

MARIA JOSÉ RIGOTTI BORGES

Tutela antecipada: o abuso
do direito de defesa e o propósito
protelatório do réu no Processo do
Trabalho

Monografia apresentada como exigência para conclusão do Curso de Pós-graduação em Direito Público do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, sob a orientação do Prof. Paulo Gustavo Gonet Branco.

BRASÍLIA-DF
JULHO/2006

IDP - BIBLIOTECA

107

343.025

6 3210

Um preito de gratidão a todos que colaboraram nas pesquisas, nos estudos e reflexões e aos que privei de minha participação mais ativa em suas vidas, em especial aos meus filhos Aline e Vinícios, que incomparáveis sentimentos de plenitude e alegria fazem transbordar em minha vida; e ao Valmor pelas preciosas lições de paciência, compreensão e amor.

É chegado o momento do “tempo do processo” tomar o seu efetivo lugar dentro da ciência processual, pois este não pode deixar de influir sobre a elaboração dogmática preocupada com a construção do processo justo ou com aquele destinado a realizar concretamente os valores e os princípios contidos na Constituição da República.

Luiz Guilherme Marinoni

SUMÁRIO

<u>INTRODUÇÃO</u>	<u>6</u>
<u>1 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DA TUTELA JURISDICIONAL</u>	<u>12</u>
1.1 DIREITO DE AÇÃO. EVOLUÇÃO HISTÓRICA	12
1.1.1 DIREITO ROMANO ATÉ METADE DO SÉCULO XIX. SINCRETISMO	12
1.1.2 DECLÍNIO DO INDIVIDUALISMO E O FORTALECIMENTO DO PODER ESTATAL. LIBERALISMO	15
1.1.3 FASE DO CONCEITUALISMO OU ABSTRACIONISMO DA DOUTRINA DO DIREITO PROCESSUAL (ATÉ MEADOS DO SÉC. XX)	17
1.1.4 INSTRUMENTALISMO	20
1.1.5 A TUTELA ANTECIPADA E A CONCEPÇÃO INSTRUMENTALISTA DO PROCESSO	23
<u>2 TUTELA DE EVIDÊNCIA: EFICIÊNCIA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL</u>	<u>32</u>
2.1 DIFERENCIAÇÃO ENTRE TUTELA ANTECIPADA E TUTELA CAUTELAR.....	32
2.2 TUTELA JURISDICIONAL DE EVIDÊNCIA: NATUREZA JURÍDICA	34
2.3 CONDIÇÕES COMUNS PARA A TUTELA ANTECIPADA NA TUTELA DE URGÊNCIA E NA TUTELA DE EVIDÊNCIA.....	42
2.3.1 A PROVA INEQUÍVOCA E A VEROSSIMILHANÇA	42
2.3.2 NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO ANTECIPATÓRIA.....	47
2.3.3 IRREVERSIBILIDADE DO PROVIMENTO	47
2.3.4 A EFETIVIDADE DA TUTELA ANTECIPADA E OS AVANÇOS DA LEI Nº 11.232, DE 22.12.05.....	49
2.4 PRESSUPOSTOS ESPECÍFICOS DA TUTELA DE EVIDÊNCIA: ABUSO DO DIREITO DE DEFESA E MANIFESTO PROPÓSITO PROTTELATÓRIO DO RÉU.....	51
2.4.1 ABUSO DO DIREITO DE DEFESA E MANIFESTO PROPÓSITO PROTTELATÓRIO DO RÉU.....	51

2.4.2 O USO ABUSIVO DO PROCESSO E O PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA	58
2.4.3 APLICAÇÃO CONCOMITANTE DE MEDIDAS PUNITIVAS PELO USO INDEVIDO DO PROCESSO E A TUTELA ANTECIPADA DE EVIDÊNCIA	64
2.4.4 ABUSO DE DIREITO E PROPÓSITO PROTTELATÓRIO EM DEFESA CONTRÁRIA À JURISPRUDÊNCIA SUMULADA PELOS TRIBUNAIS	65

3 TUTELA DE EVIDÊNCIA. ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO..... 71

CONCLUSÃO..... 77

BIBLIOGRAFIA 85

INTRODUÇÃO

O objeto de investigação deste trabalho é a análise de alguns aspectos relativos à tutela antecipada fundada no abuso do direito de defesa e no manifesto propósito protelatório do réu, enfocando a sua aplicabilidade no processo do trabalho. A tutela antecipada assim fundada, com base no artigo 273, inciso II, do CPC, é o que a doutrina majoritária denomina de “tutela de evidência” em contraponto à “tutela de urgência” de que trata o inciso I do citado artigo – fundada no receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Trata-se de uma tentativa de lançar luzes, ainda que sob holofotes de tímido alcance, dados os contornos limitativos temporal e espacial deste trabalho, sobre este instrumental inovatório e pouquíssimo aplicado na realidade forense, tanto cível quanto trabalhista.

Para melhor situar e compreender a antecipação de tutela disciplinada pela norma do artigo 273 do CPC, com a redação delineada pela Lei nº 8.952, de 13.12.94, na esteira do que comumente se denomina de primeira fase da reforma processual, é necessário considerar a transformação que o conceito de ação sofreu ao longo do tempo. Pelo menos três momentos históricos, ainda que não se possa delimitá-los de forma estanque e absoluta, emergem dessa apreciação evolutiva: o sincretismo, o conceitualismo ou abstracionismo e o instrumentalismo.

A antecipação de tutela reflete a evolução da processualística civil e a moderna concepção do direito de ação, levando-se em conta hodiernamente o assalto de reclamos da sociedade em se elaborar novos e distintos instrumentos para o pleno exercício da função jurisdicional. Nessa linha, o exercício da jurisdição deve se pautar pela ótica do instrumentalismo a revelar que a garantia constitucional de acesso ao Judiciário não deve ser

vista como mera possibilidade ampla de propositura de ações para a tutela de direitos violados, mas a compreensão de que esta garantia é efetivada se o provimento se der também em tempo razoável, de forma útil e eficaz, enfim, a noção de efetividade e eficiência da prestação jurisdicional.

Seguindo essa onda renovatória, a Lei 10.444 de 7.5.2002, na chamada 2ª etapa da reforma processual, aperfeiçoou o instituto da tutela antecipada prevista no artigo 273 do CPC, proporcionando maior efetividade ao instrumento com a alteração do seu §3º, em que modificou a expressão “execução” para a “efetivação” da tutela. Esta Lei também acrescentou o §6º, em que prevê a possibilidade de se obter a tutela antecipada quando verificada parcela incontroversa da demanda, assim como o §7º, que possibilitou a concessão de tutela urgente no processo de conhecimento, nas hipóteses em que houver dúvida fundada e razoável quanto à sua natureza, se cautelar ou antecipatória.

Na reforma de 1994, a motivação do legislador para a instituição da tutela antecipada se deu primordialmente para corrigir distorções na utilização da ação cautelar, decorrentes das novas necessidades de sumarização de seu procedimento. Portanto, a criação da tutela antecipada moldada pela Lei nº 8.952/94 se deu incitada por questões ligadas à necessidade de mudança em relação à tutela de urgência.

No entanto, o legislador aproveitou a oportunidade para acrescer a possibilidade de tutela antecipada de contornos diversos àquela prevista no inciso I do artigo 273 (tutela antecipada de urgência fundada em receio de dano irreparável ou de difícil reparação). A criação da possibilidade de se obter a tutela antecipada com base no abuso do direito de defesa e no manifesto propósito protelatório do réu (artigo 273, inciso II) é medida destinada a inibir no campo processual práticas indesejáveis de defesas abusivas e contrárias ao dever de lealdade. Tem também o mérito de se levar em conta a visão de que a sistemática processual não pode olvidar que o ônus do tempo do processo deve e pode ser repartido de

acordo com o índice de probabilidade de que o autor tenha direito ao bem disputado, probabilidade esta que, nos contornos do artigo 273, inciso II, do CPC, deve estar associada à evidência do direito do autor e à defesa infundada do réu.

Portanto, é uma técnica eficiente de distribuição do ônus do tempo no processo, em que é possível realizar antecipadamente o direito do autor quando este é evidente e a defesa é exercida de modo abusivo.

Infelizmente observa-se que não são incomuns práticas abusivas do direito de defesa, com interposição de recursos desfundamentados e abusivos, o que leva à necessidade de uma reflexão apurada quando se trata do processo do trabalho, em que o bem perseguido, via de regra, é de natureza alimentícia, fruto do trabalho humano, cuja característica do litígio tem de um lado o trabalhador geralmente sem condições de se pautar em uma assistência jurídica satisfatória, e do outro o poder econômico que tem, no mais das vezes, à sua disposição um eficiente aparato de assessoramento jurídico. Verifica-se que o abuso do direito de defesa com a protelação na entrega do bem da vida perseguido àquele que dele depende economicamente, de fato, representa uma perversa acentuação da desigualdade das partes no âmbito trabalhista, verificada a absurda situação de se tornar mais vantajoso economicamente o abuso do direito de defesa e protelação do que o adimplemento imediato do débito trabalhista.

A utilização da tutela antecipada vem se mostrar, assim, consentânea com o processo do trabalho, que, pela própria natureza da matéria que cuida, tem como um de seus pilares o enfrentamento da desigualdade efetiva ante os princípios que o norteiam. A Justiça Trabalhista não pode mais albergar e proteger aquele que dela se utiliza de forma a retardar o cumprimento de obrigação nascida antes do ingresso em juízo pela parte que tem razão.

Verifica-se, contudo, que os juizes ainda se mostram resistentes mesmo quando evidenciadas de forma clara e límpida as hipóteses de tutela antecipada, em um nítido apego a idéias arraigadas que têm como substrato a doutrina liberalista e conceitualista do passado.

Por outro lado, a demora excessiva na solução jurisdicional afeta a administração da Justiça a se levar em conta o custo e o número de processos em prejuízo da qualidade dos julgamentos, o que provoca morosidade e congestionamento e o efeito que talvez seja o mais danoso para a manutenção da democracia em benefício da justiça social : **o descrédito no Judiciário pelo cidadão**, conforme se verifica da pesquisa elaborada pela UNB quanto à imagem do Judiciário junto à população brasileira ¹.

Parametrizado pelas questões nesse sentido dispostas, o trabalho está estruturado em três capítulos.

O primeiro capítulo é marcado por uma abordagem da contextualização histórica da tutela jurisdicional. A análise parte da fase do sincretismo, cujo pensamento se pautava pela ausência de diferenciação significativa entre o direito material e o direito de ação. Posteriormente, com o declínio do individualismo e com a difusão das idéias iluministas, tem-se o modelo liberal do processo civil em atendimento à ideologia burguesa, passando, a partir do século XX, à fase do conceitualismo ou abstracionismo da doutrina cuja nota é a de uma concepção publicista do processo. Finalmente, a partir da década de 50 o esgotamento da doutrina conceitualista ou abstracionista começa a dar lugar à nova doutrina processual que

¹ Pesquisa elaborada pela UNB quanto à imagem do Judiciário junto à população brasileira.

passou a ser denominada de instrumentalismo em que se acentua a necessidade da efetividade do processo como meio de acesso a justiça.

No segundo capítulo, há o enfoque pontual propriamente dito sobre aspectos da tutela antecipatória fundada no abuso do direito de defesa e no manifesto propósito protelatório do réu, tais como a diferenciação entre tutela antecipada e tutela cautelar, a natureza jurídica da tutela antecipada de evidência, os pressupostos comuns para a tutela antecipada na tutela de urgência e na de evidência, assim como questões atinentes ao abuso do direito de defesa e ao manifesto propósito protelatório do réu.

Por fim, o terceiro capítulo espelha julgados do TST relativos à matéria, ressaltando-se a grande dificuldade de se encontrar decisões na esfera trabalhista que pudessem exemplificar a utilização do instituto, o que reflete, sem dúvida, a sua pouca aplicação decorrente de inúmeros fatores, alguns já citados, como ausência de harmonia dos magistrados com a nova visão instrumentalista do processo e a notória desigualdade que se verifica entre o acesso à representação jurídica entre empregados e empregadores. Vale ressaltar que ainda são escassos os requerimentos da parte autora – no processo do trabalho via de regra o empregado - instando o Juízo na aplicação do instrumento em questão.

A linha de raciocínio adotada para o desenvolvimento da monografia é, quanto ao tipo de pesquisa, a qualitativa.

O método de abordagem, dedutivo com abordagem dialética, ou seja, partindo do antecedente constituído de princípios universais, plenamente inteligíveis, como o texto legal expresso no Código de Processo Civil (art. 273), visando a se chegar a um conseqüente menos universal que, na hipótese do trabalho, trata-se do instituto de tutela antecipada de evidência (inciso II do citado artigo).

O método de procedimento se constitui no estudo do instituto da tutela antecipada, com o intuito de obter generalizações, cuja pesquisa será desenvolvida através de livros, artigos jurídicos e decisões da Justiça. Assim, o método de procedimento será o monográfico e o bibliográfico.

1 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DA TUTELA JURISDICIONAL

1.1 Direito de ação. Evolução histórica

O conceito de ação, como instituto de direito processual sofreu evolução ao longo do tempo.

A tutela antecipada, como instituto do processo civil, da forma como atualmente concebida, reflete uma nova concepção do direito de ação, ante a exigência de novos e distintos instrumentos condizentes com a evolução da sociedade.

A doutrina processual enfoca pelo menos três momentos históricos fundamentais que marcam a evolução do pensamento em relação ao direito de ação, os quais, obviamente não apresentam fronteiras marcadamente estanques, com diferenciações rigorosas e absolutas, mas representam a contínua evolução da doutrina cujos momentos se entrelaçam e muitas vezes atuam no plano social de forma conjunta. A doutrina denomina essas fases como **sincretismo**, **conceitualismo** ou **abstracionismo** e a fase do **instrumentalismo**.

1.1.1 Direito Romano até metade do século XIX. Sincretismo

A doutrina afirma como primeira fase histórica do direito de ação o período que vai desde o direito romano até pelo menos a metade do século XIX, denominado de **sincretismo**, em que prevaleceu a idéia de que não haveria diferença significativa entre direito material e direito de ação. Ação era entendida como sendo o próprio direito subjetivo

material, que, ao ser lesado, adquiria forças para obter em juízo a reparação sofrida, daí a expressão **direito adjetivo**, que é incompatível com o atual reconhecimento da independência do direito processual.

“Em tal período negava-se [...] qualquer autonomia ao direito de ação, relegado à secundária posição de simples ‘tecido tegumentar’ do direito material, na metafórica expressão de Clóvis Bevilácqua. Tratava-se a ação, em síntese, como se fora simples reflexo do direito material, resultante do descumprimento da obrigação imposta pela lei. E o processo, a seu turno, não significava mais do que um meio de fazer cumprir, mediante certas formalidades judiciais, determinada obrigação não satisfeita voluntariamente. Assim, ficava o processo reduzido às fórmulas e aos ritos utilizados no foro, concentrando-se a doutrina processual no estudo limitado e acanhado do procedimento judicial”².

O processo para os romanos nada mais significava do que uma emanção do direito civil.

"No direito romano clássico a sentença condenatória expressava a declaração do juiz que afirmava a existência de uma obrigação do devedor, que substituía a obrigação original. A esta *obligatio iudicati* correspondia a *actio iudicati*, ou seja, o direito de fazer valer a execução após o transcurso do *tempus iudicati*"³.

Assim, nessa fase do pensamento processual, negava-se qualquer autonomia ao direito de ação, sendo o direito processual entendido senão como a apreciação do modo de proceder em juízo.

"Os direitos, então, encontravam-se, cada um deles, amparados por uma determinada *actio* que, materialmente, representava a forma de fazê-los atuar em juízo, rendendo ensejo a uma noção concretista da ação, presa ao direito material de que se origina, ainda hoje encontrada em diversos textos legais, como v.g., o Código Civil brasileiro [CC/16] em seu art. 75⁴ que, textualmente, diz que a todo direito corresponde uma ação, que o

² MALLET, Estevão. **Antecipação de tutela no processo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999, p.9-10.

³ CASTELO, Jorge Pinheiro. **Tutela antecipada na teoria geral do processo**. vol.1, São Paulo:Ltr, 1999, p.23.

⁴ Não há correspondência no novo Código Civil/2002.

assegura"⁵.

Faz-se necessário ressaltar que o direito dos antigos povos germânicos dominava concepção oposta ao que prevalecia no direito romano no que concerne a idéia de que aquele que se sentia lesado deveria buscar o reconhecimento do direito junto à autoridade.

No sistema germânico, diferentemente, quem ostentava um direito poderia executá-lo utilizando-se de suas próprias forças, obedecidas determinadas formas, não havendo, assim, necessidade de que se recorresse a autoridade.

"O sistema jurídico dos bárbaros deixava que a atuação do direito se desse pela força do próprio interessado. Na ótica personalíssima da antiga organização germânica o inadimplemento de uma obrigação correspondia a uma ofensa à própria pessoa, cuja reparação não precisava ser precedida de uma cognição imparcial do juiz, bastando à afirmação formalmente regular e do raciocínio da pessoa que se afirmava credor do direito. Apenas no caso de resistência poderia ser conveniente entregar a solução do conflito a um juiz, mas este juízo público era mero incidente, não necessário no curso do procedimento privado"⁶.

Deste modo, cabia ao juiz, no processo germânico barbárico, na hipótese de haver sentença, fazer respeitar sua autoridade, se fosse o caso, através da força.

"Com a concepção germânica como um todo unitário, a sentença não encerrava a intervenção do juiz. A tendência era alcançar imediatamente, por obra do juiz, a eficácia a que a decisão correspondia"⁷.

A partir do séc. XI, com a ascensão da autoridade da Igreja e com os novos poderes das comunas, começou-se a combater o sistema bárbaro, e ressurgiu os estudos do direito romano e a proibição de utilização da própria força com a utilização das *actiones* romanas.

⁵ ADAMOVICH, Eduardo Henrique Von. **A tutela de urgência no processo do trabalho: uma visão histórico-comparativa: idéias para o caso brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.26.

⁶ CASTELO, Jorge Pinheiro. **Tutela antecipada na teoria geral do processo**. vol.1, São Paulo:Ltr, 1999, p.24.

⁷ Ibidem, p.26.

Como não se fazia possível a mera recepção do sistema romano em outro contexto histórico e com organização judiciária diferente daquela do período clássico, é no ordenamento do direito italiano medieval que se encontra a fusão dos elementos do direito romano e do direito germânico.

"O princípio romano de que as pessoas que se sentiam lesadas no seu direito deveriam buscar a tutela junto à autoridade ressurgiu depois do ano 1000 por força da Igreja Romana e da constituição de forte poder local nas cidades comunais, aos quais interessava combater todo fato que pudesse ocasionar desordem ou arbítrio"⁸.

No entanto, o sistema da *actio iudicati*, em que após uma sentença de condenação definitiva fosse necessária a propositura de nova *actio*, instaurando-se novo contraditório, contrastava com o sistema germânico de vias prontas e rápidas. Desse impasse surgiu, pela primeira vez, a distinção entre **processo de execução e atividade de cognição**.

Ao credor era facultada a utilização de duas vias de execução: a *actio iudicati* ou a *imploratio officii iudicis*, o qual visava a evitar delongas de novo processo de cognição, e era por isso, a preferência dos interessados.

"A sentença condenatória passou a conferir ao credor, além da *actio*, a possibilidade de obter um procedimento mais simples para execução, sem que houvesse mais necessidade de nova verificação de subsistência do crédito"⁹.

1.1.2 Declínio do individualismo e o fortalecimento do poder estatal. Liberalismo

A segunda metade do séc.XVIII caracteriza-se pela difusão das idéias iluministas nos países da Europa e pelas tentativas de racionalização legislativa, administrativa e jurisdicional. A filosofia do Iluminismo, que teve em Newton, John Locke,

Descartes, Espinosa e Hobbes, seus principais precursores, tinha como pilares a razão como único guia infalível da sabedoria e a idéia de que a religião, o governo e as instituições econômicas deveriam ser expurgados de todo artificialismo e reduzidos a uma forma coerente com a razão e a liberdade natural ¹⁰.

“No curso da segunda metade do século XVIII se manifesta grande tendência à codificação, à simplificação do direito e à centralização administrativa típica do absolutismo, que expressam a política reformadora baseada nos princípios iluministas. O modelo processual do direito comum feudal é substituído pelo modelo instituído pelo Código de Processo Civil francês, publicado em 1806, que estabelece um caminho sem volta na experiência histórica da disciplina do processo civil, instituindo a necessidade de codificação processual” ¹¹.

O Código de Processo Civil francês de 1806 representou a consagração da ideologia burguesa do processo civil, na medida em que retrata o modelo liberal do processo civil, em que a intervenção do juiz é mínima e a gestão do processo entregue à iniciativa das partes. Este modelo visava a atender aos interesses da burguesia, ligados à propriedade, à posse e às relações comerciais cujos interesses demandavam uma rápida circulação de bens assim como a rápida solução das controvérsias¹².

O valor fundamental do processo liberal é a propriedade privada, sendo o devedor fortemente garantido quando é proprietário, do que resulta em um procedimento executivo que vise atacar essa qualidade o que resulta em características de ser longo e complexo. A situação se difere se o proprietário for o credor o qual através da execução intenta a recuperação de sua propriedade, em que neste caso há um procedimento muito mais

⁸ CASTELO, Jorge Pinheiro. **Tutela antecipada na teoria geral do processo**. vol.1, São Paulo:Ltr, 1999, p.28.

⁹ Ibidem p.29.

¹⁰ Ibidem, p.32.

¹¹ Ibidem, p.33.

¹² Todavia, Taruffo reconhece que o Código de Processo Civil francês, assim como foi publicado em 1806 e passou a ter vigência em 1807, em termos de procedimento, é mais uma racionalização do ordenamento pré-

simples, rápido, eficaz, sem formalidades supérfluas, como é a hipótese da reintegração de posse.

“A concepção global do processo liberal é rigorosamente inspirada por um individualismo extremo. O que conta é que as partes disponham de todos os poderes para conduzir o processo e que seja garantida a completa liberdade para atuar tais poderes; não tendo significado o problema de ordem político-social do funcionamento da justiça, exclui-se totalmente a possibilidade de o processo ter qualquer finalidade social de atuação da justiça substancial, de redistribuição de riqueza, de controle e solução de conflitos. Esse modelo liberal de processo é coerente com o postulado da doutrina liberal clássica para a qual não cabe às instituições jurídicas, mas sim ao livre jogo das forças de mercado, o mecanismo de determinação da posição social e da solução de conflitos que no seu interior ocorrem”¹³.

“A parte ideal do modelo liberal de processo é o cidadão que tem bens, que não precisa do processo para garantir bens essenciais, que não tem necessidade de uma justiça rápida e que dispõe de reservas econômicas para enfrentar um processo longo e custoso, enfim é a burguesia. A disciplina civilística era dirigida a garantir a observância da ‘regra do jogo’ da sociedade burguesa, cabendo ao processo apenas salvaguardar a paridade formal das armas no duelo judiciário. Paridade meramente formal pressuposta na existência de uma sociedade onde as partes tivessem iguais condições econômicas e sociais”¹⁴.

1.1.3 Fase do conceitualismo ou abstracionismo da doutrina do direito processual (até meados do séc. XX)

A partir do século XX, o individualismo passa a sofrer um declínio enquanto o poder estatal passa a se fortalecer, o que gerou como consequência um crescente reconhecimento do caráter público da relação processual, acompanhado da idéia de autonomia do direito de ação frente ao direito material. O processo passa a ser visto não mais como

revolucionário que um instrumento adequado a satisfazer plenamente os interesses da burguesia emergente. Ibidem, p.35

¹³ CASTELO, Jorge Pinheiro. **Tutela antecipada na teoria geral do processo**. vol.1, São Paulo:Ltr, 1999, p.36.

¹⁴ Ibidem, p.37

instrumento dos particulares para tutela de seus direitos, mas como veículo para aplicação, pelo poder público, das normas de direito objetivo¹⁵.

Assim, a concepção liberal e privatista do processo passa a ceder lugar a uma concepção publicista do processo. O processo passa para o âmbito do direito público e a jurisdição a ser entendida como função fundamental do Estado.

O período que se inicia com a polêmica entre Windscheid e Muther sobre a *actio romana*¹⁶ e depois com a obra de Oscar von Bülow¹⁷, marca o surgimento do direito processual como ciência.

Conforme citado por Mallet, no dizer de Couture, a dissociação do direito material do direito de ação desempenhou, no âmbito do processo, papel muito semelhante no que coube, na física, à fissão do átomo¹⁸.

“Ainda à teoria concreta filia-se Chiovenda, que, em 1903, formula a engenhosa construção da ação como direito potestativo. Ou seja, a ação

¹⁵ MALLET, Estevão. **Antecipação de tutela no processo do trabalho**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1999, p.11. Mallet cita também como causa do reconhecimento da autonomia do direito de ação o progresso dos estudos em torno da tutela declaratória, especialmente a de natureza negativa, pois se a ação servia até mesmo para o reconhecimento da inexistência de uma relação material entre os litigantes, começa a parecer inadequada a concepção do direito de ação como mero desdobramento do direito material violado

¹⁶ O ponto de partida para a reelaboração do conceito de ação foi a célebre polêmica entre os romanistas Windscheid e Muther, travada na Alemanha em meados do século passado. Muther, combatendo algumas idéias de Windscheid, distinguiu nitidamente direito lesado e ação. Desta, disse, nascem dois direitos, ambos de natureza pública: do direito do ofendido à tutela jurídica do Estado (dirigido contra o Estado) e o direito do Estado à eliminação da lesão, contra aquele que a praticou. Apesar de replicar com veemência, Windscheid acabou por aceitar algumas idéias do adversário, admitindo um direito de agir, exercível contra o Estado e contra o devedor. Assim, as doutrinas dos dois autores antes se completam do que propriamente se repelem, desvendando verdades até então ignoradas e dando nova roupagem ao conceito de ação (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. Dinamarco. **Teoria Geral do Processo**. 15ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1999, p.248).

¹⁷ Para Cândido Dinamarco, a teoria de que a ação seria um direito público e concreto (ou seja, um direito existente nos casos concretos em que existisse direito subjetivo) foi formulada por Bulow, para quem a exigência de tutela jurisdicional é satisfeita pela sentença justa. Outros partidários da teoria concreta são Schmidt, Hellwig e, mais recentemente, Pohle. Essa doutrina foi seguida pelos italianos a partir de Chiovenda (op.cit.249).

¹⁸ MALLET, Estevão. **Antecipação de tutela no processo do trabalho**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1999, p.11.

configura um direito autônomo, diverso do direito material que se pretende fazer valer em juízo; mas o direito de ação não é um direito subjetivo – porque não lhe corresponde obrigação do Estado – e muito menos de natureza pública. Dirige-se contra o adversário, correspondendo-lhe a sujeição. Mais precisamente, a ação configura o poder jurídico de dar vida à condição para a atuação da vontade da lei. Exaure-se com o seu exercício, tendente à produção de um efeito jurídico em favor de um sujeito e com ônus para o outro, o qual nada deve fazer, mas também nada pode fazer a fim de evitar tal efeito”¹⁹.

Com a transformação da ação em direito autônomo, são criadas as condições para que o próprio direito processual se estabeleça como ramo autônomo da ciência jurídica.

A doutrina passa, então, à elaboração de conceitos fundamentais do processo, razão pelo que se denomina esta fase de **conceitualismo** ou **abstracionismo** ou ainda automista da doutrina de direito processual, que vai até meados do século XX.

O Código de Processo Civil brasileiro de 1973 constitui um exemplo de apego ao conceitualismo, em que pese este evidenciar uma perda de prestígio no exterior neste período.

“A preocupação, evidenciada em vários dispositivos, com o vigor da definição, com a fidelidade a certas concepções doutrinárias, com a solução de dificuldades mais teóricas do que práticas, tudo sem grande atenção à maior eficácia da tutela jurisdicional, prova que o legislador da época caminhava ainda à sombra do conceitualismo”²⁰.

Faz-se necessário destacar que, apesar das críticas acerca do exagerado apego ao conceitualismo, este foi um momento histórico fundamental para a evolução do direito processual, em que se estabeleceram estruturas sólidas, linguagem precisa e conceitos bem delineados.

¹⁹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. Dinamarco. **Teoria Geral do Processo**. 15ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1999, p.249.

²⁰ MALLET, Estevão. **Antecipação de tutela no processo do trabalho**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1999, p.12.

Conforme citado por Mallet, ao mencionar Barbosa Moreira, que não é coisa desprezível poder trabalhar sobre estruturas sólidas, empregar linguagem precisa, lidar com conceitos bem definidos, saber como se articulam as peças do mecanismo do mecanismo²¹.

1.1.4 Instrumentalismo

Em que pese a reconhecida importância do período histórico do direito processual na construção de bases consistentes conceitualistas, a experiência demonstrou haver um elevado custo a ser pago em termos de, no dizer de Barbosa Moreira, insatisfação, por assim dizer, universal com o mecanismo da justiça civil, o que resultou em um esgotamento da doutrina conceitualista ou abstracionista a partir da década de 50.

“Talvez os primeiros indícios desse esgotamento possam ser encontrados já em discurso de Calamandrei, pronunciado na abertura do Congresso Internacional de Direito Processual Civil, realizado em Florença, em setembro de 1950, ocasião em que proclamou ele a ‘insufficienza del concettualismo’, até então reinante na doutrina e na jurisprudência, que levou o estudioso do processo a cair ‘nell’astrattismo, nel dogmatismo, nel panlogismo’. Essa orientação metodológica acarretou – é ainda Calamandrei a afirmar – a separação do processo de seu escopo social; a consideração do direito processual como ‘un território chiuso, come un mondo a sè’, isolado do direito material e, mais grave ainda, distante de todos os problemas substanciais e mesmo da preocupação com a justiça”²².

Até o início dos anos 70, a solução a que se buscava para solucionar as críticas ao mecanismo da justiça continuava a se dar a partir do método tradicional e liberal, sempre tendo como base a doutrina conceitualista, cujo estudo do processo se remete à análise de conceitos abstratos e não ao enfrentamento dos problemas reais.

²¹ MALLET, Estevão. *Antecipação de tutela no processo do trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1999, p.13.

²² *Ibidem*, p.13-14.

A crise no processo, a partir dos anos 70 , se revela basicamente por dois aspectos fundamentais: primeiramente, a incapacidade de o legislador resolver velhos problemas de justiça e segundo, incapacidade ainda maior de resolver os novos problemas de justiça que surgem da alteração das relações econômicas e sociais na sociedade industrial de massa e que traduzem na necessidade de garantia de tutela jurídica processual que as formas tradicionais do processo não conseguem satisfazer ²³.

“Esta crise, agravada pela grande distância entre o nível real de eficiência da justiça e aquele que deveria ser o seu funcionamento otimizado somente será superada pela adoção de métodos de análise fora do conceitualismo dogmático, pela adoção do método sociológico e comparativo com a inserção dos problemas de justiça dentro da sua dimensão social”²⁴.

Essa insatisfação com a evidente inadequação e insuficiência dos mecanismos de direito processual, com base basicamente conceitualista, que pudesse corresponder de forma efetiva à tutela dos direitos pelo Justiça acarretou em uma nova doutrina processual que passou a se chamar **instrumentalismo**.

“Deixa-se para trás a época de substancial clausura cultural e ideológica do processo frente aos problemas sociais da justiça, concentrando-se a doutrina no esforço de tornar efetiva e concreta a promessa legal de tutela processual de direitos. Muito mais do que as categorias abstratas do direito processual, como a ação, a jurisdição, a legitimação, etc., passam a importar o alargamento da via de acesso ao Judiciário, a eliminação dos obstáculos econômicos à propositura de ações, bem como a efetividade da tutela jurisdicional”²⁵.

Na Europa, a partir da metade dos anos 70, começam a florescer novas doutrinas com nova metodologia de exame dos problemas do processo, passando a ser utilizadas pesquisas sociológicas e estatísticas com o objetivo de se aprofundar no estudo da

²³ CASTELO, Jorge Pinheiro. **Tutela antecipada na teoria geral do processo**. Vol.1, São Paulo:LTr, 1999, p.40.

²⁴ Ibidem, p.41.

²⁵ MALLETT, Estevão. **Antecipação de tutela no processo do trabalho**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1999, p.14.

problemática do processo de forma concreta, tendo em Cappelletti o grande precursor deste movimento .

Houve uma mudança de cultura jurídica, em que se passa ao exame do processo tendo como parâmetros as implicações sociais, políticas e ideológicas, cuja análise não mais é buscada nos modelos conceituais, mas fora deste modelo.

Castelo, em citação a Taruffo, explicita que, sinteticamente, pode-se apontar como principais problemas da atuação da tutela jurisdicional: a) a eliminação dos efeitos discriminatórios das desigualdades sociais que impedem o acesso à justiça aos pobres; b) a igualdade real das partes para postulação e defesa de direitos, c) a reforma da organização judiciária, d) a ineficiência e inadequação do processo ordinário de conhecimento na sua tradicional aplicação e concepção; e) a tutela dos novos direitos meta-individuais; f) a efetividade da tutela do processo; g) a eficiência da tutela de urgência.

Sobre o método de enfrentamento desses problemas do direito processual, conforme preceitua Dinamarco, “no decorrer dessa fase ainda em andamento, tiveram lugar três ondas renovatórias, a saber: a) uma consistente nos estudos para melhoria da assistência judiciária aos necessitados; b) a segunda voltada à tutela dos interesses supra-individuais, especialmente no tocante aos consumidores e à higidez ambiental (interesses coletivos e interesses difusos); c) a terceira traduzida em múltiplas tentativas com vistas à obtenção de fins diversos, ligados ao modo-de-ser do processo (simplificação e racionalização de procedimentos, conciliação, equidade social distributiva, justiça mais acessível e participativa etc.)”.

“A fase instrumentalista, ora em curso, é eminentemente crítica. O processualista moderno sabe que, pelo aspecto técnico-dogmático, a sua ciência já atingiu níveis muito expressivos de desenvolvimento, mas o

sistema continua falho na sua missão de produzir justiça entre os membros da sociedade. É preciso agora deslocar o ponto-de-vista e passar a ver o processo a partir de um ângulo externo, isto é, examina-lo nos seus resultados práticos. Como tem sido dito, já não basta encarar o sistema do ponto-de-vista dos produtores do serviço processual (juizes, advogados, promotores de justiça): é preciso levar em conta o modo como os seus resultados chegam aos consumidores desse serviço, ou seja, à população destinatária”²⁶.

Necessário se faz a mudança de mentalidade em relação ao processo, mentalidade essa que tenha a compreensão da efetividade do processo como meio de acesso à justiça e que cada vez mais haja a transformação do pensamento conceitualista (de que a garantia constitucional de acesso ao Judiciário represente simplesmente a possibilidade de ampla propositura de ações para a tutela de direitos violados) para uma visão instrumentalista em que essa garantia represente também a garantia de observância de procedimentos que permitam, concretamente, a tutela efetiva do direito violado ou da situação jurídica ameaçada.

1.1.5 A tutela antecipada e a concepção instrumentalista do processo

Pela concepção instrumentalista do processo, a garantia constitucional de acesso ao Judiciário deve ser vista não só como a possibilidade ampla de propositura de ações para a tutela dos direitos violados, como também a obtenção, em tempo razoável, de provimento útil e eficaz. Sob este enfoque, a garantia não é apenas o acesso formal ao Judiciário, mas também a garantia de que haja procedimentos que permitam de forma concreta a tutela efetiva do direito violado. Para concretização deste postulado, deve haver instrumentos e procedimentos processuais que garantam a efetividade deste direito.

²⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Editora Malheiros, 1999, 15ª. Ed., p.43.

A tutela antecipada, portanto, reflete essa nova concepção do processo, como procedimento a ser utilizado para a efetividade e eficiência da prestação jurisdicional, levando em consideração a importância da adequada satisfação jurisdicional sob o enfoque da tempestividade.

“É chegado o momento do ‘tempo do processo’ tomar o seu efetivo lugar dentro da ciência processual, pois este não pode deixar de influir sobre a elaboração dogmática preocupada com a construção do processo justo ou com aquele destinado a realizar concretamente os valores e os princípios contidos na Constituição da República”²⁷.

Assim também preceitua Rogéria Dotti Doria:

“O tempo despendido entre a propositura de uma ação e a satisfação do direito possui extrema relevância jurídica. À ciência do Direito atualmente não interessa mais apenas examinar os institutos processuais como se fossem pérolas desprovidas de um contexto. Aos juristas deve importar o estudo do fato tempo e suas implicações na prestação jurisdicional e na vida dos jurisdicionados. Isto porque o decurso do tempo, nos dias de hoje, pode por si só levar ao fracasso ou sucesso de uma pretensão, independentemente da decisão judicial proferida”²⁸.

Carreira Alvim, citando Carnelutti, faz a importante observação de que o tempo continua sendo o inimigo número um do processo, mas o processo não pode prescindir dele, ainda que reduzido, pelo que um processo demorado não proporciona à parte senão uma Justiça pela metade²⁹.

Deve ser ressaltado que não se está a falar sobre a prescindibilidade do tempo para o processo, mas de sua abreviação suficiente a garantir a justiça.

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória: julgamento antecipado e execução imediata da sentença**, 4ª ed. rev. atual. e ampl.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.16.

²⁸ DORIA, Rogéria Dotti. **A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda**. 2ª ed. rev. e atual. de acordo com a Lei nº10.444/2002. São Paulo: RT, 2003, p.23.

²⁹ ALVIM, Carreira J.E. **Tutela Antecipada na reforma processual (antecipação de tutela na ação de reparação de dano)**. 2. ed., Curitiba: Juruá, 1999, p.20.

Segundo alerta Athos Gusmão Carneiro, no plano processual é inconcebível um processo, mesmo sob os influxos de rigoroso princípio da oralidade, que não se alongue no tempo, com a concessão de prazos para as partes, sob o pálio do contraditório, possam apresentar seus pedidos e impugnações, comprovar suas afirmativas em matéria de fato (excepcionalmente também de direito), insurgir-se contra decisões que lhes sejam desfavoráveis; e também o juiz precisa de tempo para apreender o conflito e interesses e para habilitar-se a bem fundamentar as decisões interlocutórias e, com maior profundidade, a sentença (nos juízos singulares como nos colegiados)³⁰.

A celeridade não se apresenta como preocupação exclusiva do processo pátrio, mas também se mostra no âmbito internacional.

O artigo 6º, 1, da Convenção Européia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, subscrita em Roma em 4.11.50, prescreve que:

“Toda pessoa tem direito a que sua causa seja examinada eqüitativa e publicamente num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial instituído por lei, que decidirá sobre seus direitos e obrigações civis ou sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela”.

Conforme bem acentua José Rogério Cruz e Tucci, somente é possível verificar a ocorrência de uma dilação processual a partir da análise: a) da complexidade do assunto; b) do comportamento dos litigantes; e c) da atuação do órgão jurisdicional.

Vale ainda a observação do eminente jurista, ao citar o importante alerta de Tomé Garcia:

³⁰ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da Antecipação de Tutela**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.1

“[...] o grande volume de trabalho que pesa sobre determinados órgãos do Poder Judiciário pode servir para escusar os juizes e tribunais de toda a responsabilidade pessoal decorrente dos atrasos na prolação das decisões, mas, não suprime, à evidência, o direito de reação dos cidadãos contra tais delongas, e tampouco permite considerar tais dilações como ‘não devidas’, a menos que se comprove que se há procurado todos os meios possíveis para evitá-las”³¹.

A Constituição espanhola de 29/12/78, dispõe no artigo 24 que:

“Todos têm direito ao juiz ordinário determinado previamente por lei, à defesa e à assistência de advogado, a ser informado da acusação contra si deduzida, a um processo público sem dilações indevidas e com todas as garantias...”.

No mesmo sentido, o artigo 11, b, da Carta Canadense dos Direitos e Liberdades, de 1982:

“Toda pessoa demandada tem o direito de ser julgada dentro de um prazo razoável”.

Cruz e Tucci acentua que para a doutrina canadense o direito à rápida prestação jurisdicional deve ser aferido a partir do exame: a) da identificação do interesse que esse direito visa a proteger; b) da determinação dos beneficiários do direito e da relevância da demora; c) dos vários fatores que devem ser considerados para se verificar se a demora é injustificada; e d) dos remédios apropriados para combater a violação de tal direito³².

Em âmbito supranacional, verifica-se no texto da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), celebrado em 22/11/69, artigo 8º:

“Toda pessoa tem direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável por um juiz ou tribunal competente, independente e

³¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal**. Revista do Processo, n. 66, ano 17, abril-jun., 1992, p. 74.

³² Ibidem, p.75.

imparcial, estabelecido por lei anterior, na defesa de qualquer acusação penal contra ela formulada, ou para a determinação de seus direitos e obrigações de ordem civil, trabalhista, fiscal ou qualquer outra natureza...”.

O Brasil é signatário deste pacto internacional, que foi promulgado pelo Decreto Federal no. 678 de 6/11/92 por força do artigo 5º, §2º, da Constituição Federal.

Reitere-se que o legislador constituinte, concatenado com a mudança de enfoque do processo, por força da Emenda Constitucional no. 45, promulgada em 08/12/2004, acresceu o inciso LXXVIII ao artigo 5º., elevando a patamar de direito fundamental o acesso à Justiça **em tempo razoável**, assim como os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, ao dispor que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

“Cresce no mundo moderno a preocupação com a segurança jurídica e a estabilidade das instituições jurídicas. Evidentemente, a demora da realização da prestação jurisdicional não apenas é algo contraproducente, mas, mais que isso, vai contra a própria natureza da tutela jurisdicional, de acordo com a feição que lhe foi atribuída pela Constituição Federal. É que a prestação jurisdicional tardia é fator de insegurança, na medida em que contribui para a intranquilidade do que seja, efetivamente, o sentido do Direito para os cidadãos. Nesse contexto, a reforma constitucional comentada institui princípios que constituem aspirações políticas, já que dispositivos como o ora estudado somente terão repercussão na realidade jurídico-social na medida em que aqueles que interagem com a realização da tutela jurisdicional efetivamente cooperarem para a realização tempestiva da ordem jurídica”³³.

Alerta, contudo, que por efetividade não se deve compreender a tutela rápida, mesmo que seja insegura e instável e que a criação de mecanismos de tutela fundados em cognição sumária é importante, mas deve ser acompanhada de mecanismos que garantam, igualmente, a definição célere e precisa do direito executado.

³³ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil: emenda constitucional no. 45/2004 (reforma do Judiciário): Lei 10.444/2000; Lei 10358/2001 e Lei 10.352/2001**. 3ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.27.

A eleição deste valor (tempestividade) no ordenamento jurídico é decorrente do próprio sentido do valor justiça.

Na Justiça do Trabalho, que tem como pressuposto básico a celeridade, ante a natureza do direito que protege, pode-se mencionar dados extremamente preocupantes e que remetem a questionamentos quanto à criação de mecanismos eficientes que possam atender aos objetivos que se propõe, conforme dados expostos no Seminário Justiça em Números ocorrido no STF nos dias 12 e 13 de maio/2005³⁴.

Esta realidade vem, portanto, evidenciando a necessidade e o apelo social para a construção de mecanismos de efetivação da tutela jurisdicional que tenha como escopo primordial também a celeridade.

Nesse contexto, a tutela antecipada introduzida pela Lei nº8.952/94, no sistema processual brasileiro tem se revelado um instrumento de grande avanço como resposta a estes desafios.

A técnica antecipatória, fundada no abuso do direito de defesa e no intuito protelatório do réu³⁵, é uma técnica de distribuição do ônus do tempo do processo, de forma que tal ônus não seja apenas do autor, partindo-se da premissa que o processo não pode

³⁴ O presidente da Anamatra (Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho), Grijalbo Fernandes Coutinho, questionou a metodologia do STF (Supremo Tribunal Federal) na realização do diagnóstico "A Justiça em Números - Indicadores Estatísticos do Poder Judiciário Brasileiro". "Questionamos a metodologia utilizada pelo STF para encontrar a taxa de congestionamento, quando inclui o resíduo de anos anteriores e, principalmente, na incorporação dos processos na fase de execução. Se for assim, a Justiça do Trabalho, ao invés de dois milhões de processos novos, recebe mais de três milhões, acréscimo resultante das demandas executórias, cujo retardamento, na maioria das vezes, não depende da ação exclusiva dos juizes", informou Coutinho (ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO TRABALHO DA 13ª REGIÃO. Disponível em: <<http://www.amatra13.org.br/noti.php?ArtID=4>> Acesso em: 17 mai.2005.

prejudicar o autor que tenha razão em benefício do réu que abusa do seu direito de defesa com o intuito de postergar a entrega do bem da vida a que tem direito o autor.

A doutrina clássica, na construção do procedimento ordinário, compreendido como sendo aquele de cognição plena e exauriente, priorizou o valor segurança ao valor tempestividade.

“A doutrina, ao estabelecer o procedimento ordinário como o procedimento padrão de tutela dos direitos, mostrou-se despreocupada e indiferente em relação às diversas necessidades do direito material e da realidade social. O procedimento ordinário, como é intuitivo, não é adequado à tutela de todas as situações de direito substancial e, portanto, a sua universalização é algo impossível. Aliás, o que hoje se assiste nos sistemas do direito romano-canônico é uma verdadeira demonstração do procedimento ordinário, tendo a tutela urgente se transformado em técnica de sumarização e, em última análise, em remédio contra a ineficiência deste procedimento”³⁶.

O procedimento ordinário tem como uma de suas características o fato de que o ônus do tempo recaia sobre o autor. Esta cultura processual se apresenta alheia à realidade social em que a lentidão do processo causa angústia e prejuízos econômicos, cujos resultados se mostram tanto mais perversos em se tratando de verbas trabalhistas.

Se o processo for visto sob a ótica de que em realidade na disputa pelo bem da vida o autor pretende a modificação da realidade empírica e o réu pretende a manutenção do *status quo*, pode-se compreender melhor a conseqüência de que o tempo que demanda na solução do litígio prejudica o autor (que tem razão) e beneficia o réu (que não tem). A conseqüência é que a demora sempre beneficia o réu que não tem razão porque em um

³⁵ 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: (...) II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória: julgamento antecipado e execução imediata da sentença**, 4ª ed. rev. atual. e ampl.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.14.

processo condenatório a demora na obtenção do bem significa a sua preservação no patrimônio do réu ³⁷.

Não se pode deixar de levar em conta a possibilidade de que, com a tutela antecipada, pode haver risco de prejudicar o réu. Essa possibilidade há, mas pode ser considerada como algo natural já que a demora da justiça sempre prejudicou o autor que tem razão, além do que o risco é algo inerente à necessidade de distribuição do tempo processual e da construção de um processo mais justo e isonômico.

Outro enfoque relevante a ser apreciado é o que Marinoni chamou de falsidade do princípio da *nulla executio sine titulo* ante o conflito brutal entre o direito à tutela tempestiva e o direito à cognição definitiva.

Conclui Marinoni que não há qualquer razão, digna de consideração, que impeça que um provimento sumário constitua título executivo. Abrir a via executiva a um direito não é uma consequência da sua existência, mas uma simples opção pela sua realização prática. Assim, é certo, a tutela jurisdicional passa a ser muito mais execução do que declaração e coisa julgada material. Mas esta é uma consequência das novas exigências de tutela e do conflito - que é ineliminável - entre segurança e efetividade ³⁸.

Também é relevante se levar em consideração o efeito pedagógico da tutela antecipada no sentido de desestimular as defesas abusivas, que objetivem a protelação do momento da realização dos direitos ou mesmo voltadas a retirar vantagem econômica em troca do tempo do processo .

³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória: julgamento antecipado e execução imediata da**

"O tempo deve ser repartido, no curso do procedimento, de acordo com o índice de probabilidade de que o autor tenha direito ao bem disputado. Esta probabilidade está associada à evidência do direito do autor e à fragilidade da defesa do réu. Quando o direito do autor é evidente e a defesa do réu carece de seriedade, entra em jogo a tutela antecipatória como técnica de distribuição do ônus do tempo no processo. A defesa do réu deve ser considerada abusiva quando puder protelar indevidamente a realização do direito afirmado pelo autor, quando o direito do autor estiver evidenciado e a defesa não tiver fundamento razoável, ou ainda quando puder protelar indevidamente por outra razão digna de consideração, a realização do direito, cabe a tutela antecipatória baseada em abuso de direito de defesa"³⁹.

Faz-se necessário, assim, a racionalização da distribuição do tempo no processo, inibindo as defesas abusivas. Estas não podem ter *status* de direito do réu que não tenha razão.

"A defesa é direito nos limites em que é exercida de forma razoável ou nos limites em que não retarda, indevidamente, a realização do direito do autor"⁴⁰.

sentença, 4ª ed. rev, atual. e ampl.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.17.

³⁸ Ibidem, p.25.

³⁹ Ibidem, p.27-28.

⁴⁰ Ibidem, p.18.

2 TUTELA DE EVIDÊNCIA: EFICIÊNCIA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

2.1 Diferenciação entre tutela antecipada e tutela cautelar

Após a Lei nº 8.952 de 13.12.1994, foi criada a possibilidade da antecipação da tutela no processo de cognição exauriente (arts. 273 e 461, §3º⁴¹), o que eliminou a necessidade de o autor se valer do artigo 798 para obter a tutela sumária satisfativa.

Conforme analisa o mestre Luiz Guilherme Marinoni:

“O Código de Processo Civil teve que ser alterado, nele introduzindo-se a tutela antecipatória, não só pela razão de que a evolução da sociedade demonstrou que a demora do procedimento comum não era mais suportável, e que por esta razão era necessária uma tutela sumária satisfativa, mas especialmente pelo motivo de que a grande maioria dos doutrinadores e dos tribunais não admitiam que a tutela sumária satisfativa fosse prestada sob o manto protetor da ‘ação cautelar inominada’”⁴².

A antecipação de tutela, tanto quanto a liminar cautelar, são espécies do gênero provimento antecipado, apresentando a característica comum de serem concedidas fora daquele momento normalmente adequado ao reconhecimento do direito, que é a sentença.

Os provimentos antecipatórios *stricto sensu* e o propriamente cautelar diferem, na essência, pela sua finalidade e pelo seu conteúdo, embora nem sempre essa distinção tenha sido posta em relevo com muita clareza em sede doutrinária.

A liminar cautelar se limita, de regra, à outorga de uma providência de índole processual, distinta da pretensão substancial.

Conforme nos ensina Luiz Guilherme Marinoni:

“A tutela cautelar tem por fim assegurar a viabilidade da realização de um direito, não podendo realiza-lo. A tutela que satisfaz um direito, ainda que fundada em juízo de aparência, é ‘satisfativa sumária’. A prestação jurisdicional satisfativa sumária, pois, nada tem a ver com a tutela cautelar. A tutela que satisfaz, por estar além do assegurar, realiza missão que é completamente distinta da cautelar. Na tutela cautelar há sempre referibilidade a um direito acautelado. O direito referido é que é protegido (assegurado) cautelarmente. Se inexistente referibilidade, ou referência a direito, não há direito acautelado”⁴³.

Outra distinção é que a liminar cautelar pode eventualmente (art. 797) ser deferida de ofício pelo juiz, enquanto a tutela antecipatória fundada nos incisos I e II do artigo 273 só pode ser concedida a requerimento da parte.

Assente-se, ainda, que, em reconhecimento legislativo da razoável dificuldade de se precisar a natureza da tutela antecipatória que atua interinamente no processo de conhecimento até que seja outorgada a tutela final, foi incluído dispositivo permitindo a fungibilidade do pedido. Assim, quando a título de tutela antecipatória for requerida providência de natureza cautelar, o juiz estará, então, autorizado, desde que presentes os respectivos pressupostos, a deferir a tutela cautelar em caráter incidental no processo instaurado (art. 273, § 7º).

Observe-se que a diferenciação entre a tutela cautelar e a tutela antecipatória faz sentido quando se faz um paralelo entre as espécies de tutela de urgência, no que não se

⁴¹ Posteriormente a Lei nº 10.444/2002 acrescentou o artigo 461-A

⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 124.

enquadra a tutela de evidência fundada no inciso II do artigo 273, que não é originária da mesma necessidade processual de tutela sumária satisfativa, portanto, como logo se analisará, não é espécie de tutela de urgência, mas de manifesta tutela de evidência.

Neste sentido opina Lúcio Delfino, ao citar Joaquim Felipe Spadoni:

“Nessa vereda, o juiz deverá, segundo prevê o art. 273, I e II, do CPC, em regra a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, sempre que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. Entretanto, e conforme opina Joaquim Felipe Spadoni, somente quando se depara com a tutela antecipada fundada no perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, se está defronte a uma situação em que a antecipação é fundamental para a efetividade e adequação da tutela jurisdicional pleiteada, sendo apenas esta a hipótese que se enquadra como tutela de urgência no que se refere ao art. 273”⁴⁴.

2.2 Tutela jurisdicional de evidência: natureza jurídica

A técnica antecipatória foi estruturada de diferentes formas, tornando-se possível requerer, em regra, a antecipação da tutela quando houver: a) receio de dano (arts. 273, I, 461, §3º e 461-A CPC e 84, 3º, CDC); b) abuso de direito de defesa (art. 273, II, CPC

⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, 7ª ed., p.124-125.

⁴⁴ DELFINO, Lúcio. **Breves reflexões sobre a fungibilidade das tutelas de urgência e seu alcance de incidência**. Revista de Processo, abril 2005, nº 122, p. 201.

⁴⁵); e c) parcela incontroversa da demanda (art. 273, §6º, CPC⁴⁶). Note-se que os incisos IX e X do art. 659 da CLT fixam casos típicos de antecipação da tutela em matéria trabalhista⁴⁷.

Na hipótese do receio do dano, trata-se de tutela jurisdicional de **urgência**, já que visa eliminar o risco e garantir a **efetividade** da prestação jurisdicional, enquanto a hipótese de caracterização de abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório de réu é a tutela de **evidência** e visa a garantir a **eficiência** da tutela jurisdicional.

A tutela antecipada com base no §6º do artigo 273, fundada nas técnicas da não-contestação e do reconhecimento jurídico (parcial) do pedido visa a impedir que a defesa do réu adie, indevidamente, a realização de direitos, ou de parcelas destes, que não são mais controvertidos. Assim, tem-se que este tipo de defesa é abusiva por protelar a realização de direito que não é mais controvertido. Este dispositivo difere-se do previsto no inciso II do mesmo artigo na medida em que descreve o ato abusivo que servirá de fundamento à antecipação da tutela, bem como pelo fato de que não é fundado em probabilidade ou verossimilhança. Isto é, basta que o réu não se desonere de sua obrigação relativa a direitos incontrovertidos para que seja deferida a tutela antecipada. Além disso, diferentemente da previsão do inciso II do artigo 273, a tutela antecipada fundada no §6º independe de requerimento da parte, podendo, portanto, ser deferida de ofício.

⁴⁵ Incisos I e II do artigo 273 do CPC acrescidos pela Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994.

⁴⁶ Parágrafo 6º acrescido ao artigo 273 do CPC pela Lei nº10.444 de 07 de maio de 2002. Também foram modificados o §3º “a efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme a natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§4º e 5º, e 461-A”. Acrescido o §7º “Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”.

⁴⁷ Art. 659. “Competem privativamente aos Presidentes das Juntas, além das que lhes forem conferidas neste Título e das decorrentes de seu cargo, as seguintes atribuições: (...) IX - conceder medida liminar, até decisão final do processo, em reclamações trabalhistas que visem a tornar sem efeito transferência disciplinada pelos parágrafos do artigo 469 desta Consolidação. X - conceder medida liminar, até decisão final do processo, em reclamações trabalhistas que visem reintegrar no emprego dirigente sindical afastado, suspenso ou dispensado pelo empregador”.

A tutela antecipada baseada no inciso II do artigo 273 (fundada no abuso do direito de defesa ou no manifesto propósito protelatório do réu), não se enquadra como tutela de urgência já que inexigível o *periculum in mora* (exclusividade da medida prevista no inciso I do artigo), mas tem como característica a inversão do ônus da espera para a finalização do processo para se ter o direito tutelado, que passa do autor para o réu.

“Na tutela jurisdicional de evidência não se está lidando com perigo decorrente da própria natureza da situação material objeto do processo, mas sim evitando-se o alto custo do procedimento do processo de cognição plena e exauriente quando presente o direito evidente e constatado o abuso do direito de defesa ou o propósito meramente protelatório do réu”⁴⁸.

A doutrina utiliza a expressão **tutela de evidência** por vincular-se a expressão àquelas pretensões deduzidas em juízo nas quais o direito da parte revela-se evidente, tal como o direito líquido e certo que autoriza a concessão do *mandamus* ou o direito documentado do exequente. São situações em que se opera mais do que o *fumus boni iuris*, mas a probabilidade de certeza do direito alegado, aliada à injustificada demora que o processo ordinário carreará até a satisfação do interesse do demandante, com grave desperdício para o Poder Judiciário, posto que injusta a demora determinada⁴⁹.

“A tutela antecipada reclama prova inequívoca da verossimilhança da alegação e ‘periclitado do direito’ ou ‘direito evidente’, caracterizado pelo ‘abuso do direito de defesa’ ou ‘manifesto propósito protelatório do réu’. Conforme se verifica, a idéia central da lei é demonstrar a expressiva evidência do direito do autor, de tal maneira que a defesa é apenas abusiva ou protelatória, com o escopo de postergar a satisfação dos interesses do titular do direito líquido e certo”⁵⁰.

⁴⁸ CASTELO, Jorge Pinheiro. **Tutela antecipada na teoria geral do processo**. Vol.1, São Paulo:Ltr, 1999, p.359.

⁴⁹ FUX, Luiz. **Tutela antecipada e locações: os fundamentos da antecipação da tutela e sua aplicação na relação locatícia**. 2. ed., Rio de Janeiro: Destaque, 1996, p.67.

⁵⁰ *Ibidem*, p.101.

Luiz Fux assevera que, conforme acentua Ovídio Batista, onde há evidência não se justifica a demora da resposta judicial nem o ritualismo das formas de indagação judicial e que os direitos evidentes merecem proteção imediata⁵¹.

Adroaldo Furtado Fabrício também utiliza a expressão **tutela de evidência**⁵².

Teori Albino Zavascki denomina a hipótese prevista no inciso II do artigo 273 (abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu) como sendo a **antecipação punitiva** em contraste à **antecipação assecuratória** configurada na hipótese do inciso I (fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação). Justifica, contudo, que, a par da denominação como **antecipação punitiva**, não se trata propriamente de uma punição, dado que sua finalidade tem um sentido positivo (de prestar jurisdição sem protelações indevidas). A medida guarda semelhança, no que diz com as respectivas causas originantes, com as penalidades impostas a quem põe obstáculos à seriedade e à celeridade da função jurisdicional, previstas no Código de Processo Civil (v.g., arts. 15 e seu parágrafo único, e 601)⁵³.

Marcelo M. Bertoldi também divide a tutela antecipada em **mista ou assecuratória** e **pura ou punitiva**. Esclarece que **mista ou assecuratória** é a tutela que visa reprimir a possibilidade de ocorrer dano irreparável ou de difícil reparação (273, I), a qual contém nítidos contornos acautelatórios, já que estribada no perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, visa garantir e viabilizar a possibilidade de realização do direito afirmado

⁵¹ FUX, Luiz. **Tutela antecipada e locações: os fundamentos da antecipação da tutela e sua aplicação na relação locatícia**. 2. ed., Rio de Janeiro: Destaque, 1996, p.101.

⁵² Breves notas sobre os provimentos antecipatórios, cautelares e liminares, in **Estudos de Direito Processual em memória de Machado Guimarães**, Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.19-20.

pelo autor. Aduz, também, que **pura** ou **punitiva** é a hipótese em que a antecipação visa reprimir o uso do processo de forma maliciosa pelo réu, que abusa de seu direito de defesa ou pratica atos nitidamente protelatórios. Alerta, contudo, que a denominação punitiva não parece ser a mais apropriada, já que a possível punição que venha a sofrer o réu que faz uso malicioso ou temerário de seu direito de defesa com intuito protelatório nada mais é senão consequência natural do processo, que, por mostrar-se mais efetivo diante da evidência do direito do autor, precipita seus efeitos no tempo de modo a antecipar a prestação da tutela jurisdicional, o que, presumivelmente, deveria ocorrer somente ao seu final⁵⁴.

Para Mallet é punitiva a medida ao asseverar que a situação prevista no inciso II do artigo 273 não é medida cautelar, porquanto desvinculada de qualquer ameaça de dano e despida, ainda, de caráter instrumental.

“Trata-se, na verdade, de medida punitiva, verdadeiro desdobramento dos deveres impostos aos litigantes pelo art.14 do CPC. Para desestimular a prática de atos processuais indesejáveis, contrários a esses deveres, estabeleceu o legislador, sanção severa, permitindo a imediata antecipação da tutela pretendida. A punição prevista procura frustrar o propósito perseguido pelo litigante renitente, já que combate o abuso do direito de defesa e o propósito protelatório exatamente com a antecipação do pronunciamento que se buscava adiar. Não há melhor pena, para quem quer ganhar tempo no processo, do que se abreviar o procedimento necessário à prolação da decisão”⁵⁵.

Por certo, a denominação antecipação de tutela **punitiva** não parece ser a mais adequada ao instituto, que tem como finalidade última a inversão do ônus de espera do tempo pelo autor que demonstre o direito evidente, onerando o réu que abuse do seu direito de defesa e demonstre propósito protelatório.

⁵³ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 2ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999, p.74-75.

⁵⁴ BERTOLDI, Marcelo M. **Tutela antecipada, abuso do direito e propósito protelatório do réu, in Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**, Tereza Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 1997, p.312.

⁵⁵ MALLET, Estevão. **Antecipação de tutela no processo do trabalho**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1999, p.49-50.

Portanto, a expressão mais adequada parece ser a **antecipação de tutela de evidência**, em contraste à antecipação de **tutela de urgência** (artigo 273, inciso I) pois, quanto mais evidente o direito do autor, mais nítido o abuso do direito de defesa ou mesmo a utilização de procedimentos protelatórios por parte do réu que não tenha razão.

A tutela jurisdicional imediata do direito **evidente** satisfeita pela tutela sumária visa a:

a) exigência de economia de juízo, ou seja, evitar o custo da demora do cumprimento do tempo técnico completo do processo de cognição plena quando não haja justificação para tanto pela ausência de uma contestação efetiva;

b) exigência de economia de juízo, impedindo o custo da demora do processo de cognição plena quando presente o manifesto propósito protelatório do réu constatado pela utilização de procedimentos previstos no processo de conhecimento inúteis, aumentando o número de processos nos tribunais e paralisando o desenvolvimento e de qualquer modo alongando o tempo de duração do processo⁵⁶.

As razões da tutela jurisdicional do direito evidente, assim, estão ligadas à eficiência, pois intenta evitar o alto custo (no sentido mais amplo possível, daí ressaltando-se o custo da imagem do Judiciário) do procedimento do processo de cognição plena quando presente o direito evidente constatado em face do abuso do direito de defesa ou pelo propósito meramente protelatório do réu. De fato, a ausência de procedimentos e mecanismos que

⁵⁶ CASTELO, Jorge Pinheiro. **Tutela antecipada na teoria geral do processo**. Vol.1, São Paulo:Ltr, 1999, p. p.59

inibam o abuso do direito de defesa ou procedimentos protelatórios dá margem à perda de eficiência da tutela jurisdicional.

“A eficiência do funcionamento do Poder Judiciário no seu complexo é prejudicada pela inútil realização da cognição plena e exauriente e pela desnecessidade da espera do término do tempo técnico do processo ‘ordinário’ de conhecimento em situações desnecessárias, produzindo um angustiante ciclo vicioso. Pois, o aumento da perda da eficiência gera desnecessariamente o aumento do número de processos, aumentando ainda mais a perda de eficiência do aparelho judiciário, paralisando ainda mais o normal desenvolvimento dos processos e alongando ainda mais o tempo técnico de sua duração”⁵⁷.

Trata-se de um procedimento em que, presentes a defesa abusiva ou o procedimento de caráter protelatório, em razão de uma maior eficiência da tutela jurisdicional, transfere-se, como já frizado, o ônus do cumprimento do tempo técnico do processo ao réu.

Conforme explicita Maninoni, “a antecipação na hipótese de abuso do direito de defesa permite a satisfação do direito, com a reserva, para momento posterior ao da antecipação, do direito do réu de produzir prova. Trata-se de uma condenação com reserva do direito à produção de prova, o que evidencia o emprego da técnica da cognição sumária. “A antecipação fundada no artigo 273, inciso II, pode ser deferida se provados os fatos constitutivos do direito e quando, em vista de uma avaliação sumária, conclui-se que a exceção substancial indireta não se reveste da devida seriedade. O direito já está provado e, portanto, a tutela é antecipada com base na probabilidade de que os fatos extintos, modificativos ou impeditivos alegados pelo réu não serão demonstrados”⁵⁸.

⁵⁷ CASTELO, Jorge Pinheiro. **Tutela antecipada na teoria geral do processo**. Vol.1, São Paulo:Ltr, 1999, p. p.61

⁵⁸ Apud CASTELO, Jorge Pinheiro. **Tutela antecipada na teoria geral do processo**. Vol.1, São Paulo:Ltr, 1999, p.62-63.

Para Antônio Cláudio da Costa Machado, trata-se de provimento sumário antecipatório não-cautelar, mas que diferentemente das demais providências desse tipo reguladas na legislação processual brasileira, é caracterizada pela repressividade do comportamento ilícito do réu, a irrestrita tutelabilidade de procedimentos e de direitos, além da não-liminariedade da sua concessão, em um procedimento denominado de **puramente antecipatório**⁵⁹.

A tutela antecipada prevista no inciso II do artigo 273 não é exatamente um tipo de pena do réu, no sentido exato do termo. Porém não se pode olvidar que a consequência de sua aplicação é a inversão do ônus do tempo, passando para o réu o desejo de ver logo solucionada a lide, o que, com efeito, representa, na prática uma consequência repressiva, levando no mais das vezes a uma colaboração mais efetiva do réu para o deslinde da controvérsia.

Também merece destaque a conclusão de que não se trata exatamente de combate ao abuso do direito de defesa no caso em concreto, já que utilizada a medida **após** a atitude do réu. A sua previsão no ordenamento jurídico exerce muito mais a função de efeito pedagógico, *in abstracto*, de combate ao abuso do direito de defesa, o que configura uma escolha política judiciária consentânea com a visão instrumentalista do processo.

A natureza jurídica da tutela antecipada fundada no inciso II do artigo 273, conforme exposto, não possui natureza de urgência, que é gênero do qual são espécies a tutela cautelar e a tutela satisfativa.

⁵⁹ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Tutela antecipada**. 3ª ed., ver., São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999, p.379.

2.3 Condições comuns para a tutela antecipada na tutela de urgência e na tutela de evidência

2.3.1 A prova inequívoca e a verossimilhança

Como pressupostos gerais, comuns, necessários para que os efeitos da tutela possam ser antecipados fundados nos incisos I e II do artigo 273 do CPC, tem-se a prova inequívoca e a verossimilhança da alegação⁶⁰.

O vocábulo inequívoco significa, em sentido literal *certo, seguro, correto*⁶¹. Assim, no sentido etimológico, prova inequívoca é a prova certa, segura, em que não há qualquer margem a erro.

Porém, este conceito não corresponde à realidade jurídico-processual, eis que não há prova que possa fornecer certeza absoluta sobre um fato ou acontecimento, até porque tantas serão as interpretações sobre o fato ou acontecimento quantas forem as perspectivas pessoais de cada indivíduo. Vale dizer, é fantasiosa a concepção de que haveria meios de se demonstrar a existência da inequivocidade de qualquer prova para que se pudesse estar diante do pressuposto exigido pelo instituto.

A brilhante lição de Ortega y Gasset sintetiza a visão multifacetária que é o que cada indivíduo denomina como verdade, como real:

“A verdade, o real, o universo, a vida – como quiserdes chamá-lo – quebra-

⁶⁰ *Caput* do artigo 273 do CPC: “O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação”.

⁶¹ BUENO, Francisco da Silveira. **Grande dicionário etimológico-prosódico da língua portuguesa**. São Paulo, 1965, volume IV, pág.1916 .

se em facetas inumeráveis, em vertentes sem conta, cada uma das quais aponta para um indivíduo. Se este soube ser fiel ao seu ponto de vista, se resistiu à eterna sedução de trocar a sua retina por outra imaginária, o que vê será um aspecto real do mundo. E vice-versa: cada homem tem uma missão de verdade. Onde está a minha pupila não está outra: aquilo que da realidade ela vê não o vê outra pupila. Somos insubstituíveis, somos necessários: ‘Só entre todos os homens chega a ser vivido o Humano’ – disse Goethe. Dentro da humanidade cada raça, e dentro de cada indivíduo, é um órgão de percepção distinto de todos os demais e como um tentáculo que chega a pedaços de universo inacessíveis para os outros. A realidade, portanto, apresenta-se em perspectivas individuais. O que para um está em último plano, acha-se para outro em primeiro lugar. A paisagem ordena seus tamanhos e suas distâncias de acordo com a nossa retina, e o nosso coração reparte os destaques. A perspectiva visual e a intelectual se complicam com a perspectiva valorativa”⁶².

Conforme preceitua Estêvão Mallet, por mais convergentes que sejam as provas colhidas e por mais sólidas as conclusões que delas se possam tirar, nunca haverá como excluir, de modo peremptório, a possibilidade de outra ser a verdade. Toda e qualquer prova, ainda que dela se possa esperar máxima conformidade com os fatos, sujeita-se ao contraditório, admitindo, portanto, contraprova, apta a tirar-lhe o valor. Nesse mesmo passo escreveu Heinrich Hertz: “o que é derivado da experiência pode ser anulado pela experiência”. Não existe, assim, prova alguma dotada do atributo da certeza, prova que admita o tratamento de inequívoco⁶³.

Consequentemente, qualquer juízo sobre os fatos do processo é sempre um juízo de verossimilhança e jamais de certeza.

O pronunciamento judicial, assim, tem caráter sempre relativo. Deve-se ter presente que o caráter absoluto da decisão advém de ficção jurídica. Portanto, a “prova

⁶² **Verdad y Perspectiva**, in **El Espectador**, de Ortega y Gasset Obras Completas, cit., Tomo III, 1963, p.19. Material citado pelo prof. Inocêncio Mártires Coelho, no CURSO AVANÇADO DE DIREITO CONSTITUCIONAL, Instituto de Direito Público – DF, abril, 2005.

⁶³ MALLET, Estêvão. **Antecipação da tutela no processo do trabalho**, São Paulo: LTr, 1998, pág.52.

inequívoca” a que se refere o art. 273 do CPC deve ser entendida, em verdade, como prova suficiente à formação de juízo de probabilidade, bastante à concessão da tutela antecipada⁶⁴.

Para parte da doutrina, a prova inequívoca deve ser entendida como prova exigível para a prolação da sentença. Porém esta tese é criticada pelo fato de que se assim fosse poder-se-ia dizer que não haveria razão de prosseguimento do processo se já seria possível julgá-lo desde logo. Também, se é possível decidir ante ausência completa de prova, com base simplesmente nas regras do ônus da prova, falar em prova inequívoca como prova exigível à prolação da sentença, seria incluir no conceito a hipótese de ausência de prova, o que tenderia a um contrasenso.

Não se há falar, ademais, que prova inequívoca seria prova escrita. Como exemplo, tem-se a confissão judicial espontânea que, apesar de não se enquadrar necessariamente como esse tipo de prova, pode servir de pressuposto a que se refere o **caput** do artigo 273 para se conceder a tutela antecipada. Ressalte-se ser possível, também, a concessão da tutela antecipada, ausente a prova escrita, na hipótese de ausência de impugnação em relação aos fatos afirmados pelo autor, os quais, exceto em relação às disposições do artigo 302 do CPC, presumem-se verdadeiros.

A prova inequívoca também não deve ser entendida como aquela a respeito da qual não mais se admita discussão, pois ao assim se entender, nem mesmo após o trânsito em julgado da decisão caberia a tutela antecipada ante o previsto no artigo 495 do CPC.

“Não há, portanto, como pretender delimitar, com rigidez, o grau de probabilidade a exigir-se para a antecipação da tutela, uma vez que deverá ele sempre variar, conforme a natureza do direito a ser tutelado, o

⁶⁴ MALLET, Estêvão. **Antecipação da tutela no processo do trabalho**, São Paulo: LTr, 1998, p.54.

fundamento do pedido, a maior ou menor necessidade da medida, e a possibilidade ou não de reversão de seus efeitos [...] De toda forma, caberá em qualquer caso ao juiz, exercendo a prerrogativa que lhe confere o art.131 do CPC, sopesar, em cognição sumária, a confiabilidade da prova já produzida para, em vista do pedido de antecipação formulado, acolhê-lo ou não”⁶⁵.

Também, conforme cita Jorge Pinheiro Castelo, ao suscitar a doutrina de Calamandrei, para quem “a verdade processual é uma verdade histórica obtida por um juízo histórico sobre os fatos ocorridos. Nessa perspectiva, quando se diz que um fato é verdadeiro, diz-se em substância que ele alcançou na consciência do julgador um grau máximo e verossimilhança suficiente para dar certeza subjetiva do acontecimento. No direito processual o juiz deve resolver a demanda estabelecendo a certeza jurídica. Todavia, como a certeza processual é uma certeza histórica, ou seja, na qual a certeza absoluta é sub-rogada pela verossimilhança, o sistema impõe ao julgador que se satisfaça com a verdade formal (obtida pelo artifício da prova legal ou do ônus da prova) ou com a verdade material (investigação com maior profundidade, com a livre apreciação da prova), que também leva a um juízo de probabilidade e de verossimilhança, não de verdade absoluta”⁶⁶.

O juízo de verossimilhança é um juízo não sobre o fato, mas sobre a afirmação do fato, “não diz respeito à produção de provas. Baseia-se em momento anterior ao da produção e análise das provas; está calcado sobre uma máxima de experiência. O juízo de verossimilhança é um juízo típico que está fundamentado na correspondência entre o fato

⁶⁵ MALLET, Estêvão. **Antecipação da tutela no processo do trabalho**, São Paulo: LTr, 1998, p.56-57

⁶⁶ CASTELO, Jorge Pinheiro. **Tutela antecipada na teoria geral do processo**. Vol.1, São Paulo:Ltr, 1999, p.256.

alegado pela parte e um juízo de ordem geral e abstrato, previamente estabelecido, sobre a situação alegada”⁶⁷.

Faz-se necessário asseverar que o fato de existir controvérsia interpretativa não é fator por si só a se concluir que o direito tenha se tornado incerto e inverossímil, já que o que está em causa é somente a interpretação e a aplicação da norma legal.

“A obscuridade da lei não exime o juiz de enfrentar e resolver a questão jurídica (art.126 do CPC), não podendo transformar-se em obstáculo à antecipação da tutela. Em conseqüência, ainda que controvertida a interpretação propugnada pelo requerente da tutela antecipada, se o juiz a tiver por acertada deverá deferir o pedido, não cabendo, em virtude da assinalada controvérsia, acoimar-se de inverossímil a alegação”⁶⁸.

Ponto importante a se destacar é quanto à expressão **poderá** constante do *caput* do artigo, a qual não deve induzir o intérprete a supor que a antecipação da tutela seja mera faculdade da parte e um ato discricionário do juiz. A antecipação deve ser entendida como direito subjetivo da parte, desde que ocorrentes os motivos que a justifiquem.

Destaque-se que, para se convencer da verossimilhança da alegação, o juiz não depende necessariamente de prova, se a pretensão se assenta em fatos incontrovertidos, não carentes de demonstração, caso em que a atividade cognitiva detém-se no simples exame do direito.

⁶⁷ CASTELO, Jorge Pinheiro. **Tutela antecipada na teoria geral do processo**. Vol.1, São Paulo:Ltr, 1999, p.289

⁶⁸ MALLET, Estêvão. **Antecipação da tutela no processo do trabalho**, São Paulo: LTr, 1998, p.58

2.3.2 *Necessidade de fundamentação da decisão antecipatória*

Dispõe o § 1º do artigo 243 que, “na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento”. A ênfase à fundamentação também se verifica na expressão do §4º disposto no sentido de que “a tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada”.

A menção dos citados dispositivos traz conteúdo que se apresenta desnecessário ante o fato de que a obrigatoriedade de fundamentação de todas as decisões é princípio insculpido na Constituição⁶⁹.

A inserção destas normas pode ser explicada pela razão de que não raro, na realidade da vida forense, infelizmente, se verifica o deferimento ou indeferimento de liminares sem fundamentação. É razoável se entender que este seja o motivo pelo qual o legislador optou por advertir sobre a necessidade da fundamentação das decisões no juízo sumário pelo juiz, que deve justificar a decisão, demonstrando que a antecipação é oportuna. A ausência de fundamentação acarreta nulidade⁷⁰.

2.3.3 *Irreversibilidade do provimento*

O § 2º do artigo 273 dispõe que “não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”.

⁶⁹ Artigo 93, IX, da CF: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, 7ª ed., p.215-216.

Conforme alerta Marinoni, é importante que se tenha em mente que o dispositivo se refere à “irreversibilidade do provimento” e não em “irreversibilidade dos efeitos fáticos do provimento”⁷¹.

Conclui-se desta observação que é possível que a tutela antecipada produza efeitos fáticos irreversíveis, o que é vedado é o risco de irreversibilidade do provimento.

“A provisoriedade da tutela antecipatória deve ser entendida como a sua incapacidade de definir a controvérsia, por sua absoluta falta de idoneidade para a declaração ou, em outros termos, para a produção de coisa julgada material. A satisfatividade da tutela antecipatória, e mesmo a eventual irreversibilidade dos efeitos fáticos desta tutela, não é contraditória com a sua estrutura. Em outras palavras, nada impede que uma tutela que produza efeitos fáticos irreversíveis seja, do ponto de vista estrutural, provisória, vale dizer, incapaz de dar solução definitiva ao mérito”⁷².

A decisão sobre a concessão da tutela antecipatória, ao analisar o perigo da irreversibilidade do provimento, deve considerar os valores dos bens jurídicos envolvidos, levando-se em conta a aplicação dos critérios da proporcionalidade e da probabilidade⁷³.

Jorge Pinheiro Castelo assim sintetiza a aplicação dos citados critérios:

“Pelo critério de probabilidade: verificar qual o direito alegado pelas partes é mais provável em sede de cognição sumária.

Pelo critério da proporcionalidade: examinar qual o prejuízo maior no caso de irreparabilidade, a partir da ponderação (balanço) do valor dos bens

⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, 7ª ed., p.223.

⁷² Ibidem, p.224.

⁷³ “A exigência da irreversibilidade inserta no §2º do art. 273 do CPC não pode ser levada ao extremo, sob pena de o novel instituto da tutela antecipatória não cumprir a excelsa missão a que se destina” (STJ-2ª T., Resp 144.656-ES, Relator Ministro Adhemar Maciel, julg. 06/10/97, DJU 27.10.97).

“Assim, a exigência legal da reversibilidade da medida de urgência deve ser tomada ‘cum grano salis’, comportando mitigações quando estiver em jogo um valor igualmente caro ao ordenamento. Por isso, ‘a regra do §2º do art. 273 do CPC não impede o deferimento da antecipação da tutela quando a falta do imediato atendimento médico causará ao lesado dano também irreparável, ainda que exista o perigo da irreversibilidade do provimento antecipado” (STJ-4ª T., REsp 408.828, Relator Ministro Barros Monteiro, julg. 1.3.05, DJU 2.5.05).

jurídicos em jogo”⁷⁴.

Conclui com maestria o ilustre professor em análise da incidência da norma referente à irreversibilidade no processo do trabalho:

“Em outras palavras: a) hipossuficiência econômica do empregado não poderá jamais ser considerada como *fattiespecie* configuradora de perigo da irreversibilidade do provimento antecipado, inclusive porque ofenderia o direito de acesso à ordem jurídica justa; b) revela a realização do balanço de ponderação dos bens envolvidos através do princípio da probabilidade e da proporcionalidade; c) a concessão dos provimentos antecipatórios de urgência ou evidência devem observar uma avaliação jurídica da situação material posta em juízo e não critérios políticos ou de poder econômico, ou seja, o poder antecipatório geral instituído nos arts. 273 e 461 do CPC surgiu para democratizar o acesso à ordem jurídica justa nas situações de urgência e evidência, para democratizar o acesso à tutela jurisdicional efetiva e eficiente”.

2.3.4 A efetividade da tutela antecipada e os avanços da Lei nº 11.232, de 22.12.05

Dispõe o § 3º do artigo 273 que “a efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A”.

Observe-se que a alteração deste parágrafo se deu com a Lei 10.444, de 7.5.2002, que passou a falar em “efetivação” da tutela, em substituição ao termo “execução”, com o intuito de se evidenciar que a atuação da tutela antecipada não pode ser pensada à luz das normas referentes ao processo de execução.

É importante destacar que o artigo 588 foi revogado pela Lei 11.232 de 22.12.05, em vigor 180 dias após sua publicação (DOU 23.12.05). Além desta alteração que modificou a execução provisória, a Lei promoveu profundas alterações nos procedimentos de liquidação e execução de sentença, como o aperfeiçoamento da liquidação por cálculos,

⁷⁴ CASTELO, Jorge Pinheiro. **Tutela antecipada de obrigação de fazer no processo do trabalho- a difícil**

regulou o arbitramento, dispensou a propositura de ação fundada em título judicial, cuja iniciativa se dará de ofício (nos mesmos moldes do procedimento adotado no processo do trabalho), limitou a ação de embargos ao processo executivo baseado em título extrajudicial.

Apesar da revogação do artigo 588, suas disposições foram em grande parte reproduzidas no novo artigo 475-O, que também traz a exigência de caução idônea para o levantamento de dinheiro depositado em juízo e para a prática de atos que importem alienação de domínio. Daí permanecer a orientação de que a efetivação da tutela antecipada depende de caução nessas situações⁷⁵.

Ou seja, a Lei nº 11.232/05 revogou o artigo 588, porém não tratou de alterar a referência expressa do artigo 273, o que leva o intérprete a se remeter ao artigo 475-O, na hipótese.

A ampliação que se verifica com a alteração em questão é que o artigo 588 do CPC exigia, para a dispensa da caução em execução provisória, que o crédito fosse de natureza alimentar, o exeqüente estivesse em estado de necessidade, em ações de até 60 salários mínimos. O atual artigo 475-O, §2º, inciso I, dispensa a caução “quando, nos casos de crédito de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito, até o limite de sessenta vezes o valor do salário-mínimo, o exeqüente demonstrar situação de necessidade”.

Quanto à expressão “ato ilícito”, merece destaque a observação na seara trabalhista de Marcelo Moura:

caminhada em direção à modernidade e à efetividade. Revista LTr, vol. 63, nº 8, agosto de 1999, p. 1020.
⁷⁵ NEGRÃO, Theotonio e GOUVÊA, José Roberto F. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor.** 36ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p.387.

“A expressão ‘ato ilícito’ nos permite avançar na execução provisória, inclusive quanto a atos que importem levantamento de depósitos em dinheiro ou alienação de ‘propriedade’, em qualquer ação trabalhista que envolva interesse patrimonial ou moral decorrente de irregularidades em relação jurídica de prestação de serviços ou, ainda, por abuso no exercício irregular de um direito”⁷⁶.

A citada Lei também permitiu que a execução prossiga, nos mesmos moldes, “nos casos de execução provisória em que penda agravo de instrumento junto ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça (art. 544), salvo quando da dispensa possa manifestamente resultar risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação” (artigo 475-O, §2º, inciso II). Devido à interpretação sistemática e analógica desta norma, é possível concluir pela sua aplicação também no processo do trabalho, em que se prosseguiria a execução na pendência de Recurso de Revista, diante de seu paralelismo com o Recurso Especial do processo civil⁷⁷.

2.4 Pressupostos específicos da tutela de evidência: abuso do direito de defesa e manifesto propósito protelatório do réu

2.4.1 Abuso do direito de defesa e manifesto propósito protelatório do réu

A antecipação de tutela do direito evidente, na hipótese de abuso na defesa assemelha-se ao *référé provision* do direito francês. Esse instituto também assegura a antecipação do provimento jurisdicional quando ficar evidente à Corte que o réu não possui argumentos sérios contra a alegação de direito feita pelo autor.

⁷⁶ MOURA, Marcelo. **A estabilização (efetivação) da tutela antecipada diante do pedido incontroverso no processo do trabalho – o projeto do IBDP e os avanços da Lei nº 11.232, de 22.12.2005.** Revista LTr. , vol. 70, nº 4, de abril de 2006, p.444.

⁷⁷ Ibidem, p.444

“Através da *provision* é possível a antecipação da tutela *quando l’obligation ne soit pas sérieusement contestable* (a obrigação não seja seriamente contestável, arts. 771 e 809 do Código de Processo Civil francês)⁷⁸.”

A legislação de há muito prevê disposições punitivas próprias a desestimular o uso indevido do processo.

O Código de Processo Civil de 1939 estabelecia penalidades à parte que agisse de modo temerário ou malicioso o que poderia ocasionar pena pecuniária ao faltoso.

Também o atual Código de Processo Civil estabelece nos artigos 14 e 17 regras de conduta que as partes devem obedecer, enquanto o art. 18 estabelece que o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, condenará o litigante de má-fé a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e as despesas que efetuou. O artigo 538 do CPC, por sua vez, estabelece a obrigação de o recorrente pagar multa não excedente a 1% sobre o valor da causa quando se tratar de embargos de declaração manifestamente protelatórios, e se reiterados a multa se eleva até 10%. Também o artigo 577, §2º, do CPC prevê que na hipótese de o agravo se mostrar inadmissível ou infundado, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um a dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor.

Também como medidas desestimulantes ao mau uso do processo, pode-se citar diversos dispositivos previstos no CPC: o artigo 69, em que aquele a quem incumbe a nomeação à autoria responde por perdas e danos se o não fizer, ou nomear pessoa diversa daquela em cujo nome detém a coisa demandada. O artigo 113, §1º, estabelece que se a

⁷⁸ PERROT, Roger. *Les mesures provisoires en droit français. Les mesures provisoires en procédure civile.*

incompetência absoluta não for deduzida no prazo da contestação ou na primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos, caberá à parte responder pelas custas do retardamento. Aquele que pratica os atos definidos no art. 600 (atos atentatórios da Justiça) está sujeito ao pagamento de multa fixada pelo Juiz, nos termos do artigo 601.

O sentido teleológico de tais normas está no atendimento ao princípio constitucional da efetividade do processo como bem acentua Luiz Guilherme Marinoni:

“O sistema processual civil, para atender ao princípio constitucional da efetividade, deve ser capaz de racionalizar a distribuição do tempo do processo e de inibir as defesas abusivas, que são consideradas, por alguns até mesmo direito do réu que não tem razão. A defesa é direito nos limites em que é exercida de forma razoável ou nos limites em que não retarda, indevidamente, a realização do direito do autor.

É preciso deixar claro que a técnica antecipatória nada mais é do que uma técnica de distribuição do ônus do tempo do processo. Todos pensam que está de acordo com a lógica o desaparecimento da medida cautelar quando o juiz, na sentença de mérito, afirma inexistir o direito acautelado. Mas ninguém percebe que é contrária a esta mesma lógica a impossibilidade da execução da sentença enquanto pende o recurso. Ora, se o juiz afirma que existe o direito, não é lógico impor ao autor o ônus do tempo do processamento do recurso. Alguém diria: é que se o tribunal reformar a sentença, um grave prejuízo poderá ter sido imposto ao réu. A mesma preocupação deveria assaltar àquele que assim objeta quando percebe (se é que percebe) que o tribunal, reformando a sentença que implicou a revogação da medida cautelar, pode dar ao autor um resultado absolutamente inútil!”⁷⁹.

Assim, também em atendimento ao princípio constitucional da efetividade do processo, a mudança introduzida no Código de Processo Civil, no que concerne ao inciso II do artigo 273, vem ao encontro da disposição do legislador em desestimular práticas de má-fé processual na medida em que as atitudes desleais praticadas pelo réu não devem ser

Apud MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. São Paulo: Malheiros, 1997, p.138.

⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **A tutela antecipatória fundada em abuso de direito de defesa**. Revista Genesis, maio 1997, ps. 636-637.

albergadas pelo benefício da demora do processo, tornando mais eficiente a tutela jurisdicional.

Merecem destaque as observações de Luiz Guilherme Marinoni:

“A preocupação exagerada com o direito de defesa, fruto de uma visão excessivamente comprometida com o liberalismo, não permitiu, por muito tempo, a percepção de que o tempo do processo não pode ser um ônus somente do autor. Edoardo Ricci, escrevendo sobre o projeto Rognoni (de reforma do processo civil italiano), alertou par ao fato de que as resistências dilatórias são tanto mais encorajantes quanto mais o processo – graças a sua duração – se presta a premiar a resistência como fonte de vantagens econômicas, fazendo parecer mais conveniente esperar a decisão desfavorável do que adimplir com pontualidade. O abuso do direito de defesa é mais perverso quando o autor depende economicamente do bem da vida perseguido, hipótese em que a protelação acentua a desigualdade entre as partes, transformando o tão decantado princípio da igualdade em uma abstração irritante”⁸⁰.

Abuso do direito de defesa é espécie do gênero **abuso de direito**. Em que pese parte da doutrina entender que não há sentido algum em falar em abuso de direito, fato é que as legislações passaram a utilizar a expressão **abuso de um direito**, em inspiração ao Código Civil suíço (artigo 3º, §2º), do Código Civil alemão (§226) e do Código Civil italiano (artigo 833)⁸¹.

De acordo com Marcel Planiol:

“(...) o direito cessa onde o abuso começa (...) e não se pode fazer uso abusivo de um direito qualquer, pela razão irrefutável de que um só e mesmo ato não pode ser, a um só tempo, conforme ao direito e contrário ao direito”⁸².

⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, 7ª ed., p.191.

⁸¹ MALLET, Estêvão. **Antecipação da tutela no processo do trabalho**, São Paulo: LTr, 1998, p.64.

⁸² PLANIOL, Marcel *apud* ALMEIDA, Cléber Lúcio. **Abuso do direito no processo do trabalho**. Belo Horizonte: Inédita, 2000, p. 15.

Para Luiz Fux, foi repetitiva a lei ao se referir ao abuso do direito de defesa e intuito protelatório do réu por entender que essa segunda modalidade de conduta processual encaixa-se no gênero da primeira já que os incidentes processuais suscetíveis nessa fase do procedimento encontram-se na expressão **defesa do réu**⁸³.

“Abuso de direito de defesa e ‘manifesto propósito protelatório do réu’ são expressões fluidas, de conteúdo indeterminado, sujeitas, em consequência, a preenchimento valorativo, caso a caso. Todavia, a atividade de identificação das hipóteses subsumíveis ao preceito não pode ser arbitrária. Deve, sim, obediência estrita à finalidade da norma. Se o que se busca é privilegiar a celeridade da prestação jurisdicional, há de se entender que na fluidez das expressões da lei somente se contém atos ou fatos que, efetivamente, constituam obstáculo ao andamento do processo. É criticável, sob este aspecto, a expressão ‘manifesto propósito protelatório do réu’, cuja acepção literal sugere a possibilidade de antecipar efeitos da sentença ante mera intenção de protelar. Na verdade, o que justifica a antecipação não é o propósito de protelar, mas a efetiva prática, pelo réu, de atos ou omissões destinados a retardar o andamento do processo. Nessa compreensão, bem se vê ‘propósito protelatório’ é expressão que na sua abrangência comportaria, a rigor, também os ‘abusos de direito de defesa’”⁸⁴.

Segundo Luiz Felipe Bruno Lobo, o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu são espécies da conduta do gênero má-fé processual e provocam no curso da demanda um dano indireto na medida em que a mora imprópria, deliberadamente provocada, priva o autor do bem da vida perseguido. A deslealdade processual pode ainda, como efeito secundário, implicar o perecimento do direito se o gozo deste subsiste à mora imposta, ou imprimir outras lesões como efeito do prolongado estado de pendência⁸⁵.

Porém aqui vale uma observação quanto à má-fé no sentido de se verificar se a atitude do réu tem a intenção de elastecer ilicitamente o tempo do processo ou se basta

⁸³ FUX, Luiz. **Tutela antecipada e locações: os fundamentos da antecipação da tutela e sua aplicação na relação locatícia**. 2ª. ed., Rio de Janeiro: Destaque, 1996, p.102.

⁸⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. São Paulo: Saraiva, 1997, p.77.

⁸⁵ LOBO, Luiz Felipe. **A antecipação dos efeitos da tutela de conhecimento no Direito Processual Civil e do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2000, p. 80-81.

que sejam praticados atos considerados abusivos ou protelatórios, mesmo sem má-fé, para que ocorra a hipótese da antecipação.

As condutas tipificadas no artigo 17 do CPC, apesar de trazer vários conceitos éticos ou comportamentais que dependem de interpretação do intérprete e valoração do fato ao caso concreto, traz em si um importante material para melhor delimitar os casos em que se queira verificar o abuso do direito de defesa e o propósito protelatório do réu.

Assim dispõe o artigo 17 do CPC:

“Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que: I - deduzir pretensão ou defesa contra texto exposto de lei ou fato incontroverso; II - alterar a verdade dos fatos; III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI - provocar incidentes manifestamente infundados; VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório”.

Ressalte-se que somente após a edição da Lei nº 9.668/98, que acresceu o inciso VII, foi positivada a definição de litigância de má-fé àquele que se utilizar de recurso com intuito manifestamente protelatório.

Faz-se necessário, contudo, estabelecer a distinção entre a antecipação de tutela requerida com base no abuso do direito de defesa ou propósito protelatório do réu e a litigância de má-fé, já que enquanto essa não afeta diretamente o mérito da questão posta em juízo, pois que se afigura possível até mesmo que o vencedor da demanda seja condenado às

penas do art. 18 do CPC, a antecipação da tutela relaciona-se diretamente com a plausibilidade do direito afirmado pelo autor⁸⁶.

Segundo alerta Luiz Guilherme Marinoni, para a antecipação da tutela, fundada no inciso II do artigo 273 do CPC não basta apenas que o comportamento do réu esteja configurado nas hipóteses do artigo 17. É necessário que haja a concomitância da evidência do direito do autor e a fragilidade da resistência do réu.

“Não é possível confundir abuso de direito de defesa com litigância de má-fé. Para efeito de tutela antecipatória, é possível extrair do art. 17 do Código de Processo Civil alguns elementos que podem colaborar para a caracterização do abuso de direito de defesa. Isto não significa, porém, que as hipóteses do art. 17 possam servir de guia para a compreensão da tutela antecipatória fundada em abuso de direito de defesa”⁸⁷.

Na esfera trabalhista, Jorge Pinheiro Castelo exemplifica alguns atos caracterizadores de abuso do direito de defesa:

“O exemplo típico dos dias atuais é a reclamatória trabalhista onde se postula o pagamento de títulos rescisórios constantes do termo de rescisão contratual homologado pela Delegacia Regional do Trabalho ou pelo sindicato, com a ressalva de que não houve pagamento dos títulos e a homologação está sendo feita apenas para possibilitar o levantamento do FGTS pelo empregado.

Caso a defesa se limite a alegar que a empresa não tem condições de efetuar o pagamento devido e que o fará na condenação, tem-se configurado o típico caso do abuso do direito de defesa do réu, abrindo ensejo à concessão da tutela antecipada, no exemplo, para pagamento de prestação pecuniária.

Outra situação muito comum e que também configura a defesa destituída de seriedade e abusiva, são constestações de empresas que alegam não poderem efetuar o pagamento postulado, de títulos rescisórios trabalhistas, por estarem em dificuldades financeiras ou em concordata.

⁸⁶ BERTOLDI, Marcelo M. **Tutela antecipada, abuso do direito e propósito protelatório do réu**, in **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**, Tereza Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 1997, p.321.

⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, 7ª ed., p. 194-195.

Nas ações civis públicas trabalhistas configura abuso de direito de defesa, v.g., a contestação de empresa pública que reconhece estar procedendo à contratação sem concurso público.

Nos dissídios coletivos trabalhistas pode configurar-se o abuso do direito de defesa a contestação das cláusulas normativas postuladas pela categoria profissional, já consagradas nos precedentes normativos dos Tribunais Regionais e Tribunal Superior do Trabalho, que não apresente argumentação jurídica inovadora e substancial ou referente a direito e situação superveniente⁸⁸.

2.4.2 *O uso abusivo do processo e o princípio da ampla defesa*

O grande desafio no que se refere à tutela antecipada de evidência diz respeito à necessidade de se diferenciar o abuso do direito de defesa por parte do réu e o uso legítimo dos instrumentos colocados à sua disposição com vistas a defender-se de forma mais ampla possível. Ou seja, até que ponto deve o juiz considerar como legítima e estribada na boa-fé a persistência natural do réu em defender-se?⁸⁹.

Para que haja harmonização dos princípios fundamentais, a ação jurisdicional deve observar determinados princípios que norteiam a solução de conflitos entre direitos fundamentais:

- a) **princípio da necessidade**, segundo o qual a regra de solução (que é limitadora do direito fundamental) somente será legítima quando for real o conflito, ou seja, quando efetivamente não for possível estabelecer um modo de convivência simultânea dos direitos fundamentais sob tensão;

⁸⁸ CASTELO, Jorge Pinheiro. **Tutela antecipada no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 1999, Volume II, p. 29.

⁸⁹ BERTOLDI, Marcelo M. **Tutela antecipada, abuso do direito e propósito protelatório do réu**, in **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**, Tereza Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 1997, p.323.

- b) **princípio da menor restrição possível**, também chamado de princípio da **proibição de excessos**, que está associado, sob certo aspecto, também ao **princípio da proporcionalidade**, segundo o qual a restrição a direito fundamental, operada pela regra de solução, não poderá ir além do limite mínimo indispensável à harmonização pretendida;
- c) **princípio da salvaguarda do núcleo essencial**, a rigor já contido no princípio anterior, segundo o qual não é legítima a regra de solução que, a pretexto de harmonizar a convivência entre direitos fundamentais, opera a eliminação de um deles ou lhe retira a sua substância elementar⁹⁰.

Considerando, assim, esses princípios, pode-se afirmar que a antecipação dos efeitos da tutela com base no abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório, quando efetivada sob os limites do ordenamento jurídico, leva à conclusão que não obstrui o direito à ampla defesa do réu, já que tão-somente redistribui o ônus do tempo do processo, ante a evidência do direito afirmado pelo autor, sendo justo que quem suporte a demora seja a parte que conta com probabilidade mínima de êxito.

Ante a ausência de critérios objetivos para se verificar o extrapolamento do direito de defesa e o ingresso no abuso do direito, José Olímpio de Castro Filho cita as formas mais comuns assumidas pelo abuso do direito do processo, segundo denominações trazidas pela doutrina, norma jurídica e jurisprudência:

- **Dolo**, significando a intenção por parte de um dos litigantes de causar um dano ao adversário desviando a vontade judicial. Toda vez que o réu,

deliberadamente, deduz defesa fraudando a verdade dos fatos ou o próprio direito afirmado, estará agindo com dolo no processo, afigurando-se a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela;

- **Temeridade**, como uma das formas pelas quais o dolo pode se apresentar. Toda vez que o litigante vai a juízo sabendo que não tem razão, estará ele agindo temerariamente. Esta figura aplica-se à antecipação da tutela, na medida em que existe a possibilidade da antecipação se dar em casos em que o réu evidencia seu propósito protelatório mediante a propositura de ação absolutamente despropositada;
- **Fraude** é um artifício empregado pela parte com o objetivo de alcançar um fim proibido pela lei, como por exemplo quando o réu junta ao processo um contrato falso que contradiz as alegações do autor;
- **Emulação** é o sentimento de competição injustificada, como a prática de atos sem qualquer utilidade, mas com o objetivo de causar um dano a outrem, a despeito ou represália;
- **Erro grosseiro** é a ignorância indesculpável acerca das vias judiciais. É a hipótese de recurso sabidamente incabível, podendo gerar a antecipação da tutela. Aquele que deduz pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso também comete erro grosseiro, presumindo-se, portanto, o abuso do direito. O erro grosseiro pode ser tido como defesa carecedora de consistência; pode se dar em relação aos fatos ou ao direito, por não conseguir

⁹⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**. São Paulo: Saraiva, 1997, p.63.

tornar o fato controvertido ou quando verificar-se erro inescusável quanto à norma discutida;

- **Protelação da lide**, que significa a resistência injustificada do réu ao andamento normal do processo, ocorre quando o réu cria incidentes que não têm outro objeto senão retardar a sentença. São todas as artimanhas criadas pelo réu com o objetivo de procrastinar a solução do litígio⁹¹;

- **Falta ao dever de dizer a verdade** que significa o propósito enganoso, a mentira inspirada no ânimo de prejudicar a parte contrária e tendente a desviar a vontade judicial. Deve-se levar em conta, neste passo, que a verdade varia conforme a consciência e percepção de cada indivíduo, o seu poder de crítica e a sua inteligência, de modo que o que se afigura verdadeiro para uns pode não ser para outros. O que é repellido pelo ordenamento é o propósito de enganar, a intenção de, com a mentira, obter uma vantagem no processo. Se o autor comprova que o réu, maliciosamente, oculta fatos ou provas relevantes para a solução da lide, nos afigura possível a antecipação da tutela

92.

⁹¹ Esta forma de abuso do direito, conforme acentua Marcelo Bertoldi, é diretamente conflitante com o princípio da brevidade e da economia processual, já que o processo deve desenvolver-se e encerrar-se no menor prazo possível, fazendo com que sejam refutados todos os atos inservíveis à solução do litígio. Assim, se o juiz perceber que o réu, insistentemente, procura obstruir o andamento normal do processo com requerimentos de produção de provas desnecessárias ou até já produzidas; juntada de documentos imprestáveis; arguição de nulidades absolutamente infundadas; levantando questões preclusas, etc., estará preenchido um dos requisitos para a antecipação da tutela – propósito protelatório, in **Tutela antecipada, abuso do direito e propósito protelatório do réu** (op. cit).

⁹² BERTOLDI, Marcelo M. **Tutela antecipada, abuso do direito e propósito protelatório do réu**, in **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**, Tereza Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 1997, p.323-325.

O direito de ação é um direito subjetivo, que goza da condição de garantia constitucional, não podendo ser obstado nem mesmo judicialmente, razão pela qual não se pode, por exemplo pretender um direito de ação contra o direito de ação.

Porém, como se trata de direito subjetivo, também se torna passível de abuso e a solução para a repressão do abuso, neste caso, já que não se admite ação contra ele, é a defesa no próprio processo onde o abuso se verifica.

“A preocupação exagerada com o direito de defesa, fruto de uma visão excessivamente comprometida com o liberalismo, não permitiu, por muito tempo, a percepção de que o tempo do processo não pode ser um ônus somente do autor. Edoardo Ricci, escrevendo sobre o projeto Rognoni (de reforma do processo civil italiano), alertou para o fato de que as resistências dilatórias são tanto mais encorajantes quanto mais o processo – graças a sua duração – se presta a premiar a resistência como fonte de vantagens econômicas, fazendo parecer mais conveniente esperar a decisão desfavorável do que adimplir com pontualidade. O abuso do direito de defesa é mais perverso quando o autor depende economicamente do bem da vida perseguido, hipótese em que a protelação acentua a desigualdade entre as partes, transformando o tão decantado princípio da igualdade em uma abstração irritante”⁹³.

O réu que abusa de seu direito de defesa, usando o processo de forma a retardar indevidamente a satisfação do direito evidente do autor, terá contra si o requerimento de antecipação dos efeitos da tutela deferido.

Essa observação é bem pertinente quando nos remete a uma maior reflexão sobre a importância de se inibir no processo do trabalho o abuso do direito de defesa, já que o bem perseguido, via de regra, é de natureza alimentícia, fruto do trabalho humano, cuja característica do litígio tem de um lado o trabalhador, geralmente sem condições de se pautar em uma assistência jurídica satisfatória, e do outro o poder econômico que tem, no mais das vezes, condições de ter à sua disposição um eficiente assessoramento jurídico. Mesmo com os

procedimentos previstos na legislação processual trabalhista para amenizar essa desigualdade efetiva ante os princípios que norteiam o direito processual do trabalho, nada impede, por óbvio, que haja abuso do direito de defesa por parte dos litigantes. Na Justiça do Trabalho, a realidade retrata que é medida adotada por alguns entes patronais, que, na ausência de procedimentos inibitórios pelo Estado-Juiz, gera a absurda situação de se tornar mais vantajoso economicamente o abuso do direito de defesa e protelação do que o adimplimento imediato do débito trabalhista.

Não se quer dizer com isso dizer que a causa da morosidade da Justiça trabalhista esteja tão-somente nas hipóteses em que se verifica conduta intencionalmente protelatória das partes, mas sim que a Justiça não pode albergar e proteger aquele que dela se utiliza de forma a retardar o cumprimento de obrigação nascida antes do ingresso em juízo pela parte que tem razão.

Como corolário do pensamento instrumentalista do processo deve-se entender que a defesa é direito nos limites em que é exercida de forma razoável ou nos limites em que não retarda, indevidamente, a realização do direito do autor⁹⁴.

“Um sistema que consagra, quase de forma absoluta, a necessidade da confirmação da sentença para a realização dos direitos, deve considerar atentamente a problemática do abuso do direito de recorrer. A crise da justiça civil está aos olhos de todos; é preciso que os tribunais aceitem a obviedade de que não pode haver efetividade sem riscos. O que importa saber é se vale a pena correr riscos, ou se é melhor permanecer paralisado de medo, na imparcialidade da ordinariedade, onde imaginam os ingênuos que o juiz não causa prejuízo”⁹⁵.

⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme. **A tutela antecipada**. 5ª. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p.143.

⁹⁴ Ibidem, p.144.

⁹⁵ Ibidem, p. 145.

Verifica-se, contudo, que os juizes e tribunais ainda se mostram resistentes mesmo quando evidenciadas de forma clara e límpida as hipóteses aqui descritas, em um nítido apego à idéias arraigadas que têm como substrato a doutrina liberalista e conceitualista do passado.

2.4.3 Aplicação concomitante de medidas punitivas pelo uso indevido do processo e a tutela antecipada de evidência

Uma questão importante pouco mencionada pela doutrina é quanto à possibilidade ou não de aplicação concomitante e medidas punitivas previstas no ordenamento jurídico ao uso indevido do processo com a tutela antecipada prevista no artigo 273, inciso II, do CPC.

Para Marcelo M. Bertoldi, “preenchidos os requisitos para a antecipação nos termos do art. 273 do CPC, em vez da indenização dos prejuízos causados pelo réu que age maliciosamente no processo, possibilita-se a inversão do ônus do tempo do processo de forma a neutralizar e desestimular as atitudes desleais praticadas pelo réu já que não mais poderá contar com o benefício da demora do processo”⁹⁶.

Extrai-se da assertiva desse jurista que a tutela de evidência seria um substitutivo da indenização dos prejuízos causados pelo réu que age maliciosamente no processo, tese que não se sustenta pelo simples fato de que a tutela de evidência não é indenização, mas consequência natural do processo, na medida em que, demonstrada a

⁹⁶ BERTOLDI, Marcelo M. *Tutela antecipada, abuso do direito e propósito protelatório do réu*, in *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*, Tereza Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 1997p.323.

evidência do direito do autor, precipita os seus efeitos condenatórios no tempo de modo a antecipar a prestação da tutela jurisdicional.

Assim, apesar de a atitude desleal do réu servir de fundamento para a indenização prevista no artigo 18 do CPC, é possível também, concomitantemente, a antecipação de tutela prevista no artigo 273, inciso II, do CPC pois, enquanto a indenização visa a ressarcir o autor pelo dano processual impingido, a tutela antecipada visa a garantir a eficiência da prestação jurisdicional, com a inversão do ônus do tempo, que antes era do autor, passando a ser do réu.

2.4.4 Abuso de direito e propósito protelatório em defesa contrária à jurisprudência sumulada pelos tribunais

Outra indagação que suscita reflexão é se configura ou não o abuso do direito a defesa quando esta se fundamenta em tese contrária à jurisprudência sumulada pelos tribunais, principalmente após a EC 45 de 08/09/2004, que acrescentou o artigo 103-A à Constituição da República (súmula vinculante).

Para Carreira Alvim, “haverá abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu sempre que a jurisprudência se afirmar em determinado sentido, nos tribunais, mormente através de orientação sumulada, e o demandado insista em negar, através de contestações estereotipadas (mimeografadas, micrografadas, fotocopiadas, etc.), o direito do autor, com o único propósito de retardar a sentença de mérito”⁹⁷.

⁹⁷ Apud LOBO, Luiz Felipe Bruno. **A antecipação dos efeitos da tutela de conhecimento no Direito Processual Civil e do Trabalho**. São Paulo: LTr. 2000, p. 83-84.

Comunga com essa mesma opinião Luiz Guilherme Marinoni, que assevera que como se nega seguimento ao recurso em conformidade com o *caput* do art. 557 quando, por exemplo, for manifestamente improcedente, “ele forma um juízo que permite a tutela antecipatória. Neste caso, como é óbvio, o recurso tem grande probabilidade de não ser provido, o que autoriza a antecipação da realização do direito do autor-recorrido. O recorrido, portanto, pode requerer, na sua resposta ao recurso, não só o indeferimento imediato do recurso, mas igualmente a tutela antecipatória, que adiantará o início da atividade executiva”

98.

Vale transcrever, também, a conclusão do eminente jurista a respeito da hipótese de demanda que versa unicamente sobre matéria sumulada no tribunal:

“Bem mais efetiva, para os propósitos da jurisdição e para a realização do direito à tempestividade da tutela jurisdicional, é a possibilidade de o juiz de primeiro grau conceder a tutela antecipatória final quando a demanda versar unicamente sobre matéria sumulada no tribunal. Sendo a hipótese de julgamento antecipado da lide, o juiz deverá conceder a tutela antecipatória, mediante decisão interlocutória, antes de proferir a sentença. O juiz até poderá proferir a decisão interlocutória e a sentença em uma mesma peça (ato formalmente único), mas deverá proferir a sentença depois da decisão interlocutória. Evita-se, com a tutela antecipatória, que o réu seja tentado a retardar a satisfação do direito do autor mediante a interposição do recurso. O réu só apresentará recurso se estiver convencido de que pode alterar a convicção do tribunal sobre a súmula; contudo, exatamente porque é provável que o tribunal não mude a sua orientação, não é justo que o autor tenha que esperar o tempo do processamento do recurso, ainda que seja o tempo para o seu indeferimento pelo relator (art. 557 do CPC)”⁹⁹

Ainda a respeito da matéria, Marinoni (op. cit.) traz um argumento bem plausível para a antecipação de tutela de evidência à hipótese em questão. Se o juiz decide de acordo com a súmula, a probabilidade de interposição de recurso é menor e, ainda assim, há a

⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.174-175.

possibilidade da tutela antecipatória final em primeiro grau de jurisdição. Se o juiz discorda da súmula, a parte que tem razão terá direito, inevitavelmente, à tutela antecipatória, e a probabilidade de recurso – mais um para congestionar o tribunal – estará diminuída. Se o juiz está obrigado a decidir de acordo com a súmula, está garantido o direito constitucional da parte – que provavelmente sairá vencedora – à tutela jurisdicional tempestiva.

Merece destaque o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho que, em atendimento aos princípios da instrumentalidade, da efetividade e da economia processual, vem mitigando a aplicação de determinados institutos quando se tratar de decisões contrárias ou de acordo com Súmulas ou Orientação Jurisprudencial, como retratado na nova redação da Súmula 214:

“Decisão Interlocutória. Irrecorribilidade. Nova redação - Res. 127/2005, DJ 14.03.2005. Na Justiça do Trabalho, nos termos do art. 893, § 1º, da CLT, as decisões interlocutórias não ensejam recurso imediato, salvo nas hipóteses de decisão: a) de Tribunal Regional do Trabalho contrária à Súmula ou Orientação Jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho; b) suscetível de impugnação mediante recurso para o mesmo Tribunal; c) que acolhe exceção de incompetência territorial, com a remessa dos autos para Tribunal Regional distinto daquele a que se vincula o juízo excepcionado, consoante o disposto no art. 799, § 2º, da CLT” (grifo nosso).

Também nesse mesmo sentido o seguinte precedente:

“RECURSO DE REVISTA DOS EXEQUENTES. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EFEITO MODIFICATIVO SEM MANIFESTAÇÃO DA PARTE CONTRÁRIA. NULIDADE. DECISÃO DE ACORDO COM OJ. ECONOMIA PROCESSUAL. O Regional acolheu os embargos de declaração opostos pelo Ministério Público do Trabalho, conferindo efeito modificativo ao julgado, sem oportunizar aos exequentes a manifestação, conforme disposto na Orientação Jurisprudencial 142 da SBDI-1/TST. Porém, na hipótese, a decisão Regional está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal. Assim, em atenção aos princípios da instrumentalidade, da efetividade e da economia processual, não há que se acolher a nulidade, aplicando-se, a contrario sensu, por analogia, o disposto

⁹⁹ Marinoni, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória: julgamento antecipado e execução imediata da sentença**, 4ª ed.rev, atual. e ampl.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.175

na Súmula 214, item a/TST. A citada Súmula, mitigando o postulado da irrecorribilidade das decisões interlocutórias, e em atenção à economia processual, excetuou, como uma das hipóteses o fato de a decisão do TRT ser contrária à Súmula ou Orientação Jurisprudencial deste Tribunal. Nesse caso, julgar-se-á de imediato o recurso. Nessa mesma linha de pensamento, o acolhimento da nulidade por negativa de prestação jurisdicional, ante a ausência de impugnação pelos Exeqüentes dos Embargos Declaratórios que ocasionaram o efeito modificativo da decisão do Regional, efetivamente não irá sanar o alegado prejuízo às partes. Ao contrário, resultará em verdadeiro prejuízo, pois o retorno do processo para a referida impugnação estaria vazio de utilidade, já que a decisão Regional está de acordo com a iterativa e notória jurisprudência deste Tribunal, consubstanciado na Orientação Jurisprudencial 138 (nova redação em decorrência da incorporação da Orientação Jurisprudencial nº 249 da SBDI-1, DJ 20.04.05). O acolhimento da nulidade apenas acarretaria mais demora na prestação jurisdicional, assim como o desnecessário congestionamento da máquina judiciária. **Recurso não conhecido**” (TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. 3ª Turma. AIRR E RR-36983/2002.5, Relator Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, julg. 18 de maio de 2005).

Luiz Felipe Bruno Lobo acentua que no processo do trabalho, a súmula de jurisprudência do TST tem caráter vinculante para todos os órgãos aos quais compete a matéria laboral quando, na forma do art.8º da Consolidação das Leis do Trabalho, houver falta de disposições legais ou contratuais (inclusive coletivas) aplicáveis à matéria ¹⁰⁰.

“Surge, porém, a pergunta: que se há de entender por entendimento já consolidado? E consolidado onde? *A priori* devemos entender por entendimento jurisprudencial consolidado aquele já encartado em verbete sumular. Não somente este, porém, mas também aquele notoriamente assentado e cuja discussão já se apresenta infundada. E consolidado onde? Aqui o problema se complica, mas dentro de um critério de hierarquia e busca de uniformização da jurisprudência, devemos priorizar o entendimento dos tribunais superiores, e na ausência deste entendimento, volta-se ao do tribunal estadual ou regional federal pertinente. Neste enquadramento, todas as ações de preponderante feição jurídica, onde os fatos tomam menor importância, e nas quais houvesse entendimento firmado na superior instância, a fruição do direito poderia ser garantida desde o início do processo. Mecanismo para isso já existe, mas lamentavelmente a mentalidade dos operadores jurídicos invariavelmente olvida este fundamento da antecipação de tutela, que prescinde da urgência, e que acaba sendo obscurecido pelas noções hauridas do processo cautelar” ¹⁰¹.

¹⁰⁰ LOBO, Luiz Felipe Bruno. **A antecipação dos efeitos da tutela de conhecimento no Direito Processual Civil e do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2000.

¹⁰¹ MEZZOMO, Marcelo Colombelli. *Limitações à antecipação de tutela e liminares cautelares*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. **Artigo publicado no Mundo Jurídico em 22.06.2004**

Assim, há que se concluir que se a tutela de evidência possui o objetivo fundamental de dar tratamento racional ao tempo do processo, permitindo que decisões sobre o mérito sejam tomadas no seu curso, por não ser racional obrigar o autor a suportar a demora do processo quando há abuso do direito de defesa, é possível a antecipação de tutela quando a defesa a ser manejada, ou já exercida, contraria entendimento jurisprudencial já consolidado.

Essa discussão tomará maior relevo e outros contornos com a inclusão no ordenamento jurídico da possibilidade da súmula vinculante, pela Emenda Constitucional 45/2004.

“Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.”

Entendemos também que nessa hipótese pode servir de subsídio para a tutela antecipada de evidência a defesa contrária à súmula vinculante pelas mesmas razões acima aduzidas.

3 TUTELA DE EVIDÊNCIA. ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

É perfeitamente aplicável o artigo 273 da CLT, de forma subsidiária ao processo do trabalho, por força do artigo 769 da CLT, eis que em matéria trabalhista é que se verifica a relevância da rápida tutela de direitos. Caracterizam-se os direitos trabalhistas pela exposição a prejuízo irreparável quando não satisfeitos de imediato¹⁰².

No entanto, verifica-se que a jurisprudência trabalhista ainda se mostra bastante tímida e cautelosa na aplicação da tutela antecipada prevista no inciso II do artigo 273 do CPC, até mesmo decorrente da pouca utilização desse instrumento pelos advogados, assim como pela lenta mudança na mentalidade dos operadores do direito em visualizar o anseio da sociedade por uma visão instrumentalista do processo.

Transcritas abaixo algumas decisões do Tribunal Superior do Trabalho, com o objetivo de contribuir para uma maior reflexão sobre o instituto.

“PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA DO RECLAMANTE Às fls. 405/408, em petição avulsa, protocolada simultaneamente à Impugnação, o Reclamante requer antecipação da tutela, com fulcro no artigo 273, caput e inciso II, do CPC. Aduz que a Reclamada apresenta comportamento processual doloso, insistindo na interposição de infundados e protelatórios recursos. Afirma que, tendo ocorrido o trânsito em julgado das matérias não impugnadas, resta caracterizado o direito ao recebimento dos valores que já foram objeto de depósito recursal em sede de execução provisória. Pretende a liberação dessas verbas. Embora haja divergência na doutrina, entendo cabível a antecipação de tutela em sede recursal. Há aqueles que entendem

¹⁰² MALLETT, Estêvão. *Antecipação da tutela no processo do trabalho*, São Paulo: LTr, 1998, p.27.

que, proferida a sentença, estaria entregue a prestação jurisdicional, inexistindo objeto a ser antecipado. Contudo, como ensina Estêvão Mallet, a sentença impugnada por recurso não dá a qualquer das partes plena satisfação jurídica de suas pretensões (...) seja por se admitir apenas a execução provisória da decisão, seja mesmo por não estar o pronunciamento revestido da força de coisa julgada (Antecipação de Tutela no Processo do Trabalho, 2ª ed. Ed. LTr, p. 36), concluindo, assim, pela possibilidade da tutela. No mesmo sentido, o seguinte acórdão, proferido pela C. SBDI-1: RECURSO ORDINÁRIO. EFEITO SUSPENSIVO. AÇÃO RESCISÓRIA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA . 1. A nova orientação doutrinária e jurisprudencial admite a limitação da abrangência da regra contida no artigo quatrocentos e oitenta e nove do CPC, quando se verificar que do prosseguimento da execução pode resultar dano irreparável a qualquer das partes. Reforçando tal entendimento, foi editado o artigo duzentos e setenta e três do CPC, redação conferida pela lei oito mil novecentos e cinquenta, de treze de dezembro de mil novecentos e noventa e quatro, autorizando a antecipação da tutela pretendida no pedido inicial. Referido preceito, desde que evidenciado o pressuposto do dano irreparável ou de difícil reparação, é aplicável em grau de recurso ordinário. 2. Considerando a tipicidade do processo trabalhista, a hipótese de tutela antecipada tem aplicação no âmbito da justiça do trabalho, tendo em vista a irreversibilidade das quitações feitas na fase de execução em face da hipossuficiência dos exequêntes. 3. Na hipótese de o pedido de desconstituição do julgado, via ação rescisória, recair sobre matéria referente à limitação do deferimento de diferenças salariais, decorrentes da aplicação de planos econômicos, a data-base, a suspensão da eficácia da coisa julgada tem amparo legal. 4. Agravo regimental desprovido. (TST-AGROAR-63.809/92, SBDI-1, Rel. Min. Francisco Fausto, DJ 28.6.1996.) Passo ao exame do pedido. Embora constatado o trânsito em julgado das matérias que não foram alvo de impugnação nos Embargos interpostos pela Reclamada, não procede a pretensão de levantamento, por meio de antecipação da tutela no processo de conhecimento, dos valores depositados em sede de execução provisória. Na espécie, pleiteia o Reclamante a providência, alegando abuso do direito de defesa da Reclamada. Se há divergência na doutrina quanto à forma de cumprimento do provimento antecipatório principalmente em relação ao provimento conservativo da medida, disposto no inciso I do artigo 273 do CPC é certo que ela não abrange a hipótese presente, fundada no inciso II do mesmo artigo 273. Nesse caso, o cumprimento se dará conforme o artigo 588, incisos II e III, do CPC, observada a regra do artigo 899 da CLT. Não há falar, portanto, em atos de alienação de domínio, o que demonstra a ausência de interesse jurídico da tutela requerida, em virtude da notícia, trazida pelo Reclamante, do trâmite de execução provisória. Não é outro o entendimento da C. SBDI-2, que pela Orientação Jurisprudencial nº 87, pacificou que o art. 899 da CLT, ao impedir a execução definitiva do título executório, enquanto pendente recurso, alcança tanto as execuções por obrigação de pagar quanto as por obrigação de fazer . Pelo exposto, indefiro a antecipação de tutela” (PROCESSO: E-RR-796967/2001 PUBLICAÇÃO: DJ - 06/06/2003, Relatora Ministra Maria Cristina Peduzzi).

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. REINTEGRAÇÃO. REVOGAÇÃO DE TUTELA ANTECIPADA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. Trata-se de Mandado de Segurança contra decisão que deferiu pedido de revogação de tutela antecipada, anteriormente concedida para determinar a reintegração do

Obreiro no emprego. Sabe-se que, em casos como este, em que a tutela antecipada restou indeferida antes da prolação da sentença definitiva, é possível a utilização do mandado de segurança, por não comportar recurso próprio (aplicação analógica da OJ 50 da SBDI-2). No entanto, não se reveste de qualquer ilegalidade, tampouco de abuso de poder a decisão impugnada. O fato da revogação da antecipação de tutela ter se dado por motivo diverso daquele que deu causa a reintegração no emprego, não implica inobservância da regra prevista no artigo 273, § 4º, do CPC. Ademais, in casu, cuida-se de empregado de sociedade de economia mista que não se encontrava acobertado por qualquer estabilidade provisória prevista em lei. Valendo destacar que a “patologia psíquica”, de que se valeu o julgador, para conceder a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, não se enquadra como doença profissional a autorizar a reintegração liminar. Recurso Ordinário não provido. (NÚMERO ÚNICO PROC: ROMS - 4173/2002-000-07-00 PUBLICAÇÃO: DJ - 13/05/2005, SBDI-2).

MANDADO DE SEGURANÇA. REINTEGRAÇÃO EM EXECUÇÃO PROVISÓRIA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. IMPOSSIBILIDADE. O artigo 899 da CLT, ao impedir a execução definitiva do título executório, enquanto pendente recurso, alcança tanto as execuções por obrigação de pagar quanto as por obrigação de fazer. Assim, tendo a obrigação de reintegrar caráter definitivo, somente pode ser decretada, liminarmente, nas hipóteses legalmente previstas, em sede de tutela antecipada ou tutela específica (Orientação Jurisprudencial 87 da SBDI-2). Recurso Ordinário e Remessa Oficial providos. (NÚMERO ÚNICO PROC: RXOF e ROMS - 801/2004-000-15-00 PUBLICAÇÃO: DJ - 22/04/2005, SBDI-2)

MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO ORDINÁRIO. ATO DE JUIZ QUE LIMINARMENTE ANTECIPA A TUTELA DETERMINANDO O RESTABELECIMENTO DO PAGAMENTO DE ANUËNIOS. 1 - O ato impugnado está materializado no deferimento, antes da sentença, do pedido de tutela antecipada nos autos, com fundamento na existência de direito adquirido de os substituídos continuarem a receber suas remunerações mensais acrescidas de anuênios. 2 - Presentes os pressupostos ensejadores da concessão de tutela antecipada, não se configuram a certeza e a liquidez do direito do impetrante de ver suspensos os seus efeitos, porque respaldada pelos arts. 5º, inc. XXXVI, e 7º, inc. VI, da Constituição Federal. Recurso provido. (NÚMERO ÚNICO PROC: ROMS - 139415/2004-900-01-00, PUBLICAÇÃO: DJ - 22/03/2005, SBDI-2)

ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA ARTIGO 273 DO CPC REQUERIMENTO DO RECLAMANTE EM PETIÇÃO AVULSA 1. Por meio de antecipação de tutela, pretende o Reclamante a imediata readmissão nos quadros da CODAPAR, com fundamento no artigo 11 da Lei nº 9.528/97. Trata a hipótese dos autos de aposentadoria espontânea com permanência no emprego até a dispensa. 2. Não se inclui no conceito de defesa abusiva a simples

interposição de recurso cabível nem resultou provada a verossimilhança das alegações, porquanto os §§ 1º e 2º do art. 453 da CLT estão com a eficácia liminarmente suspensa pelo Excelso STF, até julgamento final das ADIs nos 1721-3 e 1770-4. (PROCESSO: RR NÚMERO: 707532 ANO: 2000 PUBLICAÇÃO: DJ - 13/08/2004; 3ª Turma).

PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA A agravada, pela petição de fls. 20/22, requer a concessão da tutela antecipada, com fundamento no art. 273, inciso II, do Código de Processo Civil. Aduz que a interposição do agravo de instrumento sem a juntada das peças obrigatórias para a sua formação não decorreu de erro dos advogados da agravante maior seguradora do país -, mas sim de deliberada intenção de não permitir o trânsito em julgado da decisão, que está a depender do julgamento do presente agravo de instrumento. Afirma que a certidão anexa à presente petição comprova que o processo encontra-se em fase de execução provisória e que os cálculos homologados foram aqueles apresentados pela reclamada com a expressa concordância da reclamante, bem como que o depósito integral para garantia do juízo foi realizado em espécie. Diz que não está a afirmar que a mera interposição do agravo de instrumento constitui uma abusividade, mas sim pretende demonstrar que da maneira como foi interposto nos presentes autos o abuso restou evidenciado, caracterizando a hipótese prevista no art. 273, inciso II, do Código de Processo Civil. Alega que o fato de o processo encontrar-se no Tribunal Superior do Trabalho não impede o deferimento da tutela, conforme dispõe o §4º do mesmo artigo retrocitado. Requer o deferimento da antecipação da tutela, com a determinação da imediata liberação do valor penhorado. Realmente, verifico que a certidão de fls. 24, da 13ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, certifica que o presente processo encontra-se em fase de execução provisória, sendo que foram homologados os cálculos de liquidação apresentados pela reclamada com a expressa anuência do reclamante, estando garantida a execução através de depósito efetuado em 21/07/2003, e aguardando o julgamento do Agravo de Instrumento pendente junto ao Colendo TST . Contudo, a par da discussão acerca de a interposição do agravo sem as peças necessárias à formação do instrumento caracterizar ou não abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório, entendo que a reclamante carece de interesse em requerer a tutela antecipada no presente caso. É que, em conformidade com o §3º do art. 273 do Código de Processo Civil, a efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§4º e 5º, e 461-A (redação dada pela Lei nº 10.444/2002). No caso, sendo objeto do pedido de antecipação da tutela o levantamento de depósito em dinheiro, a efetivação se dará em conformidade com o art. 588 do Código de Processo Civil, observada a regra do art. 899 da Consolidação das Leis do Trabalho, dispositivos que vedam os atos que importem em alienação do domínio. Desta feita, resta demonstrada a ausência de interesse da agravada, ante a notícia por ela trazida, e confirmada pela certidão de fls. 24, da existência de execução provisória em trâmite. Cumpre salientar que a Orientação Jurisprudencial nº 87/SBDI-2, dispõe que o art. 899 da CLT, ao impedir a execução definitiva do título executório, enquanto pendente recurso, alcança tanto as execuções por obrigação de pagar quanto as por obrigação de fazer. Destarte, indefiro o pedido de antecipação de tutela. Do exposto, não conheço do agravo por irregularidade na formação do seu instrumento e indefiro o pedido de antecipação de tutela. (NÚMERO ÚNICO PROC: AIRR - 591/2002-013-03-

40 PUBLICAÇÃO: DJ - 06/02/2004 2ª Turma).

TUTELA ANTECIPADA. AUSÊNCIA DE OFENSA AOS ARTS . 273, I E II, DO CPC E 659, X, DA CLT . É inegável a existência de fundado receio de dano irreparável (art. 273, I, do CPC) na situação do aposentado em relação à sua saúde e no contexto da precariedade do sistema público alternativo. A invocação do subseqüente inciso II, como exigência para a antecipação da tutela, apenas evidencia, no caso, o intuito de confundir o juízo, já que não se pode imputar negligência na leitura do texto legal, onde sobressai a conjunção coordenativa alternativa ou, com a função gramatical que lhe é peculiar. E o inciso X do art. 659 da CLT se insere na competência privativa dos presidentes de Varas do Trabalho, o que não lhes retira a competência geral, decorrente do cargo, para aplicar o art. 461, § 3º, do CPC, na forma do art. 8º, par. único, da CLT. Recurso não conhecido. (NÚMERO ÚNICO PROC: RR - 368/2000-002-17-00 PUBLICAÇÃO: DJ - 24/10/2003)

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA FUNDADA EM ABUSO DE DIREITO DE DEFESA ARTIGO 273, INCISO II, DO CPC 1. Por meio de antecipação de tutela, pretende a Reclamante o imediato cumprimento da decisão que lhe garantiu prioridade na escolha de salas de aula, assegurada nos artigos 29 e 30 da Lei Municipal nº 2.905/93 (Estatuto do Magistério Público Municipal). 2. A interposição de recurso cabível não caracteriza abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório. O artigo 897, "b", da CLT, prevê a interposição de agravo de instrumento contra despachos que denegarem seguimento a recursos de revista. O Reclamado utilizou essa possibilidade legal, na tentativa de processar o recurso principal. Não se pode pretender incluir no conceito de defesa abusiva a simples interposição de recurso cabível. (NÚMERO ÚNICO PROC: AIRR - 1170/1999-059-15-40 PUBLICAÇÃO: DJ - 10/10/2003 3ª Turma).

AGRAVO - AÇÃO RESCISÓRIA TUTELA ANTECIPADA - DESCABIMENTO. Não se admite tutela antecipada em sede de ação rescisória, na medida em que não se pode desconstituir antecipadamente a coisa julgada, com base em juízo de verossimilhança, dadas as garantias especiais de que se reveste o pronunciamento estatal transitado em julgado. Não sendo possível prover antecipadamente os efeitos do juízo rescindente e sobretudo os do juízo rescisório, é incabível deferir a tutela, apresentando-se correto o despacho que determinou a citação da Ré, indeferindo o pedido de antecipação da tutela. (PROCESSO: AG-AR NÚMERO: 803971 ANO: 2001 PUBLICAÇÃO: DJ - 25/04/2003 A C Ó R D Ã O PLENO)

MANDADO DE SEGURANÇA. INDEFERIMENTO DE TUTELA ANTECIPATÓRIA DE MÉRITO. REINTEGRAÇÃO . Não se vislumbra nenhuma ilegalidade ou abuso de poder que fundamente a pretensão assecuratória, já que a análise da verossimilhança da alegação relaciona-se à convicção gerada no ânimo do julgador, segundo seu livre convencimento e no exercício de seu poder diretivo, de que há prova inequívoca ou evidência quase inarredável da alegação do requerente da tutela antecipada, maxime quando se trata de reintegração. Recurso ordinário a que se nega provimento. (PROCESSO: ROMS NÚMERO: 816845 ANO: 2001 PUBLICAÇÃO: DJ - 27/09/2002 SBDI-2).

DO ABUSO DE DIREITO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. É inviável, em sede de recurso de revista, analisar-se acerca da alegação de abuso de direito de defesa formulado pelo recorrido em petição avulsa, juntada após transcorrido o prazo para apresentar contra-razões. O exame do pedido de tutela antecipada não é possível em instância extraordinária, ou em recurso de revista, que se restringe à análise de eventual violação à lei e à divergência jurisprudencial. Não conheço dos pedidos formulados às fls. 513/516, por incabíveis. (PROC. Nº TST-RR-528.266/1999.5 5ª Turma).

MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA CONCESSIVA DE TUTELA ANTECIPADA. SUPERVENIÊNCIA DA SENTENÇA DE MÉRITO. PERDA DE OBJETO Perde objeto o mandado de segurança que impugna tutela antecipada pelo fato de haver sido proferida sentença de mérito nos autos principais. (Orientação Jurisprudencial nº 86 da E. SBDI-II). (PROCESSO: ROMS NÚMERO: 583043 ANO: 1999 PUBLICAÇÃO: DJ - 14/06/2002 SBDI-2).

Merece destaque, ainda, o teor da Súmula 414/TST:

MANDADO DE SEGURANÇA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA (OU LIMINAR) CONCEDIDA ANTES OU NA SENTENÇA. (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 50, 51, 58, 86 e 139 da SDI-II, Res. 137/05 - DJ 22.08.05) I - A antecipação da tutela concedida na sentença não comporta impugnação pela via do mandado de segurança, por ser impugnável mediante recurso ordinário. A ação cautelar é o meio próprio para se obter efeito suspensivo a recurso. (ex-OJ nº 51 - inserida em 20.09.00) II - No caso de a tutela antecipada (ou liminar) ser concedida antes da sentença, cabe a impetração do mandado de segurança, em face da inexistência de recurso próprio. (ex-OJs nºs 50 e 58 - ambas inseridas em 20.09.00) III - A superveniência da sentença, nos autos originários, faz perder o objeto do mandado de segurança que impugnava a concessão da tutela antecipada (ou liminar). (ex-OJs no 86 - inserida em 13.03.02 e nº 139 - DJ 04.05.04).

CONCLUSÃO

O poder geral antecipatório estabelecido no artigo 273, assim como no artigo 461, do CPC, fruto do delineamento dado na primeira etapa da reforma processual (Lei nº 8.952/94), pode ser considerado uma autêntica revolução processual, representando uma reestruturação metodológica na concepção do sistema processual como um todo.

Essa evolução passa pela análise de pelo menos três momentos históricos em relação ao direito de ação em que a doutrina processual tem como de maior destaque as fases do sincretismo, do conceitualismo ou abstracionismo e do instrumentalismo.

A primeira fase do sincretismo, situada desde o direito romano até pelo menos a metade do século XIX, tem como característica central a idéia de ausência de diferenciação significativa entre direito material e direito de ação. O direito de ação era compreendida como o próprio direito subjetivo material, negando-se a sua autonomia.

A partir da segunda metade do séc.XVIII, verifica-se a propagação da filosofia iluminista nos países da Europa e pelas tentativas de racionalização legislativa, administrativa e jurisdicional, o que refletiu na consagração dos interesses da burguesa no modelo liberal do processo civil, com intervenção mínima do juiz e a gestão do processo entregue à iniciativa das partes. Enfatizou-se, neste período, a propriedade privada, em que o devedor tinha sobejas garantias quando era proprietário, diferentemente do que ocorria quando o proprietário era o credor, em que a execução visava à recuperação rápida de sua propriedade, como se verifica no instituto da reintegração de posse. A concepção do processo liberal tem como nota característica o individualismo extremo, fincado no livre jogo das

forças de mercado, servindo primordialmente ao cidadão que tem bens, ou seja, a burguesia, que dispunha de reservas econômicas para enfrentar um processo longo e custoso.

A partir do século XX, o declínio do individualismo e o fortalecimento do poder estatal resultou no reconhecimento do caráter público da relação processual, acompanhado da idéia de autonomia do direito de ação frente ao direito material, isto é, uma concepção publicista do processo, criando-se condições para que o direito processual se estabelecesse como ramo autônomo da ciência jurídica. Esta fase denominada de conceitualismo ou abstracionismo tem no Código de Processo Civil brasileiro de 1973 um exemplo ante a sua nítida inclinação conceitualista verificada pelas estruturas sólidas, linguagem precisa e por conceitos bem delineados.

Merece destaque, ainda, que o CPC de 1973, elaborado sob estruturas nitidamente conceitualistas, influenciado pela doutrina liberal, construiu um procedimento ordinário de cognição plena e exauriente, priorizando o valor segurança ao valor tempestividade.

Apesar da reconhecida importância histórica da construção do direito processual em bases consistentes conceitualistas, o processo baseado tão-somente em conceitos abstratos passou a sofrer um esgotamento verificada a sua insuficiência para a solução de conflitos reais, de forma satisfatória, ante a sua separação do escopo social a que deveria se direcionar.

Essa insatisfação, com a evidente inadequação e insuficiência dos mecanismos de direito processual de base conceitualista, que pudesse corresponder de forma efetiva à tutela dos direitos pelo Justiça, acarretou em uma nova doutrina processual que passou a ser denominada de instrumentalismo, a qual visa à efetividade do processo como

meio de acesso à justiça, com procedimentos que permitam de forma concreta a tutela efetiva do direito violado.

A tutela antecipada, introduzida pela Lei nº8.952/94, reflete essa nova concepção do processo, como instrumento processual a ser utilizado para a efetividade e eficiência da prestação jurisdicional, respaldada pela garantia constitucional de acesso ao Judiciário, não só como possibilidade ampla de propositura de ações para a tutela dos direitos violados, como também para a obtenção, em tempo razoável, de provimento útil e eficaz, assim como de meios que garantam a celeridade de sua tramitação (artigo 5º, inciso LXXVIII, CF – acrescentado pela EC 45/2005).

Nesses parâmetros, a técnica antecipatória fundada no abuso do direito de defesa e no intuito protelatório do réu – tutela de evidência - , é um mecanismo de distribuição do ônus do tempo do processo, de forma que tal ônus não seja apenas do autor, partindo-se da premissa que o processo não pode prejudicar o autor que tenha razão em benefício do réu que abusa do seu direito de defesa com o intuito de postergar a entrega do bem da vida, cujos resultados se mostram tanto mais perversos em se tratando de verbas trabalhistas.

Observe-se que a principal motivação para a instituição da tutela antecipada foi a correção de distorções na utilização da ação cautelar, ante as novas necessidades de sumarização de seu procedimento. A criação da tutela de evidência fundada no inciso II do artigo 273 não se originou, no entanto, dessa mesma necessidade processual de tutela sumária satisfativa, mas foi um coerente reconhecimento do legislador da necessidade de se inibir, no campo processual, as práticas indesejáveis de defesas abusivas e contrárias ao dever de lealdade.

A tutela antecipada baseada no inciso II do artigo 273 (fundada no abuso do direito de defesa ou no manifesto propósito protelatório do réu), não se enquadra, assim, como tutela de urgência já que inexigível o *periculum in mora* (exclusividade da medida prevista no inciso I do artigo), mas tem, como frisado, a característica da inversão do ônus da espera para a finalização do processo para se ter o direito tutelado, que passa do autor para o réu.

A doutrina majoritária denomina esta espécie de tutela antecipada como **tutela de evidência**, em contraste à antecipação de **tutela de urgência** (artigo 273, inciso I) pois, quanto mais evidente o direito do autor, mais nítido o abuso do direito de defesa ou mesmo a utilização de procedimentos protelatórios por parte do réu que não tenha razão.

As razões da tutela jurisdicional do direito evidente estão atreladas à eficiência, eis que intenta evitar o alto custo (no sentido mais amplo possível, daí ressaltando-se o custo da imagem do Judiciário) do procedimento do processo de cognição plena quando presente o direito evidente constatado em face do abuso do direito de defesa ou pelo propósito meramente protelatório do réu.

A tutela antecipada prevista no inciso II do artigo 273 não tem natureza jurídica de pena para o réu, no sentido exato do termo, apesar de se verificar que a inversão do ônus do tempo, passando para o réu o desejo de ver logo solucionada a lide, representa, na prática, também um aspecto de certa forma repressivo.

Não se trata, outrossim, de um combate ao abuso do direito de defesa no caso em concreto, já que utilizada a medida posteriormente à atitude abusiva do réu, o que ressalta a função pedagógica, *in abstracto*, de repressão ao abuso do direito de defesa, configurando uma escolha de política judiciária consentânea com a visão instrumentalista do processo.

A condições comuns que devem servir de base tanto para a tutela antecipada de urgência como para a de evidência podem ser assim reunidas: - a prova inequívoca e a verossimilhança da alegação; a necessidade de fundamentação da decisão antecipatória; a impossibilidade de sua concessão quando houver irreversibilidade do provimento antecipado e a efetivação, no que couber, das normas previstas nos arts. 588¹⁰³, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A do CPC.

Os pressupostos específicos da tutela de evidência (artigo 273, inciso II, CPC) são o abuso do direito de defesa e o manifesto propósito protelatório do réu que, em atendimento ao princípio constitucional da efetividade do processo, vem ao encontro da disposição do legislador em desestimular práticas de má-fé processual na medida em que as atitudes desleais praticadas pelo réu não devem ser albergadas pelo benefício da demora do processo, tornando mais eficiente a tutela jurisdicional.

As condutas tipificadas no artigo 17 do CPC trazem um importante material para melhor delimitar os casos em que se queira verificar o abuso do direito de defesa e o propósito protelatório do réu. Faz-se necessário, contudo, estabelecer distinção entre a antecipações de tutela requerida com base no abuso do direito de defesa ou propósito protelatório do réu e a litigância de má-fé.

Enquanto a litigância de má-fé não afeta diretamente o mérito da questão posta em juízo, pois que se afigura possível até mesmo que o vencedor da demanda seja condenado às penas do art. 18 do CPC, a antecipação da tutela relaciona-se diretamente com a

¹⁰³ O artigo 588 do CPC foi revogado pela Lei 11.232 de 22.12.05, Apesar da revogação do artigo 588, suas disposições foram em grande parte reproduzidas no novo artigo 475-O, que também traz a exigência de caução idônea para o levantamento de dinheiro depositado em juízo e para a prática de atos que importem alienação de domínio.

plausibilidade do direito afirmado pelo autor. Não basta tão-somente que o comportamento do réu esteja enquadrado nas hipóteses do artigo 17, é indispensável que haja a concomitância da evidência do direito do autor e a fragilidade da resistência do réu.

Grande é o desafio do operador do direito quanto ao cotejo entre o uso legítimo dos instrumentos colocados à disposição do réu com vistas a defender-se de forma mais ampla possível e a evidência do abuso do direito de defesa. Esse embate jurídico pode e deve ser harmonizado por parâmetros principiológicos que norteiam a solução de conflitos entre direitos fundamentais, como o da necessidade, da menor restrição possível, da proporcionalidade e da salvaguarda do núcleo essencial.

Um aspecto pouco mencionado pela doutrina, assim como pouco encontrado na jurisprudência, é a verificação de que é possível a aplicação concomitante e medidas punitivas previstas no ordenamento jurídico ao uso indevido do processo com a tutela antecipada prevista no artigo 273, inciso II, do CPC, eis que, conforme exposto, esta não é exatamente uma ação punitiva no sentido estrito, pois visa a garantir a eficiência da prestação jurisdicional, com a inversão do ônus do tempo, que antes era do autor, passando a ser do réu.

Outra indagação que suscita reflexão é se configura ou não o abuso do direito a defesa quando esta se fundamenta em tese contrária à jurisprudência sumulada pelos tribunais, principalmente após a EC 45 de 08/09/2004, que acrescentou o artigo 103-A à Constituição da República (súmula vinculante). Quanto a esta questão, pode-se concluir que, se a tutela de evidência possui o objetivo fundamental de dar tratamento racional ao tempo do processo, permitindo que decisões sobre o mérito sejam tomadas no seu curso, por não ser racional obrigar o autor a suportar a demora do processo quando há abuso do direito de

defesa, é possível a antecipação de tutela quando a defesa a ser manejada, ou já exercida, contraria entendimento jurisprudencial já consolidado.

Por fim, há que se destacar que, conforme exposto, a tutela antecipada é particularmente compatível e adequada ao processo trabalhista que se apresenta ainda demasiadamente lento diante das exigências de rapidez e dinamismo da sociedade moderna, em constante desgaste da imagem do Judiciário Trabalhista junto à população brasileira.

Ressalte-se a importância de se inibir no processo do trabalho o abuso do direito de defesa, já que o bem perseguido, via de regra, é de natureza alimentícia, fruto do trabalho humano, cuja característica do litígio tem de um lado o trabalhador, geralmente sem condições de se pautar em uma assistência jurídica satisfatória, e do outro o poder econômico que tem, no mais das vezes, condições de ter à sua disposição um eficiente assessoramento jurídico.

Mesmo com os procedimentos previstos na legislação processual trabalhista para amenizar essa desigualdade efetiva ante os princípios que norteiam o direito processual do trabalho, nada impede, por óbvio, que haja abuso do direito de defesa por parte dos litigantes. Na Justiça do Trabalho, a realidade retrata que é medida adotada por alguns entes patronais, que, na ausência de procedimentos inibitórios pelo Estado-Juiz, gera a absurda situação de se tornar mais vantajoso economicamente o abuso do direito de defesa e protelação do que o adimplemento imediato do débito trabalhista.

Verifica-se, contudo, que os juizes e tribunais, tanto trabalhistas como cíveis, ainda se mostram resistentes à efetivação da tutela antecipada baseada no abuso do direito de defesa ou no manifesto propósito protelatório do réu, mesmo quando evidenciadas de forma clara e límpida as hipóteses aqui descritas, em um nítido apego à idéias arraigadas

que têm como substrato a doutrina liberalista e conceitualista do passado, em face da lenta mudança na mentalidade do Judiciário em visualizar o anseio da sociedade por uma visão instrumentalista do processo.

BIBLIOGRAFIA

ADAMOVICH, Eduardo Henrique Von. **A tutela de urgência no processo do trabalho: uma visão histórico-comparativa – Idéias para o caso brasileiro.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ALMEIDA, Lúcio Rodrigues. **A reforma do Código de Processo Civil e reflexos no processo do trabalho.** Rio de Janeiro: Aide, 1995.

ALMEIDA, Cléber Lúcio. **Abuso do direito no processo do trabalho.** Belo Horizonte: Inédita, 2000.

ALVIM, J. E. Carreira. **Tutela antecipada na reforma processual (antecipação de tutela na ação de reparação do dano).** 2ª ed. Curitiba: Juruá, 1999.

_____. **Tutela antecipada – com as reformas das Leis LEIS 10.352/02, 10.358/02 E 10.444/02.** 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2004.

BERMUDES, Sérgio. **A reforma do Código de Processo Civil.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BORGES, Leonardo Dias. **Do processo de conhecimento à tutela antecipada no processo do trabalho.** Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

BUENO, Francisco da Silveira. **Grande dicionário etimológico-prosódico da língua portuguesa**. São Paulo, 1965, volume IV, pág.1916 .

BRITO, Fábila Lima de Brito. **Perfil sistemático da tutela antecipada**. Brasília: OAB Editora, 2004.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da Tutela Antecipada**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

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

_____. **Tutela antecipada no processo do trabalho**. Volume II. São Paulo: LTr, 1999,

_____. **Tutela antecipada de obrigação de fazer no processo do trabalho- a difícil caminhada em direção à modernidade e à efetividade**. Revista LTr, vol. 63, nº 8, agosto de 1999.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido R. Dinamarco. **Teoria Geral do Processo**. 15ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do Código de Processo Civil**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. **A instrumentalidade do processo**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DORIA, Rogéria Dotti. **A Tutela Antecipada em Relação à Parte Incontroversa da Demanda**. 2ª ed. Ver. e atual. de acordo com a Lei nº 10.444/2002. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BUENO, Francisco da Silveira. **Grande dicionário etimológico-prosódico da língua portuguesa**. São Paulo, 1965, volume IV.

DELFINO, Lúcio. **Breves reflexões sobre a fungibilidade das tutelas de urgência e seu alcance de incidência**. Revista de Processo, abril 2005, nº 122.

FREDIANI, Yone. **Tendências do Direito Material e Processual do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2000.

FUX, Luiz. **Tutela antecipada e locações: os fundamentos da antecipação da tutela e sua aplicação na relação locatícia**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Destaque, 1996.

LOBO, Luiz Felipe. **A antecipação dos efeitos da tutela de conhecimento no Direito Processual Civil e do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2000, p. 80-81.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Tutela antecipada**. 3ª ed., ver., São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999.

MALLET, Estevão. **Antecipação de tutela no processo do trabalho**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença.** 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **A antecipação da tutela.** 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

_____. MARINONI, Luiz Guilherme. **A tutela antecipatória fundada em abuso de direito de defesa.** Revista Genesis, maio 1997.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Tutela antecipada e tutela específica no processo do trabalho.** 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MENEZES, Cláudio Armando Couce de; BORGES, Leonardo Dias. **Tutela antecipada e ação monitória na Justiça do Trabalho.** São Paulo: Ltr, 1998.

MEZZOMO, Marcelo Colombelli. **Limitações à antecipação de tutela e liminares cautelares.** Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Artigo publicado no Mundo Jurídico em 22.06.2004, acessado em 10.04.2005.

MOURA, Marcelo. **A estabilização (efetivação) da tutela antecipada diante do pedido incontroverso no processo do trabalho – o projeto do IBDP e os avanços da Lei nº 11.232, de 22.12.2005.** Revista LTr. , vol. 70, nº 4, de abril de 2006.

NEGRÃO, Theotonio e GOUVÊA, José Roberto F. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor.** 36ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O processo civil brasileiro: no limiar do novo século**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal**. Revista do Processo, n. 66, ano 17, abril-jun., 1992.

VINCENZI, Brunela Vieira. **A boa-fé no processo civil**. São Paulo: Atlas, 2003.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil: emenda constitucional no. 45/2004 (reforma do Judiciário): Lei 10.444/2000; Lei 10358/2001 e Lei 10.352/2001**. 3ª. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Tutela antecipada, abuso do direito e propósito protelatório do réu**, in **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 2ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999.