

ANTECIPAÇÃO DA TUTELA.

Indalécio Gomes Neto^()*

*“O tempo é um inimigo do direito, contra o qual o juiz deve travar uma guerra sem tréguas”
(Carnelutti).*

O processo sempre foi considerado como o instrumento necessário a entrega da prestação jurisdicional. Todavia, a Justiça vem entregando a prestação jurisdicional com excessiva lentidão e o processo se transforma em algo penoso, sobretudo para os mais fracos e pobres e isso lesa até mesmo o princípio da igualdade. Daí dizer José Rogério Cruz e Tucci, que "o fator tempo, que permeia a noção de processo, constitui, desde há muito, o principal motivo da crise da Justiça, uma vez que a excessiva dilação temporal das controvérsias vulnera "ex radice" o direito à tutela jurisdicional, acabando por ocasionar uma série de gravíssimos inconvenientes para as partes e para os membros da comunhão social"⁽¹⁾.

A Convenção Européia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais reconhece explicitamente, no artigo 6º, parágrafo 1º que a Justiça que não cumpre suas funções dentro de um prazo razoável é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível.

É bom dizer que a lentidão da Justiça é fruto de vários fatores. Primeiro, o elevado número de processos que é atribuído a cada órgão julgador, em quantidade sempre crescente; segundo, o rito processual adotado e o número de recursos previstos. Aos juízes pouca culpa se pode atribuir por essa lentidão, pois, salvo exceções, são operosos e diligentes.

Os juristas, sempre preocupados com essa lentidão, têm procurado oferecer sugestões ao legislativo, a quem cabe dispor sobre a matéria. Algum progresso já foi obtido nessa área, bastando lembrar os atuais

^(*) *Indalécio Gomes Neto, é Ministro aposentado do TST e advogado em Curitiba/PR.*

⁽¹⁾ *Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal - RePro 66 73;*

Juizados Especiais, a Ação Civil Pública, o Código do Consumidor, O Mandado de Segurança Coletivo, a Antecipação da Tutela, a Tutela Específica das Obrigações de Fazer e Não Fazer, a Ação Monitória e a via alternativa da Arbitragem, este último sistema recentemente instituído pela Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1.996.

Antes de iniciar a abordagem do tema e pela sua pertinência na diretriz de um Novo Processo e Uma Nova Justiça, vale destacar as oportunas palavras do Ministro Sálvio Figueiredo Teixeira, que foi um dos destacados colaboradores das reformas introduzidas no CPC. Diz ele:

Ao aproximar-se a excitante virada do século, nestes tempos de extraordinárias transformações nos campos político e ideológico, quando países se agregam em comunidades econômicas, nações se libertam e fronteiras estão em constante mutação, regimes totalitários e carismáticos se esfacelam e uma onda de liberalismo varre o horizonte, quando a pobreza cede lugar à miséria, a violência invade os lares, a ciência e a tecnologia atingem patamares inacreditáveis e os sonhos povoam os corações dos que acreditam no amanhã, cabe, a todos nós, missão relevante, árdua, mas grandiosa e bela.

O Estado Democrático de Direito não se contenta mais com uma ação passiva. O Judiciário não mais é visto como mero Poder equidistante, mas como efetivo participante dos destinos da Nação e responsável pelo bem comum. Os direitos fundamentais sociais, ao contrário dos direitos fundamentais clássicos, exigem a atuação do Estado, proibindo-lhe a omissão. Essa nova postura repudia as normas constitucionais como meros preceitos programáticos, vendo-as sempre dotadas de eficácia em temas como dignidade humana, redução das desigualdades sociais, erradicação da miséria e da marginalização, valorização do trabalho e da livre iniciativa, defesa do meio ambiente e construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária.

Foi-se o tempo do Judiciário dependente, encastelado e inerte. O povo, espoliado e desencantado, está nele a confiar e reclama sua efetiva atuação através dessa garantia democrática que é o processo, instrumento da jurisdição.

É de convir-se, todavia, que somente procedimentos rápidos e eficazes têm o condão de realizar o verdadeiro escopo do processo. Daí a

imprescindibilidade de um novo processo: ágil, seguro e moderno, sem as amarras fetichistas do passado e do presente, apto a servir de instrumento à realização da Justiça, à defesa da cidadania, a viabilizar a convivência humana e a própria arte de viver"⁽²⁾.

Em dezembro de 1994 foram publicadas várias leis que introduzem modificações em diversos artigos do Código de Processo Civil.

A alteração mais relevante foi introduzida no artigo 273 do Código de Processo Civil, que trata da antecipação da tutela.

Não se trata de um provimento cautelar, com o objetivo de assegurar um resultado útil ao processo principal. Aqui, a tutela, cuja antecipação se pede, é aquela que tem por objeto o pedido formulado no processo principal.

O legislador condicionou a prestação jurisdicional de antecipação da tutela ao atendimento de determinados pressupostos. O artigo 273 do CPC está assim redigido:

"O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I- haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II- fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

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

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

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

⁽²⁾ *Revista da Procuradoria Geral do INSS, vol. 3, nº 1, abril a junho de 1996;*

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

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

Como se observa, o legislador, ao tratar dos pressupostos da antecipação da tutela, utilizou-se de duas locuções que não se harmonizam, na medida em que exige prova inequívoca e verossimilhança da alegação.

Prova inequívoca é aquela sobre a qual não recai qualquer dúvida: é a prova que se basta por si e não exige qualquer complementação: é a prova que alicerça plenamente o convencimento do julgador.

Já a verossimilhança é a aparência da verdade: é o que parece verdade: é a probabilidade de que determinado fato seja verdadeiro.

O primeiro aspecto a considerar, portanto, reside em como compatibilizar essas duas locuções.

Quanto à prova inequívoca da alegação é uma imposição da lei. Conseqüentemente, se a prova ainda não satisfaz a convicção do julgador, não há como antecipar a tutela. Provas desnecessárias não devem ser produzidas, conforme regra contida no artigo 130 do CPC. A contrário sensu, se a prova é necessária, impõe-se o seu exaurimento, sem o que a tutela antecipada não pode ser deferida.

Esse ponto de vista, contudo, não é pacífico na doutrina, valendo lembrar Cândido Rangel Dinamarco, para quem a prova a ser produzida para a antecipação da tutela necessariamente não precisa ter a mesma extensão daquela destinada à tutela definitiva, bastando que seja convincente. Assim diz o renomado doutrinador:

"Para chegar ao grau de probabilidade necessário à antecipação, o juiz precisará de uma instrução que lhe revele suficientemente a situação de fato, não é o caso de chegar às profundezas de uma instrução exauriente, pois esta se destina a proporcionar grau de certeza necessários para julgamento definitivo, não provisórios como na antecipação da tutela. Tratar-se-á de uma cognição sumária dimensionada segundo o binômio representado (a) pelo menor grau de imunidade de que se reveste a medida

antecipatória em relação à definitiva e (b) pelas repercussões que ela terá na vida e patrimônio dos litigantes". E arremata o seu ponto de vista acerca do tema:

"O reduzido nível de imunidade das decisões concessivas de tutela antecipada (sua provisoriedade) não é motivo para descuidar das atividades instrutórias inerentes à indispensável cognição sumária. A probabilidade exigida pela lei ao falar em prova inequívoca significa que até a algum grau de investigação o juiz deve chegar. Decidirá à luz dos documentos que estejam nos autos e, fazendo valer seus poderes instrutórios, de ofício ou a requerimento determinará a realização das atividades probatórias que em cada caso sejam convenientes. Aplicam-se as regras ordinárias sobre distribuição do ônus da prova (art. 333), embora não precise o autor levar o juiz a níveis absolutos de convicção sobre os fatos constitutivos."⁽³⁾

Desse entendimento não compartilha J. J. Calmon de Passos, asseverando que a prova inequívoca de que fala a lei há de ser a mesma que se exige para a decisão de mérito. Escreve o renomado processualista:

"Falando a lei em prova inequívoca da alegação, ficou em mim a dúvida: é possível prova inequívoca da alegação que autoriza a antecipação, quando seja ela insuficiente para autorizar a decisão de mérito? a prova para a antecipação é uma prova menos robusta ou menos inequívoca que a exigida para a decisão de mérito? Minha resposta é negativa. A antecipação da tutela, ora disciplinada, reclama, para que seja deferida, já seja possível decisão de mérito no processo em que ela é postulada, a ser concomitantemente proferida, ou já exista decisão de mérito, à qual se deseja acrescentar o benefício da antecipação, para que se torne, de logo, provisoriamente exequível. Não se cuida de um passe de mágica em favor da tão endeusada celeridade, efetividade, deformalização e outros vapt-vupts processuais. O que se fez, em boa hora, foi permitir, nos casos excepcionais indicados, que a decisão de mérito seja de logo exequível, pouco importando, no caso, o efeito suspensivo do recurso, que será afastado em face da antecipação, autorizada em razão da presença dos pressupostos que o artigo 273 do Código de Processo Civil fixou em seus incisos I e II."⁽⁴⁾

⁽³⁾ *A Reforma do Código de Processo Civil, Malheiros Editores, 2ª ed.*

⁽⁴⁾ *Inovações no Código de Processo Civil, Forense;*

Manoel Antonio Teixeira Filho entende que a mera probabilidade só se ajusta ao processo cautelar, mas não na antecipação de tutela. Segundo seu pensar, o legislador, ao possibilitar a antecipação da tutela de mérito, no próprio processo de conhecimento, "na situação em que houver fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, procurou, de um lado, evitar que o processo cautelar continuasse a ser desviado de sua finalidade histórica, pois, até então, vinha sendo largamente manejado com o escopo de promover a tutela do direito material, mediante a emissão de sentenças satisfativas, e de outro, exigir que essa antecipação da tutela se dê com maiores elementos de convicção, e, para isso, formulou a exigência da prova inequívoca, cujo rigor é abrandado pela verossimilhança da alegação do autor. Com essa providência, buscou evitar a proteção antecipada do direito material sem um mínimo de prova quanto ao fato constitutivo, e, como contrapartida, satisfez-se com a mera alegação da parte de que esse direito está na iminência de ser lesado".⁽⁵⁾

Luiz Guilherme Marinoni lembra que a tutela antecipatória, nos casos de receio de dano, poderá ser requerida antes ou depois de encerrada a instrução probatória, bem como após a sentença. A tutela antecipatória, portanto, nem sempre será fundada em cognição sumária.

A tutela fundada em cognição sumária é uma tutela baseada em prova não suficiente para o juiz declarar a existência do direito. Se, por exemplo, uma vez ouvido o réu, a prova é suficiente para o juiz declarar a existência do direito, o caso é de julgamento antecipado do mérito. Portanto, a denominada "prova inequívoca", capaz de convencer o juiz da "verossimilhança da alegação", somente pode ser entendida como "a prova suficiente" para o surgimento do verossímil, entendido como o não suficiente para a declaração da existência ou inexistência do direito.⁽⁶⁾

Ao exigir prova inequívoca, quer o legislador que o juiz se convença da verossimilhança da alegação, significando dizer que não basta apenas a probabilidade e nem a aparência de direito, requisitos próprios das medidas cautelares. Exige-se mais, justamente por se tratar de um provimento de mérito, devendo a prova, ainda que não exauriente, ser no mínimo suficiente a alicerçar o convencimento do julgador.

⁽⁵⁾ *As alterações no CPC e suas repercussões no Processo do Trabalho;*

⁽⁶⁾ *A Antecipação da Tutela na Reforma do Processo Civil, Malheiros Editores;*

A prova documental, não raro, é suficiente para demonstrar a existência de determinado fato. Nesta hipótese, ainda que seja cabível a prova testemunhal, o juiz já conta com elementos para conceder a tutela antecipada, evitando, com isso, a demora da solução judicial.

Mas não basta a produção de prova inequívoca da alegação.

Com efeito, além da existência de prova inequívoca da alegação, cabe ao requerente demonstrar que sem a antecipação da tutela corre o risco de sofrer um dano irreparável ou de difícil reparação, ou então, que fique caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

O risco de sofrer dano irreparável ou difícil reparação deve corresponder a uma situação de objetividade fática plenamente demonstrável e não significar, tão somente, o temor do requerente em sua avaliação subjetiva.

Parece lógico que o fato da parte já ter sofrido o dano, não inviabiliza o pedido de tutela antecipada.

No que diz respeito ao exame do abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu, o juiz deve agir com extrema cautela, nunca esquecendo que o processo é contraditório, e não há de se tomar ao pé da letra a obrigação de expor os fatos conforme a verdade, pois esta só será esclarecida na própria sentença.

Não é incomum a parte postular contra expressa disposição de lei, mas sob o fundamento de que ela é inconstitucional. Nesta hipótese não há como entender configurada a litigância de má-fé e sobre o tema assim já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

"Não caracteriza má-fé a litigância só porque a parte emprestou a determinado dispositivo de lei ou a certo julgado uma interpretação diversa da que neles efetivamente contidas ou desafeiçoada ao entendimento que lhe dá o juízo" (STJ- 1ª Turma, REsp 21.185-6-SP, rel. Min. César Rocha, j. 27.10.93, DJU 22.11.93).

Para configurar, pois, a litigância de má-fé é preciso que a conduta da parte seja incompatível com a seriedade dos atos judiciais, aduzindo alegações destituídas de qualquer fundamento jurídico.

PROCESSAMENTO DO PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA.

A lei não esclarece se o pedido de antecipação da tutela deve ser processado em atuação própria ou no bojo dos autos principais.

Cândido Rangel Dinamarco e J. J. Calmon de Passos dissentem a respeito de como se proceder.

O primeiro (ob. cit.) diz que "para a concessão de medida antecipatória de tutela não se forma processo algum, tendo-se no máximo um incidente no bojo do próprio processo pendente (e nos seus autos)"; o segundo entende que "o pedido de antecipação deve ser feito em petição própria, na qual, determinado o processo em que a postulação ocorre, serão expostos os fatos e os fundamentos de direito da pretensão, com o pedido de antecipação da tutela que já se obteve, ainda que em caráter não definitivo, ou que está para ser dada também nessas mesmas condições. Essa petição será autuada em apartado e configura um incidente da causa, em seu específico procedimento (ob. cit.).

Do ponto de vista legal não há óbice que o pedido de antecipação seja feito e tramite no bojo dos autos principais, mas a prática, por certo, irá recomendar que o pedido antecipatório seja autuado em separado, para não prejudicar o andamento do processo.

Em inúmeras situações a tutela antecipada deferida, sendo ilíquida a decisão exequenda, exigirá a sua prévia liquidação, sobretudo isto poderá ser comum no processo do trabalho, em que o pedido, de regra, é formulado de maneira ilíquida. Logo, a liquidação de sentença nos autos principais criaria obstáculos à sua regular tramitação, o que não se harmoniza com a instrumentalidade do processo.

Cabe registrar que já se nota uma certa tendência dos juízes de primeiro grau em deferir a tutela antecipada no bojo dos autos principais, mas isso já vem ocasionando alguns transtornos de ordem prática.

Em síntese, sempre que a situação concreta revele que o processamento da tutela no bojo dos autos principais não irá criar obstáculos a regular tramitação do processo, é até razoável que assim se proceda. Todavia, se pela natureza da obrigação a ser executada, os atos praticados possam dar ensejo a outros incidentes, melhor será que o processamento se faça em separado.

PRAZO PARA REQUERER A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA.

A lei é silente acerca do prazo para requerer a antecipação da tutela.

Calmon de Passos entende que esse prazo não pode ficar a critério da conveniência do autor, devendo ser aplicado, por analogia, o prazo do artigo 325 do CPC, que diz:

"Contestando o réu o direito que constitui fundamento do pedido, o autor poderá requerer, no prazo de dez (10) dias, que sobre ele o juiz profira sentença incidente, se da declaração da existência ou inexistência do direito depender, no todo ou em parte, o julgamento da lide (art. 5º)".

Aduz, ainda, que esse prazo começa a fluir da consciência da situação que importe risco de dano ou de quando invocado para configurar o abuso do direito de defesa, ou o comportamento temerário, pressupondo-se, sempre, a existência de prova inequívoca da alegação (ob. cit.).

Assim, presente prova inequívoca da alegação e presentes os demais pressupostos, o prazo seria de dez dias, a contar da defesa.

Em artigo doutrinário que levei à publicação em revistas especializadas, cheguei a concordar em parte com J.J. Calmon de Passos. Hoje, depois de melhor refletir sobre o tema, já penso de modo diverso. A qualquer tempo, após a contestação, e até mesmo após configurado o dano, a parte pode pedir a antecipação da tutela. Significa dizer que até na fase recursal o pedido pode ser formulado.

LEGITIMIDADE.

Tem legitimidade para requerer a antecipação o autor, ou mesmo o Ministério Público, este quando se tratar de direitos indisponíveis.

Enfim, todo aquele legitimado para requerer a execução tem legitimidade para pedir a antecipação, não podendo, contudo, ser deferida de ofício, por se tratar de hipótese não prevista na lei.

PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO.

Uma questão relevante e que merece uma profunda reflexão diz respeito à possibilidade de ser deferida a antecipação da tutela contra pessoa jurídica de direito público interno, de modo a ensejar a execução por quantia certa.

J.J. Calmon de Passos (ob. cit.) entende que sim, na medida que diz que essa decisão se submete ao duplo grau de jurisdição.

Ocorre, todavia, que as dívidas dos entes públicos são pagas mediante o procedimento do precatório, conforme determina o artigo 100 da Constituição Federal. A requisição depende de inclusão no orçamento das entidades de direito público e, como se sabe, o orçamento é aprovado através de lei. Por tudo isso, ainda que se admita que é um privilégio que precisa ser revisto, sobretudo porque demanda longo tempo até a satisfação da dívida, sendo difícil, pelo sistema adotado, a reparação plena do dano, mesmo assim parece difícil que se possa admitir uma execução provisória, com base em antecipação da tutela, contra os entes de direito público interno.

Viável, entretanto, quando se tratar de obrigação de fazer ou não fazer, na tutela específica do artigo 461 do CPC.

COMPETÊNCIA.

Tema relevante, especialmente para o autor, refere-se ao juiz competente para deliberar a respeito do pedido.

Estando o processo tramitando perante o juízo de primeiro grau e não tendo este ainda proferido decisão definitiva, parece não restar dúvida

de que o juiz da causa é o competente para decidir a respeito da tutela antecipada.

Todavia, ao publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o seu ofício jurisdicional, conforme norma contida no artigo 463 do Código de Processo Civil. Logo, não lhe cabe mais, após a decisão de mérito e havendo recurso para o Tribunal, decidir acerca do pedido de tutela antecipada, salvo em relação aos pontos que não foram objeto do recurso.

Se o julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto do recurso, resta saber de quem será a competência para decidir sobre a tutela antecipada. Do relator ou da turma ou seção competente para apreciar a matéria devolvida no apelo?

J. J. Calmon de Passos (ob. cit.) lembra que a decisão proferida em grau de recurso substitui a decisão recorrida (artigo 512.CPC) e também que, conhecido o recurso, esse conhecimento opera como condição resolutive da decisão recorrida. Assevera que essa conclusão conduz a negar-se ao juiz de primeiro grau que já proferiu decisão de mérito, sujeita a recurso, competência para antecipar a tutela, salvo no tocante ao que não foi objeto de devolução, porquanto, a respeito disso, existe decisão firme, sem possibilidade de desconstituição por força do conhecimento do recurso interposto. Sustenta, finalmente, que no âmbito do tribunal, a competência para apreciar o pedido de antecipação é do colegiado e não do relator, impondo-se tratamento procedimental idêntico ao que se prevê para o mérito do recurso, em que se postula a tutela que se pretende ver antecipada.

O tema fica melhor colocado no regimento interno dos tribunais, mas não vejo como discordar do ponto de vista do eminente processualista, pois se a antecipação versa sobre o que foi devolvido no apelo, competente para o seu exame será quem for para o recurso.

Não há, por outro lado, como estabelecer paralelo com as medidas cautelares, que prevêm a concessão de liminares, estas, nos tribunais, de competência do relator, com direito ao recurso de agravo regimental ao colegiado.

Na antecipação da tutela, salvo a específica do art. 461 do CPC, não existe decisão liminar, pois esta incide sobre o próprio mérito do pedido inicial, ou seja, há identidade entre o que se pede neste e o que se

pede na antecipação da tutela, não se tratando, portanto, de assegurar um resultado útil ao processo principal. Aqui, a tutela antecipada não tramita em processo autônomo, com rito próprio. Não fosse prejudicar a tramitação do processo, sequer teria pertinência determinar-se que o pedido antecipatório fosse processado em separado. Aliás, o parágrafo 5º do artigo 273 do CPC, ao dizer que, concedida ou não a antecipação, prosseguirá o processo até final julgamento, já revela a faculdade de que tudo se decida no âmbito do processo principal. A atuação em apartado visa, apenas, evitar obstáculos à regular tramitação do processo principal, mormente quando a decisão antecipatória encerra obrigação de dar, que exige prévia liquidação, a fim de ensejar a execução provisória. Esta diretriz é válida, sobretudo, para o processo do trabalho, em que a execução não tramita em processo autônomo.

DA CONTESTAÇÃO.

A lei é silente a respeito do contraditório e do direito de defesa do réu sobre o pedido de antecipação da tutela.

Contudo, parece indiscutível que não se pode decidir sem antes assegurar ao réu o direito de se manifestar sobre o pedido e produzir as provas pertinentes.

Não se pode perder de vista que pelo menos um dos requisitos arrolados no artigo 273 do CPC pressupõe o contraditório, ou seja, que fique caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

De outra parte, versando a antecipação sobre o próprio mérito da ação e ensejando a execução provisória, não se concebe que se possa subtrair do réu o direito de defesa, sobretudo em face da regra consagrada no artigo 5º, LV, da Constituição da República, que dispõe: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

Outra conclusão que se extrai da inovação trazida no artigo 273 é a de que o pedido de tutela antecipada pressupõe a existência do processo. Com efeito, diz a lei:

"O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial (.....)".

Nada se diz a respeito do prazo que o réu tem para oferecer a defesa, mas deve-se entender que é o mesmo destinado a sua resposta ao pedido inicial, quando deverá se pronunciar, também, acerca deste, alegando toda a matéria de defesa e especificando as provas que pretende produzir. É necessário atentar para a simplificação dos atos processuais, sem multiplicá-los desnecessariamente.

Se o pedido antecipatório é formulado após a defesa ou quando o processo já se encontra no tribunal, mesmo assim o réu deve ser ouvido, parecendo razoável, nesta hipótese, que se adote, por analogia, o prazo de cinco dias, previsto no artigo 802, caput, do CPC.

A regra, portanto, é a de que o réu deve ser ouvido sobre o pedido de antecipação da tutela, salvo em situações excepcionais, como na tutela específica, em que há a previsão de concessão de liminar, quando relevante o fundamento da demanda e haja justificado receio de ineficácia do provimento final.

NATUREZA DA DECISÃO PROFERIDA NO PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA.

O artigo 162 do Código de Processo Civil classifica os atos praticados pelo juiz no processo.

Denomina sentença o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa; decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente; e são despachos todos os demais atos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte, a cujo respeito a lei não estabelece outra forma.

Parece indiscutível que o ato que examina o pedido de antecipação da tutela é uma decisão interlocutória. Essa conclusão se extrai do parágrafo 5º, do artigo 273, que dispõe:

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

Portanto, a decisão proferida no pedido antecipatório não põe termo ao processo, impondo-se uma sentença terminativa, ainda que seja para confirmar a decisão proferida incidentalmente.

Especialmente no processo do trabalho, que não há recurso contra a decisão que antecipa a tutela, nada impede e até é preferível, que o juiz resolva em uma única sentença o pedido de antecipação e a tutela definitiva, pois o primeiro tem como escopo fundamental a execução provisória, já possível, na pendência de recurso, no âmbito da Justiça do Trabalho, como se colhe dos artigos 876 e 899 da CLT.

No processo civil, pondera Luiz Guilherme Marinoni (ob. cit.), que a antecipação não pode ser concedida na sentença não só porque o recurso de apelação será recebido no efeito suspensivo, mas principalmente porque o recurso adequado para a impugnação da antecipação é o de agravo de instrumento. Admitir a antecipação na sentença, segundo ele, seria dar recursos diferentes para hipóteses iguais e retirar do réu, em caso de antecipação da sentença, o direito ao recurso adequado. De acordo com o seu pensar, a antecipação deve ser concedida, quando for o caso, através de decisão interlocutória, no mesmo momento em que é proferida a sentença, naturalmente quando o juiz esteja em condições de proferir esta.

RECURSO.

Da sentença caberá apelação. É a regra contida no artigo 513 do Código de Processo Civil. Sentença, como já se viu, é o ato do juiz que põe termo ao processo, extinguindo sem ou com o julgamento do mérito. Logo, a antecipação da tutela não extingue o processo e a decisão é incidente. Conseqüentemente, o recurso cabível é o de agravo de instrumento, previsto no artigo 522 e seguintes do CPC.

Daí ponderar Luiz Guilherme Marinoni que a antecipação não pode ser concedida na sentença, pois os recursos para atacar os atos são diferentes.

Pareceu-nos, em estudo anterior, ser possível a antecipação da tutela na sentença, especialmente para que não houvesse multiplicação de atos judiciais, mas a posição de Marinoni chama a atenção para um ponto relevante.

De fato, a decisão que antecipa a tutela é agravável e o agravo de instrumento não obsta o andamento do processo, ressalvado o disposto no artigo 558 (art. 497 do CPC), ao passo que da sentença caberá apelação (art. 513, CPC), que será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo, salvo nas exceções enumeradas na lei (art. 520, CPC).

No processo do trabalho o recurso ordinário corresponde ao de apelação e só interponível das decisões definitivas, segundo a regra do artigo 895 da CLT, entendendo-se como tais as que extinguem o processo, com ou sem julgamento do mérito. Assim, da decisão que antecipa a tutela não cabe qualquer recurso, salvo se apreciado, no mesmo ato, o pedido definitivo, caso em que caberá o recurso ordinário, visto que o agravo de instrumento, no processo do trabalho, restringe-se à revisão dos despachos que denegarem a interposição de recursos (arts. 897, b, CLT).

Uma pergunta aflora ao natural: qual o meio de defesa da parte prejudicada com a decisão que antecipa a tutela no processo do trabalho, se contra essa decisão não há nenhum recurso cabível?

Não existe nenhum meio de defesa e a parte só poderá atacar essa decisão por ocasião do recurso contra a sentença, salvo, é claro, contenha a decisão antecipatória ilegalidade ou abuso de poder, ferindo direito líquido e certo da parte, hipótese em que dará ensejo ao mandado de segurança, garantia prevista no artigo 5º, LXIX, da Constituição Federal e na Lei 1.533, de 31 de dezembro de 1951.

EXECUÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA.

Deferida a tutela antecipada, autoriza o artigo 273, parágrafo 3º, do CPC, que se proceda à execução, aplicando-se, no que couber, o disposto no artigo 588 do CPC, nomeadamente seus incisos II e III.

O artigo 588 do Código de Processo Civil, estabelece o seguinte:

"A execução provisória da sentença far-se-á do mesmo modo que a definitiva, observados os seguintes princípios:

I-

II- não abrange os atos que importem alienação do domínio, nem permite, sem caução idônea, o levantamento do 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.

Como se verifica, a execução será sempre provisória, não abrangendo, por consequência, os atos que importem a alienação do domínio, nem permite, sem caução idônea, o levantamento de depósito em dinheiro.

Sobrevindo sentença que modifique ou anule a decisão que foi objeto da execução, fica sem efeito esta e as coisas serão restituídas ao estado anterior.

Parece indiscutível que o artigo 588, II, está se referindo às execuções por quantia certa e a dúvida que paira reside em como se proceder nas obrigações de fazer.

O Código de Processo Civil, com a redação contida no artigo 587, parece autorizar a execução provisória da obrigação de fazer, na medida em que não faz qualquer distinção entre as diversas espécies de obrigações exequíveis.

Leve-se em conta, por outro lado, que na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, introduziu-se no artigo 461 do Código de Processo Civil o mecanismo da tutela específica, que está a exigir um novo enfoque sobre a matéria, como examinaremos logo a seguir.

TUTELA ESPECÍFICA DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER.

A reforma do Código de Processo Civil de dezembro de 1.994, introduziu no artigo 461 do CPC importante novidade com relação à ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, autorizando o juiz a conceder a tutela específica da obrigação.

Diferente do que ocorre na antecipação da tutela do artigo 273, na tutela específica o juiz entrega a prestação jurisdicional na sentença, salvo sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de

ineficácia do provimento final, quando é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia.

Quando a tutela específica for concedida pela via de medida liminar, esta decisão, que é de natureza interlocutória, ainda terá que ser confirmada por sentença.

Diz o artigo 461 do CPC:

"Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º A obrigação somente se converte em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287).

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citando o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou para obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial".

A Lei nº 8.952, de 1994, ao criar uma disciplina nova, no texto do artigo 461, inspirou-se no artigo 84 do Código de Proteção do Consumidor, que dispõe de idêntica redação.

Algumas conseqüências já se pode extrair do referido dispositivo.

Em primeiro lugar parece não restar dúvidas que o artigo 461 do CPC aplica-se a todas as obrigações de fazer ou não fazer, fungíveis ou infungíveis, impondo-se ressaltar que a tutela específica das obrigações de prestar declaração de vontade continua subsumida ao regime próprio dos arts. 639 a 641 do CPC, que não sofreram alteração;

A última opção da lei é a conversão em perdas e danos, desde que o autor o requeira e isso não venha a agravar excessivamente o cumprimento da obrigação, ou quando impossível a tutela específica ou a obtenção de resultado prático equivalente. Contudo, mesmo em caso de conversão, as perdas e danos serão cumuláveis com a multa, que tem por finalidade pressionar o obrigado ao adimplemento:

É importante não perder de vista que a regra, agora, é a tutela específica, atingível pelo sistema de multas (astreintes) ou pela determinação de providências capazes de assegurar o resultado prático equivalente ao adimplemento. A multa, portanto, funciona como instrumento de pressão psicológica, poderíamos dizer que é um verdadeiro chicote jurídico:

Caberá à sensibilidade do juiz optar entre as astreintes, cumuladas com as medidas sub-rogatórias capazes de levar ao resultado prático equivalente ao adimplemento, ou decidir pela tomada imediata e exclusiva destas;

Se o juiz optar pela multa, que independe de pedido do autor, deverá fixar prazo razoável ao obrigado para o cumprimento do preceito, sem prejuízo, quando possível, das medidas sub-rogatórias capazes de levar ao resultado prático equivalente ao adimplemento;

A determinação do cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer pode vir em sentença final ou ser provisoriamente antecipada, sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, liminarmente ou mediante justificação prévia.

neste último caso com citação do réu. Trata-se de regra específica para esse tipo de tutela, desdobramento do princípio geral da antecipação dos efeitos de qualquer tutela jurisdicional, introduzida no novo art. 273.

Descumprido o preceito da sentença ou de sua antecipação, passa-se às medidas executivas lato sensu, no mesmo processo de conhecimento já instaurado: se se tratar de obrigação de prestar declaração de vontade, aplica-se o sistema dos artigos 639 a 641 do CPC, pois a sentença constitutiva já produz resultado equivalente ao da declaração; se se tratar de prestação fungível, que possa ser prestada por terceiro, a hipótese subsume-se ao disposto no art. 634 do CPC - inalterado, que não deixa de configurar medida sub-rogatória enquadrável no § 5º do art. 461, independente, portanto, do processo separado de execução; nas demais hipóteses, a multa se torna exigível e, sempre que possível, o juiz procederá de imediato a tomada das providências sub-rogatórias exemplificadas no § 5º do art. 461, para atingir o resultado equivalente ao adimplemento, sem necessidade de processo de execução.⁽⁷⁾

Nesta altura é preciso dizer se a antecipação da tutela e a tutela específica é compatível com o processo do trabalho.

O artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho estabelece que:

"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".

Parece indiscutível que as inovações trazidas nos artigos 273 e 461 do CPC, são plenamente compatíveis com o processo do trabalho, cabendo a prudência e a sensibilidade do juiz examinar concretamente as hipóteses em que é cabível a antecipação da tutela e a tutela específica das obrigações de fazer ou não fazer.

⁽⁷⁾ Ada Pellegrini Grinover, *Revista Trabalho & Processo*, junho de 1995, Saraiva.