser originariamente apenas de direito privado, somente permitia o reconhecimento (declaração) de direito.

Vislumbra-se, desta maneira, que a deturpação ocorrida quando da generalização do procedimento da *actio* resultou em um problema muito mais profundo. Ao deixar de ser aplicada apenas às obrigações, o procedimento da *actio* passou a ser o único meio de composição das lides, qualquer que fosse sua origem.

Em virtude de tal legado persiste até hoje a idéia de que somente se tem sentença de mérito nas hipóteses em que se siga todo o procedimento ordinário. Tal fato influencia fortemente no sentido contrário à concessão de liminares, as quais não passariam de meras decisões interlocutórias, justamente por se basearem em juízos de verossimilhança, sem observância do procedimento ordinário. Somente a cognição plena seria capaz de nos fornecer o juízo de certeza, como se tal fosse possível. É justamente esta a grande crítica que se pode fazer à exigência da cognição plena. Nada pode garantir que a convicção obtida

³³ Sobre o assunto v. CHIARLONI, Sérgio; *Introduzione allo Studio del Diritto Processuale Civile*, p. 22 e segs.

através do procedimento ordinário seja melhor do que aquela que se apresenta ao julgador após cognição sumária.

Encontra-se até mesmo em Calamandrei³⁴, afirmação semelhante. Diz o mestre que mesmo ao Juiz mais escrupuloso e atento se impõem os limites da relatividade que é própria da natureza humana. Para ele, e com razão, todo o sistema probatório se dirige para que o juiz não apenas consinta, mas para impor que se contente com o fato de que sempre será obrigado a decidir baseado em juízos de verossimilhança. Vislumbra-se, deste modo, uma identidade entre o pensamento de Calamandrei e as afirmações atrás aduzidas. A impossibilidade fática, lógica e psicológica, de um juízo de certeza, trata-se de uma realidade que não pode ser afastada. Cai por terra, deste modo, a exigência de que as sentenças sejam baseadas em juízos de certeza, o que, como já visto, é impossível.

Calamandrei, contudo, opera um retorno à ordinariedade ao apresentar as conclusões do artigo.³⁵ A inadequação lógica de suas conclusões é evidente. Primeiramente afirma a impossibilidade de um juízo de certeza. Em um segundo momento procura estabelecer o que, para a lei processual, distingue o juízo de verossimilhança dos juízos de certeza, retornando às concepções como a de utilidade processual para sustentar os

³⁴ CALAMANDREI, Piero; Studi sul Processo Civile - Vol. VI , pp. 111 e segs.

juízos de verossimilhança, dizendo que estes seriam instrumentais, enquanto os juízos de certeza seriam finais. Sua atitude representa a não superação total do dogma da necessidade do juízo de certeza. Nas conclusões não deixa de negar a impossibilidade fática de um juízo de certeza, mas parece pregar, muito embora não o faça expressamente, a possibilidade jurídica de um juízo de certeza:

"Anche se siamo convinti che la natura umana non è capace di raggiungere le verità assolute, è dovere di onestà adoprarsi contutte le forze per cercare di approssimarsi quanto oiù si puó alla meta irraggiungibile: cosi nel processo, anche se si è convinti che la sentenza finale non puó essere altro che un giudizio de verossmiglianza tale da non escludere mai in maniera assoluta l'errore giudiziario, ciò non toglie che tutta la struttura del procedimento debba essere preordinata a rendere il più possibile approfondita e controllata la ricerca della verittà, in modo che lo scarto tra questa e la verossmiglianza si riduca Al mínimo."

Não é possível admitir esta espécie de separação entre o mundo real e o mundo jurídico, que é justamente a causa maior

³⁵ CALAMANDREI, op. cit. p. 138

dos problemas que atingem o processo. Não se pode negar que o processo deva procurar se aproximar o máximo possível da verdade, ou seja, obter a conclusão mais verossímil possível, mas o que não se pode admitir é que, diante de uma exigência formal de euzarimento da cognição se negue a efetividade a direitos evidentes. E a fórmula proposta por Calamandrei, de que os juízos de verossimilhança, como tratados pela lei, teriam função instrumental dentro do processo, reservando aos juízos de certeza a função finalística³⁶, propicia justamente esta negação de efetividade ao processo.

O conceito de sentença de mérito, que a atrela à cognição exauriente, é fruto do discurso da segurança jurídica, ou seja, uma criação ideológica que visa muito mais assegurar o *status quo* do que realmente efetivar os direitos individuais. O exemplo da pretensão que não é contestada é demonstrativo da falácia do discurso da segurança jurídica. Sem que neguemos a corretude da orientação legal acerca da revelia, é patente que a mesma não privilegia a segurança jurídica. Ora, se no caso em que o autor já traz com a inicial provas suficientes para justificar a concessão da tutela é vedado ao Juiz, ao menos na doutrina majoritária e na maioria dos casos, concedê-la de pronto, mesmo que a contestação se mostre frágil, como poderíamos conceber o julgamento à revelia, eis que este se mostra muito mais temerário do que o julgamento antecipado que

³⁶ CALAMANDREI, op. cit. p. 118.

se realizasse na primeira hipótese? Parece óbvio, da hipótese ora criada, que o discurso da segurança jurídica não ultrapassa o campo da retórica, não possuindo qualquer respaldo fático que possa justificá-lo. A primeira hipótese (direito evidente contestado) se mostra muito mais próxima de um limite de segurança do que a hipótese da revelia, eis que ao julgador jamais será dado conhecer os reais motivos da ausência de contestação.

Pode-se detectar, então, alguns dos principais problemas decorrentes da exigência da ordinaryness, e por consequência de juízos de certeza, como forma de se compor as lides. Muito embora se volte a lembrar ser um elenco não exauriente, podem ser citados (I) a impossibilidade de concessão de tutela satisfativa³⁷ sem que antes se proceda à cognição exauriente, (II) a resistência à alteração do conceito de decisão interlocutória, com a consequente eliminação da sentença cautelar de seu rol, (III) a dificuldade de adaptação do procedimento ordinário aos chamados "direitos novos", e, para finalizar, (IV) o favorecimento dos interesses dominantes.

I) O primeiro problema, o mais importante, e do qual derivam, em regra, os demais, surge basicamente em virtude da

³⁷ Ao menos anteriormente às recentes alterações do Código de Processo Civil, as quais, em que pese admitirem a antecipação de tutela, vêm encontrando resistência justamente diante de mitos como a segurança jurídica e a irreversibilidade da medida.

construção baseada no princípio da neutralidade, e sua interpenetração com a ordinaryidade. Para Marinoni³⁸, é neste ponto que se localiza o grande óbice à admissão da concessão de tutelas de natureza satisfativa. Importante registrar sua diferenciação entre tutela antecipatória (satisfativa) e a mera tutela cautelar, eis que aquela visa antecipar a satisfação da própria pretensão, enquanto esta é dirigida à garantia da utilidade do processo.

É justamente contra esta satisfação antecipada da pretensão de direito material que se volta a doutrina tradicional, se valendo dos conceitos derivados dos já tão criticados princípios da neutralidade e ordinaryidade do processo de conhecimento. Rebelam-se porque têm a mente imersa no discurso ideológico da segurança jurídica que somente admite a concessão da tutela após exaurida a cognição. É dentro deste discurso ideológico que se deu toda a nossa formação acadêmica, com gloriosas e raras exceções, e do qual somente podemos nos desvincular após a abertura de horizontes realizada por um estudo acerca das origens dos paradigmas científicos, como este que pretendemos fazer na esteira das lições proferidas por Ovídio Baptista da Silva ao ministrar o curso que deu origem ao presente estudo. A maioria da doutrina, contudo, segue relutando em admitir a insuficiência do procedimento ordinário. Entendemos, após a análise das origens do princípio da

³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; *Efetividade do Processo e Tutela de Urgência*,

neutralidade e das causas da adoção do procedimento da *actio* em nosso sistema jurídico, que a tutela antecipatória merece o respaldo dos processualistas, como forma de dotar o processo da efetividade que se faz urgente. Não se trata, porém, de mera opção ideológica, mas de uma visão de conjunto, que procura estabelecer a plenitude de uma verdadeira função jurisdicional³⁹, que deve se mostrar mais dinâmica, liberta da necessidade de cognição plena, de forma a poder realizar o direito mais prontamente, sem se apegar a exigências cujos fundamentos se perdem no tempo, mas cujas conseqüências seguem em vigor face a ausência de críticas. A questão é, portanto, superar os dogmas científicos, e ter por perfeitamente admissível a antecipação da tutela, sempre que um juízo de verossimilhança assim o permitir.

Alguns poderiam criticar a presente abordagem mediante o fundamento de que esta discussão encontrar-se-ia superada pelas recentes reformas do Código de Processo Civil, instituindo a antecipação de tutela para determinados casos. Tais inovações, pelo contrário, apenas demonstram a atualidade e a necessidade da discussão. Em primeiro lugar, devemos notar que a modificação, embora de importância capital, ainda é tímida, à medida que se aplica apenas a um número restrito de hipóteses.

pp. 51 e segs.

³⁹ Tenha-se por claro que ao nos referirmos à jurisdição, o fazemos em relação ao conceito moderno proposto no presente estudo, e não em relação ao conceito romano clássico, para o qual seria impossível admitirmos à jurisdição tarefa maior do que a declarativa.

O segundo, e mais importante ponto a demonstrar a necessidade de discussão, é a resistência demonstrada, principalmente pelo Judiciário, à concessão da antecipação da tutela em casos como o de antecipação de pagamento de soma em dinheiro, para os quais tem ocorrido a exigência de caução, o que desnatura por completo o objeto da antecipação. Argumentam os renitentes que a antecipação sem caução importaria na irreversibilidade da tutela, mas, tal posicionamento deriva justamente destes fetiches que se quer desmistificar. Por que não se pode inverter o ônus da demora, passando este, àquele que, à evidência, é o real devedor⁴⁰? Parece que não existe qualquer óbice para tanto, bastando que se pense que a demora da tutela pode, em muitos casos, também vir a impossibilitar, ou destituir de utilidade o cumprimento da obrigação. Ora, se a única garantia do autor, quanto às obrigações de pagar soma em dinheiro, reside no patrimônio do devedor, o qual muitas vezes é insuficiente no momento em que se passa a executar a sentença condenatória, não existem motivos para se exigir daquele que demonstra possuir um "direito evidente" antes de exaurida a fase de conhecimento, mais do que se pode exigir do devedor.

Não se pode esquecer, todavia, que para a concessão de tal espécie de tutela deve haver uma demonstração sumária acerca da existência do direito, que detenha um elevado grau de

⁴⁰ É evidente que essa parte do discurso se faz tendo em vista as necessidades práticas de efetividade do processo. A discussão acerca do fato do pagamento de soma em dinheiro ser irreversível, ou não, não é abordada no presente estudo, pois representaria um desvio muito grande do objetivo principal.

plausibilidade. Para tanto se faz necessária a fixação de regras claras, mas que possibilitem a adequação do direito ao caso concreto, de modo que não se passe a regra o que deve ser exceção. As hipóteses elencadas no art. 273 do CPC ainda são tímidas, sendo necessária sua ampliação, de modo que se possa atender àqueles casos em que, apesar da evidência do direito, não se verifique, por exemplo, o abuso do direito de defesa.

II) A segunda questão problemática decorrente das distorções históricas referidas, se trata da negativa da doutrina em reconhecer que as sentenças liminares não podem ser confundidas com meras decisões interlocutórias.⁴¹

A resistência doutrinária também deriva dos precedentes históricos que nos legaram o processo ordinário. Segundo esta orientação, somente haveria sentença após esgotada a cognição. Um dos principais fundamentos utilizados pela doutrina para legitimar tal posição reside no argumento de que a manifestação antecipada acerca da existência do direito acarretaria em prejuízo à sentença de mérito, Ovídio⁴² adverte que o conceito de prejuízo pode também, face sua intrínseca

⁴¹ Procuramos apresentar o problema apenas de modo a demonstrar como a exigência de neutralidade e a ordinaryness influenciaram na resistência em admitir o caráter de sentença das decisões liminares. Para maiores esclarecimentos acerca dos conceitos v. BAPTISTA, Ovídio; Decisões Interlocutórias e Sentenças liminares.

⁴² op. cit. p. 136.

ambigüidade, ser encarado sob o aspecto material, ou seja, as liminares que se manifestassem sobre o ponto principal da causa poderiam importar em um dano irreparável. Rebate, contudo, tal ponto de resistência, citando exemplos de casos de irreparabilidade admitidos pela própria lei, como o dos alimentos provisionais. Para a doutrina tradicional somente haveria sentença quando esta fosse definitiva, isto é, atrelam o conceito de sentença à coisa julgada, não admitem que uma sentença possa ser liminar, pois, no dizer de Ovídio⁴³:

" Para a doutrina que sustenta nossas instituições, é uma contradição lógica a existência de uma sentença - definitiva como ato que se 'pronuncia' sobre o Direito e que deve, portanto, ser a última manifestação jurisdicional sobre a questão - que, ao mesmo tempo, seja uma decisão liminar. Se for liminar, não será decisão."

Tal posicionamento se coaduna com a ordinariedade que impera em nosso sistema, uma vez que fugiria à função do Juiz, enquanto mero aplicador neutro da lei, decidir sem que tal decisão⁴⁴ seja baseada em um juízo de certeza.

⁴³ op. cit. p. 142.

⁴⁴ Ovídio lembra, op. cit. p. 132; que a doutrina contrapõe decisão, como ato de julgamento, à ordem, esquecendo que, psicologicamente, para ordenar se faz necessária a decisão.

Conclui, contudo, Ovídio⁴⁵, muito embora discorde do próprio sistema e demonstre as inverdades que o fundam, que dentro do sistema jurídico adotado por nosso legislador, a que se filia larga maioria de nossa doutrina, somente a sentença final poderia ser admitida como sentença, permanecendo as liminares dentro do rol das decisões interlocutórias.

Pode-se admitir, sim, no campo conceitual, como sentenças as liminares, uma vez que nestas ocorre verdadeiro julgamento, inclusive com declaração do direito, distinguindo-se apenas da decisão final no que diz respeito à definitividade, a qual, como já foi reportado, sequer se trata de uma exigência real do Processo, mas mera opção legislativa. Se é possível conceber um processo sem coisa julgada material, o que é perfeitamente possível se for tido como verdade que a coisa julgada não é imanente ao processo, no qual, diante de determinadas circunstâncias e requisitos, pudessem ser alteradas indefinidamente as sentenças, ou, quem sabe, um processo concebido sob a ótica das liminares, no qual se buscasse apenas confirmar ou revogar a decisão liminarmente proferida, é forçoso a admitir o caráter de sentença de que se revestem as decisões liminares.

⁴⁵ op. cit. pp. 147 a 149.

III) Outro problema que é posto pelas amarras conceituais que envolvem o processo de conhecimento é a dificuldade que tem o procedimento ordinário de dar guarida aos chamados "direitos novos". Questões relacionadas com o Direito Ambiental, o Direito do Consumidor, e outras questões específicas dentro dos próprios ramos tradicionais, que não podem se contentar com as formas tradicionais impostas pelo ordenamento jurídico, vêm mostrando a inadequação do processo de conhecimento à agilidade dos problemas atuais. Se o julgador for proferir a decisão apenas após exaurida a cognição, deixará perecer direitos, como por exemplo, no caso de necessidade de preservação de uma determinada floresta, ou da vedação à distribuição de um determinado produto que possa trazer prejuízos à saúde de uma comunidade. O Processo de Conhecimento, envolto pela ordinariedade, não dá conta destas questões modernas.

Fica patente, assim, a necessidade de reformulação dos conceitos, de uma flexibilização procedimental que possa abarcar as questões emergentes de uma maneira mais efetiva, desatrelada dos mitos derivados da neutralidade, que, há muito tempo atravancam o desenvolver do Processo enquanto ciência. Tal ponto de vista poderia ser criticado sob o fundamento de que o Processo Cautelar seria suficiente para amparar estes "novos direitos", mas, acontece que a doutrina dominante insiste em não admitir a concessão de tutela antecipada que tenha natureza satisfativa, ao menos na maior parte dos casos,

que não possam ser acolhidos dentro das hipóteses inseridas pela recentes reformas. Diante desta realidade, temos que o Processo, seja ele de conhecimento ou cautelar, ainda não está devidamente equipado para dar guarida a estas novas preocupações, que exigem medidas muito mais efetivas, em grande parte das vezes satisfativas e irreversíveis. Somente apartando-se do mito da neutralidade, concebendo o Juiz como verdadeiro criador do direito, destituído de qualquer vínculo com a necessidade de juízos de certeza, é que o processo pode se tornar efetivo e abrigar as mais recentes preocupações da sociedade.

Vale transcrever a lição de Marinoni,⁴⁶ como fecho a demonstrar a necessidade de adequação do procedimento às mudanças de valores operadas na sociedade:

" É importante constatar que o sistema do Código de Processo Civil - fundado no binômio processo de conhecimento-processo de execução - foi concebido para a tutela dos direitos patrimoniais, e não é adequado para a tutela das novas situações criadas pela sociedade contemporânea. As tutelas antecipatórias - prestadas, por exemplo, para a proteção dos direitos da personalidade - são fundadas no artigo 798 do Código de Processo Civil,

que constitui válvula de escape para o juiz prestar a adequada tutela jurisdicional.

Demais, não podemos esquecer que a revolução tecnológica engendrou "uma acentuada deslocação dos setores primário e secundário para o setor terciário", o que levou à multiplicação dos conflitos envolvendo prestações de fatos. Esta nova realidade, principalmente quando as obrigações de fazer são de caráter infungível, deixa às claras a impotência da tutela de condenação e a necessidade de pensarmos em novas alternativas de tutela jurisdicional"

IV) Por último, se deve recordar que o procedimento ordinário, consagrado pelo discurso da neutralidade, da segurança jurídica, é mero instrumento de manutenção do estado de coisas. Ao vedar a participação do julgador na criação do direito, pelo discurso da neutralidade, o que se faz é resguardar o poder constituído, que não poderá ver suas decisões, principalmente as legislativas, questionadas judicialmente, eis que a tarefa do Juiz se resumiria a mero aplicador do direito tal como posto.

⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; op. cit. pp. 6 e 7.

Chiarloni⁴⁷, ao efetuar a contraposição entre procedimento ordinário e procedimento especial, bem descreve a carga ideológica que mantém os interesses dominantes. A supremacia da propriedade privada, decorrente da doutrina liberal, serviria de embasamento à manutenção da ordinariedade, pelo que o procedimento ordinário pode ser encarado como uma exigência dos poderosos, dos grupos já consolidados no poder. A igualdade formal das partes, a neutralidade e a imparcialidade do juiz, informadores do processo de conhecimento, ocultariam, desta maneira, as desigualdades da vida real. Prossegue o processualista italiano, afirmando que os procedimentos especiais, mais simples, rápidos e econômicos, derivariam, basicamente, da pressão exercidas por grupos organizados, não necessariamente dos dominantes, mas com um determinado grau de organização e capacidade de pressão que lhes valessem a capacidade de impor as suas aspirações.

Marinoni⁴⁸, ao questionar os motivos que levam à tolerância da sociedade para com a ordinariedade, traz uma passagem feliz:

⁴⁷ CHIARLONI, Sergio; op. cit. ns. 6 e 7.

⁴⁸ op. cit. pp. 1 e 2.

" Partindo-se da premissa de que os detentores do poder costumam conseguir legislações que bem tutelam seus interesses, parece estranho que os interessados na dinamicidade da economia deixem de lado a lentidão da justiça civil. Tal contradição é apenas aparente: primeiro, porque o procedimento ordinário não constitui óbice às aspirações da classe dominante à medida que esta, patrocinando o lobby, consegue procedimentos diferenciados que tutelam egoisticamente seus interesses; e, em segundo lugar, porque os grandes grupos econômicos resolvem as demandas que lhes são mais sensíveis à margem da justiça estatal."

Ao se conceituar a Jurisdição pretendeu-se sepultar tal orientação, eis que a admissão da tarefa criadora do Juiz abre campo ao questionamento das leis, à discussão acerca de seus fundamentos ideológicos, possibilitando a criação de novos caminhos procedimentais que possibilitem a efetivação do bem comum através da função jurisdicional.

2.4 - CONCLUSÃO

Do exposto ficou patente a importância do tema para o Estudo do Processo. Somente situando-se historicamente é que se pode identificar quais são os falsos paradigmas que acarretam na estagnação do processo enquanto ciência e propor soluções para as lacunas que surgem com a superação destas barreiras epistemológicas.

1. Do ligeiro apanhado de história da filosofia jurídica demonstrou-se de que modo se desenvolveu o seu pensamento, da Grécia Clássica até nossos dias, estabelecendo os pontos de contato com o processo, descobrindo, assim, os motivos que levaram ao estabelecimento dos pressupostos científicos que chegaram ao processo tal como pensado hoje.

Em Aristóteles encontramos uma clara preferência pelas leis não escritas, as quais seriam mais seguras que as escritas, esboçando uma idéia de direito natural. Para ele, o Direito não seria uma ciência demonstrável, mas sim uma ciência do Espírito, ao lado da moral. Admite, desta maneira, os juízos de verossimilhança próprios destas ciências. Importante também sua contribuição ao sistematizar a idéia de justiça distributiva.

Encontra-se em Hobbes um vulto negativo da história da filosofia, na medida que foi o grande ideólogo do absolutismo. Seu discurso acerca da segurança jurídica criou uma farsa que perdura até os dias de hoje, a qual serve muito mais para dar segurança aos dominantes do que aos cidadãos que deveria garantir. Sob o manto deste discurso foram cometidas as maiores atrocidades da história. Surge daí o mito da neutralidade, do juiz sem qualquer função criadora, ainda a ser superado definitivamente.

Montesquieu também concorreu, com sua doutrina da divisão dos poderes, para solidificar esta idéia de neutralidade.

O racionalismo de Kant e o purismo de Kelsen também contribuíram para apartar o direito da realidade.

Faz-se, desta maneira, uma verdadeira reconstituição dos passos que levaram à formação da mentalidade jurídica moderna.

2. No campo do processo foi ressaltada a importância de apresentar a origem do conceito de jurisdição legado pelo Direito romano, do qual, como visto, herdou-se a porção menos nobre. Enquanto nos Sistemas baseados no Direito inglês o desenvolvimento se deu pela recepção dos interditos, a nós, situados no Sistema europeu continental, restou a via estreita

da *actio*, alargada artificialmente para poder abarcar direitos não obrigacionais.

Viu-se de que maneira o temor do retorno ao regime antigo levou a Revolução Francesa a dar origem aos sistemas legislativos rígidos, de que maneira o discurso da segurança jurídica, ao pregar a neutralidade, castrou a tarefa criativa da Jurisdição.

Baseado nas críticas históricas, bem como na crítica aos conceitos modernamente apresentados, foi proposto um conceito sintético de Jurisdição, buscando superar as limitações impostas pelo mito da neutralidade, asseverando a função criadora e realizadora do bem comum que deve nortear a atividade jurisdicional.

3. Finalizando, foram abordados alguns dos problemas que se apresentam ao processo em virtude de mitos como o da neutralidade. A ordinariedade que se atribuiu ao procedimento, a negativa da doutrina em admitir os Juízos de verossimilhança, são bases equivocadas do sistema processual que importam numa série de dificuldades na tarefa jurisdicional de dar efetividade aos direitos pleiteados no processo.

Através de propostas como a concessão de tutela baseada na verossimilhança, de entender como sentenças as liminares, de dar efetividade aos "novos direitos" através da concessão antecipada de tutela e de desmascarar as bases ideológicas que embasam o processo de conhecimento, procurou-se deixar a contribuição no sentido de superar a problemática causada pela *ordinariedade*.

4. A semente lançada pela preocupação com a efetividade do processo começa a germinar. Somente com o questionamento constante dos paradigmas, com a superação dos entraves que eles representam, com atitudes corajosas e realmente preocupadas com a real efetivação dos direitos buscados no processo, principalmente dos menos favorecidos, que são os mais prejudicados pela morosidade do sistema vigente, é que o processo pode alcançar um nível de dignidade e deixar de ser a "*tiranía mutiladora do direito material*" diagnosticada pela visão crítica trazida por Ovídio Baptista da Silva.

3. A TUTELA ANTECIPADA

3.1 PRECEDENTES-NECESSIDADE

De todo o já examinado salta aos olhos o tremendo distanciamento ocorrido entre o processo e as reais necessidades daqueles que por ele deveriam ser tutelados, ou seja, entre o direito material e o processo. O mito da neutralidade do juiz; a herança apenas da *actio* romana, sem a acolhida em nosso sistema da porção mais nobre - os *interdicta* - que obrigou a um alargamento artificial da *actio*; o discurso do garantismo, com a decorrente necessidade de juízos de certeza e a exigência de cognição exauriente; o princípio da *nulla executio sine titulo*; tudo dentro de uma visão equivocada do Direito como uma ciência demonstrável; vieram a perpetuar a ordinaryidade no campo do direito processual, o que, como já ressaltado, mostrou-se ineficaz para tutelar os direitos daqueles menos favorecidos, bem como para amparar os chamados "novos direitos".

Dos ensinamentos de Marinoni⁴⁹, em lição digna de transcrição, extraímos que o processo somente terá dignidade na medida que se constitua em elemento efetivo de realização do direito material:

" O Estado, ao proibir a autotutela privada, assumiu o compromisso de tutelar adequada e efetivamente os diversos casos conflitivos. O processo, pois, como instrumento de prestação da tutela jurisdicional, deve fazer surgir o mesmo resultado que se verificaria se a ação privada não estivesse proibida.

Para o desenvolvimento da perspectiva de direito material importam as noções de direito subjetivo, pretensão de direito material e ação de direito material. A pretensão de direito material é uma potencialidade, ou seja, é a faculdade de se poder exigir a realização do direito; difere, portanto, do seu exercício, que configura o exigir para a realização. O exigir, como é óbvio, supõe a possibilidade do cumprimento, e ação de direito material, que é o agir por meio do qual se realiza o direito, somente surge quando o simples exigir não conduz à realização do direito.

⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme: Antecipação da Tutela na Reforma do

A ação de direito material não se confunde com a ação processual. A ação processual é o veículo civilizado que permite a realização da ação de direito material. Mas todo cidadão tem direito à adequada tutela jurisdicional, o que exige a estruturação de procedimentos capazes de fornecer a tutela jurisdicional adequada ao plano de direito material, isto é, procedimentos que possibilitem resultado igual ao que seria obtido se espontaneamente observados os preceitos legais."

A incapacidade do Estado-Juiz de gerir e compor os conflitos crescentes decorre de uma série incontável de fatores, que podem ser ideológicos, procedimentais, e até de falta de estrutura física e condições financeiras do Judiciário para acolher o número cada vez maior de casos que lá deságuam. O que importa, contudo, dentro do enfoque a que nos propomos, é a análise do problema sob a ótica do processo. O nosso processo de conhecimento, eivado de ordinaryness, não dá conta de há muito da tarefa de atuar o direito material, que deveria satisfazer prontamente àqueles que procurassem o Judiciário para obter um direito que lhe é negado por outrem.

É justamente diante da inadequação do processo de conhecimento, restrito aos limites da ordinaryness e aos

demais mitos já elencados, como meio de efetivação do direito material que se passou a buscar novas técnicas para facilitar o acesso e tornar a justiça mais ágil.

O já citado "engessamento" operado pela ordinariedade veio a impedir a criação de novas técnicas de realização dos direitos, criando um verdadeiro abismo entre a realidade fática e o mundo da grande maioria dos encastelados juristas, formados e conformados com a realidade que lhes era imposta de um processo moroso, inefetivo, e por isto mesmo tirano. Chiarloni, na sua magnífica obra "*Introduzione allo Studio del Diritto Processuale Civile*", faz importante demonstração de como o procedimento ordinário é imposto em virtude de interesses das classes dominantes, e que estas próprias é que criavam os chamados "*procedimenti speciali*" na medida em que o procedimento ordinário não se mostrava capaz de dar uma resposta rápida e adequada aos conflitos surgidos internamente à classe. Tudo a demonstrar que se algo realmente importante e eficaz não fosse feito, o abismo seria cada vez maior e mais profundo, talvez chegando a impedir por completo que o processo tutelasse os interesses dos menos favorecidos.

Ovídio Baptista⁵⁰, já diagnosticava este imenso distanciamento entre o processo e o direito material, pregando

⁵⁰ In SILVA, Ovídio Baptista da; Curso de Processo Civil - vol. I, pp. 101 e segs.

em seu Curso de Processo Civil que as aparentes vantagens do procedimento ordinário sobre os processos sumários, calcadas na "demanda plenária", sucumbem diante de sua morosidade. Afirma, ainda, que, ao lado da morosidade, o procedimento ordinário ainda padece dos mal oriundo de um princípio herdado do liberalismo, exigindo "um magistrado destituído de poderes para intervir no **objeto litigioso**, ...". Tudo a confirmar nossas conclusões de que a pretensa exigência de neutralidade do Juiz, tal como a nós imposta pela tradição do Sistema Europeu Continental, já não atendia mais às exigências modernas.

Foi graças ao esforço hercúleo de poucos, que grande parte dos juristas passou a atentar para este afastamento entre o direito material e o processo. A concessão de tutelas satisfativas no âmbito do processo cautelar, forçada pela inexistência de meios mais adequados e pela visão moderna e corajosa de alguns juizes, foi um dos primeiros passos no sentido de se fazer retomar o contato entre o processo e o direito material⁵¹. As inovações procedimentais instituídas pelo Código do Consumidor, como no exemplo dos casos de inversão do ônus da prova; os juizados de pequenas causas, como facilitadores do acesso à Justiça; são apenas alguns dos exemplos da preocupação que passou a vigorar no sentido de se

⁵¹ Kazuo Watanabe, cita (p.31), Tutela Antecipatória e Tutela Específica das Obrigações de Fazer e Não Fazer: "O fenômeno, excluídos os casos manifestamente abusivos, significava uma compreensiva reação das exigências do próprio tráfico jurídico contra o deficiente sistema

impedir um diametral afastamento entre as exigências de uma nova sociedade e o processo. Este esforço, contudo, apesar de sua grande importância, dava-se em nichos, em casos e hipóteses isoladas. O processo carecia de um instrumento que lhe dotasse de maior capacidade para realizar os direitos, fugindo da via morosa e injusta do procedimento ordinário, por uma via mais larga e genérica.

Carreira Alvim⁵², analisando a necessidade de se agilizar a Justiça, prega que pelo menos duas técnicas básicas podem ser utilizadas neste intento. A primeira se vale dos "organismos parajudiciais", que buscam a pacificação, como as práticas da mediação e na arbitragem. A segunda, que é a interessante para nós como estudiosos do processo, dá-se através da "simplificação dos procedimentos". Neste campo já existem avanços consolidados, como o mandado de segurança, outros em fase de adiantada maturação científica, como a ação civil pública e a ação popular, além dos recentes Tribunais Especiais Cíveis e Criminais.

Novamente recaímos na prática, benéfica diga-se, de criar soluções isoladas, de acordo com necessidades específicas do caso concreto, como o mandado de segurança que se aplica apenas

processual e lastimável organização judiciária, comprovadamente insuficientes para lhe dar uma adequada e tempestiva tutela."

⁵² Carreira Alvim, J. E. - in Tutela Antecipada na Reforma Processual - pp. 4 a 7.

contra atos de autoridades, como nos Tribunais Especiais, que têm atuação limitada pelo valor da causa. Todos estes avanços foram e continuam sendo muito importantes na luta por uma justiça menos morosa e menos apartada da realidade social. Mas, sem sombra de dúvidas, é com a possibilidade de antecipação de tutela, na sua generalidade, que encontramos o mais importante dentre os novos "caminhos" trilhados pelo moderno direito processual. Isto porque a tutela antecipatória vem a criar um mecanismo que, bem aproveitado pelos juízes⁵³ e advogados, terá potencialidade para dar maior efetividade à quase totalidade dos casos em que realmente se mostre necessária uma atuação mais imediata do aparato judiciário.

Com estes novos passos o processo tenta reduzir a prevalência do binômio *segurança-certeza* para poder também dar guarida à *rapidez-probabilidade*, na feliz definição de Carreira Alvim⁵⁴. Esta, sem sombra de dúvidas, mostra-se como a principal tarefa de agora em diante, ou seja, dar equilíbrio a estas exigências aparentemente antagônicas. A necessidade de equilíbrio resulta apenas e tão somente de uma exigência que já de há muito estava presente e poucos se apercebiam, ou fingiam não ver, a de restabelecer a igualdade no âmbito do processo.

⁵³ Conforme leciona CARREIRA ALVIM: "A simplificação dos ritos processuais ou a criação de novos instrumentos de acesso à Justiça, enquanto alternativas para uma maior eficácia da prestação jurisdicional, só terão seu êxito assegurado se houver propósito dos juízes em aplicá-las, efetivamente, pois, do contrário, todo o esforço de agilização restará inútil." In op. Cit. p. 7.

Ocorre que, nos moldes que se apresenta o procedimento ordinário, o trâmite processual mostrava-se como um prêmio à má-fé, às chicanas, da parte ré que, sabendo-se devedora, utiliza-se ardilosamente de todos os meios processuais para retardar o momento de cumprir com seu dever. Exemplo gritante é o de procuradores de órgãos públicos que recorrem apenas para retardar o trânsito em julgado de matérias de deslinde já certo, muitas vezes contra entendimentos já cristalizados pelos tribunais superiores. Ao se falar em restabelecer a igualdade o que se quer dizer é que o processo, tal como se encontrava, onerava em demasia o autor, que via recair sobre si todo o ônus do tempo de espera pelo acerto definitivo do caso concreto. Com a antecipação de tutela abre-se a possibilidade de distribuir este ônus, fazendo com que este possa vir a ser suportado também pelo réu, nos casos que se mostre tal necessidade.

A respeito vale citar Marinoni⁵⁵, em passagem importante, quando afirma:

" Preserva-se, assim, o princípio de que a demora do processo não pode prejudicar o autor que

⁵⁴ In op. Cit. p. 7.

⁵⁵ In op. Cit. p. 19.

tem razão e, mais do que isso, restaura-se a idéia - que foi apagada pelo cientificismo de uma teoria distante do direito material - de que o tempo do processo não pode ser um ônus suportado unicamente pelo autor."

Carreira Alvim⁵⁶ denomina este "equilibrar" o ônus de "princípio jurídico", o qual pode ser utilizado como justificativa para aplacar as desigualdades propiciadas pelo tempo de espera do processo.

Conclui-se, portanto, que a verdadeira crise na qual se encontra o nosso processo, cercado de ordinariedade, da necessidade de cognição exauriente, da separação radical entre conhecimento e execução (*nulla executio sine titulo*), somente pode ser superada através de soluções que superem estes dogmas, libertando o processo de todos os "fantasmas" que o assolam. Aqui se mostra a magnitude da antecipação de tutela, que se ao certo não representa a superação destes obstáculos, pois arraigados secularmente, ao menos indica caminho seguro para a ultrapassagem das barreiras que separam o processo do direito material.

⁵⁶ *in* Elementos de Teoria Geral do Processo, 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 242. *apud op. cit.* p. 7.

3.2 - O Art. 273 do CPC

A RELATIVIZAÇÃO DA DICOTOMIA "PROCESSO DE CONHECIMENTO - PROCESSO DE EXECUÇÃO"

Há, arraigada entre nós, uma profunda separação entre processo de conhecimento e processo de execução. O mito da *nulla executio sine titulo* (art. 583 do CPC) é paradigma maior desta segregação, na medida que somente admite execução após encerrado o processo de conhecimento, ou seja, com sentença oriunda de cognição plena, ou nos casos de existência dos poucos documentos a ela equiparados. Esta visão, contudo, deve ser superada, tanto por ser incorreta, como por representar sério entrave à necessidade de dar efetividade aos provimentos jurisdicionais.

A incorretude da dicotomia mostra-se pela análise, superficial que seja, das lições de Pontes de Miranda acerca dos tipos de ação. Pregava que as ações de conhecimento⁵⁷ poderiam ser de cinco diferentes tipos. Além daquelas

⁵⁷ - a doutrina dominante divide os provimentos em três tipos básicos (conhecimento ou declaratório, executivo e cautelar), subdividindo os do processo de conhecimento em meramente declaratórios, constitutivo e condenatório.

reconhecidas por toda a doutrina (declaratória, constitutiva e condenatória), pregava a existência das **ações executivas lato sensu** e as **ações mandamentais**.

Muito embora as magníficas lições de Pontes de Miranda já distem no tempo, não encontraram guarida em nossos processualistas, sendo que foi Ovídio Baptista da Silva quem se debateu com maior veemência e profundidade para que a doutrina reconhecesse o erro que incorria ao limitar os provimentos às três espécies consagradas, relutando em aceitar o que Pontes de Miranda já havia diagnosticado anteriormente. Kazuo Watanabe⁵⁸ bem demonstra a dificuldade dos processualistas formados sob a forte corrente dominante em admitirem que os provimentos executivo *lato sensu* e o mandamental se distinguem do condenatório. Para tanto há a necessidade de se entender que um mesmo provimento tem várias eficácias, sendo que, embora uma prepondere, - o que gerará a classificação como sendo ação declaratória, constitutiva, condenatória, executiva ou mandamental - ao seu lado sempre existem outras eficácias. Basta, para tanto, rememorar que é justamente a declaração, fundada em cognição exauriente, que faz a coisa julgada material.

⁵⁸ In WATANABE, Kazuo; Tutela Antecipatória e Tutela Específica das Obrigações de Fazer e não Fazer, p. 22

Vê-se, logo, que a separação total entre conhecimento e execução não encontra guarida científica, na medida que em vários processos de conhecimento a execução se realiza independentemente de outro processo (v.g. os mandados de segurança).

Vale transcrever a lição de Pontes de Miranda⁵⁹:

"a dicotomia dos procedimentos em processos de cognição e processos de execução prende-se à época em que os processualistas não haviam classificado, com rigor científico, as pretensões e ações" e que "o valor da dicotomia 'procedimento de cognição, procedimento de execução', no plano prático, é quase nenhum", podendo-se "tratar, a fundo, o processo civil sem qualquer alusão a ela".

A antecipação de tutela vem, justamente neste diapasão, a confirmar tais assertivas, demonstrando o relativismo da separação até então feita entre conhecimento e execução. Ao se antecipar os efeitos da tutela se está executando dentro do processo de conhecimento, o que demonstra a possibilidade de se afastar a dicotomia citada.

⁵⁹ apud WATANABE, in op. Cit., p. 28

A lição de Ovídio Baptista⁶⁰ vem a confirmar este ponto de vista:

" Qualquer que tenha sido o propósito do legislador, não se pode, porém, obscurecer o fato inegável de que a introdução dessas liminares antecipatórias abala a inteira estrutura de nosso sistema processual.

Basta ver que o # 3º do aludido art. 273 determina que a "execução" da tutela antecipada deverá obedecer às disposições que regulam a execução provisória de sentença.

Isto já seria suficiente para evidenciar que a nova disciplina do Processo de Conhecimento - que apenas o é por não conter execução em seu interior - foi alterada pela Lei n. 8.952/94. Passamos a ter execução no Processo de Conhecimento, o que por si só, seria suficiente para anular o conceito".

Adiante, comemorando a superação, o mestre gaúcho profere frase marcante: *"Voltamos ao passado. Viva o progresso!"*.⁶¹

⁶⁰ SILVA, Ovídio A Baptista da; A "antecipação" da Tutela na Recente Reforma Processual, p. 130

⁶¹ cf. Ovídio Baptista da Silva; op. cit. p. 137

O fato desta dicotomia representar um entrave à efetividade dos provimentos jurisdicionais já foi analisado praticamente durante todo o transcorrer deste trabalho, tendo ficado demonstrado que a separação conhecimento/execução em momentos distintos apenas e tão somente decorre dos mitos herdados pelo nosso direito processual.

JUSTIFICATIVA

A necessidade da adoção do instituto da antecipação de tutela, bem como os precedentes na caminhada em busca de um processo mais célere, e por isto mais justo, foram analisadas no capítulo próprio.

Um breve "passar de olhos" sobre as justificativas daqueles que, de uma forma ou outra, contribuíram para as recentes reformas do Código de Processo Civil, dentre as quais brilha com maior fulgor a figura da tutela antecipatória, servirá para melhor se entender o espírito que norteou as alterações, bem como melhor interpretar algumas contradições que resultaram insertas no texto legal. Ressalte-se que uma análise desta espécie ao certo não pode levar a um afastamento

total⁶² das opções exegéticas oferecidas pelo art. 273, mas, com certeza, indicará as melhores opções dentre aquelas que se apresentarem aos olhos do exegeta.

No aspecto geral, a reforma do CPC visou justamente adequar o processo às necessidades modernas, fazer valer plenamente a promessa da Constituição de um Judiciário aberto a todos e que propiciasse uma tutela mais justa e dotada de maior efetividade.

O Presidente da Comissão Revisora, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, bem lançou tais diretrizes:

a) localizar os pontos de estrangulamento da prestação jurisdicional; b) deixando de lado as divergências de ordem doutrinária ou meramente acadêmicas, assim como outros pontos merecedores de modificação, apresentar sugestões somente de simplificação, agilização e efetividade; c) encaminhar as sugestões não em um único anteprojeto, mas através de vários, setoriais, inclusive para flexibilizar a aprovação no Congresso Nacional, considerando que um único pedido de vista poderia comprometer todo o

⁶² - levando-se em conta o princípio de interpretação que veda a adoção pura e simples da intenção do legislador quando esta não puder ser

trabalho; d) aproveitar a própria disposição dos artigos existentes, abrindo espaços para novos, se necessário (v.g., arts. 272-273, 478-479), mas sem alterar a fisionomia do Código; e) buscar o consenso nas alterações propostas, democratizando o debate, fazendo da reforma não uma manifestação isolada da Magistratura, mas uma reivindicação uníssona de todos os seguimentos interessados, nela integrando foro e Universidade, professores e profissionais, juízes, advogados, defensores e representantes do Ministério Público”⁶³.

Os “pontos de estrangulamento” citados, que levaram à adoção da Tutela Antecipada, são justamente aqueles já analisados, que levaram o legislador a introduzir instituto capaz de dar melhor guarida aos direitos dos indivíduos, dentro de um processo que se mostrava cada vez mais distante da realidade.

Dentre as medidas tomadas com base em tal norte, a tutela antecipada mostrou-se como a “menina dos olhos” da reforma, por ter o condão de atender às finalidades primordiais das modificações. Uma das maiores preocupações que se vislumbra

encontrada na própria lei.

⁶³ Cf. DINAMARCO, Cândido R.; A Reforma do Código de Processo Civil, p. 29

dentre os vários escritos sobre o tema, foi a de se estabelecer critérios que afastassem da mera subjetividade que vinha orientando os casos de antecipação de tutela em sede das cautelares inominadas. Foi justamente para afastar este subjetivismo - criando critérios objetivos para os casos de necessidade de se antecipar a tutela - e dar guarida legislativa àquilo que vinha se fazendo pela via transversa das ações cautelares inominadas, que o legislador inseriu no sistema a possibilidade da tutela antecipada.

Kazuo Watanabe⁶⁴ cita algumas das propostas de reforma que antecederam e por óbvio influenciaram na versão final do art. 273.

A apresentada por Ovídio Baptista da Silva em um Congresso Nacional de Direito Processual Civil (Porto Alegre - 1983) pregava a inclusão de um parágrafo ao art.285:

"Parágrafo único. Sempre que o juiz, pelo exame preliminar dos fundamentos da demanda e pelas provas constantes da inicial, convencer-se da plausibilidade do direito invocado, poderá conceder medida liminar antecipando os efeitos da sentença de mérito, se a natureza de tais eficácias não for incompatível com tal providência".

Acrescenta Watanabe, que tal proposta foi objeto de discussão no encontro tendo daí resultado um substitutivo pelo qual se acrescia ao juízo de plausibilidade o *periculum in mora*, o que veio a gerar o consenso entre os debatedores.

Outra proposta precedente foi a elaborada pela Comissão Revisora do Código de Processo Civil, nomeada pelo Executivo Federal em 1985⁶⁵, que preferiu inserí-la dentro do Livro III, que passou a ser denominado de "Processo de Cognição Sumária", substituindo a anterior denominação de "Processo Cautelar", prevendo as seguintes hipóteses:

" I - ocorrendo a revelia, haja prova documental convincente da pretensão do requerente; II - a contestação oferecida pelo réu careça de consistência nos pontos fundamentais do litígio, evidenciando-se como injusto prejuízo para o autor a dilação, para final, da tutela pretendida".

Como se vê, a questão já era debatida seriamente há alguns anos, sendo estas algumas das propostas que contribuíram para a versão definitiva. Saber se a forma encontrada pelo

⁶⁴ - in op. cit. p. 32

⁶⁵ formada por Luís Antônio de Andrade, José Joaquim Calmon de Passos, Sérgio Bermudes, Joaquim Correia de Carvalho e Kazuo Watanabe.

legislador foi adequada, quais os contrastes com as propostas anteriores, são questões a serem abordadas logo adiante.

A REFORMA NA PRÁTICA

Já se viu da importância da implantação em nosso sistema da possibilidade de antecipar a tutela. Resta agora verificar se o modo com que tal instituto foi consagrado no Código de Processo Civil é realmente adequado para a finalidade pregada pela doutrina, bem como a maneira pela qual se deve operá-lo. Para tanto se faz necessária uma análise primeira acerca da natureza jurídica do instituto, a partir da qual se proceda a uma análise crítica do texto legal, propondo soluções para os principais questionamentos dele advindos.

Como forma de referência rápida, de modo a se evitar a constante busca em outras fontes, que por vezes interrompe ou prejudica a leitura e compreensão do texto jurídico, transcreve-se o art. 273, do CPC, que daqui em diante será analisado de maneira mais específica:

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.

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

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

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

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

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

a) *Natureza Jurídica*

Cabe aqui analisar a natureza jurídica da tutela antecipatória em si, olvidando, por um momento, da natureza da decisão que a concede ou denega. A abordagem sob o ângulo da natureza do julgamento acerca da antecipação será procedida adiante, no tópico que trata dos Recursos dele cabíveis, por se entender sistematicamente melhor situada.

A busca da natureza jurídica da antecipação de tutela visa situá-la dentro do arcabouço do Direito Processual, de modo que, ao tratá-la, o jurista não possa fazê-lo sob ângulos não permitidos pela natureza do instituto.

Processualmente, a discussão que pode ocorrer cinge-se a definir a tutela antecipada dentro ou fora das chamadas medidas cautelares, saber se o legislador a situou corretamente dentro do Livro do Processo de Conhecimento, ou se estaria melhor estabelecida no campo do Processo Cautelar.

O critério geográfico, por si só, ao certo não seria suficiente para definir a natureza jurídica da tutela concedida, pois é sabido que a técnica legislativa nem sempre é a desejada, sempre comportando a análise técnica e a crítica da

doutrina. No caso concreto presente, porém, a inserção da antecipação de tutela dentro do Livro I do Diploma Processual Civil (Processo de Conhecimento) parece ter sido muito feliz, ao menos dentro do espírito que ditou os rumos da Reforma do Código⁶⁶.

Não se pode negar que a antecipação de tutela tenha caráter diverso das medidas cautelares. Insistir que tal conclusão não pode se basear apenas na sua situação dentro da "geografia" do Código nunca é demais, de modo que as conclusões adiante externadas não possam sofrer a crítica de serem meramente legalistas, sem se preocupar com o real significado dos conceitos científicos. Bastaria, para justificar a diferenciação, lembrar do caráter instrumental das cautelares, que visam garantir a efetividade do processo, ou seja, acautelar no sentido de que uma vez reconhecido o direito material ao término do feito, este direito possa ser efetivado em favor de seu titular. Já na antecipação de tutela o que ocorre é a própria satisfação antecipada do direito material que se busca pelo processo.

⁶⁶ Alguns, como Ovídio Baptista da Silva, preferiam solução legislativa mais radical, que superasse de vez por todas a dicotomia conhecimento/execução, ressaltando que a introdução de medida liminar antecipatória faria com que o processo de conhecimento fosse quebrado em sua ordinariade, não mais se justificando a separação entre conhecimento e execução no corpo do CPC. Vê, contudo, (op. cit. p. 130) que tal opção pode ter sido deliberada no legislador de forma a não denunciar a real extensão das alterações.

Esta visão, destarte se mostre a correta, e, felizmente, aceita pela grande maioria daqueles que se dedicaram a pensar sobre tal inovação, gera uma gama variada de críticas, ou de barreiras a serem superadas no sentido de se demonstrar a corretude da conclusão de que a tutela antecipada não se confunde com a tutela cautelar. Vários são estes entraves, que merecem ser analisados e refutados, sob pena de sujeição à crítica pelo temor ao enfrentamento de tais questões.

Marinoni cita a visão carneluttiana⁶⁷ de que é somente a sentença que pode compor a lide, como uma das principais barreiras para se admitir que a tutela antecipada é mais do que "tutela do processo". É uma visão montada sob o ponto de vista da Teoria Unitária, para a qual as normas de direito material não são suficientes para compor a lide, a qual somente pode ser resolvida em sede de sentença fundada em cognição exauriente. As "sentenças" fundadas em cognição sumária jamais seriam, sob tal modo de ver, mais do que cautela, sem terem aptidão para "satisfação do direito". As várias críticas atrás lançadas sobre os mitos da neutralidade, da *ordinariedade*, da *nulla executio sine titulo*, são suficientes para demonstrar que tal posicionamento não pode mais encontrar respaldo na doutrina, na medida que afastados da exigência de se dar efetividade aos direitos procurados através do processo. Se assim não fosse, toda a crítica construída frente à distorção do uso da tutela

⁶⁷ in op. cit. p. 46

cautelar com finalidades satisfativas perderia o sentido, ou seja, num primeiro momento se critica o uso das cautelares com escopo satisfativo, por se entender que as cautelares deveriam limitar-se ao seu aspecto instrumental, ou seja, de forma a tutelar o processo e não o direito material, para, no momento em que o legislador procura enfrentar o problema, incluindo no rol legislativo remédio capaz de atender às necessidades do processo moderno, voltar a criticar, agora sob o argumento de que a tutela antecipada nada mais é do que simples cautelar. Ora, se cautelar fosse, não teria sentido a crítica anteriormente efetuada diante da concessão das cautelares satisfativas, e não haveria a necessidade de se instituir a tutela antecipada, na medida que seria cientificamente possível admitir-se a satisfatividade no âmbito das cautelares. Justamente diante do caráter acautelatório do processo é que não se admitia a concessão de cautelar satisfativa, se a tutela antecipada não tem uma correlação necessária com a cautela do processo, mas sim visa antecipar o próprio direito material, é evidente que não pode ser confundida com as cautelares. A relutância de alguns críticos parece mais de índole ideológica do que jurídica, na medida que justificavam, até com razão, a impossibilidade de concessão de tutela satisfativa no âmbito cautelar, sob o argumento de que a cautelar era meramente instrumental em relação ao processo, para, no momento em que o legislador torna desnecessária tal aberração, através da previsão da possibilidade de se antecipar o próprio bem buscado

através do processo, negar a tal instituto o caráter satisfativo, querendo lhe taxar de cautelar. A contradição é flagrante, confirmando que não se pode confundir antecipação de tutela com cautela⁶⁸.

A simples análise do conceito de provimento cautelar já derruba, portanto, a idéia de que a tutela antecipada possa ser confundida com cautela. Esta visa garantir justamente o que aquela satisfaz (v.g. seria cautela determinar a um escultor que não se utilizasse de uma argila especial, cuja propriedade é reclamada por outro, enquanto seria antecipação de tutela entregar tal material àquele que diz (e prova por verossimilhança) ser o proprietário, para que dele disponha como bem lhe aprouver).

Ovídio⁶⁹ mostra ainda outro argumento, na mesma esteira, em que poderia se apegar a crítica que pretende ver como simples cautela a tutela antecipada:

"Haveria, ainda, outro argumento capaz de ser usado pelos que pretendessem sustentar a natureza

⁶⁸ O conceito de provimento cautelar trazido Antonio Carlos de Araújo Cintra e outros *in op. cit.* p. 280, bem esclarece a questão, podendo ser resumido na passagem lá contida "uma terceira atividade, auxiliar e subsidiária, que visa assegurar o êxito das duas primeiras (conhecimento e execução): trata-se da atividade cautelar".

⁶⁹ *In op. cit.* p. 131.

de simples decisões interlocutórias das liminares antecipatórias, excluindo-as do meritum causae. Como se sabe, Calamandrei insistira em que as medidas antecipatórias, concedidas sob forma de liminares, não seriam nem mesmo providências executiva, mas simples medidas cautelares (Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari, 1936, n. 35 e 36), portanto estranhas ao meritum causae."

A visão de Calamandrei, sem dúvida, sucumbe diante dos mesmos fatos já expostos quando se analisou a visão trazida pela Teoria Unitária, ou seja, pelo fato de que no provimento cautelar o que se tem em mente é a proteção do direito material em discussão de modo que se garanta a efetividade do processo quando este chegar ao seu final, enquanto na tutela antecipada se satisfaz diretamente o direito perseguido, atuando de modo a entregar o direito antes da sentença de mérito.⁷⁰

Destarte tais barreiras, a quase totalidade da doutrina fez por distinguir a tutela antecipada da tutela cautelar. Alguns, contudo, persistem defendendo a idéia de que a tutela antecipada nada mais é do que cautela. É o caso de Antônio

⁷⁰ A discussão acerca da natureza jurídica da decisão que concede a tutela, será abordada no tópico acerca dos Recursos cabíveis de tais decisões.

Cláudio da Costa Machado⁷¹, que ao comentar a tutela antecipatória prevista no art. 273, I, aponta para ela como dotada de natureza cautelar. Sua crítica à visão da doutrina majoritária, dá-se, de maneira resumida, em três pontos, a um, diante do fato de que o "*periculum in mora*" é característica exclusiva da cautelaridade, a dois, porque o "*periculum in mora*" não pode ser reputado como fundamento processual da antecipação de tutela de mérito, e, por último, cita os casos em que a antecipação dos efeitos da sentença se coaduna com a cautelaridade.

Apesar de seus bem lançados argumentos, não lhe pode ser conferida razão ao tentar dizer que a tutela antecipatória do art. 273, I, tem natureza cautelar. Analise-se cada um dos pontos em que Antônio Cláudio da Costa Machado se apega para defender sua opinião:

No que pertine à idéia de que o "*periculum in mora*" é uma característica exclusiva da cautelaridade, o autor citado se utiliza do fato consagrado de que o "*periculum in mora*" é requisito para as cautelares, para dizer ser a tutela antecipada do art. 273, I, também dotada de caráter cautelar. Ora, o simples fato de determinada exigência ser feita para a concessão de certa espécie de provimento jurisdicional não

⁷¹ MACHADO, Antônio Carlos da Costa; *in* Observações sobre a natureza cautelar da tutela antecipatória do art. 273, I, do CPC.

importa em dizer que todo e qualquer provimento calcado nesta exigência tenha de necessariamente pertencer àquela espécie. O raciocínio parece logicamente equivocado, na medida que o autor se utiliza da existência de uma característica comum para tentar dizer iguais provimentos situados em campos diferentes. O ponto em comum das cautelares e da tutela antecipada do art. 273, "I" ("*periculum in mora*") não pode ser utilizado para ofuscar a flagrante diferença que ocorre no seu campo de atuação. Enquanto nas cautelares o que se busca é garantir que o resultado final do processo possa ter efetividade, na antecipação de tutela o que se concede antecipadamente é justamente o bem da vida perseguido através do processo, ou seja, aquele é instrumental, enquanto este atua diretamente no âmbito do direito material. A confusão seria da mesma monta se equiparássemos o homem e o papagaio, pelo simples fato de que ambos se apoiam em duas patas e falam, esquecendo de que diferem justamente na sua essência, ou seja, na razão.

O segundo ponto da crítica de Antônio Cláudio da Costa Machado repousa no argumento de que o "*periculum in mora*" não pode ser reputado como fundamento processual de antecipação de tutela de mérito. Para tanto diz não ser possível justificar a compatibilidade da aceleração do provimento de mérito com o condicionamento típico da cautelaridade. Sua abordagem é rebatida pelo mesmo fato exposto ao se analisar o primeiro óbice levantado pelo autor, eis que seu entendimento é calcado

na premissa não verdadeira de que o "*periculum in mora*" é característica exclusiva da cautelaridade, quando já foi visto que não existe razão para se reduzir a cautela todo provimento que porventura contenha a exigência de "*periculum in mora*".

Por último, o autor cita casos em que entende existir compatibilidade entre antecipação dos efeitos da sentença e cautelaridade, de forma a tentar demonstrar ser a antecipação de tutela um provimento cautelar. A análise de apenas um de seus exemplos já demonstra não ser possível, a partir deles, se confundir antecipação de tutela com cautelar. Mostra a hipótese de ação reivindicatória, na qual o autor promova incidentalmente pedido de seqüestro. Se, neste caso, o autor for nomeado depositário, entende o autor que se configura a hipótese de antecipação de um dos efeitos da sentença (imissão na posse). Olvida, contudo, de que na hipótese citada a finalidade da tutela é apenas preservar o bem, pouco importando, sob a ótica da finalidade do provimento, quem seja o depositário, sendo que o fato de ser o próprio autor é apenas uma hipótese, mas não uma exigência do provimento, que tem finalidade acautelatória. Se houver a transferência da situação para o âmbito da antecipação de tutela, não se falaria mais apenas na necessidade de se preservar o bem, mas sim de se entregar o bem àquele que se diz proprietário, ou seja, satisfazer, mesmo que provisoriamente, o direito de propriedade invocado.

Ainda a título de crítica à opinião, que se refuta mas se respeita, do citado jurista, cabe registrar que da análise de seu estudo ressaltam ainda duas outras peculiaridades que apontam em sentido contrário às suas conclusões. Em primeiro lugar, sua análise foi procedida de modo restrito à antecipação de tutela prevista para a hipótese inserta no art. 273, I, do CPC, enquanto este inciso traz apenas uma das hipóteses para a concessão de um mesmo tipo de provimento. A simples análise do fato de que a mesma espécie de tutela também pode ser concedida em casos de abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório, importaria em retirá-la do âmbito cautelar. Estar-se-ia distinguindo onde o legislador não o faz, bem como haveria a tentativa de se diferenciar provimentos idênticos no seu conteúdo apenas pela sua origem. Para aclarar a crítica, se remete à hipótese factível de que haja a antecipação de tutela em caso no qual concorram tanto a hipótese do inciso I, quanto a do inciso II, na qual um único provimento teria de ser catalogado de duas maneiras, se seguida a ótica do autor. A outra peculiaridade diz respeito ao fato do autor confundir verossimilhança com "*fumus boni iuris*", dizendo que na antecipação este teria feição mais rigorosa, ao se exigir verossimilhança e prova inequívoca. Como veremos adiante, não há como se fazer tal equiparação, enquanto na verossimilhança se exige muito mais, e através de cognição sumária, do que mera "aparência".

Fica, do singelo debate de idéias, a distinção primordial entre cautelaridade e antecipação de tutela, institutos que se diferenciam justamente quanto à finalidade do provimento, eis que naquelas se busca garantir o processo (caráter instrumental) enquanto na antecipação o que se busca é justamente acolher o próprio direito almejado através do processo.

A natureza jurídica da tutela antecipada é, portanto, **satisfativa**, ou seja, trata-se de tutela satisfativa calcada em cognição sumária.

b) O "*modus operandi*"

Passa-se à análise de como o instituto deve ser operado na prática por aqueles que com ele se vêem envolvidos. Muito embora seja o evoluir da Jurisprudência que dará contornos definitivos ao instituto, uma análise criteriosa do diploma legal pode evitar uma série de questionamentos futuros, aclarando muitas dúvidas e instigando o debate em outros pontos.

b.1) A impropriedade da expressão "*poderá*"

Ao prever o art. 273 que o juiz "poderá" antecipar a tutela, poderia parecer que a antecipação de tutela é ali tratada como um faculdade do magistrado. Tal interpretação, entretanto, não se coaduna com o espírito da reforma, muito menos com a exegese sistemática do nosso processo civil.

É certo que a expressão mais adequada seria "deverá", eis que indicaria a obrigação do juiz de conceder a tutela quando presentes os requisitos para tanto. Mas, tal impropriedade vernacular não pode ser encarada como óbice a dar efetividade a tão importante instituto. Outra alternativa razoável de redação seria assim prever: "O juiz, a requerimento da parte, antecipará, total ou parcialmente ...", eis que também indicaria mais claramente que a tutela antecipada deve ser concedida sempre que a situação fática se adequar à previsão legal.

Ao se analisar o "espírito" que norteou as reformas do código de processo civil, se extrai claramente a preocupação em dar maior efetividade ao processo, bem como de dar um basta à procrastinação intentada deliberadamente por alguns réus. Ora, se houve o intento de dar uma melhor resposta aos anseios da sociedade, por óbvio que a antecipação de tutela não foi criada como uma faculdade do julgador, mas sim como um instrumento

eficaz e que deve ser concedido sempre que presentes as hipóteses fáticas elencadas pela lei.

Também sob o prisma da análise sistemática do CPC se chega a tal conclusão. Seria ilógico inserir a antecipação de tutela - quando presentes os requisitos previstos na lei - como uma faculdade do juiz, em um sistema que se caracteriza pela impossibilidade genérica de se agir de ofício, que obriga ao julgamento mesmo que não exista previsão legal acerca da matéria controvertida. Qualquer entendimento contrário seria verdadeira louvação do absurdo.

b.2) *Requerimento*

Diz o art. 273 que "O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar...". Ao fazer tal assertiva, o legislador vinculou a concessão da tutela liminar satisfativa ao requerimento da parte, ou seja, é vedado ao juiz antecipar de ofício os efeitos da tutela pretendida.

Muito embora até se possa atribuir tal vedação à exigência de neutralidade, a qual já se demonstrou ser um mito, a necessidade do requerimento da parte para a concessão da tutela antecipada é, sem dúvidas, acertada, na medida que as partes necessariamente devem estar em juízo representadas por

advogado, e somente em conjunto com esta orientação profissional é que poderão decidir acerca da conveniência e melhor oportunidade para se requerer a tutela antecipada. A antecipação de ofício, além de ferir o disposto na literalidade do requisito do art. 273, ainda poderia vir a ser contrária aos próprios interesses da parte que teria direito à tutela antecipada (v.g. na hipótese de uma discussão acerca de propriedade de determinado bem que, diante dos altos custos de manutenção ou necessidade de um alto investimento inicial, somente interesse a quem o postula se cercado da "certeza" da coisa julgada).

O Juiz, sem sombra de dúvidas, pode, em determinadas situações, agir de ofício no sentido de se evitar o perecimento de direitos que se busquem pelo processo, mas tal agir não se faz com base no art. 273, eis que vedada a antecipação de ofício de provimento acerca do próprio mérito da causa. Quando o juiz agir de ofício deverá fazê-lo sob o manto do poder geral de cautela que lhe é atribuído pelo art. 797 do diploma processual civil. Tem-se, deste modo, que o juiz somente pode agir de ofício nas hipóteses que tal ação lhe for permitida a nível de poder de cautela, ou seja, para assegurar que o provimento final possa ter utilidade, mas não para antecipar a própria providência objeto do pedido.

Aliás, tal vedação já vem inserta no art. 2º. do CPC, que prevê a impossibilidade genérica da função jurisdicional ser prestada de ofício.⁷²

b.3) *Antecipação total ou parcial*

Prossegue o legislador afirmando que o juiz, em sede deste instituto, deve "... *antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida ...*". Cabe aqui uma análise mais profunda no sentido de se definir o que quer dizer antecipar os efeitos da tutela pretendida.

Ovidio Baptista da Silva já previa espécie de tutela antecipatória, ao tratar dos processos interditais no seu Curso de Processo Civil⁷³, e definia que se tratavam de decisões liminares que antecipam, em parte, o resultado da futura sentença de procedência da ação. Diz que o resultado da futura sentença é antecipado em parte justamente por negar a possibilidade de se anteciparem todos os efeitos da sentença.

⁷² Egas Dirceu Moniz de Aragão adverte, contudo, que diante de casos especialíssimos, e por isto mesmo impossíveis de enumerar, poderá o Juiz antecipar a tutela, advertindo que a exceção apenas faz por confirmar a regra; *in op. cit.* p. 238, nota de rodapé.

⁷³ *In op. cit.*, vol. I, p. 106

No seu trabalho sobre a antecipação da tutela, Ovídio⁷⁴ aprofunda tais ensinamentos. Inicialmente demonstra que as liminares antecipatórias não antecipam mérito, eis que não julgam pela procedência ou improcedência da ação, antecipando efeitos, mas nunca julgamento. Na realidade o que quer dizer o Ilustre mestre gaúcho é que jamais teremos antecipação de *declaração*, eis que antecipar-lhe seria antecipar o próprio julgamento de mérito, nem antecipação de *condenação*, na medida que, para declarar liminarmente condenado o réu, a liminar teria de conter juízo declaratório. Na mesma esteira nega a possibilidade de se antecipar *constituição*.

Daí concluir que a tutela antecipada do art. 273 pode antecipar efeitos, mas jamais o conteúdo, das ações declaratórias, constitutivas e condenatórias, na medida que só são passíveis de antecipação os efeitos não normativos (práticos) da sentença. Define, então, que somente podem ser antecipados os efeitos *executivos* e *mandamentais* das sentenças.

Marinoni⁷⁵ bem esclarece o problema:

" A tutela, portanto, não é antecipada e não há antecipação da tutela ou dos seus efeitos. A tutela dita antecipatória produz o efeito que

⁷⁴ *in op. cit.* p. 131 e segs.

somente poderia ser produzido ao final. Um efeito que, por óbvio, não descende de uma eficácia que tem a mesma qualidade da eficácia da sentença."

Isto tudo vem a demonstrar a importância de se ter sempre em mente a lição de Pontes de Miranda acerca da classificação das ações, pois só através destas noções se pode definir com precisão quais são realmente os efeitos que podem ser antecipados.

Resumindo, tem-se que é possível antecipar apenas mandamento e execução, na medida que declaração, constituição e condenação apenas podem resultar de cognição exauriente. Isto não importa, contudo, em retirar a possibilidade de se antecipar a tutela nas ações ditas declaratórias, constitutivas e condenatórias. Nestas ações, portanto, o que se antecipa não é o próprio objeto do pedido, mas sim se antecipa determinado efeito jurídico que dá ao autor uma providência útil baseada em um juízo de verossimilhança indicativo de sentença de procedência.

Vê-se, do acima aduzido, que ao falar em antecipação total ou parcial, a lei somente pode estar se referindo aos efeitos executivo ou mandamental. Ou seja, se diz que há antecipação total quando se antecipa totalmente o efeito

⁷⁵ *In op. cit.* p. 32

executivo ou mandamental perseguido (v.g. na ação condenatória se antecipa totalmente o efeito executivo, pela antecipação da realização forçada do direito buscado). Teremos antecipação parcial, portanto, quando esta disser respeito apenas a uma parcela do direito buscado.

Outra não poderia ser a conclusão, na medida que, se estiverem presentes todos os efeitos, ter-se-á então de forçosamente admitir que já se tem sentença de procedência e não mais antecipação.

b.4) *Pedido inicial (ou quem pode pleitear a antecipação)*

O que se antecipa, como já visto no tópico anterior, são efeitos, e estes, no dizer do legislador, são "os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, ...".

Deste modo, se o autor pleiteia determinada soma em dinheiro, a decisão antecipatória pode determinar que lhe seja entregue antecipadamente toda a quantia, ou parte dela, como no caso de existir parcela incontroversa.

Vê-se que, justamente por se referir a lei à antecipação dos efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, é somente a quem postula uma sentença de procedência que se pode aplicar o

instituto. Ao mesmo tempo é evidente que a tutela também pode ser antecipada em outras ações surgidas em virtude da primeira, ou seja, sendo cabível em sede de embargos (do devedor ou de terceiros), reconvenção, ou outras medidas autônomas correlatas à principal que possam ser apresentadas por aqueles que não são autores nesta.

Egas Moniz de Aragão⁷⁶ diz padecer o instituto de inconstitucionalidade, sob o ponto de vista de que somente se aplica ao autor. Este entendimento, com todo o respeito que merece este grande baluarte do estudo do processo, não parece ser o mais correto, na medida que a tutela antecipada não faz qualquer espécie de discriminação com o réu, pelo simples fato de não ser compatível com a posição de réu. Simplesmente não é possível antecipar tutela em relação ao réu, na medida que este não faz pedidos, simplesmente lhe sendo dado clamar pela improcedência, o que por óbvio não pode ser antecipado, pelo caráter declaratório, assim como não se pode antecipar a procedência, a qual se verifica apenas ao término do processo. O entendimento de que realmente o instituto padeceria de inconstitucionalidade importaria também em taxar de inconstitucionais as exceções passíveis de serem opostas às ações, eis que as mesmas são privilégios do réu. A tutela antecipada, portanto, nada tem de inconstitucional, até porque esta não pode ser taxada de discriminatória, na medida que, em

⁷⁶ *in op. cit.* p. 237

hipótese, é aplicável a qualquer cidadão, enquanto este pode ser tanto autor como réu, dependendo da situação da vida.

b.5) *Prova inequívoca e Verossimilhança*

Prevê o art. 273, como requisito comum às hipóteses de tutela antecipada, que esta será concedida "desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:".

É sentimento geral que a primeira leitura de tal passagem provoca "arrepios" tanto aos cultores da lógica jurídica, quanto aos apreciadores da língua portuguesa. Tudo diante da inegável contradição que existe entre os termos "prova inequívoca" e "verossimilhança". A simples leitura do dicionário (inequívoco = claro, que não permite dúvida e verossímil = semelhante à verdade, que parece verdadeiro) bem demonstra que os termos não se coadunam logicamente. Aquilo que é inequívoco, portanto, é mais do que verossímil, na medida que enquanto este apenas parece verdadeiro, naquele já existe a certeza da verdade.

Na verdade se vê mais um erro legislativo, muito embora os estudiosos se esforcem para corrigí-lo, propondo saídas interpretativas para se chegar a uma conclusão razoável acerca

de tal exigência inegavelmente contraditória. Este esforço é realmente necessário, eis que a leitura da letra fria da lei, no pobreza de nossa técnica legislativa, a nada conduz.

Deve-se procurar um sentido para o termo "prova inequívoca" que melhor se coadune com a idéia de verossimilhança. Kazuo Watanabe⁷⁷ alerta que a impropriedade decorreu do fato da comissão tê-la preferido à expressão "prova documental", eis que esta era mais limitativa, e que caberá à doutrina e jurisprudência definir a melhor interpretação para a expressão contraditória.

Primeiramente, para que se possa definir em que sentido se poderá interpretar o termo "prova inequívoca", faz-se necessário um aprofundamento sobre o conceito de verossimilhança.

Da própria busca da origem da palavra se chega à conclusão que verossímil nada mais é do que aquilo que se assemelha à verdade, ou seja, para se dizer que uma alegação é verossímil, esta precisa ser bem mais do que possível e mais do que provável, enquanto possível é aquilo que simplesmente pode ser verdade e provável é o que tem probabilidade de ser verdade, a verossimilhança se aproxima ainda mais da verdade. Poder-se-ia dizer que para uma alegação ser possível bastaria

⁷⁷ *in op. cit.* p. 33

que existisse qualquer chance desta ser verdadeira, para ser provável já seria necessário que esta chance tivesse um contorno mais robusto em termos matemáticos, sendo que para a alegação ser verossímil já se exigiria que esta se aproximasse muito da certeza (v.g. podemos dizer, da pessoa que está concorrendo a uma rifa na qual existem 100 números, ser possível ela ser sorteada caso tenha adquirido um único número, ser provável seu sorteio na hipótese de ter adquirido 60 bilhetes, e ser verossímil se acreditar que ela será a contemplada caso tenha adquirido 80 números). Com o perdão do exemplo, este nos parece ser um meio fácil de se demonstrar que a verossimilhança, em termos jurídicos, é muito mais do que o *fumus boni iuris*, eis que este se aproximaria da probabilidade, sem exigir proximidade da certeza, como se dá nos casos em que se verifica verossimilhança. Alguns, como Cândido Rangel Dinamarco, colocam a probabilidade com maior grau de certeza que a verossimilhança, enquanto outros as colocam como sinônimos, como Calmon de Passos. Nenhuma das duas posições, todavia, parece ter razão, na medida que aquilo que se assemelha à verdade parece ser dela mais próximo do que aquilo que simplesmente tem probabilidade de ser verdade.

A doutrina toda se debruçou na tarefa de procurar uma alternativa razoável para se interpretar a expressão "prova inequívoca", justamente diante da incoerência de se exigí-la para demonstrar verossimilhança. Marinoni diz que somente pode

ser entendida como a "prova suficiente" para se demonstrar a verossimilhança, Egas menciona que seria uma expressão que sugere uma especial recomendação para que o julgador avalie com rigor a existência da verossimilhança. Também se fala em "prova que permita fundamentação convincente" (Calmon de Passos), "prova consistente" e "prova congruente" (Ovídio).

A interpretação caminha no sentido de se definir exegese que conduza a uma solução lógica, direção acertada, muito embora fosse desejável melhor redação legislativa.

Somente podemos entender "prova inequívoca" como sendo aquela hábil para convencer o julgador da verossimilhança da alegação que embasa o direito pleiteado.

b.6) *Fundado receio de dano*

Além da exigência nuclear de existência de "prova inequívoca" que conduza à verossimilhança da alegação (requisito comum), o art. 273 traz dois requisitos alternativos, ou seja, enquanto a prova inequívoca e verossimilhança (pressupostos concomitantes) devem existir em todos os casos de modo a tornar possível a antecipação de tutela, as hipóteses dos incisos I e II justificam,

isoladamente, ao lado do requisito comum, a concessão da tutela.

Diz a lei que a tutela será concedida quando presentes "prova inequívoca", convencimento da verossimilhança e: "*I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação;*". A antecipação deve ocorrer, portanto, quando, presentes os requisitos comuns, houver a probabilidade de dano que não se possa reparar, ou que tal reparação seja difícil.

Fundado receio de dano irreparável nada mais é do que *periculum in mora*, ou seja, guarda estreita relação, embora não se confunda, com a previsão do art. 798, do CPC. Como já alertado em item anterior ("a") o fato do *periculum in mora* ser requisito também nas cautelares não importa em confundir a natureza jurídica da liminar que concede antecipação de tutela com a de medida cautelar, na medida que estas diferem não quanto ao pressuposto, mas sim quanto à sua natureza.

Aqui estamos diante de uma hipótese em que a própria redação da lei, por si só, já se mostra capaz de indicar as hipóteses de sua aplicação. Em estando o juiz convencido, através de prova hábil para tanto, de que a alegação é verossímil, e que existe probabilidade de ocorrer dano irreparável ou de difícil reparação, isto é, havendo chance do direito vir a sucumbir, ou ser seriamente prejudicado, se não

exercido de imediato, deverá o julgador antecipar a providência invocada.

Além dos fatos de que a antecipação é do próprio direito e da cautela ser instrumental, bem como na cautela o juiz poder tomar qualquer medida assecuratória e na antecipação esta medida ter de necessariamente estar contida no pedido inicial, temos que existe outra diferença significativa, eis que na antecipação, no dizer de J. J. Calmon de Passos⁷⁸ pouco importa - "*risco objetivo*" - se a possibilidade de dano decorre de ato da outra parte, enquanto na cautelar o art. 798 exige que o receio de dano decorra da possibilidade de ato de uma parte vir a causar dano ao direito da outra.

b.7) *Abuso de direito de defesa e manifesto propósito protelatório do réu*

As outras hipóteses em que se pode antecipar a tutela são as trazidas pelo inciso II do artigo em comentário, que prevê a possibilidade de se antecipar a tutela quando presentes os requisitos comuns e: "*II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto intento protelatório do réu.*". Traz, portanto, duas alternativas, podendo haver a antecipação

⁷⁸ in op. cit. p. 197

tanto quando houve abuso na defesa como também quando se mostrar intenção do réu de protelar o processo.

São medidas punitivas ao réu que contende simplesmente para ganhar tempo, sabedor que o resultado final lhe será desfavorável. Visa evitar casos como aqueles em que o réu se vale da demora do processo para obter acordos prejudiciais ao autor.

O abuso de direito de defesa merece uma precisa conceituação, na medida que se trata de hipótese apenas agora aceita pelo nosso sistema legislativo.

Muitos dos estudiosos partiram da análise das hipóteses do art. 17 do Código de Processo Civil para tentar conceituar o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. Este modo de proceder não parece o mais apropriado, na medida que algumas hipóteses elencadas no art. 17, realmente podem ser enquadradas como abusivas ao direito de defesa, como as dos incisos I e II, ou caracterizadoras de intento protelatório, como as dos incisos IV e VI. Não existe, porém, uma relação necessária entre má-fé e abuso de direito de defesa ou protelação. No que se refere ao abuso de direito de defesa, tem-se o caso de contestação calcada em tese superada, v.g., contra entendimento sumulado, ou que se baseie em fatos que não têm o condão de levar à improcedência, às quais, frente

ao princípio de que a boa fé se presume, não se pode inquinar má-fé. Já quanto ao intento protelatório é forçoso se admitir que este, via de regra, se confunde com a litigância de má-fé, mas não guarda com a mesma uma relação de dependência, como no caso de recursos que, diante da inconsistência de seus fundamentos, possa ser entendido como meramente protelatório, o qual, por óbvio, não pode ser taxado de litigância de má-fé.

Não se sustentam, pelo demonstrado, opiniões, como a externada por J. J. Calmon de Passos⁷⁹, que vinculam uma coisa à outra, dizendo que o deferimento da antecipação calcado no inciso II do art. 273, implicaria no reconhecimento e aplicação das penalidades da litigância de má-fé.

J. E. Carreira Alvim⁸⁰ sustenta que o abuso de direito de defesa ocorre quando faltar uma "séria contestação". Já Arruda Alvim⁸¹ fala em contestação desprovida de "plausibilidade" como demonstrativa de abuso de direito de defesa e que haveria intento protelatório quando o réu continuasse a perseguir a demonstração da tese esposada em defesa mesmo tendo esta "perdido a plausibilidade".

⁷⁹ *in op. cit.* p. 200

⁸⁰ *in op. cit.* p. 73

⁸¹ *in op. cit.* p. 101

Para se caracterizar o abuso no direito de defesa deve o réu extrapolar os limites a ele assegurados pela garantia de ampla defesa, ou seja, em hipóteses tais como: aquelas em que os fundamentos da contestação não sejam suficientes para impedir, modificar ou extinguir o direito invocado pelo autor; quando a contestação se fundar em teses jurídicas superadas ou mesmo visivelmente infundadas; quando a contestação nega fato incontroverso ou altera a verdade; bem como em toda e qualquer hipótese em que o Juiz, da simples leitura da contestação, possa justificar fundamentadamente que a mesma é abusiva, ou seja, não traz fundamentos relevantes capazes de conduzir a uma sentença de improcedência.

É evidente que, se é possível adiantar-se a tutela, fulcrada em abuso de direito de defesa quando faltar "contestação séria", a antecipação justifica-se plenamente em casos tais como o de falta de contestação de determinado pedido, ou de parcela do pedido, eis que em tais hipóteses não só faltaria uma "séria contestação", como simplesmente não haveria contestação sobre aquelas verbas.

O "manifesto intento protelatório do réu" ocorre toda vez que o integrante do pólo passivo da demanda atua, quer no processo, quer "fora" dele, de modo a evidentemente procurar postergar a decisão de mérito. Pode ocorrer, inclusive, antes do momento de apresentação da defesa, como no caso em que o réu

procura se furtar ao recebimento da citação. O intento protelatório mostra-se, no processo, em várias hipóteses, como aquela em que o réu provoca incidentes infundados, ou interpõe recursos desprovidos de fundamentação apta à reforma, ou recorre de matérias não previstas para aquele determinado recurso. "Fora" do processo, se é possível assim referir-se, também são inumeráveis as possibilidades de se agir de modo a protelar o agir jurisdicional, como nos casos de ocultação de provas, retenção dos autos, pedidos sucessivos de adiamento, enfim, atos do réu, ou de seu procurador, dos quais se denote a nítida intenção postergatória.

Não possui, portanto, relação necessária com a plausibilidade, ou não, da defesa, na medida que pode haver a caracterização da intenção protelatória também naqueles casos em que a defesa se mostra como passível de ser acolhida. Não se quer dizer, entretanto, que a mera existência de intento postergatório seja apta a autorizar o deferimento da tutela antecipada, eis que não se pode olvidar que somente após constatada a verossimilhança da alegação, através de prova suficiente para tanto, se perquerirá acerca da caracterização de propósito protelatório.

Marinoni⁸² cita algumas hipóteses (parcela não contestada, prova de parcela do direito afirmado, abuso do direito de recorrer) em que se justifica a concessão da tutela antecipada. Para a presente abordagem julga-se necessário apenas saber caracterizar determinada situação como de abuso de defesa ou de claro intento protelatório, sem adentrar no sem número de fatos que podem ensejar a antecipação com fulcro no art. 273, II, do diploma processual civil. A análise casuística, muito embora se registre nunca poder ser exaustiva, sempre cabendo ao julgador verificar, diante do caso concreto, a adequação entre o fato e a norma, será feita quando se adentrar à problemática da antecipação de tutela no campo do processo do trabalho, razão última do presente estudo.

b.8) *Necessidade de fundamentação*

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

Esta é a redação da exigência, aparentemente desnecessária, inserta no parágrafo 1º. do artigo em questão. A aparente desnecessidade de tal lembrança decorre da existência de exigência constitucional (art. 93, X, da Constituição

⁸² *in op. cit.* p. 64 e segs.

Federal de 1988) de que as decisões judiciais devem ser sempre motivadas.

Muito embora alçada a nível de garantia constitucional, a exigência de motivação é por muitas vezes relegada a segundo plano, sendo que várias decisões, como as liminares proferidas em sede de ação cautelar, via de regra se utilizam de motivação por demasiado concisas, para não dizer lacônicas, em verdadeiro acinte à exigência constitucional. É justamente no sentido de se evitar tais decisões, que na realidade nada têm de conteúdo nas típicas palavras padronizadas como se fossem os seus motivos decisórios, que o legislador da reforma processual inseriu no parágrafo 1º. a exigência de motivação clara e precisa no sentido de se demonstrar os motivos que levaram à concessão, ou não, da tutela. É evidente que, apesar de não constar no texto legal, a mesma motivação se faz necessária em caso de indeferimento do requerimento de tutela antecipada.

Da exigência expressa de motivação decorre a necessidade de que a decisão analise e justifique, ponto a ponto, a presença dos pressupostos para a concessão da liminar antecipatória. Da leitura da decisão deve o destinatário poder extrair o porquê de cada entendimento do magistrado. A decisão deve trazer no seu bojo os motivos que levaram ao convencimento de que existe prova capaz de demonstrar a verossimilhança das alegações da inicial, o porquê do receio de dano irreparável ou

de difícil reparação, ou, o motivo pelo qual se concluiu existir abuso do direito de defesa ou manifesto intento protelatório do réu. Somente agindo de tal forma estar-se-á entregando de forma completa a prestação jurisdicional.

b.9) *Irreversibilidade do provimento antecipado*

Ponto que merece profundo questionamento é o que diz respeito à impossibilidade de se antecipar a tutela quando houver risco de que o provimento a ser antecipado não possa ser revertido.

Assim ficou definitivamente redigido o parágrafo 2º. do artigo 273:

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

Tal vedação deve ser analisada com o devido cuidado de não se desvirtuar a modernidade do instituto. Não se pode premiar, sob o manto do discurso ideológico da segurança jurídica, aquele que muito provavelmente não tem razão, mas conta com a arma da demora processual, em detrimento daquele que tudo leva a crer ter razão, mas verá perecer seu direito,

ou obtê-lo quando não mais é útil, caso seja obrigado a aguardar o desenrolar dos longos caminhos do processo.

Mister se faz que os aplicadores tenham a necessária ponderação para analisar a proporcionalidade entre a importância dos direitos envolvidos. Da mesma maneira que é patente não se dever, de regra, antecipar a tutela quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos fáticos do provimento antecipado, deve o julgador também levar em conta que existem um grande número de situações que comportam a inversão do risco do processo. São casos especiais, mas não por isso raros, como aqueles em que a própria subsistência do autor depende da concessão de uma tutela parcial antecipada, ou quando existe um momento exato para ser usufruído o direito e a não antecipação implicaria no seu perecimento definitivo. Deve, portanto, haver muito bom senso, ponderação entre a importância dos interesses conflitantes e, principalmente uma acurada análise do caso concreto, no sentido de se poder justificar decisão antecipatória que gere o risco de irreversibilidade dos efeitos do provimento. A regra, que diz não se dever conceder a tutela antecipada quando houver o risco de irreversibilidade, comporta uma gama de exceções, nas quais, diante do caso concreto, pode o juiz sacrificar o direito do réu à garantia contra a irreversibilidade, em benefício de um interesse mais relevante juridicamente. Poderá, aí, se inverter o risco da demora em favor do autor que comprovadamente tem necessidade

urgente de uma tutela que se mostra, por cognição sumária, verossímil de lhe ser devida.

A maciça maioria da doutrina oriunda daqueles que seriamente se dedicaram a versar sobre o tema da tutela antecipatória, concorda, em grau mais ou menos elástico, com as conclusões ora externadas.

Para Marinoni⁸³, inicialmente se deve ter a idéia clara de que irreversibilidade do provimento não se confunde com a irreversibilidade dos efeitos fáticos do provimento, e que o citado parágrafo 2º. do art. 273, se refere à irreversibilidade do provimento e não dos seus efeitos de fato. Ou seja, a vedação da antecipação de tutela em casos de possível irreversibilidade do provimento, aplica-se apenas no sentido de se proibir a antecipação de declaração ou constituição, ou seja, dos elementos capazes de dar à decisão os efeitos da coisa julgada. Fora destes casos não se pode falar em irreversibilidade do provimento, na medida que este é passível de ser revogado a qualquer momento, ou quando do julgamento final do processo. Cita o exemplo francês, no qual a evolução doutrinária e legislativa fixou a proibição apenas para os casos em que a antecipação possa vir a prejudicar a própria cognição futura, ou seja, venha a predeterminar o julgamento da causa. Segundo suas lições, na esteira de tal exigência, se

⁸³ *in op. cit.* p. 74 e segs.

fixa a idéia de que a provisoriedade da tutela antecipada dá-se justamente na sua incapacidade para a declaração. Não olvida, contudo, apesar de afirmar que a vedação se dá apenas em relação à hipótese de irreversibilidade do próprio provimento, e não de seus efeitos fáticos, que a tutela antecipatória que importe em possibilidade de irreversibilidade dos efeitos fáticos requer especial atenção do legislador:

" É inegável que a tutela sumária que pode causar um prejuízo irreversível requer prudência. Mas ninguém está autorizado a confundir prudência com medo. A tutela antecipatória fundada no inciso I do art. 273 deve ser utilizada nos limites em que é necessária para evitar um dano e, em casos excepcionais, nos limites necessários para se evitar um mal maior, já que o juiz, por lógica, para evitar um mal menor, não pode correr o risco de assistir ao mal maior."⁸⁴

Ressalta-se, de tal ponto de vista, uma preocupação comum a todos os que versaram sobre o tema, eis que uma leitura menos atenta e não preocupada com a efetividade do processo, poderia transformar a exigência do parágrafo 2º. em obstáculo intransponível à antecipação de tutela. Vale ressaltar, ainda a

⁸⁴ *in op. cit.* p. 86

lição de J. E. Carreira Alvim⁸⁵, quando afirma, discorrendo sobre a irreversibilidade, que a mesma deve ser interpretada "*cum grano salis*", eis que entendimento rígido implicaria em dizer que a própria sentença de mérito transitada em julgado ainda mereceria ressalvas, na medida que ainda atacável por rescisória.

A importância e profundidade do tema é tamanha, que doutrinadores como J. J. Calmon de Passos⁸⁶, chegam a dizer, desvirtuando por completo o espírito da reforma, que nos casos de infungibilidade, a antecipação só será possível se o exequente tiver idoneidade financeiras para repor as coisas ao estado anterior. A injustiça de tal posicionamento é gritante, e até inconstitucional, na medida que se estaria negando a Jurisdição àqueles menos favorecidos, que são os que justamente dela mais precisam. A inviabilidade e iniquidade do critério econômico já haviam sido diagnosticadas por Kazuo Watanabe⁸⁷, ao analisar a irreversibilidade.

A clareza de suas conclusões fez com que se elegesse a passagem muito feliz de Egas Dirceu Moniz de Aragão⁸⁸, de forma a concluir o presente tópico:

⁸⁵ *in op. cit.* p. 73.

⁸⁶ *in op. cit.* p. 210.

⁸⁷ *in op. cit.* p. 34.

⁸⁸ *in op. cit.* p. 241.

"Quer a lei, portanto, que a tutela somente seja adiantada se comportar reposição no estado anterior. Esse elogiável cuidado poderá, no entanto, frustrar a aplicação dos preceitos legais precisamente nos casos em que é maior a necessidade de proteger os que ficam mais facilmente expostos a sucumbir enquanto perdura o processo. Esse dispositivo representa o maior desafio lançado aos exegetas e aplicadores da lei. Basta pensar em casos similares aos de alimentos para perceber que o dano decorrente de não antecipar poderá ser maior que o de não reverter ao estado anterior. Somente pelo confronto dos interesses em litígio e aplicando o princípio da proporcionalidade será possível equacionar e solucionar o problema."

b.10) Atuação da tutela antecipada

A redação do parágrafo 3º. do art. 273 se refere a execução da tutela antecipada:

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

Já os incisos II e III do citado artigo 588, do CPC, têm a seguinte redação, referindo-se aos princípios que regem a execução provisória:

II - não abrange os atos que importem alienação do domínio, nem permite, sem caução idônea, o levantamento de depósito em dinheiro;

III - fica sem efeito, sobrevindo sentença que modifique ou anule a que foi objeto da execução, restituindo-se as coisas no estado anterior.

Inicialmente, cabe deixar claro que da própria redação do parágrafo 3°. do art. 273, pela inclusão da expressão "no que couber", se vê que nem sempre se dará a execução com a observância do contido nos incisos citados do art. 588 do CPC, na medida que, como já exposto no item anterior, vários são os casos a se exigir a antecipação de tutela com risco de irreversibilidade dos efeitos fáticos do provimento.

Marinoni⁸⁹ demonstra que a melhor denominação seria a de atuação, e não execução, eis que a aplicação da tutela antecipada não constitui "execução" propriamente dita, bem como que esta atuação não pode ser taxada de execução provisória, eis que esta, na realidade se trata de execução incompleta fundada em cognição exauriente não definitiva, enquanto a atuação da tutela antecipatória se dá através de " "execução" completa ou incompleta fundada em cognição sumária.". Por tais motivos se vê que a atuação da tutela sumária satisfativa poderá se dar tanto de modo incompleto (provisório), quanto de modo completo, tudo a depender das necessidades do caso concreto.

É certo, também, que a atuação da tutela antecipada, além de não ser necessariamente incompleta, também nem sempre deverá observar os moldes do procedimento da execução. Dependendo da espécie de tutela pleiteada, poderá o juiz fixar, quando da decisão que antecipa a tutela, o melhor meio de dar atuação à mesma, ou seja, tanto poderá se valer do procedimento da execução, como também é possível dar atuação através de simples mandado, quando a tutela o comportar.

À primeira vista, a menção aos incisos II e III, do art. 588, poderia parecer indicativo de que o legislador vedou a concessão de tutela antecipada em casos que importem em

⁸⁹ in op. cit. p. 86 e segs.

alienação de domínio, ou levantamento de soma em dinheiro. Acontece, contudo, que a expressão "no que couber" abre um largo espectro de liberdade ao magistrado, demonstrando que não há a necessidade de se observar as disposições dos incisos do art. 588 citados no parágrafo 3º. do art. 273, quando a tutela que se antecipa não se coadunar com tais exigências. É o caso da antecipação de tutela concedida no sentido de se obrigar o réu a pagar quantia certa, hipótese para a qual Kazuo Watanabe⁹⁰ encontra respaldo justamente na ressalva "no que couber" contida no parágrafo em questão.

Conclui-se, portanto, que na realidade não se dá realmente "execução" da tutela antecipada, na medida que não existe uma ação de execução propriamente dita. O que pode ocorrer é a utilização das normas do processo de execução como "parâmetro operativo", como definido por Bruno Capponi⁹¹ em feliz expressão. O julgador é livre, portanto, para fixar na decisão que antecipa a tutela, o modo pelo qual dar-se-á sua atuação, podendo simplesmente determinar ao réu na própria decisão que cumpra determinada ordem, fixando multas ou outras

⁹⁰ *in op. cit.* p. 35. Kazuo Watanabe, porém, cita que no pagamento de quantia certa o que se antecipa é o provimento condenatório, no que diverge das conclusões do presente trabalho, que compartilha do posicionamento já citado de Ovídio Baptista da Silva, no sentido de que o efeito condenatório não comporta antecipação, por conter estreita relação com o efeito declaratório, que também não se antecipa. Haveria, portanto, no caso de pagamento de quantia certa, antecipação do efeito executivo de uma futura sentença condenatória.

⁹¹ Citado por Marinoni, *in op. cit.* p. 91.

penalidades para o caso de descumprimento, optar por utilizar as normas do processo de execução, se for o caso, como, v.g., na antecipação de pagamento de soma em dinheiro, ou qualquer outra medida necessária e juridicamente aceitável para satisfazer o direito à tutela antecipada.

Sempre deve ser levado em conta, entretanto, a obrigação de se optar, dentre os modos de atuação hábeis a efetivar a tutela antecipada, por aquele que cause o menor gravame possível ao réu, bem como que os atos que importem em alienação de domínio e outros de efeitos práticos passíveis de irreversibilidade, devem ser analisados com maior cuidado, somente se justificando nas hipóteses em que a análise da importância dos bens jurídicos em questão demonstre a necessidade extrema de se sacrificar a exigência da não irreversibilidade dos efeitos do provimento.

A passagem trazida por Egas Dirceu Moniz de Aragão⁹² merece menção, na medida que sintetiza bem a necessidade de se coadunar tais exigências, aparentemente antagônicas:

" Como o # 3º. do art. 273 ressalva que os dois incisos do aludido art. 588 serão aplicados "no que couber", resulta certa liberdade aos magistrados para amenizarem seu rigor, pois do

⁹² in op. cit. p. 244.

contrário o adiantamento autorizado pela lei poderá tornar-se inócuo, senão no todo, ao menos parcialmente. A concessão e a efetivação da tutela antecipada envolvem necessariamente certa dose de risco (por isso reclamada dos juizes a maior atenção), contudo a invocação dessas duas normas reforça a regra geral de, ao menos em princípio, não dever a tutela ser outorgada antecipadamente se de antemão ficar claro que os efeitos de seu cumprimento serão irreversíveis.”

Ao mesmo tempo que é inafastável o direito do réu de se opor à maneira como se pretende contra ele atuar a tutela antecipada, também é certo que não se pode abrir caminho para aceitar remédios como os embargos à execução, eis que na realidade não temos processo de execução propriamente dito, mas atuação de tutela dentro do próprio processo de conhecimento. Caberá ao réu, portanto, requerer ao juiz da causa revogação ou modificação da tutela antecipada, ocasião em que terá a oportunidade de demonstrar os fundamentos pelos quais entende ser impróprio ou exagerado o meio definido pela decisão antecipatória. Por óbvio, assim como da decisão que antecipa a tutela, caberá ao autor, em caso de se atender o requerido pelo réu, bem como ao próprio réu, na hipótese de ser indeferido seu requerimento, o recurso próprio, diante da garantia do duplo grau de jurisdição.

b.11) *Revogação ou modificação*

Estipula o parágrafo 4º. do art. 273 a possibilidade de ser modificada ou revogada a tutela:

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

A previsão decorre da provisoriedade imanente à própria tutela antecipada, eis que, como já asseverado, a verossimilhança nem sempre pode corresponder à verdade. Qualquer fato novo, que seja capaz de quebrar a robustez dos argumentos que conduziram o magistrado a decretar a verossimilhança, é suficiente para justificar a revogação da tutela antecipada. Já a sua modificação pode ocorrer tanto em benefício do autor quanto do réu, dependendo da nova circunstância surgida. Se é o autor que demonstra haver perigo de dano também em relação a outra parcela do direito buscado, ou que o réu cometeu novo ato manifestamente protelatório em relação a determinada parcela ainda não antecipada, é admissível a modificação para ampliar a tutela antecipada. Se, pelo contrário, é o réu que demonstra a existência de um fato que leva à conclusão de que a prova em que se fulcrou a conclusão de verossimilhança, em relação a determinada parcela

do pedido, não é hábil para tanto, ou que, também relativamente a parte do direito alegado pelo autor, não existe abuso de defesa onde a decisão havia assim visto (como, v. g., se o réu demonstra através de documento novo ser provável um fato alegado em defesa que a decisão antecipatória tinha tomado, por ser completamente atípico, como absurdo), também deve ocorrer a modificação, desta feita para reduzir a amplitude da tutela concedida.

Verifica-se que a modificação ou a revogação da tutela poderá ocorrer toda vez que uma nova circunstância venha a justificar uma nova decisão. Para tanto, porém, se faz necessário, em princípio, o devido requerimento da parte interessada. Embora nada conste a respeito no parágrafo em tela, temos que a necessidade de requerimento já vem implícita no próprio *caput* do art. 273, bem como na proibição de que o juiz aja de ofício.

A menção de que a revogação ou modificação pode ocorrer a qualquer tempo não implica, por óbvio, em reabrir a oportunidade de se discutir matéria já superada anteriormente, sobre a qual se opera preclusão, após esgotada a discussão possível sobre a decisão. A revogação ou a modificação somente se justifica, portanto, em se tratando de fato ainda não trazido à baila em sede de análise da decisão antecipatória.

De regra, quando a antecipação tiver sido concedida antes da sentença de primeiro grau, uma improcedência de parte desta conduz a retorno ao estado anterior, ou seja, equipara-se à revogação da tutela. Casos excepcionais, que apenas confirmam a regra, poderão levar a entendimento diverso. Justifica-se a manutenção da tutela antecipada, mesmo diante de uma sentença de improcedência, em casos nos quais a revogação possa importar em prejuízos irreparáveis ao autor, ou até mesmo no definitivo perecimento do direito em questão, mesmo diante do fato de que a sentença de improcedência redunde na inexistência de verossimilhança. Deve, pois, ser mantida a tutela antecipada, em caso de sentença improcedente, apenas e tão somente em casos especialíssimos, nos quais o receio de dano tenha características tão marcantes que possibilitem se justificar a manutenção da tutela, mesmo não mais se podendo falar em verossimilhança.

Se a regra é a revogação da tutela antecipada em caso de sentença improcedente, para que se admita sua manutenção é necessário que a sentença de improcedência tenha ressalvado explicitamente a manutenção da tutela antecipada até o trânsito em julgado.⁹³

⁹³ Em contrário, a posição de Marinoni, ao pregar que a não revogação da tutela, por meio de decisão interlocutória, levaria à conclusão de que esta permanece vigorando, cf. *op. cit.* p. 74.

Redundante, embora louvável, a exigência de que a decisão que revogue ou modifique a tutela antecipada também seja fundamentada. Isso diante do fato inegável de que a decisão que modifica ou revoga a tutela antecipada nada mais é do que nova decisão, sujeita às mesmas previsões da decisão primeira.

b.12) *Final julgamento*

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

A previsão do parágrafo 5°. somente vem a confirmar a provisoriedade imanente do provimento antecipatório, bem como que o mesmo nunca será juridicamente satisfativo de modo pleno, eis que determinados efeitos da tutela pleiteada somente são possíveis quando fundados em cognição exauriente, uma vez que só aí serão aptos a produzir a coisa julgada. Não ocorre, portanto, como na tutela cautelar, em que, muitas vezes, diante da espécie de provimento concedido, tornava-se absolutamente desnecessário o ajuizamento ou prosseguimento da ação principal.

É somente na sentença que julgue procedente a ação que estarão presentes os efeitos constitutivo, declaratório, ou mesmo condenatório, da tutela pretendida.

c) *Outras questões*

Além da análise pormenorizada das previsões explicitamente contidas na redação do art. 273, para se esgotar sua exegese faz-se ainda necessário abordar algumas questões, no sentido de se definir o procedimento que deve nortear a aplicação da tutela antecipada do art. 273. A fixação do momento oportuno para o requerimento da antecipação, bem como a natureza da decisão que se pronuncia a respeito do pleito de tutela antecipada, e a conseqüente análise da recorribilidade de tal pronunciamento, são os pontos que ainda merecem análise, no sentido de se esgotar a abordagem, tal como proposta no âmbito do presente estudo.

c.1) *Momento oportuno*

c.1.1) *Oportunidade de requerer*

O melhor que se pode dizer a respeito do momento oportuno para o pedido de antecipação de tutela, é que não existe um momento específico exigido pela lei para se requerer a tutela sumária satisfativa. A tutela antecipada, em princípio, pode ser requerida a qualquer momento compatível com a natureza do instituto.

As limitações que se impõem não decorrem de qualquer prefixação de momento adequado, ou seja, não existe no sistema legislativo qualquer previsão no sentido de que a tutela antecipada deve ser requerida em determinado número de dias após a verificação do evento que a justifique⁹⁴.

As considerações acerca do tempo, em matéria de oportunidade para se requerer a antecipação, podem se dar apenas e tão somente sob a ótica do preenchimento dos requisitos legais para a concessão da tutela antecipada. Ou seja, inexiste qualquer óbice fixado por lei, de natureza puramente temporal, que possa impedir a análise do pedido de antecipação.

O momento do pedido somente pode ser taxado de inoportuno se for logicamente incompatível com o requisito em que se fulcra o próprio requerimento de antecipação, e aí, o indeferimento não se daria baseado na extemporaneidade do pedido, mas sim pela ausência dos pressupostos legais para a concessão da tutela antecipada. O que sempre se analisa, portanto, é o próprio "mérito" do pedido de antecipação, sendo que o momento em que se dá o pleito é fator meramente acessório

⁹⁴ Muito embora alguns processualistas tenham se arriscado a fixar limites temporais, como é o caso de J. J. Calmon de Passos, que diz "Repugna-me admitir fique a antecipação a critério da conveniência do autor ...", que pretende fixar prazos específicos para que se requeira a antecipação, ou seja, um determinado número de dias após a verificação da constituição de fato novo, cf. *op. cit.* p. 201

a indicar a possibilidade, ou não, de existência do pressuposto invocado.

Assim, se pode dizer que a tutela antecipada, em decorrência da previsão do art. 273, somente pode ser pleiteada após o, ou conjuntamente ao, ajuizamento da ação (e nunca antes, por não ter caráter acautelatório). Este óbice temporal diz respeito à previsão legal de que a antecipação atua no sentido de se adiantar total ou parcialmente os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial. Daí ter-se, logicamente, como impossível requerer a antecipação caso não exista pedido inicial.

Também se pode dizer que a tutela fundada no inciso I não pode ser requerida antes de existir fato que autorize a decretação da existência de fundado receio de dano, bem como é impossível se requerer antecipação calcada em abuso de direito de defesa antes que a contestação seja exigível.

Todos estes fatores, porém, repita-se, não levam em conta um elemento puramente temporal, eis que, mesmo nas hipóteses impeditivas acima levantadas, o juiz não poderá simplesmente argüir que o momento não é oportuno, devendo, necessariamente, analisar a existência dos pressupostos e somente a partir daí, utilizar-se da impossibilidade lógica decorrente do fator tempo como argumento para indeferir a tutela pleiteada. Diversamente

de outros institutos para os quais existem prazos preclusivos, a tutela antecipada pode ser realmente requerida a qualquer momento, não podendo o juiz deixar de conhecer do pedido sob o argumento de intempestividade, devendo sempre se debruçar sobre o "mérito" do pedido, mesmo que seja para indeferí-lo pelo argumento de que o momento não comporta logicamente a existência do pressuposto invocado.

Assim como a existência de pedido inicial marca o início lógico da possibilidade de se pleitear antecipação de tutela, o trânsito em julgado também delimita a possibilidade de se requerer a tutela antecipada. Tenha-se por claro, ainda, que o requerimento pode ser feito realmente a qualquer tempo antes do trânsito em julgado, ou seja, sendo possível ser efetuado perante a segunda instância, bem como em eventual recurso especial, ou até mesmo extraordinário.

Concluindo, vê-se que o único critério relativo a tempo, quanto à oportunidade de se requerer antecipação de tutela, é na verdade mais de caráter "espacial", ou seja, a tutela antecipada pode ser requerida a qualquer momento, desde que situada dentro de um processo em curso regular, ou seja, desde o ajuizamento da ação até o seu final trânsito em julgado.

c.1.2) Eficácia Temporal

Não se pode confundir, ainda, a oportunidade de se requerer a tutela, com a sua eficácia temporal, eis que, como bem salienta Marinoni⁹⁵, o limite temporal da eficácia da tutela sumária é fixado pelo trânsito em julgado da sentença de improcedência, eis que somente após este momento é que passa a ser impossível admitir-se a manutenção da eficácia da tutela antecipada, muito embora, como atrás salientado, de regra a sentença de improcedência, por si só, independente de trânsito em julgado, importe na revogação da tutela.

Até mesmo a sentença que extingue o feito sem julgamento de mérito pode comportar, em situações especiais, a manutenção da eficácia da tutela antecipada. Esta dilação da eficácia pode ocorrer quando, diante da importância da tutela fundada em receio de dano, se justifique a manutenção da mesma em face do risco de sua revogação, conjugado com a possibilidade do autor, sanando a falha que gerou a extinção do feito, ajuizar nova ação, agora sem a mácula que ocasionou a primeira extinção. Presente tal excepcionalidade, deve o juiz que sentencia pela extinção sem julgamento de mérito, justificar adequadamente a necessidade de se manter a tutela antecipada, bem como fixar prazo razoável para que seja ajuizada nova ação, sem as falhas anteriores, sob pena de revogação da tutela.

⁹⁵ Cf. *op. cit.* p. 72.

c.2) *Natureza da decisão*

A decisão que concede ou denega o pedido de antecipação de tutela comporta duas espécies de abordagens, ambas quanto à sua natureza.

Sob o aspecto material, a decisão se aproxima muito mais das sentenças do que de mera decisão interlocutória. Ao antecipar o efeito executivo ou mandamental de uma futura sentença de procedência, o juiz está, na realidade, decidindo com base em cognição sumária, a respeito da própria relação de direito material colocada em debate. Logo, sob o ponto de vista material, não poderíamos deixar de atribuir à decisão sobre a antecipação a natureza de sentença liminar, e não de mera decisão interlocutória, eis que estas, materialmente, deveriam restringir-se àquelas em que o Juiz resolve questões incidentes não hábeis a influir diretamente na relação de direito material, ou seja, que não produziria efeitos imediatos fora do âmbito do processo. (v.g. a decisão interlocutória que indefere a produção de determinada prova, que até pode vir a influenciar no resultado final do processo, mas não tem qualquer reflexo imediato fora do âmbito processual.)

Infelizmente, sob o ponto de vista formal, não há como se chegar à mesma conclusão que se extrai da realidade. Acontece

que o parágrafo 1º. do art. 162, do Código de Processo Civil, estabelece que:

1º. Sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa.

Diante de tal exigência legal fica impossível definir como sentença a decisão sobre o pedido de antecipação, na medida que a disciplina legal acerca da decisão antecipatória prevê expressamente (art. 273, # 5º.) a necessidade de se prosseguir o processo até final julgamento. Logo, sob a análise fria extraída do texto legal, somente pode ser taxado de sentença o ato do juiz que ponha fim ao processo, o que, por óbvio, retira a possibilidade de enquadrar a decisão sobre antecipação de tutela como se tratando de sentença.

Esta diametral separação entre o sentido material e o formal do conceito de sentença decorre da ordinariedade, como já exposto exhaustivamente, com as conseqüentes exigências impostas por paradigmas ideológicos como a de neutralidade do juiz, *nulla executio sine titulo*, coisa julgada, dentre outros entraves dogmáticos que cercam, e por vezes paralisam, os que pretendem um processo mais condizente com as exigências atuais. Só se concebe como sentença, para a doutrina dominante consagrada pelo nosso sistema legislativo processual, a decisão

que coloque fim ao processo, ou seja, que declare definitivamente, após cognição sumária, com força de coisa julgada, acerca da relação discutida.

Opera-se uma separação forçada entre o mundo real (ser) e o mundo jurídico (dever-ser), pela qual se consagra o absurdo de ser encarada como sentença a decisão que extingue o feito sem julgamento de mérito por simples não suprimento de irregularidade de representação, e, ao mesmo tempo, considerar como mera decisão interlocutória aquela que antecipa a tutela de modo a entregar determinado bem da vida disputado, às vezes até de modo irreversível faticamente.

O mesmo artigo 162 do Código de Processo Civil também traz a definição legal de decisão interlocutória:

2º. Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente.

Como se afasta de plano a hipótese da decisão antecipatória ser classificada como mero despacho, não resta outra alternativa que não classificá-la, formalmente, como decisão interlocutória, muito embora, para tanto seja necessário louvar-se o absurdo.

Ovídio⁹⁶ alerta que somente a partir da construção de um sistema processual calcado na *ordinariedade*, com a proibição de juízos de verossimilhança, é que se mostra possível entender como os legisladores conseguem ignorar o conceito de sentenças liminares. Enquanto o brasileiro optou por jogar na "vala comum" das decisões interlocutórias tudo aquilo que não se confunde com a decisão última do processo, o italiano simplesmente suprimiu de seu sistema o emprego da locução "sentença interlocutória". Caminhos opostos consagrando uma mesma *ordinariedade*.

O sistema impõe a "*fórceps*" a conclusão de que as decisões sobre a antecipação de tutela devem ser tratadas como decisões interlocutórias.

Em assim sendo, cabe, para finalizar esta abordagem exegética sobre o art. 273, definir qual será o recurso cabível das decisões que se pronunciarem acerca da antecipação de tutela.

c.2.1) *Recursos*

Partindo da premissa de que o ato do juiz que concede ou denega a antecipação de tutela pretendida somente pode ser enquadrado, dentro da escassez de opções do art. 162, como

⁹⁶ SILVA, Ovídio Baptista da; *Decisões interlocutórias e sentenças*

decisão interlocutória, só resta a via do agravo de instrumento como meio de se discutir em novo grau de jurisdição acerca do pleito de tutela antecipada.

A recorribilidade imediata de tais decisões acarreta uma grave dificuldade processual, na medida que o tribunal virá a se imiscuir em matéria de mérito fora do momento adequado, interferindo, de um modo ou de outro, no futuro julgamento definitivo pelo juízo *a quo*.

Ovídio Baptista⁹⁷ assevera que esta peculiaridade, além de demonstrar *"um pernicioso desprezo pela jurisdição de primeiro grau"* faz com que a causa acabe sendo apreciada em seu mérito pelo Tribunal competente para julgar o recurso, antes que as partes tenham produzido todas as provas que lhe são permitidas, o que poderá levar a uma apreciação do mérito, em grau recursal, antes do momento adequado.

Além das felizes observações do mestre gaúcho, ainda há de se levar em conta que muito provavelmente o julgador de primeiro grau, por estar em contato direto com o problema, no momento em que se dá a necessidade da tutela antecipada, tem condições melhores para decidir do que o tribunal, em grau de

liminares, p. 142 e segs.

⁹⁷ *in op. cit.* p. 148.

recurso, muito mais afastado da problemática que o juiz de primeira instância.

Melhor seria se o legislador tivesse instituído a decisão que se pronuncia acerca do pleito de tutela antecipada como uma nova forma de provimento, ou seja, acolhendo-a, no rol do art. 162, como sentença liminar, bem como elaborado um sistema que melhor atendesse às peculiaridades da antecipação de tutela, quem sabe retendo-se a irresignação nos próprios autos, podendo ser apreciada após a sentença definitiva, ou estabelecendo um limitado número de hipóteses ensejadoras de recurso em sede de decisão acerca de tutela antecipada e determinando que nas demais hipóteses se aguardasse a sentença final.

Critério que poderia ser utilizado seria o de admitir recursos apenas em hipóteses que a tutela antecipada envolvesse algum tipo de risco para o réu, mas, esta é questão a ser tratada em outro estudo.

4. TUTELA ANTECIPADA NO PROCESSO DO TRABALHO

4.1. APLICABILIDADE

O primeiro passo é se definir acerca da aplicabilidade das normas atinentes à antecipação de tutela em sede do processo do trabalho.

Sabe-se que o direito processual civil é utilizado subsidiariamente no processo do trabalho. A subsidiariedade decorre da norma inserta no art. 796, da Consolidação das Leis do Trabalho, que traz a seguinte redação:

Art. 769. Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste título.

Este dispositivo é alvo de críticas⁹⁸ no sentido de que a subsidiariedade acaba transformando o Processo do Trabalho em mero servo do Processo Civil, retirando-lhe a tão almejada autonomia. A remissão dos casos omissos ao processo civil acaba minorando a necessidade do estudioso do processo do trabalho de pensar e criar soluções a partir de sua própria realidade, e não simplesmente transportar institutos criados com vistas exclusivas para o processo civil.

Realmente, do ponto de vista do estudo do processo do trabalho, melhor seria encontrá-lo sistematizado em codificação própria suficiente a abranger a quase totalidade dos casos que se apresentam no âmbito da Justiça Obreira. Acontece, porém, que na falta de tal resposta legislativa às necessidades do processo do trabalho, o referido artigo 769 da Consolidação representa apenas efeito, e nunca a causa, da dificuldade que assola o pensador do processo do trabalho, diante da timidez dos regramentos processuais contidos na Consolidação das Leis do Trabalho. A legislação processual trabalhista, para exemplificar, sequer define sentença, como adiante teremos oportunidade de mencionar, o que demonstra a grande distância que separa a atual legislação processual trabalhista do ideal dos cultores do processo do trabalho.

⁹⁸ A respeito, ver Teixeira Filho, Manoel Antonio; in Antecipação da Tutela & Liminares, LTr, 1996, p. 7 e seg.

Como não existe por enquanto, e não se vê esperança próxima, legislação própria e suficiente acerca do processo do trabalho, o citado artigo 769 representa a verdadeira "tábua de salvação" do processo do trabalho, na medida que as disposições da CLT são verdadeiramente insuficientes para o dia-a-dia no foro trabalhista.

Conclui-se, desta maneira, tomando-se por claro a existência de lacuna absoluta acerca da possibilidade de antecipação da tutela postulada no processo do trabalho, bem como o fato da tutela antecipada ser plenamente compatível com o título da CLT acerca do processo e com os próprios princípios básicos do processo do trabalho, que as normas do artigo 273 do diploma processual civil são plenamente aplicáveis ao processo do trabalho.

A conclusão implica em transportar para o campo do processo trabalhista toda a problemática referida no capítulo anterior. Em princípio, todas as conclusões externadas no capítulo antecedente, se aplicam da mesma forma para o processo do trabalho. As exceções se situam justamente nos pontos em que o processo do trabalho se afasta em maior grau do processo civil, como na questão da irrecorribilidade das decisões interlocutórias, o que por óbvio gerará diferenças quando da

análise dos recursos cabíveis da decisão que analisa o pedido de antecipação.

Por outro lado, o processo do trabalho apresenta um campo fértil para a antecipação de tutela, talvez até mais propício do que o próprio processo civil, tanto diante de sua casuística mais apropriada à antecipação de tutela, quanto pelo fato da própria Justiça Obreira ser, em essência, mais aberta a inovações e menos aferrada ao legalismo⁹⁹.

Para aquele que simplesmente se debruçasse sobre a legislação processual contida na Consolidação, sem ter a oportunidade de vivenciar a maneira pela qual se opera, na prática, o processamento das lides trabalhistas, o raciocínio anterior poderia parecer equivocados. Perguntar-se-ia: como se pode dizer ser mais fértil para a antecipação de tutela um processo para o qual se prevê uma única audiência (art. 849, da CLT), na qual se apresenta contestação, produzem-se as provas, lê-se e publica-se a sentença? Infelizmente, a prática mostra-se em muito distante da teoria. O que se encontra hoje em dia na Justiça do Trabalho, salvo raríssimas exceções, são Juntas de Conciliação e Julgamentos abarrotadas de processos, em número muito superior à sua própria capacidade, audiência fracionada, comportando um primeiro momento em que se recebe a

⁹⁹ Vale lembrar que o artigo 8º. da CLT prevê expressamente a possibilidade de se utilizar da analogia e da equidade para a resolução dos conflitos trabalhistas.

defesa e faz-se uma primeira proposta conciliatória, um segundo no qual se tomam os depoimentos pessoais e produz-se a prova testemunhal e se requerem outras diligências (ofícios, perícias), um eventual terceiro momento quando se encerra a instrução, faz-se uma última proposta de conciliação e se oportuniza a produção de razões finais, culminando com uma nova "audiência" na qual se publica a sentença. Entre a data do ajuizamento da reclamação trabalhista e a data da sentença, em média, decorrem quase dois anos. Na prática, o procedimento que o legislador instituiu para durar um mês ou pouco mais do que isto, prolonga-se de modo aterrador, oportunizando a algumas grandes empresas, com cacife para suportarem o tempo do processo, com a manutenção de quadros fixos de advogados, e uma estrutura especial apenas voltada para a Justiça do Trabalho, se valeram desta demora para conseguirem, às custas da perspectiva do empregado de um longo percurso para poder receber a totalidade de seus direitos, acordos extremamente vantajosos a seus cofres. Quando não conseguem convencer o empregado a aceitar as propostas ínfimas de acordo, muitas empresas se valem de todos os recursos e práticas possíveis para postergar o momento do final pagamento.

A prática mostra, portanto, a grande importância que um enfrentamento corajoso da temática da antecipação de tutela pode ter no sentido de se fazer uma Justiça do Trabalho mais próxima dos anseios daqueles que dela se socorrem.

4.2 - O PROCEDIMENTO

Como já referido, em regra, valem para o processo do trabalho as mesmas considerações já tecidas em relação à antecipação de tutela no âmbito do processo civil.

Resta, contudo, a análise dos pontos em que o processo do trabalho se afasta com maior magnitude do processo civil, nos quais se mostram as diferenças em relação à aplicação das normas referentes à antecipação de tutela.

a) Requerimento (capacidade postulatória)

Em exigindo o artigo 273 do Código de Processo Civil o requerimento da parte autora para que se conceda a tutela antecipatória, e sendo a aplicação da tutela antecipada no âmbito do processo do trabalho decorrente da aplicação subsidiária deste mesmo artigo 273, é evidente a necessidade de tal requerimento, por todo o já exposto no item anterior.

Acontece que nem todos vêm da mesma maneira a questão. Alegando que a capacidade da própria parte vir a postular diretamente em juízo, sem a presença de advogado, persiste no

processo do trabalho, muito embora a expressa previsão da Constituição Federal, em seu artigo 133, bem como diante da natureza alimentar, alguns, como Francisco Antonio de Oliveira¹⁰⁰ entendem que em sede do processo do trabalho é possível a antecipação de ofício.

Este entendimento parece equivocado. Em primeiro lugar, lembre-se que mesmo no processo do trabalho a antecipação segue as exigências do artigo 273, tal como posto no código de processo civil, eis que a norma se aplica subsidiariamente e, se incompatível, não poderia ser aplicada no âmbito trabalhista. Outro argumento importante é o de que após o advento da Constituição da República de 1988 o advogado passou a ser indispensável à administração da Justiça, e, sendo a Justiça do Trabalho regulada por esta mesma Constituição, é lógico que o advogado é indispensável também na Justiça Obreira, o que acarreta na revogação da previsão do artigo 791, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho, que estabelecia a capacidade postulatória das partes¹⁰¹. Além do aspecto puramente legal, que implicou na revogação do citado *caput* do artigo 791 consolidado, vê-se que exigência constitucional de advogado apenas vem a proteger as partes, ao contrário do que desejam alguns, na medida que promove a igualdade das partes,

¹⁰⁰ Cf. Oliveira, Francisco Antonio de; Alterações do CPC comentado, RT, 1997, p. 62.

¹⁰¹ Nesse sentido a opinião de Manoel Antonio Teixeira Filho, in op. cit. p. 19.

principalmente diante de um processo do trabalho cada vez mais complexo e a distâncias espaciais em relação às controvérsias bem mais simples existentes à época da consolidação.

Não se olvide, contudo, que casos excepcionais até poderão justificar o provimento antecipatório de ofício, mas a exceção vem apenas a confirmar a regra, como citado no capítulo anterior, ao se analisar a necessidade de requerimento.

b) Competência

Aqui flagramos a primeira diferença entre a antecipação de tutela no âmbito do processo civil e o modo como esta se aplica ao processo do trabalho.

No que pertine às hipóteses em que a tutela antecipada é requerida em primeiro grau de jurisdição - a grande maioria dos casos - existem diferenças que decorrem da estrutura variada dos órgãos julgadores de primeiro grau.

Enquanto no processo civil o juízo de primeiro grau é resumido à pessoa do juiz de direito, no âmbito da Justiça de Trabalho encontramos as Juntas de Conciliação e Julgamento, compostas por três juizes, um de carreira, o Juiz Presidente, e dois representantes indicados pelas entidades sindicais, os

chamados Juízes Classistas, sendo um deles representante dos empregados e sendo o outro representante patronal (art. 647, da CLT).

O artigo 649 do texto consolidado estipula que as Juntas poderão conciliar, instruir e julgar com qualquer número, sendo, porém, indispensável a presença do juiz presidente. Estabelece, ainda, em seu parágrafo 2º., que na execução funcionará apenas o presidente.

Como, sem dúvidas, a decisão que analisa o pedido de antecipação de tutela importa em julgamento, muito embora não possa ser classificada como sentença, e pronuncia-se sobre o próprio mérito da causa, a competência para decidir acerca da antecipação de tutela pleiteada é do colegiado composto pelo juiz presidente e pelos vogais. É certo, porém, que nem todos precisam estar presentes, como dita o *caput* do artigo em questão, mas que sempre deverá estar presente o juiz presidente.

O juiz do trabalho que presida a Junta de Conciliação e Julgamento deverá, nos moldes do estabelecido no Parágrafo Único do artigo 850 da Consolidação, propor a decisão do litígio, que nada mais é do que externar o seu voto¹⁰², o qual

¹⁰² Muito embora muitos, como Manoel Antonio Teixeira Filho (op. cit. p. 14) prefiram continuar seguindo na retórica o estritamente previsto em lei, argumentando que na realidade a decisão de mérito está nas mãos dos juízes

prevalecerá em caso de empate entre os votos dos juizes classistas.

O pedido de antecipação de tutela deve, pois, atendendo a forma já declinada no capítulo anterior, ser dirigido à Junta de Conciliação e Julgamento, devendo ser apreciado pelos seus componentes, e não apenas pelo juiz presidente, cabendo a este propor a decisão e colher o voto dos juizes classistas, prevalecendo a decisão do primeiro em caso de empate entre os representantes dos empregados e dos empregadores.

No que pertine ao requerimento de antecipação quando o feito se encontrar em grau recursal, o pedido deve ser dirigido ao relator, que deve incluí-lo na pauta da próxima sessão do colegiado competente para julgar o recurso. Esta parece a melhor forma de se adequar a necessidade de uma rápida solução do pedido de antecipação com a competência para apreciá-la, que é do órgão competente para apreciar o mérito.

Casos excepcionais, em que houver risco de dano, justificam a concessão da liminar pelo próprio relator, *ad*

classistas, só cabendo ao juiz presidente manifestar-se em caso de divergência entre eles. Em primeiro lugar, temos que nada há na lei que impeça que o juiz presidente, ao propor o julgamento, de trazer já pronto o seu voto. A dois, deve-se observar que é justamente o juiz presidente aquele que pode fornecer melhores subsídios para o julgamento, na medida que é o único com formação jurídica obrigatória. Também de se levar em conta que, em sendo representantes de interesses diversos, dificilmente, se realmente chegassem na prática a externar seus votos, os juizes classistas compartilhariam do mesmo entendimento. Esta interpretação foge do lógico e do razoável, até porque, em caso de ausência de um dos juizes classistas, o voto do classista presente seria o único aceitável, na medida que o presidente só se manifestaria em caso de divergência.

referendum do órgão colegiado. Assim, no processo do Trabalho, o pedido de antecipação quando o feito se encontrar em segunda ou superior instância, deverá ser dirigido ao relator, que o colocará em pauta na sessão imediatamente subsequente, sendo que, excepcionalmente em casos de risco de perecimento de direitos, poderá apreciar o pedido monocraticamente, sujeitando-se tal decisão à confirmação por parte do órgão colegiado.

Destarte este entendimento, existe grande chance dos tribunais virem a confundir a liminar antecipatória de tutela com as cautelares, deixando ao relator a tarefa de decidir acerca do pleito. Tal visão, além de equivocada por confundir cautela com antecipação de tutela, gera, ainda, ao requerente de decisão acerca de antecipação de tutela, o risco de vir a ter como relator juiz classista representante dos empregadores, se o requerente for empregado, ou representante de empregados, se o requerente for empregador, o que ao certo poderá colocá-lo em posição de sério risco. Acontece que a representação classista somente se justifica se colocada em confronto com a igualdade de representação entre patrões e empregados e pela presença dos juízes de carreira, que funcionam como termômetros entre as posições muitas vezes antagônicas. Deixar a apreciação do pedido por conta exclusiva do relator implicaria em sujeitar o requerente à possibilidade de ver seu pedido analisado por representante de lado diverso àquele em que se encontra, bem

como a outra parte sujeita a que o pedido de antecipação contra ela dirigido venha a ser apreciado por classista representante da mesma categoria que o requerente. Tais fatos se extraem da realidade, e, queiramos ou não, influenciam na tomada de decisão, principalmente em se tratando de medida tão importante quanto a antecipação de tutela.

c) Recursos

Como verificado no capítulo antecedente, a recorribilidade da decisão que antecipa a tutela depende diretamente da natureza que se atribua a ela.

Há omissão na legislação processual trabalhista no que pertine aos atos jurisdicionais, inexistindo, como atrás antecipado, sequer definição de sentença. Na omissão se aplicam, pela subsidiariedade, as definições do Código de Processo Civil, o que nos leva à conclusão de que, também no âmbito do processo do trabalho, é forçoso, por absoluta falta de opção, classificar a decisão antecipatória como decisão interlocutória.

A diferença entre o processo civil e o processo do trabalho dá-se justamente no que pertine à recorribilidade das decisões interlocutórias. Enquanto no processo civil se indicou

o caminho do agravo de instrumento como forma de se questionar a decisão acerca da antecipação, este caminho não é possível em se tratando de reclamação trabalhista.

Ocorre que a Consolidação das Leis do Trabalho prevê, em seu artigo 893, parágrafo 1º.:

Art. 893. Das decisões são admissíveis os seguintes recursos:

...

1º. Os incidentes do processo serão resolvidos pelo próprio Juízo ou Tribunal, admitindo-se a apreciação do merecimento das decisões interlocutórias somente em recursos da decisão definitiva.

Daí decorre o princípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias, o qual, por óbvio, traz flagrantes diferenças em relação à sistemática do processo civil.

Não há, portanto, no processo do trabalho, recurso específico apropriado para se discutir a decisão que concede ou denega a antecipação pleiteada. Também é certo que, em determinados casos, o aguardo da decisão final poderá causar danos irreversíveis tanto para o réu que vê contra si deferida

tutela antecipada, como para o autor que teve seu pedido indeferido.

Neste caso apenas restará a via do "remédio heróico", ou seja, do mandado de segurança contra ato judicial, da mesma forma consagrada pela doutrina e jurisprudência no que pertine às decisões que concedem medidas cautelares de modo liminar.

Manoel Antonio Teixeira Filho¹⁰³, compartilhando do mesmo entendimento, ressalva as vantagens da adoção do *mandamus*:

" O exercício da ação de segurança apresenta, ainda, alguns aspectos favoráveis: a) não acarreta violação do princípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias; b) dá ao réu a possibilidade de obter, desde logo, a liminar de segurança, que cassará o ato antecipador. Se o relator não conceder a liminar pretendida, o réu poderá interpor, desse despacho denegatório, agravo regimental - recurso interno admitido em muitos tribunais do País. Por outro ângulo, o uso da ação de segurança impede que os efeitos do ato antecipador sejam neutralizados por um simples ato de vontade do réu, uma vez que este, como

¹⁰³ In op. cit. p. 30.

ressaltamos, deverá provar a existência de direito "líquido e certo" de ver cassado o referido ato."

Além das vantagens acima referidas, vê-se que o relator do mandado de segurança somente poderá determinar efeito suspensivo da decisão antecipatória caso exista requerimento de liminar em tal sentido, ao contrário do agravo de instrumento, no qual o relator poderá atribuir o efeito suspensivo por permissivo legal (art. 527, II, do CPC).

4.3 - A TUTELA ANTECIPATÓRIA DO ART. 273 DO CPC NA CASUÍSTICA TRABALHISTA

O Direito do Trabalho apresenta ao processualista casuística variada e muito apropriada à antecipação de tutela. A característica alimentar das verbas discutidas, o fato de muitas das matérias discutidas serem meramente de direito, muitas vezes já abarcadas por precedentes do Tribunal Superior do Trabalho, a existência, de regra, de vários pedidos cumulados, bem como de contestações que em muitos casos admitem, até para poder rebater outro pedido, parte dos

direitos postulados, são fatores que propiciam a aplicação da tutela antecipada no processo trabalhista, talvez em incidência até superior ao processo civil.

Alguns ilustres estudiosos do processo do trabalho, porém, como é o caso de Manoel Antonio Teixeira Filho, admitem não conseguir vislumbrar tamanha utilidade. O magistrado paranaense afirma¹⁰⁴ que apesar de se considerar um escritor de vanguarda, a "irritante clareza" do artigo 273, # 4º., não lhe deixa entender que a execução da tutela antecipada possa ir além da provisoriedade.

Como ressaltado em item do capítulo anterior (atuação da tutela antecipada), na realidade não temos execução propriamente dita em sede de tutela antecipada, bem como é incorreto, como advertido por Marinoni, referir-se a "execução provisória", quando, em sede de tutela antecipada, o que ocorre é execução (completa ou incompleta) fundada em cognição sumária, não se confundindo com a execução dita "provisória" (execução incompleta fundada em cognição exauriente não definitiva).

Também, de modo contrário ao pensamento de Manoel Antonio Teixeira Filho, cabe lembrar que a expressão "no que couber" contida no # 3º. do artigo 273, pode sim, afastar, em

¹⁰⁴ In op. cit. p. 33.

determinados casos, a aplicação do art. 588 do mesmo diploma legal, de modo a possibilitar, por exemplo, a entrega de quantia em dinheiro.

Tem-se, deste modo, que, destarte importantes opiniões contrárias, é perfeitamente possível, em se tratando de tutela antecipada, a entrega de quantia certa ao credor, como será visto adiante, sem a necessidade de caução, sempre se levando em conta que tal atuação, pelo risco da irreversibilidade, deve ser muito bem ponderada pelo julgador antes de determiná-la.

Um último ponto que se julga importante salientar, antes de se aprofundar a discussão acerca da aplicação prática da tutela antecipada na casuística trabalhista, ainda tomando por base as considerações de Manoel Antonio Teixeira Filho, é o que diz respeito ao campo de aplicação da norma do artigo 273 em relação às espécies de obrigação por ele reguladas. Se faz tal análise não com o intuito de simplesmente contrariar a opinião do consagrado jurista, mas, justamente diante da importância de sua obra, norte para a grande maioria dos aplicadores do direito processual trabalhista, para tentar demonstrar que sua conclusão, no que diz respeito a tal tema, é equivocadamente restritiva, o que poderia levar àqueles que simplesmente consultam seus escritos, sem maiores preocupações críticas, a atribuírem à tutela antecipada valor menor do que ela realmente possui.

Afirma o autor¹⁰⁵ que a tutela antecipada prevista no artigo 273 do Código de Processo Civil se aplica apenas para as obrigações de dar (pagar quantia certa), enquanto as obrigações de fazer (e não fazer) estariam sujeitas apenas às normas do artigo 461 do mesmo diploma. Para justificar tal posicionamento, Manoel Antonio diz:

" Embora o art. 273, do CPC, não o declare de forma expressa, é perfeitamente possível inferir-se, mediante uma visão sistemática das disposições daquele código, que a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela está restrita às obrigações consistentes em prestações de dar. Assim opinamos porque as obrigações de fazer ou não fazer são reguladas pelo art. 461, do mesmo estatuto processual.

No # 3º., do mencionado dispositivo legal, permite-se ao juiz conceder, liminarmente (ou mediante justificção prévia), a tutela, desde que seja relevante o fundamento da demanda e haja justificado receio de ineficácia do provimento final (sentença).

¹⁰⁵ In op. cit. pp. 26 e 33.

Não nos parece acertada tal conclusão.

Acontece, abordando a questão sistemática levantada pelo autor, que o artigo 273 está situado já no Capítulo I (Disposições Gerais), do Título relativo ao processo e procedimento, ou seja, aplica-se indistintamente a quaisquer espécies procedimentais. Já o citado artigo 461 vem dentro do Capítulo referente à sentença e coisa julgada, prevendo a possibilidade, em se tratando de obrigações de fazer ou não fazer, do juiz estabelecer medidas mais eficazes no sentido de se obter a tutela final desejada, aí se incluindo, no seu parágrafo 3º., a possibilidade de se adiantar liminarmente a tutela em sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final.

Vê-se que o artigo 273 prevê possibilidade genérica, em quaisquer espécies de obrigações, atendidos os requisitos nele elencados, enquanto a tutela do artigo 461 é espécie do gênero tutela antecipatória, reduzindo-se, em se tratando de obrigações de fazer ou não fazer, as exigências para a antecipação, justamente diante da peculiaridade de que muitas vezes a obrigação de fazer ou não fazer, se não cumprida em determinado momento, tornar-se-á inócua no futuro, sendo pouco interessante para o autor convertê-la em perdas e danos. O legislador da reforma, deste modo, colocou, para as obrigações de fazer ou não fazer, ao lado da previsão genérica do artigo

273, a possibilidade de se obter antecipadamente a tutela também quando, embora ausente prova inequívoca, sendo relevante o fundamento da demanda, houver perigo de se tornar ineficaz a decisão final. Tem-se, assim, que a norma do artigo 461 não exclui a possibilidade de se aplicar o artigo 273 para obrigações de fazer ou não, apenas abrindo mais uma alternativa de se antecipar tutela de fazer ou não fazer, de modo, dentro do espírito da reforma, a garantir a eficácia do provimento final.

O artigo 461 traz, na realidade, antecipação de tutela calcada no risco de ineficácia do provimento final. Se aproxima mais da cautelaridade, mas ainda com ela não se confunde, diante da satisfatividade. Tem requisitos menos rigorosos que os do artigo 273, de modo a possibilitar ao juiz evitar tal possível futura ineficácia sem a necessidade da presença de prova inequívoca.

Conclui-se, de todo o exposto, que o artigo 461 não tem o condão de afastar, em hipótese nenhuma, a possibilidade de se antecipar a tutela com base no artigo 273 em se tratando de obrigações de fazer ou não fazer. Logo, a antecipação do artigo 273 pode ser realizada para qualquer obrigação, seja de dar, fazer, ou não fazer.

Não se olvide que entendimento contrário implicaria em alijar o autor de ação visando o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, a possibilidade da tutela antecipatória em casos de abuso de direito de defesa e manifesto intento protelatório.

Tecidas essas considerações, se entende que é a hora de se analisar mais detidamente a tutela antecipada em suas possibilidades práticas dentro do processo trabalhista.

4.3.1. A TUTELA DO ART. 273, I

É perfeitamente admissível, no âmbito do processo do trabalho, a antecipação de tutela em casos em que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Também aqui, como no processo civil, basta que, presentes os pressupostos comuns da prova inequívoca e da verossimilhança, haja fundado receio que a espera pela sentença possa vir a causar ao direito do autor dano irreparável ou de difícil reparação, para que seja possível deferir-se antecipadamente os efeitos da tutela pretendida.

Qualquer espécie de obrigação pode ser antecipada, cabendo lembrar que os efeitos passíveis de antecipação são o executivo e o mandamental, uma vez que declaração, constituição e a própria condenação (as duas últimas por guardarem estreita relação com a declaração do direito e esta ser possível apenas após cognição exauriente) somente poderão ser obtidas quando da sentença.

Bastaria, por óbvio, apenas a fixação destas regras para se definir a aplicabilidade da tutela antecipatória fundada no risco no âmbito do Direito do Trabalho, bastando ao aplicador verificar se a situação trabalhista preenche os requisitos para poder obter a tutela antecipada.

Acontece que, dentro do objetivo ora proposto de se fazer uma análise das hipóteses fáticas ensejadoras de antecipação no processo do trabalho, se faz necessária uma abordagem exemplificativa, até de modo a fixar no leitor a importância da antecipação de tutela na seara trabalhista.

Tenha-se por claro que a análise da casuística não tem qualquer pretensão de ser exaustiva, até mesmo diante da impossibilidade de exaustão em questões práticas, sujeitas ao evoluir diário dos fatos. O que se pretende é demonstrar a importância prática do instituto da antecipação de tutela em matéria trabalhista.

a) REINTEGRAÇÃO DE EMPREGADO ESTÁVEL

As ações trabalhistas que buscam a declaração de nulidade da dispensa de empregado estável são propícias, em várias hipóteses, à antecipação de tutela calcada no inciso I do artigo 273.

Basta lembrar o caso do empregado dispensado após registrar sua candidatura à Comissão Interna de Prevenção de Acidentes do Trabalho (CIPA), mas antes da realização das eleições, que tem garantia de emprego ditada pelo artigo 10, II, "a", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Se for necessário se aguardar todo o procedimento até uma sentença final, por óbvio as eleições já teriam sido realizadas, perecendo definitivamente o direito do empregado de concorrer às referidas eleições, e, com uma possível eleição, consolidar o seu direito à garantia de emprego. Em tal caso, presente prova inequívoca (documento comprovando o registro da candidatura) do fato constitutivo do direito que por verossimilhança se atribui ao reclamante, e presente o risco de dano irreparável ou de difícil reparação caso se alije o obreiro do processo eleitoral, justifica-se a antecipação de tutela, para, em determinando a reintegração do obreiro ao emprego, garantir-lhe a participação na votação.

Note-se que não se discute acerca da razoabilidade, ou eventual abuso, das razões de defesa (v.g. eventual justa causa cometida pelo empregado), bastando que se afigure o receio de dano irreparável, presente prova inequívoca e verossimilhança para o deferimento da antecipação.

Também a gestante dispensada no curso da gravidez (artigo 10, II, "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias) poderá vir a ser acudida pelo provimento antecipatório.

Pense-se na situação em que a empregada grávida, ao ser dispensada, perca o direito a plano de saúde mantido pela empresa, que lhe asseguraria a cobertura das despesas com o parto, ou que a simples ausência de salários no período de afastamento possa implicar em sérios riscos ao próprio desenvolvimento do feto, por implicar em deixar a empregada por vezes à beira da miserabilidade. Desde que presente a prova inequívoca da gravidez e demonstrado um perigo real de que a espera pelo provimento final venha a causar danos irreparáveis ou de difícil reparação à autora, justifica-se a antecipação.

Todas as outras hipóteses, quer de garantia de emprego, quer de estabilidade, até mesmo ditadas por normas coletivas,

comportaria, presentes os pressupostos, a antecipação baseada em receio de dano.

Nem se cogite de irreversibilidade do provimento. A reintegração não causa, em regra, qualquer prejuízo maior ao empregador, na medida que à sua obrigação de pagar os salários e demais vantagens corresponde a obrigação do empregado reintegrado de prestar-lhe os serviços para os quais foi contratado. Em alguns casos especiais, como já ressaltado em passagem anterior, até se justificaria, diante de uma análise da importância dos direitos envolvidos, sujeitar-se a antecipação a uma eventual irreversibilidade dos efeitos práticos do provimento, quando este risco for justificado pela importância do bem jurídico protegido, por vezes a própria vida.

b) ANOTAÇÕES EM CTPS, FORNECIMENTO DE DOCUMENTOS

Determinadas anotações na Carteira de Trabalho possuem importância vital para o empregado, como no caso da anotação da data do término do contrato, muitas vezes resistida pelo empregador ao alegar, por exemplo, abandono de emprego em data diversa da que o empregado alega ter sido dispensado, ou na hipótese do não registro do próprio contrato de trabalho, que

priva o empregado de uma série de direitos junto aos órgão de previdência social.

Em tais hipóteses, havendo prova inequívoca do fato que conduza à conclusão de ser verossímil o direito pleiteado pelo reclamante, e dependendo este da anotação postulada, ou de documento que o empregador teria o dever de fornecer-lhe, para receber benefícios que muito dificilmente poderá obter sem tal anotação (v. g. o caso do acidentado em trabalho que somente terá direito ao auxílio doença acidentário se o empregador efetuar o imediato registro do contrato de trabalho em CTPS), justifica-se a antecipação. Nestas hipóteses não se afigura sequer risco de prejuízo à outra parte, na medida que, em caso de eventual improcedência, bastaria a determinação de retificação ou anulação de tais registros ou documentos.

c) PAGAMENTO DE SOMAS EM DINHEIRO

A grande maioria dos pedidos realizados perante a Justiça do Trabalho diz respeito a obrigações de pagar quantia certa. É evidente que tais espécies de pleitos requerem cuidado todo especial na sua apreciação, diante do evidente risco da irreversibilidade dos provimentos.

A irreversibilidade possível leva o julgador a ter de perquerir se o risco do provimento não mais poder ser revertido justifica-se diante da importância do bem jurídico pretendido. Em tal apreciação deve-se comparar a importância dos bens jurídicos colocados em confronto, além da já citada necessidade de se verificar o preenchimento dos pressupostos comuns de prova inequívoca e verossimilhança.

Vários casos existem, contudo, em que o bem jurídico pretendido justifica a antecipação de pagamento de soma em dinheiro. Vem à lembrança a reclamatória na qual o motorista de veículo de carga sujeito a roteiros internacionais pleiteia, dentro do curso do contrato, o pagamento das diárias previstas nos instrumentos normativos para a hipótese de viagens de tal porte. Através de provas inequívocas (registro da função em CTPS, contrato de trabalho, roteiros de viagens) o obreiro demonstra que muito provavelmente terá seu pleito ao final julgado procedente. Demonstra também que o não pagamento de tais diárias tem lhe ocasionado danos sérios, prejudicando a sua própria alimentação, para exemplificar, que ao certo não poderão ser mais reparados se houver a necessidade de se aguardar o trânsito em julgado da decisão para que o reclamante possa receber as diárias e ver tal pagamento implementado pelo empregador quanto às vincendas.

Em situações especiais, como a supra narrada, o risco da irreversibilidade passa a ter importância desprezível, diante da importância do bem jurídico protegido pela antecipação de tutela.

Em qualquer outra hipótese, que envolva pleito de soma em dinheiro, na qual se verifique que a desproporcionalidade entre os bens jurídicos em questão é suficiente a justificar o risco de irreversibilidade dos efeitos práticos do provimento que se mostra possível por atender os requisitos do artigo 273, o juiz poderá conceder a tutela antecipada.

d) CONSIDERAÇÕES FINAIS

É flagrante que os casos acima citados nem de longe exaurem as infindáveis hipóteses fáticas que podem se apresentar para o julgador. Demonstram, contudo, a relevância do tema em sede do processo do trabalho, bem como, pela própria análise dos exemplos, podem servir de base comparativa para se decidir acerca da possibilidade de antecipação de tutela em outros casos em que esta seja requerida com base em fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

4.3.2. A TUTELA DO ART. 273, II

De igual aplicabilidade ao processo trabalhista é a tutela antecipada fundada no inciso II do artigo 273 do diploma processual civil. Trata-se da tutela concedida com base em abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu. Com maior vigor encontra ressonância no âmbito trabalhista, na medida que possibilita inverter-se o ônus da espera, transferindo-o para o réu que provavelmente não tenha razão em benefício do autor que provavelmente a detenha. Encontra-se, deste modo, em perfeita consonância com o princípio básico do direito obreiro, de proteção aos menos favorecidos, tornando possível aplacar o sofrimento ocasionado pela demora do processo.

I - TÉCNICAS ANTECIPATÓRIAS

Como já adiantado, ao se tratar da tutela antecipada concedida com fulcro no abuso de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, sempre que, na presença de prova inequívoca capaz de conduzir à verossimilhança da alegação, houver abuso de direito de defesa ou manifesto intento protelatório do réu, será cabível a antecipação de tutela.

É justamente no abuso de direito de defesa que reside o campo mais abrangente para se justificar o requerimento de

tutela antecipada, diante da infinidade de situações em que se poderá justificar a concessão de tutela antecipada com base em abuso de direito de defesa.

As chamadas técnicas antecipatórias permitem definir várias hipóteses em que será possível discutir-se a antecipação de tutela baseada em abuso de direito de defesa. É importante frisar desde já que o abuso no direito de defesa pode se dar tanto por ação lesiva à própria alegação do autor, como no caso de não se apresentar uma "contestação séria", mas também pelo próprio reconhecimento de parcela do pedido, ou de um dos pedidos do autor, quando, diante da necessidade de se decidir a totalidade dos pedidos em conjunto, o autor ficará privado de obter desde logo a parcela do direito que é admitida expressamente pelo réu. Também pode ser enquadrada como abuso no direito de defesa a ausência de contestação de um dos pedidos, eis que aí também se impingiria ao autor o ônus de ter de esperar o desenrolar de todo o processo para obter um direito que sequer é contestado.

Os críticos poderiam rebater tal entendimento com o argumento de que as duas últimas hipóteses não se enquadrariam como abuso de direito de defesa pelo fato do réu, pelo contrário, sequer se utilizar do direito de contestar, ao não apresentar contestação ou admitir ser devida determinada parcela dos pedidos. Ocorre que, apesar de soar estranho se

falar em abuso na defesa exercida pelo réu, na medida que, ou não contesta, ou concorda com os pedidos do autor, não deixa de haver abuso, pois a defesa, embora admita determinados direitos, por ação ou omissão, deixa de satisfazê-los.

Foi Luiz Guilherme Marinoni¹⁰⁶ quem até o momento melhor sistematizou as técnicas antecipatórias possíveis de serem utilizadas com base em abuso de direito de defesa. É a partir de sua classificação que se procede à análise acerca de sua aplicação ao processo do trabalho.

A prática do foro trabalhista mostra-se deveras apropriada a tais técnicas, justamente diante da característica que lhe é peculiar de, em regra, abrigar demandas com vários pedidos cumulados. Acontece que a grande maioria das reclamações são ajuizadas após o rompimento do vínculo empregatício, o que faz com que se acumulem num só processo pedidos relativos a cada uma das insatisfações recalcadas durante o curso do contrato de trabalho. Tem-se, na realidade, várias lides, por vezes completamente distintas, reunidas num mesmo processo. A particularidade dá ensejo a várias situações injustas, nas quais, muito embora já se tenha como certo o deferimento de determinado pleito, a sentença não pode vir desde logo eis que se faz necessária a produção de provas em

¹⁰⁶ Marinoni, Luiz Guilherme; Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença, Editora RT, 1997.

relação a outros pedidos, por vezes de repercussão monetária muito menor do que aquele já incontroverso. Diante da vedação do fracionamento da sentença, que deve decidir todos os pedidos em conjunto, o processo do trabalho era obrigado a conviver com verdadeiros absurdos. A tutela antecipada do artigo 273, II, do Código de Processo Civil veio possibilitar a superação de muitas dessas injustiças.

a) TÉCNICA DA CONDENAÇÃO COM RESERVA DE EXCEÇÃO
SUBSTANCIAL INDIRETA

Em resumo, a técnica da condenação com reserva visa melhor distribuir o ônus da espera, ou o ônus do tempo do processo. Para tanto estabelece uma relação entre o ônus da prova e o ônus da espera. Parte do princípio que é injusto atribuir o ônus do tempo do processo ao autor que já logrou provar o fato constitutivo de seu direito, e a declaração final acerca de seu direito reside apenas em exceção substancial indireta (fato impeditivo, modificativo ou extintivo) provavelmente infundada. Em tais casos se transfere o ônus da espera para o réu que atraiu para si o ônus de provar fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito do autor.

Assim, toda vez que o autor alegar e provar o fato constitutivo de seu direito e o réu apresentar exceção substancial indireta, ou seja, alegar fato impeditivo, modificativo ou extintivo, e tal exceção puder ser tida fundamentadamente como provavelmente infundada, justifica-se a antecipação de tutela com base em abuso de direito de defesa. A conclusão decorre do princípio de que é injusto atribuir o ônus da espera ao autor que provavelmente tem razão.

A utilidade de tal técnica na seara trabalhista é portentosa. Parte significativa das demandas trabalhistas comportam discussões da espécie, nas quais o autor alega fato constitutivo e o réu apresenta exceção substancial indireta (v. g., como no caso em que o empregado reclama horas extras e o patrão limita-se a alegar que o autor não estava subordinado a controle de jornada, ou, ainda, quando o empregado alega nulidade da despedida por fazer jus a estabilidade no emprego e o empregador alega que a dispensa ocorreu por ter o reclamante cometido falta ensejadora de justa causa para tal despedimento). Em casos como os acima descritos, toda vez que o reclamante tiver comprovado o fato constitutivo de seu direito e o réu simplesmente invocar exceção substancial indireta, e for esta provavelmente infundada, justifica-se a antecipação.

Dizer que o autor deve provar os fatos constitutivos de seu direito não importa na conclusão de que somente quando

houver prova do direito é que será possível a antecipação. É evidente que somente se pode exigir prova quando ela for necessária. Quando não há contestação, ou até mesmo quando o réu admite o fato constitutivo, seja de modo expreso ou tácito, o fato passa a ser incontroverso, não mais se exigindo, por óbvio, produção de outras provas a seu respeito. Também existem casos em que a própria exceção substancial indireta não se concilia com a contestação do fato constitutivo, quando a exceção oposta não se coaduna logicamente com a negativa do fato constitutivo. Em tais hipóteses o abuso de direito de defesa reveste-se de cores mais fortes ainda, na medida que é exigência do artigo 14 do Código de Processo que as partes devem expor os fatos em juízo conforme a verdade, e se o réu contesta o fato constitutivo e ao mesmo tempo apresenta exceção incompatível com tal negativa, ao certo estará faltando com a verdade no que diz respeito à negativa (v. g. é o caso em que a defesa nega que o empregado tenha sido eleito para cargo de direção da CIPA e ao mesmo tempo alega que o mesmo teria sido destituído do cargo por deixar de comparecer a um determinado número de reuniões).

Na atuação da tutela antecipada com base na técnica de condenação com reserva, de regra, observar-se-á a vedação de prática de atos de alienação de domínio e levantamento de depósitos em dinheiro, diante da provisoriedade do provimento antecipatório, o qual ficaria na dependência da resolução da

exceção substancial indireta. É evidente que casos especialíssimos podem justificar o descumprimento de tal exigência.

A técnica da condenação com reserva pode encontrar muita aplicação em se tratando de processo trabalhista. Várias e comuns são as ocasiões em que a contestação simplesmente alega fato impeditivo, extintivo ou modificativo do direito alegado pelo autor, carecedor de instrução dilatória, e provavelmente infundado. É exemplar a hipótese, bastante comum, na qual o reclamante alega que prestava labor em determinada jornada extraordinária e o réu, sem contestar a jornada declinada, limita-se a responder no sentido de que o reclamante não estava sujeito a controle de horário, mas, ao mesmo tempo, junta documentos indicativos de que existia tal controle. Em tal situação teríamos que o fato constitutivo não mais necessitaria de prova, na medida que não contestado, e que a exceção substancial indireta seria provavelmente infundada, eis que o reclamado, apesar de alegar ausência de controle de jornada, colaciona documentos que trazem fortes indícios em contrário.

Outra ocorrência bastante recorrente na prática trabalhista se traduz nos pedidos de diferenças salariais fulcrados em equiparação salarial com outro empregado (paradigma) que exerce a mesma função. O fato constitutivo é o exercício da mesma função. Diferença de tempo na função

superior a dois anos, diferenças de produtividade e perfeição técnica, são alegações capazes de elidir o direito à equiparação. Não são raras as vezes em que a reclamada simplesmente não nega o exercício de funções idênticas, limitando-se a alegar diferença de tempo de serviço na função superior a dois anos, ou mesmo diferenças de produtividade. Sempre que a exceção substancial indireta trazida pela reclamada mostrar-se como provavelmente infundada - o que pode ocorrer pela presença de documentos em sentido contrário, ou até pelo absurdo da afirmação patronal, justifica-se a antecipação de tutela.

Vê-se, de tal modo, a grande importância de tal técnica em sede trabalhista, a qual, devidamente utilizada, pode contribuir em muito para a agilização tão sonhada do procedimento.

b) TÉCNICAS DA NÃO CONTESTAÇÃO E DO RECONHECIMENTO PARCIAL DO PEDIDO

Ficou atrás asseverado que a não contestação de um dos pedidos, ou de parte do pedido, bem como o próprio reconhecimento jurídico de parte do pedido, caracterizam-se como abusivos ao direito de defesa, na medida que o réu, apesar de não contestar, ou de mesmo admitir parte dos direitos em

tela, com estes não adimple, sujeitando o autor que tem o direito já reconhecido, por ação ou omissão, pelo próprio réu, a aguardar o fim do procedimento para poder obter o bem da vida que desde logo se afigura como seu.

As técnicas de antecipação calcadas na não contestação e no reconhecimento parcial do pedido podem ser resumidas pela transcrição da seguinte passagem elaborada por Marinoni¹⁰⁷:

" Caso o réu não conteste os fatos constitutivos de um dos direitos pretendidos pelo autor, e o juiz entenda que dos fatos narrados decorre o direito pretendido, tal direito pode ser realizado desde logo, não havendo razão para o autor ter que esperar a instrução dilatória para o julgamento dos outros pedidos formulados.

Em outra hipótese, não raramente encontrável na prática forense, pode o autor pedir que o réu seja condenado a pagar 100, e o réu admitir a dívida, mas contestar o seu valor, dizendo dever apenas 50. Neste caso o réu reconhece parcela do crédito cobrado pelo autor. Nada obsta, em tal hipótese, a tutela antecipatória da parte não

¹⁰⁷ In op. cit. p. 72.

controvertida. Ou seja, nada pode impedir a tutela antecipatória dos 50 reconhecidos pelo réu."

Em tais casos a tutela antecipada se justifica com ainda mais veemência, na medida que já existe reconhecimento definitivo da parcela do direito reconhecido ou não contestado. O que ocorre, portanto, ao se antecipar a tutela fundada em tal técnica, é evitar a injustiça de se sujeitar o autor a ter de aguardar o julgamento dos outros pedidos, ou do restante do pedido, quando um deles, ou parte de um pedido, já se encontra incontroverso.

A grande diferença em relação à técnica de condenação com reserva se dá quanto à atuação do provimento antecipatório. Enquanto na condenação com reserva registrou-se a provisoriedade, na medida que ainda pendia sobre o direito antecipado a possibilidade, embora remota, de vir a ser julgado improcedente pela decisão que analisasse a exceção substancial indireta, na antecipação fundada nas técnicas em análise tal fato não ocorre, levando-se em conta que não há mais necessidade de qualquer produção de provas acerca de tal direito, ou seja, a tutela somente é concedida antecipadamente diante da necessidade de se decidir a totalidade dos pedidos em conjunto, eis que, na realidade, já se encontravam presentes

todas as condições para que se julgasse definitivamente aquela parcela ou aquele pedido específico.

Há, assim, definitividade da atuação calcada em tais técnicas, na medida que fulcrada em cognição exauriente.

Foi justamente dentro da problemática do processo do trabalho que se deu o início da discussão prática acerca destas técnicas antecipatórias na Itália. O artigo 423 do CPC italiano, em tratando do processo do trabalho, previa desde 1973:

"Ordinanze per il pagamento di somme - Il giudice, su istanza di parte, in ogni stato e grado del giudizio, dispone con ordinanza il pagamento delle somme non contestate.

A previsão gerou muita polêmica na jurisprudência¹⁰⁸ italiana, seja no sentido de se definir qual a parte que teria legitimidade para ser beneficiada por tal provimento, seja para definir o que caracteriza a não contestação, a recorribilidade da decisão, se a revelia se caracterizaria como hipótese de não contestação, dentre outras questões importantes dentro da órbita do direito italiano.

¹⁰⁸ Análise mais detalhada de tal questão é trazida por Monica Zucchi, em *L'ordinanza di pagamento delle somme non contestate ...*

O legislador italiano acabou por elaborar alteração legislativa que fez por generalizar a todo o processo civil a previsão de antecipação de pagamento de soma não contestada, o que veio inserto no artigo 186-bis, do CPC italiano:

"Ordinanza per il pagamento di somme non contestate - [1] *Su istanza di parte il giudice istruttore può disporre, fino al momento della precisazione delle conclusioni, il pagamento delle somme non contestate dalle parti costituite.*

[2] *L'ordinanza costituisce titolo esecutivo e conserva la sua efficacia in caso di estinzione del processo.*

[3] *L'ordinanza è soggetta alla disciplina delle ordinanze revocabili di cui articoli 177, primo e seconda comma, e 178, primo comma."*

Marinoni¹⁰⁹ traz resumo das diferenças¹¹⁰ básicas entre a previsão original, elaborada apenas para aplicação no processo do trabalho, e sua generalização para todo o processo civil italiano:

¹⁰⁹ In op. cit. p. 74.

¹¹⁰ Ver também Filippo Collia; *L'ordinanza per il pagamento di somme non contestate nel processo del lavoro*, pp. 554 e segs.

"A disposição do art. 186 bis - diferencia-se da disposição que serve ao processo do trabalho nos seguintes pontos: i) a não contestação deve vir de uma parte que constituiu advogado em juízo, enquanto que a norma do processo do trabalho abria oportunidade para a discussão em torno de se saber se a "contumacia" do réu poderia configurar hipótese de não contestação; ii) a "ordinanza", no processo de conhecimento, é modificável e revogável, não podendo prejudicar a decisão sobre o mérito; argumentava-se, no processo do trabalho, mediante uma determinada interpretação do art. 423, que a "ordinanza" não poderia ser modificada ou revogada; iii) de acordo com a nova disposição a "ordinanza" não pode ser pronunciada em qualquer fase do processo, como acontece no processo do trabalho; iv) a "ordinanza" conserva eficácia mesmo após a extinção do processo, o que não era especificamente previsto pelo art. 423.

Entretanto, o objeto da tutela - que somente pode ser o pagamento de soma em dinheiro -, a sua eficácia executiva e o próprio mecanismo da não contestação, restaram invariados."

Enquanto na Itália a possibilidade de antecipação com base na técnica da não contestação ocorre, em virtude da restrição legal, apenas às hipóteses de obrigação de pagar soma em dinheiro, no Brasil, diante da generalidade intrínseca do artigo 273 a todo o processo de conhecimento, qualquer espécie de tutela pode ser antecipada com base na técnica da não contestação, ou do reconhecimento parcial do pedido. Admite-se, inclusive, em exceção que mais uma vez confirma a regra, a antecipação de efeitos constitutivos e declaratórios, na medida que agora não mais estamos diante de tutela antecipada com base em cognição sumária, mas sim em verdadeira cognição exauriente, como já referido.

Em nosso direito, a possibilidade de aplicação da técnica da não contestação como meio de antecipação de tutela no âmbito do processo do trabalho deu-se de modo inverso. Precisou a tutela antecipada fulcrada em abuso de direito de defesa ser primeiramente reconhecida pela legislação processual civil para poder ser aplicada subsidiariamente ao processo do trabalho¹¹¹.

Mais uma vez se depara o intérprete com técnica de tremenda aplicabilidade ao processo do trabalho. Grande parte dos processos trabalhistas comporta antecipação de tutela fundada na técnica de não contestação ou reconhecimento parcial

¹¹¹ Daí se vê a falta de um tratamento mais sério acerca da legislação processual trabalhista em nosso país, eis que matérias importantíssimas como a da tutela antecipada necessitam ser "importadas" do processo civil.

dos pedidos. Ocorre que, de regra, parte considerável das demandas trabalhistas envolve obrigações de pagar quantia certa e muitas são as defesas que reconhecem apenas parte de determinado pedido, deixam de contestar parte de um pedido, ou um de vários pedidos, e que, por óbvio, conduzem à possibilidade da tutela antecipatória.

A gama de possibilidades, dentro da casuística trabalhista, é tão ampla que qualquer enumeração, mesmo que exemplificativa, restaria enfadonha. Na realidade, qualquer demanda trabalhista¹¹² comporta possibilidade de antecipação de tutela fulcrada em tais técnicas. Sempre que um pedido relativo a direito disponível não for contestado, ou que haja reconhecimento expresso de parte do pedido, e houver necessidade de instrução dilatória quanto aos demais pedidos, ou ao restante do mesmo pedido, abre-se a oportunidade para que o autor postule a antecipação definitiva daquela parte do pedido não contestada ou reconhecida.

É exemplo bastante simplório e corriqueiro, a reclamatória em que o empregado pleiteia um determinado número

¹¹² Não se olvide que na hipótese da ação versar sobre direitos indisponíveis é inaplicável a técnica da não contestação e do reconhecimento parcial do pedido, sendo que, em relação a esta última técnica, além da disponibilidade do direito deve ser levada em conta a capacidade da parte de sobre ele dispor. Marinoni, in op. cit. p. 100, melhor esclarece a matéria.

de horas extras diárias e o empregador contesta a realização de apenas parte destas, sem oferecer qualquer outra exceção substancial indireta quanto à diferença não contestada, hipótese que ensejaria a possibilidade de se antecipar definitivamente a tutela para que se procedesse à execução definitiva da parcela de horas extras não contestadas, bem como os reflexos delas decorrentes.

Também é patente a necessidade de antecipação em caso no qual o empregado postula horas extras em decorrência de inobservância do intervalo mínimo de uma hora diária para refeição e repouso, dizendo que não usufruía de intervalo, e a reclamada alega que o intervalo era de apenas 30 minutos, ou seja, reconhece desde já o direito do reclamante a, pelo menos, 30 minutos diários como horas extraordinárias.

c) A TÉCNICA MONITÓRIA

A técnica monitória, que para Marinoni é aceitável tanto para o procedimento comum quanto para o procedimento monitório, estabelece a possibilidade de se antecipar a tutela toda vez que, em qualquer dos dois procedimentos, houver a prova do fato constitutivo e a defesa revelar-se abusiva, quer por se

fundamentar em exceção substancial indireta provavelmente infundada, quer, diante de prova do núcleo do fato constitutivo, por se basear em negativa não séria acerca dos chamados "elementos secundários" dos fatos constitutivos.

De regra, ao se propor a técnica monitória, aplicável tanto no procedimento comum, como também no procedimento monitório, nada mais se faz do que demonstrar a possibilidade de antecipar-se a tutela, tanto baseada em perigo, quanto principalmente a dos casos de abuso de direito de defesa, quando evidenciado o direito através de prova escrita¹¹³, cumulada com a falta de seriedade da defesa.

Marinoni também cita a possibilidade da tutela antecipatória final, na qual, mesmo já presentes as condições para a sentença, o juiz concede a tutela antecipatória de modo a poupar o autor que tem razão da espera pelo trânsito em julgado da sentença. Esta espécie de tutela, porém, diante das vedações claras do parágrafo 4º. do artigo 273, mostra-se de pouca valia, principalmente em sede trabalhista, eis que a exigência de caução mostra-se totalmente abstrata e quase impossível em se tratando de demandas entre patrões e empregados.

¹¹³ Sobre o conceito de prova escrita, ver Marinoni, in op. cit. p. 119 e segs.

A tutela antecipada com fulcro na técnica monitória é perfeitamente admissível perante a Justiça do Trabalho, inclusive dentro do próprio processo monitório, também aplicável subsidiariamente no processo do trabalho.

É possível facilmente identificar casos de aplicação da técnica monitória no processo do trabalho. Tanto se abre tal possibilidade diante de ações monitórias, perfeitamente adequadas à prática trabalhista, como nas reclamatórias comuns. O grande entrave, no que diz respeito às obrigações de pagar quantia certa, a grande maioria dos pedidos, dá-se na vedação de levantamento de soma em dinheiro e de expropriação dos bens penhorados, o que dificulta, ou impossibilita, uma efetiva tutela antecipada em tais espécies de processos. Seria melhor aplicável, agora só no procedimento comum, diante da peculiar monetariedade do procedimento monitório, em se tratando da maior parte obrigações de fazer ou não fazer (v.g. reintegração ao emprego, ou anotação da CTPS), que admitem execução plena, diante da reversibilidade dos efeitos fáticos e jurídicos da tutela.

A tutela antecipatória final mostra-se inaplicável, na maioria das situações, ao processo do trabalho, na medida que aqui, de regra, os recursos somente possuem o efeito devolutivo, diante da expressa previsão do artigo 899 da Consolidação das Leis do Trabalho, não suspendendo a execução

da sentença. Acontece, porém, em se tratando de obrigações de pagar quantia certa, que a norma do artigo 899 da CLT prevê que a execução caminha apenas até a penhora. Recai a legislação processual trabalhista, apesar do avanço em relação ao processo civil no que pertine ao não efeito suspensivo do recurso, no mesmo entrave, eis que também não se permite a expropriação ou o levantamento de depósito em dinheiro.

d) JULGAMENTO ANTECIPADO DE PARTE DOS PEDIDOS CUMULADOS

Ao se iniciar a abordagem da tutela antecipada baseada no abuso de direito de defesa no processo do trabalho, foi dito que as demandas trabalhistas representavam campo fértil para o desenvolvimento de técnicas antecipatórias, sendo que o fato de existirem, de regra, vários pedidos cumulados, era um dos principais demonstrativos de tal aptidão.

A grande variedade de pedidos presentes, normalmente, em uma reclamação trabalhista, gera a situação de se ter de aguardar o término da instrução dilatória de cada um dos pedidos, mesmo sendo apenas um pedido a carecer de instrução quando todos os outros já se mostram aptos para o julgamento. Trata-se de hipótese que, se não fosse injusta, pelo menos se mostraria ilógica. A falta de lógica, por si só, já denotaria a necessidade de uma solução mais coerente para a contradição

que reside em se aguardar a resolução de uma última matéria controvertida, de um único - e por vezes de menor importância prática - pedido, quando todos os demais pedidos já comportam uma solução definitiva.

A tutela antecipada do artigo 273, II, do Código de Processo Civil veio a resolver de vez por todas este problema. É certo que podemos enquadrar como abuso de direito de defesa a hipótese na qual o autor é obrigado a esperar a instrução de um último pedido controvertido quando um de seus pedidos, ou todos menos o controvertido, não mais dependem de qualquer prova, comportando pronta solução.

Estamos diante da possibilidade de antecipação fundada em cognição exauriente, a qual, por evidente, não mais comporta as limitações próprias da provisoriedade da tutela antecipatória fundada em cognição sumária. Tal se dá não só em relação à definitividade da atuação do provimento como também em relação à problemática recursal.

A possibilidade de antecipação de tutela com o julgamento antecipado de um (ou mais) dos pedidos cumulados dá-se na hipótese em que já existe aptidão para o julgamento quanto a um (ou mais) dos pedidos cumulados e persiste a necessidade de instrução dilatória em relação a outros (ou um só) pedidos.

Marinoni¹¹⁴ assim elenca os pressupostos da tutela antecipatória pelo julgamento antecipado de um (ou mais) dos pedidos cumulados:

"É imprescindível, em outras palavras, que ao menos um dos pedidos diga respeito apenas à matéria de direito ou não precise de instrução dilatória e que um outro exija o prosseguimento do processo rumo à audiência de instrução e julgamento."

Todos os pressupostos são perfeitamente aplicáveis também em se tratando do processo do trabalho, diante da subsidiariedade e da perfeita adequação da possibilidade às demais normas processuais trabalhistas. Todo e qualquer pedido, desde que atendidos os requisitos fixados por Marinoni, é passível de ser antecipado, inclusive nos efeitos condenatório, constitutivo e declaratório, na medida que estaremos na presença de cognição exauriente, ou seja, apta a produzir coisa julgada.

Em se tratando de possibilidade de tutela antecipada no sentido de se obter julgamento antecipado de pedido, ou de parcela de pedido, dentre vários pedidos cumulados, a citação exauriente de exemplos da casuística trabalhista mostra-se impossível, na medida que todo e qualquer pedido imaginável

¹¹⁴ In op. cit. p. 151.

como situado no âmbito da competência material da Justiça do Trabalho, comporta antecipação através de julgamento antecipado da lide. Apenas para não fugir à questão, cita-se o caso de reclamação em que se cumula o pedido de multa por atraso no pagamento das verbas rescisórias com pleito de horas extras, sendo inexistente controvérsia, ou sendo a controvérsia restrita à apreciação documental, em relação ao primeiro, e carecendo o pedido de horas extras de instrução dilatória, afigura-se a possibilidade de antecipar-se a tutela no sentido de se julgar antecipadamente o primeiro pedido.

Apesar da obviedade de ser possível a tutela antecipatória em tal sentido, da equidade e da adequação aos próprios princípios constitucionais atinentes à questão, ainda existe uma última questão a ser tratada, que se reveste de importância ainda maior no processo do trabalho, diante da irrecorribilidade das decisões interlocutórias. Trata-se da análise da problemática recursal em se tratando de decisão antecipatória no sentido de oferecer julgamento antecipado de um dos pedidos formulados na inicial.

Já foi mencionada a necessidade de que a sentença decida de uma só vez a totalidade dos pedidos, não comportando fracionamento. Também já se passou pela análise da natureza jurídica da decisão antecipatória, concluindo-se que só restava

possível, embora materialmente inadequado, classificá-la como decisão interlocutória.

A tutela antecipatória através do julgamento antecipado de um dos pedidos somente pode ser admitida na medida que excepcionarmos tais conclusões, válidas, em regra, para as demais hipóteses antecipatórias. Acontece que, ao se antecipar a tutela no sentido de se promover o julgamento antecipado da lide, na realidade estar-se-á, não só materialmente, mas também formalmente, na presença de sentença. Veja-se que teremos decisão definitiva, fundada em cognição exauriente, logo apta a produzir coisa julgada. Não parece haver outra alternativa que não a de classificar a tal julgamento antecipado da lide como verdadeira sentença.

Embora seja, do ponto de vista da economia e da ordem processual, salutar o princípio de que a sentença deve decidir em conjunto todos os pedidos, este não parece imune a exceções. O artigo 292, do CPC, que permite a cumulação de pedidos, nada mais é do que um permissivo criado com fins de economia processual. Também é certo que a legislação processual civil estabelece a obrigatoriedade de serem apreciados todos os pedidos (arts. 458, III e 459 do CPC) pela sentença. Acontece que tais dispositivos não impedem, por óbvio em casos especiais que assim o justifiquem, que o juiz desmembre o processo em dois, sendo que, em um deles se julga desde logo os pedidos

aptos para tanto, enquanto o outro permanece no aguardo da instrução dilatória. Na prática trabalhista é bastante comum a reunião de ações, que é feita a critério do juiz, normalmente bastando a identidade de partes para tanto. A via inversa, pelo desmembramento, parece ser perfeitamente possível, ao prudente arbítrio do julgador, sempre que se mostrar que a espera pela instrução dos demais pedidos possa sobrecarregar em demasia o autor com o ônus da demora do processo. Nem se argumente que haveria vedação expressa de tal procedimento, na medida que, ao se desmembrar o feito em dois distintos, esclarecendo-se quais os pedidos que ficam situados em cada um destes, na realidade passaremos a ter dois processos distintos e autônomos, sendo que a sentença proferida em cada um deles é que ficará sujeita à obrigação de apreciar a totalidade dos pedidos, que agora serão apenas aqueles definidos pelo desmembramento.

A visão, embora sujeita a uma série de críticas, mais por conta de um legado da ordinariedade do que por verdadeiros óbices legais, parece ser apropriada a solucionar um sério problema surge ao se pensar na tutela antecipada pelo julgamento antecipado da lide no processo do trabalho. Acontece que, como já exposto, as decisões interlocutórias não são recorríveis de imediato no procedimento trabalhista. Admitir o julgamento antecipado de um dos pedidos como decisão interlocutória, além de desvirtuar completamente a noção de decisão interlocutória, na medida que teríamos o absurdo de

decisões interlocutórias aptas a produzir coisa julgada material, eis que fundadas em cognição exauriente, implicaria em retirar de tal julgamento antecipado a possibilidade de sujeitar-se de pronto ao duplo grau de jurisdição. Evidente também que a hipótese de mandado de segurança não é aconselhável em se tratando de decisão definitiva, na medida que não se coaduna com o remédio heróico análise do tipo recursal, na qual se devolve ao julgador toda a matéria ventilada nos autos.

O que existe, na verdade, em se tratando de caso de antecipação de tutela pelo julgamento antecipado da lide, são dois momentos distintos, muito embora possam ficar registrados no corpo da mesma decisão. Em um primeiro momento se define a possibilidade de conceder antecipação de tutela através de julgamento antecipado da lide, em decisão na qual o juiz deverá declarar a presença dos pressupostos de tal espécie de tutela (ao menos um pedido versando apenas sobre matéria jurídica ou que não necessite de instrução dilatatória, e de ao menos um pedido que necessite de dilação para instrução). No segundo momento se procede ao julgamento antecipado do pedido (ou dos pedidos) aptos para tanto. Tem-se, de tal modo, no primeiro momento, decisão interlocutória, no sentido de se antecipar o direito do autor à tutela jurisdicional, na medida que genericamente se pode conceber dentro dos pedidos também o julgamento. Já o julgamento antecipado do pedido, em um segundo

momento, reveste-se de todas as características de sentença, na medida que, desmembrado o feito originário, estar-se-á na presença de um novo processo, ao qual o julgamento antecipado põe termo.

A questão recursal ficaria muito mais simples no âmbito do processo trabalhista, na medida que a decisão de antecipação e o julgamento antecipado dos pedidos ocorreriam, se não em conjunto, ao menos muito próximos temporalmente, sendo o recurso ordinário a via apropriada para se discutir ambas as decisões¹¹⁵.

e) ABUSO DO DIREITO DE RECORRER

Ao se analisar e conceituar o abuso de direito de defesa e manifesto intento protelatório do réu, no capítulo anterior, foi citado que o recurso abusivo também poderia dar ensejo à antecipação de tutela com fulcro em abuso de defesa e até mesmo em manifesto propósito protelatório do réu.

Tal alternativa também é plenamente aplicável ao processo do trabalho. Acontece, entretanto, que já foi dito não haver, de regra, efeito suspensivo dos recursos no direito do

¹¹⁵ Lembre-se que as decisões interlocutórias são irrecorríveis no processo do trabalho, bastando ao reclamado, em caso de inconformismo com a mesma, registrá-lo na primeira oportunidade em que se manifestar nos autos, de modo a possibilitar sua discussão em recurso ordinário.

trabalho. Em assim sendo, de pouca ou nenhuma valia será um provimento de tutela antecipada quando a própria sentença já vem dotada de executividade imediata, pelo menos nas hipóteses em que a lei não disponha em contrário.

O que se coaduna melhor com o no processo do trabalho é o requerimento de tutela antecipada em casos extremos de abuso no direito de recorrer, o que ocorre nas ocasiões em que o reclamado, após ter sido negado provimento ao seu recurso ordinário, ou em caso de provimento ao recurso do reclamante, apegando-se a uma única matéria que comporta reexame em sede de Recurso de Revista, apresenta tal espécie de Recurso, englobando no seu bojo todas as matérias das quais se havia recorrido ordinariamente, muito embora, em relação à maioria destas não mais coubesse qualquer espécie de recurso, seja por se tratarem de matérias meramente de análise das provas, ou até mesmo já pacificadas por Enunciado¹¹⁶ do próprio Tribunal Superior do Trabalho.

Como, de regra, o juízo de admissibilidade feito no tribunal regional limita-se a admitir o recurso de revista pela simples demonstração que um dos tópicos recorridos comporta tal via recursal, o recurso de revista que em princípio é cabível apenas quanto a um (ou uns) dos pontos apreciados no julgamento do recurso, acaba impedindo a execução definitiva

dos direitos sobre os quais não mais caberia discussão se o juízo de admissibilidade tivesse sido realizado de modo específico em relação a cada um dos pontos contidos no recurso dirigido ao Tribunal Superior do Trabalho.

Em tal situação, demonstrando-se que é inadmissível o recurso de revista em relação a um (ou uns) dos pontos de inconformismo do réu recorrente, os quais foram admitidos apenas pelo fato do juízo de admissibilidade ter demonstrado o cabimento pela análise de apenas um, ou alguns, dos pontos recorridos, pode o autor requerer a antecipação de tutela, no sentido de que se declare de pronto a inadmissibilidade do recurso de revista em relação ao um, ou vários, dos pontos recorridos, possibilitando-se a sua execução definitiva.

II - CASUÍSTICA

Como já referido por várias vezes, praticamente todos os pedidos normalmente formulados no processo do trabalho são antecipáveis. Em se tratando da tutela antecipada com fundamento no inciso II do artigo 273, a afirmação ganha ainda maior relevância. Tal se dá pelo motivo de que, em se tratando de hipóteses de abuso de direito de defesa ou intento protelatório do réu, não há necessidade de uma mais profunda

¹¹⁶ Preferimos ficar com a nomenclatura oficialmente utilizada pelo próprio

análise acerca da necessidade da tutela, bastando o preenchimento dos requisitos comuns, (prova capaz de mostrar verossímil o direito pleiteado) aliado ao abuso no direito de defesa ou propósito protelatório, para que seja possível a antecipação.

Faz-se uma ligeira menção às espécies de pedidos mais comuns no âmbito trabalhista, com a referência à possibilidade, ou não, de se conceder tutela antecipatória em relação aos mesmos:

a) REINTEGRAÇÃO DE EMPREGADO ESTÁVEL

Assim como na tutela antecipatória de urgência, também em relação à tutela do artigo 273, II, é perfeitamente admissível o provimento antecipatório no sentido de se determinar a pronta reintegração de empregado estável ou detentor de garantia de emprego.

A antecipação pode ocorrer, tanto com base em cognição sumária (defesa provavelmente infundada, atos procrastinatórios), como diante de cognição exauriente (não contestação, reconhecimento de pedido cumulado, confissão, pedido cumulado apto para julgamento antecipado).

Mostra-se, no caso em análise, a importância e necessidade de se admitir a antecipação tal qual a proposta para a hipótese de pedido cumulado apto para julgamento. Basta imaginar a situação em que o empregado estável já não mais precisa produzir qualquer prova de seu direito (podendo ter sido confessado, reconhecido, ou até provado documentalmente), sendo necessária, contudo, instrução dilatória em relação a outros pedidos. Neste caso a espera pelo término do procedimento necessário à instrução de outros pedidos se afigura como abuso de direito de defesa, não sendo justo submeter o autor ao aguardo do tempo necessário à solução de outros pedidos, quando o direito à reintegração já é evidente.

b) ANOTAÇÕES EM CTPS, FORNECIMENTO DE DOCUMENTOS

Do mesmo modo que na tutela antecipatória do artigo 273, I, do Código de Processo Civil, também com base na previsão do seu inciso II, se mostra possível a antecipação de tutela para se determinar anotações na Carteira de Trabalho do obreiro, bem como antecipação no sentido de se determinar a entrega de determinados documentos a que o empregado faça jus.

É exemplificativa de tal possibilidade a reclamação trabalhista na qual o empregado pleiteia o reconhecimento de período laborado sem registro com a conseqüente retificação da data de admissão na CTPS. Em sendo provado, ou incontroverso, o período laborado sem registro, inexistente a necessidade de se aguardar a solução de outros pedidos eventualmente cumulados que necessitem de instrução mais prolongada, sendo plenamente justificável a antecipação da tutela para se determinar a imediata retificação da CTPS.

Também em relação a pedidos de entrega de documentos, como no caso de pleito de liberação de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, para cujo levantamento se faz necessário termo rescisório fornecido pelo empregador com código de saque específico, é perfeitamente adequada a antecipação de tutela. Caracterizado abuso no direito de defesa, ou manifesto propósito protelatório do réu, justifica-se a antecipação de tutela, bastando prova que demonstra a verossimilhança do direito alegado.

As hipóteses comportam tanto antecipação de tutela fundada em cognição sumária, como também provimento antecipatório calcado em cognição exauriente.

c) PAGAMENTO DE SOMAS EM DINHEIRO

A hipótese mais comum, em se tratando dos pedidos formulados na Justiça do Trabalho, comporta igualmente a antecipação de tutela.

A grande discussão, ao se tratar de pedidos que envolvem o pagamento de somas em dinheiro, diz respeito ao risco de irreversibilidade do provimento. A situação se resolve, de regra, pela proibição do artigo 588 do Código de Processo Civil, reforçada pela previsão do artigo 899 da Consolidação, que possibilita a execução provisória, mas limita o seu curso apenas até a penhora.

É perfeitamente justificável, contudo, a antecipação com a satisfação definitiva dos créditos, em determinados casos.

As decisões antecipatórias fundadas em cognição exauriente, sobre as quais não mais exista recurso pendente, são absolutamente compatíveis com a definitividade, comportando execução completa. Também no caso de existir recurso, mas ser declarado o abuso no direito de recorrer, mostra-se plenamente justificável o pagamento de somas em dinheiro, diante do fato de ser quase desprezível a possibilidade de se reverter a situação em favor do réu, bem como por se tratar de situação

tão aberrantemente próxima da certeza jurídica que comporta a utilização da expressão "no que couber", inserta no parágrafo 3º. do artigo 273, como forma de se afastar a vedação de expropriação e de levantamento de depósitos em dinheiro sem a devida caução.

Nos casos de julgamento antecipado de pedido cumulado, para os quais se propôs o desmembramento do processo, não há que se discutir sobre a atuação da tutela antecipatória, na medida que a decisão antecipatória apenas declara a possibilidade de se julgar antecipadamente o pedido, sendo que a execução do julgamento antecipado da lide seguirá os trâmites normais da execução de sentença, comportando, na interposição de recurso ordinário, a execução provisória, nos limites do artigo 899 da CLT. Quando o recurso mostrar-se abusivo (v.g., como no caso de haver interposição de recurso contra a sentença que julgou antecipadamente o pedido diante de confissão, ou reconhecimento do pedido pelo réu) mostra-se aconselhável antecipar-se a tutela de modo a possibilitar o levantamento de somas em dinheiro.

Na presença de antecipação baseada em cognição sumária, a regra é se evitar expropriação e levantamento de depósitos, bem como o risco da irreversibilidade, justamente diante da provisoriedade decorrente da sumariedade. Casos excepcionais, todavia, poderão aconselhar a entrega definitiva de soma em

dinheiro. Não se pode olvidar que a tutela antecipada do inciso II tem nítida intenção punitiva ao réu que abusa de seu direito de defender-se, fugindo de sua obrigação fundamental de colaborar com a Justiça. Determinados abusos são revestidos de tamanha gravidade que somente com a decisão antecipatória possibilitando o pronto pagamento da quantia devida ao autor se dá resposta adequada ao desrespeito para com a Justiça, bem como para com a parte autora. São aqueles casos excepcionalíssimos em que a antecipação se mostra importante a ponto de justificar o risco da irreversibilidade.

Finalizando, vale lembrar ser possível um caso concreto no qual se mostrem presentes tanto o requisito da urgência, como abuso do direito de defesa. A proibição de pagamento de soma em dinheiro sem caução pode ser afastada nesta situação, levando-se em consideração a extrema urgência do autor, ou a necessidade de punição imediata à altura de um ato excepcionalmente abusivo ao direito de defesa.

5. CONCLUSÕES

1. Somente a partir de uma análise dos precedentes históricos é possível verificar quais os motivos que levaram à construção dos paradigmas científicos do atual direito processual.

2. Em Aristóteles se encontra a noção do Direito como uma "ciência do espírito", situada ao lado da moral. Diante de tal posicionamento, podem ser admitidos os juízos de verossimilhança. Contribuiu também com o desenvolvimento do conceito de justiça distributiva.

3. Hobbes foi um dos "vultos negativos" para a evolução do pensamento jurídico. Foi o ideólogo do absolutismo, seu discurso da segurança jurídica serviu de escudo justificador para as maiores atrocidades já cometidas na História. Montesquieu também acabou por colaborar, com a doutrina da separação dos poderes, na retirada da função criadora da jurisdição.

4. Kant, com o racionalismo, e Kelsen, com seu purismo, contribuíram ainda mais para afastar o direito da vida real.

5. Enquanto o direito inglês recepcionou os interditos, os sistemas baseados no direito europeu continental, como o brasileiro, herdaram apenas a via estreita da *actio*, alargada artificialmente para acolher os direitos não obrigacionais. O temor do retorno ao regime antigo levou os franceses a adotarem sistema legislativo rígido, castrando a tarefa criativa da jurisdição. Daí a herança nefasta que nos foi legada.

6. Muito embora se ressalte a pouca importância de conceitos formais, pelas razões apresentadas se pode conceituar a Jurisdição como sendo a atividade desenvolvida pela autoridade estatal, formulando e atuando o direito objetivo, como finalidade específica de seu agir, inserido na realidade social, em direção à realização do bem comum.

7. Em decorrência do mito da neutralidade, construído sob o manto do discurso do garantismo jurídico, herdou-se uma série de problemas, dentre os quais a *ordinariedade* e a vedação de juízos baseados em verossimilhança.

8. É necessário se admitir os julgamentos baseados em verossimilhança, a possibilidade de antecipação de tutela, classificar como sentenças as decisões liminares, desmascarar as bases ideológicas do processo de conhecimento, para que se possa superar o entrave ditado pela *ordinariedade*.

9. O processo somente deixará de ser a "tirania mutiladora do direito material", diagnosticada de modo perspicaz por Ovídio Baptista da Silva, através da superação dos entraves ditados pela ordinariedade.

10. O procedimento ordinário mostra-se ineficaz para tutelar os direitos dos menos favorecidos, assim como os chamados "novos direitos". Um processo somente pode ser taxado de digno na medida que seja capaz de efetivamente realizar o direito material.

11. A tutela cautelar satisfativa, as inovações do Código do Consumidor, os juizados de pequenas causas, são exemplos de tentativas de se evitar uma ruptura definitiva entre o processo e o direito material. Apesar de tais esforços, o processo ainda carecia de uma via mais larga e genérica para o atendimento da necessidade de efetividade.

12. A tutela antecipada, introduzida no sistema pela nova redação do artigo 273 do CPC, tem potencial para dar efetividade ao processo quando se mostrar necessário um pronto atuar jurisdicional.

13. A tutela antecipatória tem por base os princípios de que o processo não pode prejudicar o autor que tem razão e o

que estipula a necessidade de que o tempo do processo seja ônus que não recaia apenas sobre o autor.

14. A tradicional segregação entre processo de conhecimento e processo de execução, reconhecida e consolidada em nosso sistema processual pela exigência do artigo 583 do CPC, não encontra guarida científica, bastando notar que vários processos de conhecimento comportam execução independentemente da propositura de uma nova ação.

15. A tutela antecipatória, ao inserir execução na órbita do processo de conhecimento, vem abalar todo o sistema em que se fulcra nosso direito processual. Representa a superação da dicotomia absoluta "processo de conhecimento / processo de execução".

16. A tutela antecipatória tem natureza jurídica satisfativa. Trata-se de tutela satisfativa calcada em cognição sumária. Não se confunde com a tutela cautelar.

17. A expressão "poderá", contida no *caput* do artigo 273 do CPC, é inapropriada, pois denota que o juiz não seria obrigado a conceder a tutela antecipada quando presentes seus pressupostos. Melhor seria a expressão "deverá", uma vez que é dever do juiz conceder a antecipação quando preenchidos os requisitos legais.

18. O provimento antecipatório não pode ser concedido de ofício. Salvo casos excepcionais, de regra deve haver requerimento da parte para que se possa conceder antecipação.

19. Na realidade, o que se antecipa são os efeitos da tutela, que não são os mesmos da tutela concedida pela sentença. A antecipação pode ser total ou parcial. Ao falar em antecipação total ou parcial, a lei somente pode estar se referindo aos efeitos executivo ou mandamental.

20. Somente aquele que é autor pode pleitear a tutela antecipatória, diante da inadequação do instituto à posição de réu. O autor de embargos, reconvenção, tem direito de pleitear antecipação de tutela. Não há que se falar em inconstitucionalidade.

21. São pressupostos concomitantes para a antecipação de tutela a existência de prova inequívoca e verossimilhança. Os pressupostos alternativos são o receio de dano (art. 273, I), o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório (art. 273, II).

22. Os termos "prova inequívoca" e "verossimilhança" não se coadunam logicamente. Para se mitigar a contradição, deve-se entender "prova inequívoca" como sendo aquela hábil para

convencer o julgador da verossimilhança da alegação que embasa o direito pleiteado.

23. Fundado receio de dano irreparável, ou de difícil reparação, tem a mesma aparência, mas não se confunde, com o *periculum in mora* autorizador da tutela cautelar.

24. Por abuso de direito de defesa deve-se entender toda e qualquer hipótese em que o Juiz, da simples leitura da contestação, possa justificar fundamentadamente que a mesma é abusiva, ou seja, não traz fundamentos relevantes capazes de conduzir a uma sentença de improcedência.

25. O manifesto intento protelatório do réu ocorre toda vez que o integrante do pólo passivo da demanda atua, quer no processo, quer "fora" dele, de modo a evidentemente procurar postergar a decisão de mérito. Não guarda relação necessária com as hipóteses de litigância de má-fé.

26. A exigência de motivação, desnecessária, por redundante, da decisão que concede ou nega a antecipação, busca reforçar a exigência constitucional.

27. O parágrafo 2º. do artigo 273 do CPC veda a antecipação de tutela em casos de haver risco de irreversibilidade do provimento antecipado. A regra, contudo,

comporta exceções sempre que o direito antecipado tiver importância tal que justifique o risco da irreversibilidade.

28. Na atuação da tutela antecipada nem sempre devem ser observados os ditames dos incisos II e III do artigo 588 do CPC. A expressão "no que couber" permite, em casos especiais que justifiquem o procedimento, afastar as exigências de caução para levantamento de depósito em dinheiro e a expropriação. O processo de conhecimento é mero "parâmetro operativo" para a atuação dos direitos antecipados.

29. A tutela antecipada, desde que não fundada em cognição exauriente, pode ser modificada ou revogada a qualquer tempo. É sempre necessário, entretanto, requerimento da parte.

30. Somente com o julgamento final, ou em caso de antecipação fundada em cognição plena, é que se pode admitir a presença dos efeitos constitutivo, declaratório e condenatório, em sua plenitude.

31. A tutela antecipada pode ser realmente requerida a qualquer momento, não podendo o juiz deixar de conhecer do pedido sob o argumento de intempestividade, devendo sempre se debruçar sobre o "mérito" do pedido, mesmo que seja para indeferí-lo pelo argumento de que o momento não comporta logicamente a existência do pressuposto invocado.

32. O único limite definitivo, quanto à eficácia temporal da decisão antecipatória, é o trânsito em julgado da sentença de improcedência.

33. Muito embora, materialmente, a decisão antecipatória se aproxime muito mais da idéia de sentença do que de decisão interlocutória, o artigo 162, do CPC, somente permite classificá-la formalmente como decisão interlocutória.

34. A decisão que concede ou nega a antecipação de tutela é recorrível, no processo civil, através de agravo de instrumento.

35. A tutela do artigo 273 do CPC é perfeitamente cabível no processo do trabalho, diante da aplicação subsidiária das normas do processo civil prevista para as hipóteses de casos omissos, conforme previsão do artigo 769 da CLT.

36. Em princípio, todas as conclusões externadas em relação à tutela antecipada no processo civil, se aplicam da mesma forma para o processo do trabalho. As exceções se situam justamente nos pontos em que o processo do trabalho se afasta em maior grau do processo civil.

37. O processo do trabalho é campo fértil para a aplicação e o desenvolvimento do instituto da tutela antecipada, seja em virtude da rica e adequada casuística, seja pelo menor formalismo que caracteriza a justiça obreira.

38. A necessidade de requerimento da parte autora, com a conseqüente vedação ao juiz da concessão de ofício da antecipação de tutela, permanece inalterada na seara trabalhista.

39. A competência para apreciar o pedido de antecipação, no juízo de primeira instância, é do colegiado, ou seja, da Junta de Conciliação e Julgamento.

40. Não existe recurso específico para as decisões acerca de antecipação de tutela no processo do trabalho, diante da irrecorribilidade das decisões interlocutórias ditada pelo artigo 893 da CLT. O mandado de segurança é a única solução possível, de modo a se permitir a discussão acerca da decisão antecipatória, antes do momento apropriado para interposição de recurso ordinário.

41. A tutela antecipada fundada em risco de dano é plenamente adequada ao processo do trabalho. Tomadas as devidas precauções, é possível antecipar-se o pagamento de somas em

dinheiro no processo do trabalho, fundada no inciso I do artigo 273 do CPC.

42. Também a tutela antecipatória em caso de abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu (art. 273, II, CPC) é admissível no âmbito processual trabalhista. O processo do trabalho, aliás, mostra casuística que se ajusta perfeitamente às possibilidades de antecipação fulcrada em abuso na defesa.

43. As chamadas "técnicas antecipatórias" visam colaborar no sentido de se sistematizar as hipóteses que configuram abuso de direito de defesa e possibilitam antecipação de tutela.

44. A técnica da condenação com reserva de exceção substancial indireta parte do princípio que é injusto atribuir o ônus do tempo do processo ao autor que já logrou provar o fato constitutivo de seu direito, e a declaração final acerca de seu direito depende apenas de exceção substancial indireta (fato impeditivo, modificativo ou extintivo) provavelmente infundada.

45. A condenação com reserva mostra futuro promissor na seara do processo do trabalho, na medida que são bastante comuns as defesas que se limitam a apresentar exceção substancial indireta, muitas vezes infundada.

46. A técnica da não contestação ou reconhecimento parcial do pedido, permite a antecipação definitiva da tutela sempre que o reclamado deixe de contestar o fato constitutivo de um dos pedidos, ou parte de um pedido, ou reconheça a procedência de parte de, ou um dos, pedidos, e o juiz se convença que dos fatos narrados decorre o direito pleiteado.

47. A diferença em relação à técnica de condenação com reserva se dá quanto à atuação do provimento antecipatório. Enquanto a condenação com reserva é, em regra, provisória, na antecipação fundada nas técnicas em análise a execução é definitiva, em razão de ser fundada em cognição exauriente.

48. No direito italiano foi justamente no processo do trabalho que a antecipação de pagamento de soma não contestada foi primeiramente admitida, para somente depois passar a abranger as demais demandas reguladas pelo CPC italiano.

49. A técnica monitória estabelece a possibilidade de se antecipar a tutela toda vez que houver prova escrita do fato constitutivo e a defesa revelar-se abusiva, quer por se fundamentar em exceção substancial indireta provavelmente infundada, quer por se basear em negativa não séria dos chamados "elementos secundários" dos fatos constitutivos.

50. A antecipação de tutela com base na técnica do julgamento antecipado de um (ou mais) dos pedidos cumulados dá-se na hipótese em que já existe aptidão para o julgamento quanto a um (ou mais) dos pedidos cumulados e persiste a necessidade de instrução dilatória em relação a outros (ou um só) pedidos.

51. A antecipação através do julgamento antecipado de um dos pedidos cumulados somente pode ser aceita caso se excepcione a regra de que a sentença deve apreciar a totalidade dos pedidos, bem como sua natureza jurídica de decisão interlocutória, ao menos no âmbito trabalhista. É necessário se admitir o desmembramento do processo, bem como o caráter de sentença da decisão que julgar antecipadamente o pedido, para que a técnica possa ser realmente útil no processo do trabalho. A solução é apropriada diante da irrecorribilidade das decisões interlocutórias no direito processual do trabalho.

52. A técnica de antecipação pelo julgamento antecipado, no processo do trabalho, comportaria dois momentos conceitualmente distintos, uma decisão interlocutória que determina a antecipação do julgamento, com o desmembramento do processo, seguida de verdadeira sentença que aprecie antecipadamente os pedidos aptos para julgamento.

53. A antecipação fundada na hipótese de recurso abusivo, tal como situada no processo civil, tem pouca conotação prática no processo do trabalho, eis que na justiça obreira os recursos, de regra, são recebidos apenas no efeito devolutivo.

54. Encontra maior respaldo em casos de recursos de revistas manifestamente abusivos, nos quais é possível se antecipar o trânsito em julgado de determinadas matérias não abrangidas pela modalidade recursal.

55. A antecipação de pagamento de soma em dinheiro é perfeitamente possível em todas as técnicas fundadas em cognição exauriente. Em determinados casos, a antecipação calcada em recurso abusivo pode comportar a antecipação de pagamento de soma em dinheiro.

56. No julgamento antecipado de pedido não há que se discutir sobre a atuação da tutela antecipatória, na medida que a decisão antecipatória apenas declara a possibilidade de se julgar antecipadamente o pedido. A execução do julgamento antecipado da lide seguirá os trâmites normais da execução de sentença, comportando, na interposição de recurso ordinário, a execução provisória, nos limites do artigo 899 da CLT. A grande vantagem seria a possibilidade de se abreviar o tempo necessário para se atingir o trânsito em julgado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Arruda. Tutela Antecipatória (algumas noções - contrastes e coincidências em relação às medidas cautelares satisfativas). In Reforma do Código de Processo Civil / coordenação Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo : Saraiva, 1996, pp. 77 a 112.

ALVIM, J. E. Carreira. A Antecipação de Tutela na Reforma Processual. Reforma do Código de Processo Civil / coordenação Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo : Saraiva, 1996, pp. 53 a 73.

ALVIM, J. E. Carreira. Tutela Antecipada na Reforma Processual. Rio de Janeiro : Editora Destaque, 1996, 169p.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Alterações no Código de Processo Civil. In Reforma do Código de Processo Civil / coordenação Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo : Saraiva, 1996, pp. 233 a 249.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Sentença e Coisa Julgada.

Rio de Janeiro : Aide Ed., 1992, 386p.

ARAÚJO, Vandyck Nóbrega de. Fundamentos Aristotélicos do

Direito Natural. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris

Editor, 1989, 93p.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. Crítica à Dogmática e

Hermenêutica Jurídica. Porto Alegre : Sérgio Antonio

Fabris Editor, 1989. 79 p.

BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. Brasília

: Editora Universidade de Brasília, 1994, 184p.

BOBBIO, Norberto e BOVERO, Michelangelo. Sociedade e

Estado na Filosofia Política Moderna. São Paulo :

Brasiliense, 1987, 179 p.

CALAMANDREI, Piero. Studi Sul Processo Civile. Padova :

CEDAM, 1957, vol. 6., 357 p.

CARNELUTTI, Francesco. Diritto e Processo. Napoli :

Morano Editore, 1958, 440 p.

- CECHELLA, Claudio. Il Processo Civile Dopo Le Riforme.
Torino : G. Giappichelli Editore, 1992, pp. 117 a
133.
- CHIARLONI, Sergio. Introduzione allo Studio del Diritto
Processuale Civile. Torino : G. Giappichelli Editore,
1975, 120 p.
- COLLIA, Filippo. L'ordinanza per il pagamento di somme non
contestate nel processo del lavoro. Rivista di
Diritto Processuale. Padova : SEDAM, 1994,
- COSTA, José Ribamar da. Direito Processual do Trabalho.
São Paulo LTr, 1991, 238 p.
- CRESSON, André. Aristóteles. Lisboa : Edições 70, 1988,
106 p.
- DEL VECCHIO, Giorgio. Lições de Filosofia do Direito.
Coimbra : Armênio Amado - Editor, 1979. 643p.
- D'HONDT, Jacques. Hegel. Lisboa : Edições 70, 1987, 117p.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. A Reforma do Código de Processo
Civil.

GUIMARÃES, Mário. O Juiz e a Função Jurisdicional. Rio de Janeiro : Forense, 1958, 445p.

LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. La Giustizia. Milão : Dott. A. Giuffrè - Editore, 1966, 68 p.

LIMA, Francisco Gérson Marques de Lima. Direito Processual do Trabalho. São Paulo : Malheiros Editores, 1994, 196 p.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Observações sobre a Natureza Antecipatória da Tutela Antecipatória do art. 273, I, do CPC. In Reforma do Código de Processo Civil / coordenação Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo : Saraiva, 1996, pp. 215 a 231.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Tutela Antecipada: Uma Interpretação do art. 273 do CPC, na Redação Conferida pela Lei Federal n. 8.952, de 13-12-1994. In Reforma do Código de Processo Civil / coordenação Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo : Saraiva, 1996, pp. 167 a 185.

MARINONI, Luiz Guilherme. A Antecipação da Tutela na Reforma do Processo Civil. São Paulo : Malheiros Editores Ltda., 1996, 124 p.

MARINONI, Luiz Guilherme. Efetividade do Processo e Tutela de Urgência. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994, 94 p.

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1997, 272 p.

MIAILLE, Michel. Introdução Crítica ao Direito. Lisboa : Editorial Estampa, 1989, 330p.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito Processual do Trabalho. São Paulo : Saraiva, 1993, 463 p.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. Alterações do CPC Comentado. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1997, 296 p.

PASSOS, J. J. Calmon de. Da Antecipação da Tutela. In Reforma do Código de Processo Civil / coordenação Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo : Saraiva, 1996, pp. 187 a 213.

RADBRUCH, Gustav. Filosofia do Direito. Coimbra : Armênio Amado - Editor, 1979. 430 p.

RAMPAZZI, Gabriella. Le Rifome del Processo Civile.

Bologna : Zanichelli Editore, 1992, pp. 231 a 263.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. A "Antecipação" da Tutela na Recente Reforma Processual. In Reforma do Código de Processo Civil / coordenação Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo : Saraiva, 1996, pp. 129 a 142.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Curso de Processo Civil.

Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991. v. 1. 461 p.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Decisões interlocutórias e Sentenças Liminares. Porto Alegre, Revista AJURIS, n. 51, pp. 126 a 149.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Origens Romano-Canônicas do Processo Civil Moderno, ainda não publicado.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. As Ações Cautelares no Processo do Trabalho. São Paulo : LTr, 1993, 552 p.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. Execução no Processo do Trabalho. São Paulo : LTr, 1993, 584 p.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. Curso de Processo do Trabalho : perguntas e respostas sobre assuntos polêmicos em opúsculos específico : n.2 Antecipação da Tutela e Liminares. São Paulo : LTr, 1996, 55 p.

WATANABE, Kazuo. Tutela Antecipatória e Tutela Específica das Obrigações de Fazer e Não Fazer (arts, 273 e 461 do CPC). In Reforma do Código de Processo Civil / coordenação Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo : Saraiva, 1996, pp. 19 a 51.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da Tutela e Colisão de Direitos Fundamentais. In Reforma do Código de Processo Civil / coordenação Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo : Saraiva, 1996, pp. 143 a 166.

ZUCCHI, Monica. L'ordinanza di pagamento delle somme non contestate. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milano : Giuffrè, 1991, pp. 1025 a 1030.