

ASPECTOS DA TUTELA ANTECIPATÓRIA DE MÉRITO E DA AÇÃO MONITÓRIA NO PROCESSO TRABALHISTA BRASILEIRO

João Oreste Dalazen (*)

I. EFETIVIDADE DO PROCESSO

Dentre as profundas e numerosas inovações legais recentemente introduzidas no processo civil brasileiro, reputo estas duas as mais caras e significativas com vistas à aplicação subsidiária no processo trabalhista brasileiro.

Inequivocamente, a antecipação da tutela de mérito e a ação monitoria inscrevem-se entre os pontos de vanguarda da reforma que vem de ser implementada no CPC. Diria até que nenhuma das demais inovações legais encetadas no CPC é tão relevante e instigante quanto estas.

Como condição indispensável a um bom encaminhamento desses temas, convém realçar que na raiz da implantação da tutela antecipatória de mérito e da ação monitoria está a notória e generalizada preocupação atualmente de conferir-se efetividade ao processo, através de espécies de tutela jurisdicional diferenciada⁽¹⁾.

Com efeito. De uns tempos a esta parte, passou-se a acentuar o escopo **instrumental** do processo: o processo não é um fim em si mesmo, mas um instrumento estatal para operar a jurisdição de maneira a conferir **efetividade** aos direitos materiais violados, ou não realizados espontaneamente.

Chiovenda, em clássica lição, já preconizava que "o processo deve proporcionar a quem tem um direito, na medida do que for praticamente possível, tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter"⁽²⁾.

Sucede que essa busca de efetividade para processo esta naturalmente vinculada ao fator tempo. Tempo que, conforme o gênio de Carnelutti já detectara, pode ser comparado a "um inimigo contra o qual o Juiz luta sem descanso"⁽³⁾.

É evidente que o tempo, a lentidão, a demora excessiva na outorga da prestação jurisdicional conspira contra a efetividade do processo.

Daf por que, exatamente para conjurar o séquito de nefastas conseqüências das delongas do processo tradicional, o legislador trouxe à lume a tutela antecipa-

(*) Julz Togado do TRT da 9ª Reg. e Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

(1) Conforme acentua Ovídio A. Baptista da Silva, "a maior novidade científica, no campo do processo civil, passou a ser, justamente, a busca de formas especiais de tutela jurisdicional indicadas pelos processualistas como espécies de tutela diferenciada, que outra coisa não é senão a redescoberta tardia de que a todo direito corresponde, ou deve corresponder, uma ação (adequada) que efetivamente o assegure, proclamando-se, uma vez mais, a função eminentemente instrumental do processo". "Curso de Processo Civil". Porto Alegre: Fabris Editor V. I, 1987. pág. 98.

(2) CHIOVENDA, Giuseppe. "Dell'azione nascente dal contratto preliminare". Rivista di Diritto Commerciale, 1911, n 03, pág. 110.

(3) CARNELUTTI, Francesco. Trattato del Processo Civile. Diritto e Processo. Napoli: Morano Editore, 1958. n. 232, pág. 354.

tória de mérito e a ação monitoria, que, em linhas gerais, são técnicas jurisdicionais diferenciadas, através das quais o Estado acode e tutela mais prontamente o presumido titular de um direito subjetivo material.

II. APLICAÇÃO NO PROCESSO TRABALHISTA

Resta perquirir se podem ser transplantados para o domínio do processo trabalhista esses institutos que o legislador concebeu com os olhos fitos no processo civil.

Aqui cabe recordar que o Direito Processual do Trabalho, no Brasil, conquanto desfrute de relativa autonomia científica e conquanto haja exercido influência em muitos institutos do Direito Processual Civil, desafortunadamente, em nosso País, ainda é caudatário do processo civil, em muitos pontos, ou seja, deste guarda uma natural dependência.

Conforme se sabe, para suprir as imensas lacunas normativas do processo trabalhista, o art. 769, da CLT, permite a invocação supletiva de normas do "direito processual comum" ao processo laboral. Essa transposição de normas do DPC para o DPT pressupõe: a) omissão ou lacuna de norma específica do processo trabalhista ("casos omissos"); b) "compatibilidade", isto é, que não ofenda os princípios próprios do direito processual trabalho. Não basta, portanto, a lacuna.

Entendo que a tutela antecipatória de mérito e a ação monitoria são institutos amplamente recepcionados e bem vindos ao processo trabalhista, seja ante a lacuna da legislação processual específica, seja porque se amoldam à perfeição aos seus fins e princípios (CLT, art. 769).

De fato. Ninguém ignora que hoje a tão decantada e necessária celeridade do processo trabalhista, em nosso País, transformou-se em ideal distante e quase inatingível.

O que é de lastimar-se, sobretudo, pois, como lembrou Cappelletti, "a demora excessiva é fonte de injustiça social porque o grau de resistência do pobre é menor do que o grau de resistência do rico; este último, e não o primeiro, pode sem dano grave esperar uma justiça lenta"⁽⁴⁾.

Óbvio que se há processo em que a morosidade é absolutamente intolerável tal se dá no trabalhista. Nenhum outro convive tão de perto com a pobreza, quando não com a miséria. Logo, retardar a prestação jurisdicional no processo trabalhista pode significar o comprometimento da fonte única de subsistência de uma pessoa e sua família. É denegação de Justiça qualificada!

Desafortunadamente, porém, o quadro que se delinea hoje do funcionamento da Justiça do Trabalho, no Brasil, não é nada ilsonjeiro. O diagnóstico unísono presentemente é de que há insuportável lentidão na atuação da Justiça do Trabalho, advinda de diversos fatores, dentre os quais sobressaem:

- a) recursos em profusão e em demasia;
- b) uma cultura social arraigada de submeter todos os conflitos trabalhistas exclusivamente a solução jurisdicional do Estado;
- c) a desfiguração, por variados motivos, do princípio da oralidade no processo trabalhista, concebido com o corolário da concentração dos atos processuais em audiência uma, atualmente cindida em múltiplas;

(4) CAPPELLETTI, Mauro. El proceso como fenómeno social de masa. In: *Proceso, Ideologias, sociedade*. Buenos Aires: EJEA, 1974. págs. 133-134.

d) some-se a isto tudo o ingresso anual de milhões de novas causas — cerca de 1.700.000 novas ações apenas no ano de 1994 — e a inexistência de qualquer órgão extrajudicial de conciliação.

Eis por que um processo e um ramo do Poder Judiciário criados para outorgar justiça distributiva com agilidade e presteza têm hoje como tônica, paradoxalmente, uma dramática lentidão para dar atendimento a direitos de natureza alimentar, deixando o economicamente hipossuficiente à mercê de "acordos" vis, ou irrísórios, muitas vezes.

Neste contexto, parece-me resultar limpidamente claro que a tutela antecipatória de mérito e a ação monitória, sem que se constituam tábua de salvação, ou panacéia, podem, sim, se manejadas com sabedoria e sensatez pelos Juizes do Trabalho, mitigar as agruras das delongas de muitos processos trabalhistas e contribuir para a efetividade de muitos direitos trabalhistas que jazem sem aplicação.

Tecidas essas considerações introdutórias, cabe-me proceder à abordagem dos temas: cuidarei de examinar primeiro, a ação monitória; depois, analisarei a tutela antecipatória de mérito em geral, regulada pelo art. 273 e §§ e, por derradeiro, a tutela antecipatória de obrigação de fazer, ou de não-fazer, regida por algumas normas específicas do novo art. 461 e §§ do CPC.

III. AÇÃO MONITÓRIA

1. Noção. Características

A ação monitória vem de ser introduzida no processo brasileiro pela recente Lei n. 9.079, de 14.7.95, vigente desde o último dia 15.9.95, que a disciplinou no art. 1.102-a (e segs.), do CPC, como modalidade de procedimento especial de jurisdição contenciosa.

Reza a lei que a ação em tela "compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel".

Trata-se, como se percebe, de remédio processual destinado à pronta tutela do credor amparado em prova escrita de dívida, desprovida de executividade, pelo qual se possibilita a formação do título executivo sem a prova exauriente de um prévio processo de cognição regular.

Segundo a nova lei brasileira, o titular do crédito despojado de executoriedade, contanto que instrua a petição inicial com o documento em que se origina o crédito, pode obter do Juiz, "de plano a expedição de mandado de pagamento ou de entrega da coisa, no prazo de quinze dias". Caso o devedor, citado, não oponha embargos, ou sejam rejeitados os embargos virtualmente opostos, constitui-se de pleno direito o título executivo em favor do credor.

Como se percebe, a filosofia que norteia o procedimento monitório é singular: enseja-se a construção muito mais célere e abreviada de um título executivo, sem as delongas de um processo de conhecimento comum.

Claro está que para tanto se atribui uma posição de preeminência ao suposto credor que comparece a Juízo, acompanhado de prova literal do crédito, fazendo pesar sobre os ombros do suposto devedor o ônus de refluir da postura de inércia ou de retração cômoda em que se acha.

Para a perfeita compreensão do procedimento monitório, sobreleva lembrar que é pressuposto de qualquer execução a existência de um título executivo (CPC,

art. 583; CLT, art. 876). Até recentemente, o interessado só conquistava o título executivo, no processo trabalhista, necessariamente mediante prévio processo de conhecimento.

Doravante o procedimento monitorio constitui um vigoroso atalho de que pode louvar-se o credor interessado na formação mais expedita do título executivo, sem o retardamento e as despesas inevitáveis do processo de conhecimento precedente.

Os traços característicos do procedimento monitorio propriamente dito são fundamentalmente dois: a) cognição apenas formal e incompleta ao expedir-se a ordem para adimplemento da prestação; b) determinação **inaudita altera parte** dirigida ao suposto devedor, o que importa postergação (não supressão!) do contraditório (inicialmente inexistente).

2. Classificação. Direito Comparado

O procedimento monitorio é instituto antiquíssimo, que deita raízes no direito medieval⁽⁵⁾. Na atualidade, sabe-se que o procedimento monitorio, também denominado procedimento injuntivo⁽⁶⁾ — existe, entre outros países, na Itália, na Alemanha e na França⁽⁷⁾.

A partir do advento de clássica monografia de Calamandrei sobre o tema (1926), a doutrina classifica no direito comparado duas espécies de procedimento monitorio: o puro, no qual o mandamento judicial de pagamento não pressupõe obrigatoriamente a produção de prova escrita do débito (sistema alemão); e o documental, que só pode estribar-se em prova escrita, de plano, de um crédito (sistema italiano).

O direito brasileiro, como visto, consagrou o procedimento monitorio de tipo documental, nitidamente inspirado no processo civil italiano⁽⁸⁾, eis que pressupõe prova escrita da dívida para expedição do mandado de pagamento.

3. Natureza jurídica

A doutrina moderna não divisa no procedimento monitorio a natureza jurídica de um processo de execução, visto que o mandado liminar de pagamento, ou a ordem liminar de prestação emanada do Juiz apenas se destina a preparar uma virtual e futura execução, eis que se ressentida da ausência de título executivo. Ademais, a futura execução está ainda condicionada à inexistência de oposição vitoriosa do presumido devedor, no prazo legal. Somente se não houver impugnação ("embargos") do devedor, ou a impugnação resultar definitivamente rejeitada, forma-se o título e inicia-se a execução propriamente dita, como declara a lei brasileira, de modo expreso (art. 1.102-c, *caput* e § 3º).

Igualmente não vingou a tese de CARNELUTTI, para quem esse "engenho tipo de processo" constituiria um **tertium genus** entre o processo de conhecimento e o processo de execução⁽⁹⁾.

(5) CHIOVENDA, Giuseppe. "Instituições de Direito Processual Civil". São Paulo: Saraiva, V. I, 1942. pág. 361.

(6) "Injuntivo" porque ha uma "injunção" ou determinação inicial ao suposto devedor.

(7) Arts. 633 a 656, do CPC italiano; 688 a 703-d do ZPO alemão; arts. 1405 a 1425, do NCPD francês.

(8) Ao menos quanto aos casos de cabimento, visto que o art. 633 do CPC italiano igualmente admite o "procedimento de injunção" em favor do credor por soma em dinheiro, ou determinada quantidade de coisa fungível ou com direito a obter determinada coisa móvel, desde que se faça valer o direito através de "prova escrita".

(9) CARNELUTTI, Francesco. Instituciones del Proceso Civil. Buenos Aires: EJEA, 1956. V. I, págs. 83/84.

Na doutrina italiana, desfruta de maior prestígio a opinião de Chiovenda, para quem o procedimento monitorio é um "acertamento" com "função preeminentemente executiva"⁽¹⁰⁾. Com isso, não se entende que o procedimento injuntivo seja o início de um processo executivo, mas, pelo contrário, um processo de cognição em que a função de formação do título sobrepõe à função de mero "acertamento" (até pela sumariedade e superficialidade da cognição).

Nessa esteira, a doutrina moderna tende a perfilhar a opinião segundo a qual o procedimento monitorio tem natureza jurídica de processo de conhecimento, o que me parece de rigor porque, em essência, objetiva apenas construir um título executivo contra o apontado devedor, no qual se possa alicerçar ulterior execução.

Em suma o procedimento monitorio, como tal, inscreve-se no gênero processo de conhecimento, mas pode e tende a converter-se em processo de execução.

4. Incidência no processo trabalhista

É manifesta a compatibilidade da ação monitoria com o processo trabalhista (CLT, art. 769), onde, inclusive, pode encontrar terreno fértil para vicejar.

Basta ter presente que o processo trabalhista não se compadece, em princípio, com a execução de título extrajudicial, pois não há silêncio da legislação trabalhista sob tal aspecto. Declara, com efeito, o art. 876, da CLT, que as "decisões" e os "acordos não cumpridos" serão objeto de execução no processo trabalhista⁽¹¹⁾.

De sorte que, como regra, o título executivo judicial é o único apto a ensejar execução no processo trabalhista.

Sucede que, apesar disso, não raro o empregado dispõe de um título de crédito oriundo de débito trabalhista que, em tese, do ponto-de-vista formal, inclusive é idôneo a aparelhar execução de título extrajudicial no processo civil (não fora a incompetência material da Justiça comum). Ninguém ignora, por exemplo, que frequentemente o empregado recebe nota promissória ou cheque emitido pelo empregador para quitação de dívida trabalhista.

Segundo a sistemática processual da CLT, seguida invariavelmente até aqui, caso o empregador não resgate a dívida expressa em tais títulos de crédito, somente resta ao empregado, como mecanismo de cobrança, uma longa e morosa "reclamação trabalhista" (*rectius*: processo de conhecimento) rumo à obtenção de um título executivo. Nesse processo de cognição, os referidos títulos constituirão mero começo de prova do alegado crédito.

Pois doravante, com a introdução do procedimento injuntivo também no processo trabalhista, proporciona-se ao credor um meio de tutela jurisdicional muito mais solícito e expedito para se alcançar a satisfação do seu direito de crédito.

Tanto basta para evidenciar que avultam a importância e a compatibilidade do procedimento monitorio no processo trabalhista.

Convém gizar que no direito italiano é pacífica a aplicação do procedimento injuntivo em matéria de controvérsia de trabalho, como revela Tarzia⁽¹²⁾.

(10) CHIOVENDA, Giuseppe. "Instituições de Direito Processual Civil". São Paulo: Saraiva, V. I, 1942. pág. 363.

(11) Penso que a única cunha que se pode fincar nesse sistema fechado de execução somente de título judicial no processo trabalhista brasileiro é para a conciliação promovida pelo Ministério Público do Trabalho, em inquérito civil preparatório de ação civil pública (art. 83, inc. III, da Lei Complementar n. 75/93, c/c art. 5º, § 6º, da Lei n. 7.347/85 e art. 585, II, do CPC, com a redação da Lei 8.953/94).

(12) TARZIA, Giuseppe. "Manuale del processo del lavoro". Milano: Giuffrè, 3ª ed., 1987. pág. 253.

5. Condições específicas de admissibilidade no processo trabalhista

No direito brasileiro, além das condições da ação e pressupostos processuais comuns, o exercício da ação monitória exige o concurso de requisitos especiais. Vale dizer: a admissibilidade da ação monitória e, portanto, da decisão liminar injuntiva, esta subordinada ao atendimento de condições especiais, ou específicas, a saber: 1ª) prova escrita de crédito; 2ª) crédito por prestação pecuniária, ou por coisa fungível, ou por coisa móvel determinada; 3ª) prestação líquida e exigível; 4ª) crédito por prestação "trabalhista".

A ausência de qualquer de tais condições específicas leva inexoravelmente à rejeição liminar da demanda (CPC, art. 267, inc. VI).

5.1 Prova escrita de crédito

O credor que não dispõe de prova escrita do crédito de que se julga titular é carecedor da ação monitória, à luz do art. 1102-a, do CPC.

A lei brasileira, na esteira da italiana, exige "prova escrita" como requisito essencial do procedimento monitório. Decerto na firme convicção, ditada pela experiência, de que se achando estampado em documento escrito há uma larga margem de probabilidade de existência do crédito.

Entretanto, a lei brasileira não especifica os documentos que reputa idôneos para tanto, ao revés do que o faz o legislador italiano⁽¹³⁾.

Cabe à doutrina e à jurisprudência, pois, a tarefa de precisar o conceito de "prova escrita".

Ensina Satta que, a rigor, inexistindo lugar, à produção de prova no procedimento monitório, essa locução "indica o documento do qual o crédito resulta"⁽¹⁴⁾.

A lição não me parece inteiramente exata, pois o conceito de prova escrita não coincide necessariamente com o de prova documental. O vocábulo "documento" tem abrangência notoriamente mais ampla que simples "prova escrita".

"Documento", em sentido amplo, na lição de Carnelutti, é uma coisa representativa, ou capaz de representar um fato⁽¹⁵⁾. Encarado sob tal amplitude, o conceito de documento abrange o de monumento.

"Documento", em sentido estrito, consiste na representação gráfica de uma coisa, seja mediante o uso da escrita, seja mediante outros meios, como mapas, fotografias, plantas, etc.

Para efeito de embasar ação monitória, no entanto, optou o legislador por um conceito ainda mais estrito e limitado de documento: considera-se tal o que contiver representação literal, ou escrita de um débito. Tanto faz que seja prova literal pré-constituída do débito, ou que seja prova literal casual desse débito, como cartas, telegramas, memorandos, anotações de um diário, etc.

É controversa no direito italiano a necessidade de o documento emanar, ou não do suposto devedor. Sustenta Satta, por exemplo, que o documento para ser idôneo há de provir do devedor⁽¹⁶⁾. Mas há jurisprudência das Cortes italianas entendendo, pelo contrário, que a prova escrita pode constituir-se de qualquer documento, quer emanado do devedor, quer de terceiro⁽¹⁷⁾.

(13) O CPC italiano, art. 634, enumera, entre outros, promessas unilaterais de pagamento ou de reconhecimento de débito, por instrumento particular, telegramas, extratos autênticos de escrituras contábeis, etc.

(14) SATTÀ, Salvatore. "Diritto Processuale Civile". Padova: 1987, 10ª ed., pág. 763.

(15) CARNELUTTI, Francesco. "La Prueba Civil". Buenos Aires: Depalma, 2ª ed., 1982. pág. 156.

(16) SATTÀ, Salvatore. Op. cit., pág. 763.

(17) Cf. "Commentario breve al Codice di Procedura Civile". Federico CARPI e outros. Padova: 1984. pág. 634.

No que tange ao direito brasileiro, é de recordar-se que o art. 402, I, do CPC, aludindo ao "começo de prova por escrito", reputa tal "o documento emanado da parte contra quem se pretende utilizar o documento como prova". Por conseguinte, afigura-se-me inequívoco que o documento não pode provir de terceiro.

Isto não significa, porém, que seja indispensável a subscrição do documento pelo devedor, ou quem o representa. Como anota Moniz de Aragão, "não é necessário que o documento esteja *subscrito* se se tratar *daqueles* que usualmente não são assinados pelo autor"⁽¹⁸⁾, como uma escritura pública, ou um documento público qualquer.

De sorte que se entende por "prova escrita", apta a viabilizar o procedimento monitório, o documento emanado do hipotético devedor, ou de preposto dele, em que se contemple a representação literal, ou escrita de um débito.

Objetivamente, considero prova escrita idônea a dar suporte à ação monitória no processo trabalhista seja o título reputado executivo extrajudicial perante o CPC (*para o processo do trabalho, prova documental escrita de dívida sem eficácia executiva*), seja qualquer outro documento escrito proveniente do suposto devedor, despojado de executividade, desde que retrate crédito de natureza trabalhista (*como tal, o advindo de um contrato de trabalho*) em favor de empregado, ou de empregador.

Em caráter exemplificativo e não exaustivo eis algumas hipóteses concebíveis:

- a) crédito trabalhista referido a nota promissória, ou a cheque (CPC, art. 585, I);
- b) documento particular emanado do devedor, em que confesse a dívida: cartas, telegramas, memorandos, anotações de um diário ou qualquer outro documento particular e literal em que se reconheça o débito;
- c) instrumento de transação subscrito pelos advogados de empregado e de empregador transatores, não homologado pelo Juiz (CPC, 585, II);
- d) cartas, correspondências, memorandos, anotações de um diário ou qualquer outro documento particular e literal em que se reconheça o débito;
- e) documento público, como ata de audiência ou escritura pública, em que o devedor confesse o débito.

5.2 Crédito por prestação pecuniária, por coisa fungível, ou por coisa móvel determinada

É insuficiente a "prova escrita" de dívida para autorizar o manejo da ação monitória. Nem toda prestação merece a tutela do procedimento monitório, ainda que *conste de documento escrito*. Assim, *prestação de fazer, ou de não-fazer, bem como prestação de entrega de imóvel, não ensejam o procedimento injuntivo*.

Na sistemática da lei brasileira (idêntica à do direito italiano, neste passo), a prestação objeto de dívida declarada por escrito e suscetível de monitoria há de ser ou uma quantia certa em dinheiro, ou a entrega de coisa fungível, ou a entrega de determinado bem móvel.

A obrigação de pagar certa soma em dinheiro pode provir de simples confissão documental de dívida: por exemplo, através de instrumento particular subscrito apenas pelo empregador. Fácil antever que seguramente será o caso mais frequente de ação monitoria no processo trabalhista.

(18) ARAGÃO, Moniz. Exegese do Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: AIDE, 1984, Vol. IV, T. II. pág. 31:32.

No que tange à coisa fungível, entende-se por tal o bem suscetível de substituição por outro da mesma espécie, qualidade e quantidade (Código Civil, art. 50). Obrigação desse jaez é rara no processo do trabalho. Mas pode ocorrer: suponha-se que o empregador rural comprometa-se, por escrito, a gratificar o empregado com uma saca de café, ou uma cabeça de gado qualquer, a cada seis meses.

Já a obrigação de entrega de bem móvel é mais comum no processo trabalhista. É corriqueiro o empregado obrigar-se contratualmente a restituir ao empregador, por ocasião da rescisão, veículo, ferramentas e utensílios que recebera para o serviço. Situação inversa também pode ocorrer: já tive ensejo também de defrontar-me em processo com cláusula contratual pela qual empresa jornalística empregadora comprometia-se a devolver ao empregado, repórter fotográfico de renome, quando da ruptura do vínculo, os negativos das fotografias referentes aos eventos esportivos a que dera cobertura.

Descumprida a obrigação de entrega de coisa fungível, ou de entrega de bem móvel, pode ser intentada pelo interessado ação monitória a fim de obter título executivo visando à ulterior execução para entrega de coisa certa.

Releva notar que, em se cuidando da entrega de bem móvel, o procedimento monitório pode substituir, com vantagens em economia e celeridade processuais, virtual ação de reintegração de posse que se queira intentar, de resto remédio jurídico em si mesmo controvertido no processo trabalhista.

5.3 Prestação líquida e exigível

Conquanto não o diga expressamente a lei e embora não se cuide de processo executivo, é inquestionável que o procedimento monitório reclama prestação líquida e exigível?

A liquidez significa que o documento por escrito em que se consubstancia a dívida necessariamente precisa trazer em si mesmo a quantificação do que se deve. O procedimento monitório, marcado por cognição sumária e escopo de celeridade na formação de um título executivo, evidentemente não se compadece com quaisquer das formas tradicionais de liquidação "de sentença". Não faria mesmo sentido permitir-se qualquer modalidade de liquidação, prévia ou incidental ao procedimento monitório, quando se sabe que virtualmente o título executivo pode, inclusive, nem se formar, do que resultariam apenas gastos desnecessários e perda de tempo. Logo, se o crédito revelar-se ilíquido, não tem cabimento a ação monitória⁽¹⁹⁾.

Outro atributo inafastável da prova escrita para o procedimento monitório é a exigibilidade do crédito, considerando-se tal o não sujeito a termo ou condição. Em uma palavra: indispensável que o escrito estampe débito vencido.

Como frisa Chiovenda, não se admite injunção "por créditos ainda por vencer"⁽²⁰⁾. Em que pese inexistir disposição expressa na lei brasileira, tal requisito decorre: a) de um lado, implicitamente da expedição liminar de mandado de pagamento ou de entrega, cujo atendimento é inconcebível sem o vencimento da obrigação ou o implemento da condição; b) de outro, da virtual circunstância de o procedimento monitório convolar-se em execução, o que pressupõe necessariamente título exigível, além de líquido (CPC, art. 586).

(19) Na Itália, o art. 633 do CPC é expresso quanto à exigência de liquidez.

(20) CHIOVENDA, G. Ob. cit., pág. 370.

5.4 Crédito por prestação “trabalhista”

No processo trabalhista, para o manejo da ação **monitória** faz-se necessário ainda que o crédito seja por prestação oriunda de uma relação jurídica de emprego, ou, em sentido lato, relação de trabalho tutelada pelo Direito do Trabalho, ou pelo Direito Processual do Trabalho (pequena empreitada, por exemplo).

6. Competência da Justiça do Trabalho

Dentre os pressupostos processuais exigíveis para a instauração do procedimento monitório no processo trabalhista, sobreleva a competência da Justiça do Trabalho, sob os prismas material e funcional.

Sabe-se que a lei reserva uma fase do procedimento monitório para o suposto devedor opor “embargos” e, pois, para discutir a existência da dívida (CPC, art. 1102-c). Essa forma de defesa do devedor implica necessariamente uma incursão do Juízo, mediante cognição e contraditório plenos, sobre o conteúdo obrigacional da relação jurídica em que sobreveio a prova escrita. Logo, a ação monitória inscreve-se na competência material da Justiça do Trabalho sempre que lhe toque igualmente competência para o dissídio individual em via ordinária.

Mais precisamente, por força do art. 114, da CF/88, 13 e 23 partes, a competência material da Justiça do Trabalho para a ação monitória impõe, de modo indefectível, que a dívida objeto da prova escrita provenha alternativamente de uma das seguintes relações jurídicas:

a) diretamente de um contrato de emprego, emanando o documento escrito, ou do empregado em favor do empregador, ou, mais comumente, do empregador em favor de empregado, por débito de natureza trabalhista, havendo-se por tal o que resulta de cláusula expressa, ou tácita do dito contrato; ilação extraída da primeira parte do art. 114, da CF/88;

b) diretamente de uma relação de trabalho, **lato sensu**, sempre que a lei atribuir competência à Justiça do Trabalho para equacionar os litígios dela derivantes (p. ex., pequena empreitada, avulsos, etc.); incidência do art. 114, 2ª parte, da CF/88.

Por conseguinte, penso que se encarta na competência material da Justiça do Trabalho o procedimento monitório para a cobrança de honorários profissionais de mediador ou árbitro junto a empresa ou entidades sindicais, estipulados por escrito, em virtude de trabalho de mediação ou arbitragem em conflito coletivo⁽²¹⁾.

Dita tal competência, em meu entender, a origem da monitória: acordo ou convenção coletiva de trabalho para o qual concorreu o profissional. É inteligência da Lei n. 8.984, de 8.2.95, que estatui: “Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios que tenham origem no cumprimento de convenções coletivas de trabalho ou acordos coletivos de trabalho, mesmo quando ocorram entre sindicatos ou entre sindicato de trabalhadores e empregador”.

Falecendo competência material à Justiça do Trabalho para o procedimento monitório, toca ao Juízo declinar em prol da Justiça comum, estadual ou federal, e não extinguir o processo, de plano (CPC, art. 113, 2Q).

(21) Como se sabe, a mediação e a arbitragem têm merecido estímulo do legislador brasileiro, de uns tempos a esta parte, como mecanismos de solução de conflitos coletivos de trabalho, seja com a implantação da política salarial de livre negociação coletiva (art. 10, MP 1.106, de 29.8.95), seja com a introdução da participação obrigatória do empregado nos lucros ou resultados do empreendimento (MP n. 1.104, de 25.8.95).

No que pertine à competência funcional da Justiça do Trabalho para o procedimento monitorio e, especialmente, para emitir a ordem liminar de prestação, há uma fundada dúvida: deve atuar a Junta de Conciliação e Julgamento, ou apenas o Juízo monocrático, como se dá na execução trabalhista (CLT, art. 649, § 2º)?

Entendo que o procedimento monitorio propriamente dito é causa da competência funcional da Junta de Conciliação e Julgamento (excepcionalmente, Juiz de Direito: CLT, art. 668; CF/88, art. 112), e não isoladamente do Juiz-Presidente ou de Juiz do Trabalho auxiliar ou substituto que atue nesse órgão judicante. Prende-se essa diretriz: a) primeiro, ao fato de que o procedimento monitorio ostenta, como visto, natureza jurídica de processo de cognição e, se assim e, segue-se a regra geral de competência funcional da JCJ e não a exceção, até porque esta se interpreta restritivamente; b) segundo, porque pode sobrevir, através de embargos monitorios, controvérsia sobre a relação obrigacional trabalhista que deu nascimento ao documento escrito da dívida, hipótese em que necessariamente somente é dado ao Colegiado funcionar.

Em suma, a ação monitoria é da competência funcional do órgão que seria competente para dirimir o dissídio em sede ordinária: JCJ⁽²²⁾.

Nesta perspectiva, se e enquanto não formado o título executivo a que se ambiciona, é da JCJ a competência funcional para quaisquer pronunciamentos decisórios, mormente o deferimento do mandado de pagamento ou de entrega da coisa e o ocasional julgamento de embargos monitorios opostos pelo devedor (CPC, art. 1.102c).

Uma vez transitada em julgado a decisão liminar emitindo ordem de prestação seja porque não opostos embargos "monitorios" no prazo de quinze dias, seja porque definitivamente julgados improcedentes, então, sim, formado o título executivo (CPC, art. 1.102c), a execução inicia-se e prossegue exclusivamente perante o Juiz do Trabalho, Presidente ou Substituto, à testa do órgão.

7. Procedimento

O procedimento monitorio desenvolve-se, ou pode desenvolver-se (dependendo da posição assumida pelo devedor) em duas fases com traços muito nítidos:

a) a primeira, que se poderia denominar injuntiva, correspondente ao procedimento monitorio (especial, portanto) propriamente dito, desenrola-se da petição inicial à decisão liminar postulada; caracteriza-se pela ausência de contraditório e cognição perfunctória;

b) a segunda fase, eventual, que se pode cognominar ordinária, sobrevém se e quando o devedor opõe embargos monitorios para discutir a ordem de prestação que lhe foi dirigida por mandado judicial; caracteriza-se pelo contraditório pleno e cognição completa, ou exauriente, seguindo o rito comum ordinário.

7.1 Fase injuntiva

Começa necessariamente por provocação do credor trabalhista interessado, mediante petição inicial (CPC, art. 1.102-b). Está claro que não se cogitando de processo executivo (CLT, art. 878), não há lugar para o Juiz ou o Juízo tomar a iniciativa do procedimento monitorio, instaurando-o de ofício: segue-se aqui a regra geral de que a jurisdição é inerte (CPC, arts. 2º e 262).

(22) O processo civil italiano consagra essa orientação em norma expressa (CPC, art. 637).

Adaptando-se ao sistema do processo trabalhista, a petição inicial deve satisfazer os requisitos formais do art. 840, da CLT, além do valor da causa (Lei n. 5.584/70, art. 2º). O pedido específico na ação monitoria não é de condenação, mas de simples expedição de um mandado de pagamento ou de entrega de coisa, dirigido ao devedor.

Indispensável que se faça acompanhar desde logo a petição inicial do documento escrito que enseja o procedimento monitorio. Caso não seja instruída com a prova literal da dívida, é de ser concedido pelo Juiz um prazo ao Autor a fim de que o carele aos autos, sob pena de indeferimento da petição inicial. Por isso que, unicamente colimando sanar possível irregularidade formal da petição inicial, parece-me indeclinável submetê-la de pronto a despacho inicial do Juiz-Presidente da JCJ antes de incluí-la em pauta.

Se formalmente apta a petição inicial, cumpre ao Juiz do Trabalho da JCJ competente apenas ordenar que se inclua o processo em pauta de julgamento para que o Colegiado aprecie o pedido de injunção.

A deliberação da JCJ consistirá fundamentalmente em averiguar a presença dos pressupostos processuais e condições da ação comuns, bem assim, e sobretudo, a presença das condições específicas da ação monitoria: 1ª) prova escrita de crédito; 2ª) crédito por prestação pecuniária, ou por coisa fungível, ou por coisa móvel determinada; 3ª) crédito de prestação líquida e exigível.

A atividade cognitiva nesta etapa do procedimento é naturalmente sumária e superficial: em essência, trata-se de o Juízo aquilatar se o documento exibido com a inicial é idôneo, ou não, para a expedição da pretendida ordem de prestação.

Evidentemente, à JCJ abrem-se duas alternativas diante da postulação monitoria: a) rejeição liminar da demanda; b) acolhimento liminar do pedido de mandado.

7.1.1 Decisão de rejeição liminar da demanda

A JCJ pode pronunciar a rejeição liminar da demanda ou fundada em motivo eminentemente processual, ou até por razões de mérito.

Compreendem-se no primeiro caso as hipóteses de ausência de pressupostos processuais e de condições da ação, gerais e específicas (supra, item 5), o que provoca uma sentença tipicamente terminativa (CPC, art. 267, IV e VI).

Por motivo de mérito, pode dar-se a rejeição da demanda quando, ao ver do Juízo, a prova escrita exibida não se mostre convincente e conclusiva de que o autor é o titular do crédito alegado, ou ainda se persuada de que há fato impeditivo (destruição, perda ou extravio da coisa móvel "determinada", p. ex.) ou extintivo (pagamento, p. ex.) de tal direito creditício, suscetível de proclamar-se de ofício. Evidentemente, a prescrição da ação em matéria patrimonial não pode ser decretada de ofício, mesmo que o Juízo esteja convicto de que se consumou (CPC, art. 219, § 5º).

No direito italiano, em virtude de norma expressa do CPC (art. 640), a decisão de rejeição liminar da demanda monitoria, ainda quando incursione no mérito, jamais implica julgamento de improcedência definitiva do pedido.

A meu juízo, impõe-se a mesma solução no direito brasileiro, não obstante o silêncio da lei. A um, precisamente porque tomada tal decisão sob o signo de cognição sumária, precária e superficial. A dois, porque semelhante decisão guarda manifesta analogia com a proferida no mandado de segurança e esta, como se sabe, não impede que o requerente, "por ação própria, pleiteie os seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais" (art. 15 da Lei n. 1.533/51).

Impende realçar que, em qualquer caso, no sistema brasileiro, a decisão de rejeição da demanda monitória tem natureza de sentença extingue, no nascedouro, o processo de cognição monitório e, como tal, no processo trabalhista, é passível de impugnação mediante recurso ordinário⁽²³⁾. Todavia, não produz coisa julgada material, não obstando, assim, a repositura da demanda, seja na via ordinária, seja mesmo em sede monitória.

7.1.2 Decisão liminar de acolhimento da demanda

A outra hipótese concebível, frente à postulação do suposto credor, é a de acolhimento liminar da demanda de procedimento injuntivo.

Para o acolhimento do pedido de mandado, é necessário, como dizia Amílcar de Castro analogicamente a propósito do título executivo, que a "simples leitura do escrito" deixe o Juízo "em condições de saber quem seja o (suposto) credor, quem seja o (suposto) devedor, qual seja o bem devido, e quando seja devido (...)"⁽²⁴⁾.

Mas advirta-se que para tanto, no procedimento monitório, não importa perquirir se existe realmente o suposto crédito invocado pelo suposto credor-autor: nesta fase, a JcJ pode contentar-se com a aparência de que o autor seja titular do crédito alegado. Tal se justifica porquanto há ulterior oportunidade a que se formule um juízo de mérito definitivo sobre a pretensão jurídica deduzida, embora dependente da iniciativa do devedor.

Inequivocamente, a Junta profere uma decisão ao acolher o pedido de mandado no procedimento monitório (os italianos preferem designá-la "decreto de injunção", precisamente porque contempla uma determinação judicial). Decisão liminar, cuja natureza jurídica é bastante discutível. Sem dúvida, é uma decisão *sui generis*, peculiaríssima. Não é decisão interlocutória porque não se cinge a equacionar questão incidente, no curso do processo (CPC, art. 162, 2). Com efeito, ainda que mediante um juízo precário e provisório, contém implícito reconhecimento a um presumido crédito e, assim, apresenta conteúdo assemelhado a verdadeira sentença de mérito. Tanto não é mera decisão interlocutória que, virtualmente, num passe de mágica jurídica, pode equiparar-se a uma verdadeira sentença definitiva, de mérito, na ausência de "embargos monitórios", inclusive com o atributo da coisa julgada material.

Entretanto, a decisão que defere o mandado de pagamento igual e paradoxalmente pode não exibir a natureza de uma sentença. Suficiente ponderar que não põe fim ao procedimento de primeiro grau (CPC, art. 162, § 1º), bastando a oposição de "embargos monitórios" para se fazer necessário um outro pronunciamento decisório, sentença propriamente dita, para dirimir a lide sobre o acenado crédito.

Percebe-se, pois, que a decisão injuntiva situa-se em zona cinzenta, ostentando natureza ambígua, ou bifronte: tem invólucro de interlocutória e conteúdo semelhante ao de sentença de mérito.

Seja como for, a decisão liminar injuntiva, acolhendo o pedido na ação monitória, não afirma categoricamente a existência de crédito (inexistem ainda nos autos elementos de convicção para tanto), tampouco inflige condenação ao demandado.

Julgando presentes as condições específicas da ação, mediante decisão motivada (CF/88, art. 93, IX), à luz dos arts. 1.102-b e 1.102-c), o Juízo deve cingir-se

(23) No direito italiano, porém, pacífico que descabe recurso do "decreto" que rejeita a demanda.

(24) CASTRO, Amílcar. "Comentários ao Código de Processo Civil". São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª ed., 1983. pág. 57.

a expedir “de plano” uma ordem de citação ao demandado para que, no prazo de quinze dias, pague certa soma em dinheiro, entregue a coisa fungível, ou determinado bem móvel, advertindo-o expressamente de que, em igual prazo, poderá opor “embargos monitórios”.

A apontada decisão injuntiva não desafia recurso algum, seja no processo trabalhista, seja no processo civil, precisamente porque comporta “embargos”, no prazo de 15 dias, para discussão do débito, com eficácia suspensiva do mandado.

7.1.3 Forma de citação do demandado

Não obstante no processo trabalhista de conhecimento prepondera largamente a via postal para os atos de comunicação processual, penso que no procedimento injuntivo é de seguir-se à risca o art. 1102-b, do CPC, expedindo-se mandado de citação para cumprimento por oficial de justiça.

Justifica-se a adoção dessa diretriz, de um lado, ante a desejável necessidade de maior segurança na comunicação, o que bem se compreende quando se atenta para a severa conseqüência que pode advir do silêncio do devedor, no prazo legal: formação do título executivo.

De outro lado, o cumprimento da diligência por meirinho justifica-se também porque, se formado o título, o mandado já terá valido como citação para o processo de execução e aludido mandado somente pode ser cumprido por oficial de justiça, no processo trabalhista (CLT, art. 721).

7.2 Fase ordinária eventual

Citado, o devedor demandado pode optar por uma das seguintes posições:

1ª) cumprimento da ordem de pagamento, ou de entrega da coisa, hipótese para a qual é estimulado pela lei, que lhe acena com a isenção de custas e honorários advocatícios (CPC, art. 1.102-c, § 1º);

2ª) silêncio, hipótese em que se constitui o título executivo, de pleno direito, encerrando-se o procedimento monitório e iniciando-se automaticamente, nos mesmos autos, o processo executivo (CPC, art. 1.102-c);

3ª) oferecer “embargos monitórios”, no prazo de quinze dias, para questionar o alegado débito.

Em meu entender, os “embargos”, a rigor, no direito brasileiro, põem termo ao procedimento monitório propriamente dito, eis que a lei determina a observância do “procedimento ordinário”, a partir de então (CPC, art. 1.102-c, § 2º)⁽²⁵⁾.

Pode-se asseverar, portanto, que os “embargos” ensejam o surgimento de outra e eventual fase do procedimento.

7.2.1 Embargos monitórios. Natureza. Efeito

Os vocábulos “embargo” (no singular) e “embargos” (no plural) têm acepção distinta. “Embargo” é impedimento, estorvo, obstáculo. Com tal significado, o CPC utiliza o vocábulo ao tratar da ação de nulidade de obra nova (arts. 936, I, 937 e 938). “Embargos” indicam as razões por que se busca obter um “embargo”⁽²⁶⁾.

(25) Contudo, registra JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI a opinião contrária de NICOLETTI e de GOLDSCHMIDT, para quem a resistência do devedor implicaria a continuação do procedimento monitório, em nova fase. Cf. “Apontamentos sobre o procedimento monitório”. Revista de Processo, n. 70, pág. 28.

(26) CALDAS AULETE. “Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa”. 3ª ed. Vol. II, 1974. pág. 1192.

Na técnica processual, o vocábulo "embargos" é polissêmico, pois alude a institutos de natureza diversa: ora indica uma ação (embargos de terceiro, embargos à execução), ora um recurso (embargos declaratórios, embargos infringentes, embargos de divergência, etc.), ora um meio de defesa.

Os "embargos monitorios" constituem típico meio de defesa, segundo a opinião dominante na doutrina italiana, pelo qual o suposto devedor opõe-se, formal e/ou materialmente, seja ao exercício da ação monitoria, seja à cobrança do crédito em si mesma. Não é à-toa que os italianos denominam "oposição" a tal meio de defesa⁽²⁷⁾.

Os "embargos monitorios" são o mecanismo de defesa pelo qual o apontado devedor pode resistir à ordem de pagamento ou de entrega de bem que lhe foi endereçada, questionando a legalidade e o mérito da decisão injuntiva, perante o próprio Juízo que a emitiu.

Parece insustentável atribuir-se natureza de ação aos "embargos monitorios", assemelhando-os aos embargos do devedor. Penso que entre ambos só há identidade de nome, nada mais. Os embargos do devedor têm natureza jurídica de ação porque visam a desconstituir um título executivo, ou coarctar-lhe virtual excesso de execução. Em síntese, têm causa de pedir e pedido próprios. Ora, nos embargos monitorios o suposto devedor sequer carece de formular pedido tecnicamente porquanto não tem contra si título executivo, ou sequer decisão condenatória: há apenas um mandado de pagamento, ou de entrega, cuja eficácia (diferida até o termo final do prazo para embargos) nem mesmo se manifesta ainda, precisamente porque condicionada à inexistência de embargos. Daí por que nos embargos monitorios o suposto devedor apenas refuta, de modo passivo, a alegação de que seria devedor, ou exerce controle sobre a legalidade formal da decisão liminar injuntiva.

Mais acertado se afigura, assim, divisar nos embargos monitorios um meio de defesa, através do qual o suposto devedor, mediante cognição plena e exauriente, sob o crivo do contraditório, impugna a pretensão do autor, batendo-se unicamente pela revogação da decisão liminar injuntiva.

A matéria de defesa em tais embargos é amplíssima e em nada se identifica com a situação dos embargos do devedor. Incidem supletivamente no processo trabalhista os arts. 300 e 301, do CPC.

Não se tratando de ação que instaura um novo processo de conhecimento, mas defesa que abre o procedimento injuntivo à cognição completa pela via ordinária, os embargos monitorios não provocam uma inversão do ônus da prova. Penso que persiste sendo do credor-autor da ação monitoria o ônus de provar a existência do crédito alegado (CLT, art. 818 e CPC, art. 333, I), enquanto ao demandado incumbe o ônus de provar os fatos modificativos, extintivos ou impeditivos de tal direito (CPC, art. 333, II).

Meio de defesa, os embargos monitorios, por isso mesmo, não exigem concessão de prazo ao autor-credor (cuja denominação também não se transmuda para "embargado", como não passa a ser "embargante" o devedor) para oferecer "resposta" ou "impugnação", salvo para se manifestar sobre eventuais documentos de que se façam acompanhar.

Opostos embargos monitorios, declara o art. 1.102-c do CPC que "suspenderão a eficácia do mandado inicial". O vocábulo "suspenderão" apresenta aí uma conotação equívoca, semelhante à do "efeito suspensivo" dos recursos faz supor que

(27) CPC Italiano, art. 645.

a eficácia do mandado, contanto que citado o devedor, já se faz sentir para logo e somente é tolhida mediante a oposição dos embargos. Mas não é bem assim. O mandado de pagamento, ou de entrega é ato jurídico submetido à condição suspensiva negativa precisamente de não serem oferecidos embargos, ou, se opostos, de serem rejeitados. Logo, a rigor, os embargos monitorios não “suspendem” a eficácia do mandado: apenas prolongam a ineficácia dele até sobrevir a declaração definitiva de improcedência dos embargos e, assim, a confirmação da decisão injuntiva, agora já como título executivo.

Embora a defesa no sistema processual trabalhista seja oferecida em audiência, entendo que os “embargos monitorios” devam ser apresentados diretamente em Secretaria, no prazo de quinze dias, como providência melhor sintonizada com a tônica de economia e celeridade processuais do procedimento monitorio.

Assim, decorrido *in albis* o prazo para “embargos”, cabe ao Diretor de Secretaria certificar nos autos, a fim de que se dê início, de pronto, à execução, visto que a decisão injuntiva inicial terá transitado em julgado e adquirido eficácia de título executivo.

Se opostos embargos monitorios, a inarredável adoção do procedimento ordinário importa, no processo trabalhista, a Inclusão do processo em pauta para uma das seguintes providências:

a) havendo fato controvertido, para instrução probatória, como em qualquer dissídio individual trabalhista, mediante interrogatório das partes, inquirição de testemunhas (até três de cada parte: CLT, art. 821) e produção de quaisquer outras provas lícitas, úteis e pertinentes;

b) não havendo, à vista da matéria suscitada nos embargos, fato controvertido a reclamar produção de prova oral em audiência, ou, existindo, após realizar-se a instrução probatória ampla e aprofundada, impõe-se incluir o processo em pauta para o julgamento pelo Colegiado (prosseque, como assinalado, o processo de conhecimento).

7.2.2 Julgamento dos embargos monitorios. Recurso

Por ocasião do julgamento dos embargos monitorios, a JCJ pode abraçar uma das seguintes soluções: a) acolhimento total; b) rejeição total; c) rejeição parcial.

Acolher integralmente os embargos monitorios do suposto devedor importa cassar ou revogar totalmente a decisão liminar injuntiva: retira-se definitivamente a (pretendida e malograda) eficácia do mandado de pagamento ou de entrega. Tudo volta ao *statu quo ante*.

A sentença que acolhe os embargos monitorios pode ser terminativa do procedimento monitorio (proclamando a ausência de pressupostos e condições da ação, inclusive específicos da monitoria), ou de mérito (proclamando a inexistência, ou a insubsistência do crédito, em virtude de fato impeditivo, ou extintivo). No primeiro caso, opera apenas coisa julgada formal, não obstante a que seja intentada novamente a demanda, em via ordinária, ou em via monitoria (CPC, art. 268). No segundo caso (sentença definitiva), inexorável que produz coisa julgada material e, assim, sepulta para sempre a discussão sobre o invocado direito.

Outra solução que a JCJ pode empalmar é a de rejeição total dos embargos monitorios do suposto devedor. Significa que o Juízo pode convencer-se de que a argumentação apresentada pelo devedor é infundada e, assim, proferir sentença de improcedência. A aludida sentença tem natureza declaratória, como toda sentença de improcedência.

Em decorrência, a sentença de improcedência dos embargos monitorios não é título dotado de executividade. Como bem observou Chiovenda, esta sentença "não tem força executória própria, mas transmite força executória" à decisão injuntiva⁽²⁸⁾. Desse modo, ao transitar em julgado dita sentença de improcedência, conquista eficácia executiva plena a decisão liminar injuntiva. Esta, e não aquela, alicerçará, como título executivo, a execução que se iniciará, então.

Entretanto, se os embargos forem parcialmente acolhidos (o que significa parcialmente rejeitados), parece-me que o mandado perde eficácia apenas parcial, de tal sorte que o decreto injuntivo, transitando em julgado, preserva a eficácia de título executivo apenas nos limites da quantia ou quantidade não reduzida.

Qualquer que seja, porém, o teor da sentença ao julgar os embargos monitorios, comporta ataque mediante recurso ordinário para o respectivo TRT.

Na pendência de julgamento do recurso e quando rejeitados os embargos poder-se-ia cogitar de execução provisória. Nesta situação, o direito italiano permite-a (arts. 642 e 648), em alguns casos, mediante caução. No direito brasileiro penso que não se pode abraçar tal orientação. Bem verdade que o recurso ordinário é dotado de efeito meramente devolutivo e, pois, teoricamente a eficácia da sentença declaratória de improcedência dos embargos pode fazer-se sentir para logo. Isso, todavia, não infunde eficácia executiva à decisão injuntiva, à falta de permissivo legal. Pelo contrário, e como já realçado, os embargos monitorios prolongam a ineficácia do mandado até surgir a declaração definitiva de improcedência deles e, assim, a confirmação da decisão injuntiva, agora já como título executivo. Reputo inviável, desse modo, execução provisória, mesmo quando julgados improcedentes os embargos monitorios, à falta de título executivo já formado.

8. Conclusão

Do quanto se expôs, parece autorizado concluir-se que o êxito do procedimento monitorio no processo brasileiro variará na razão direta do número de defesas ou de "embargos" apresentados pelo suposto devedor.

Conforme advertiu Chiovenda, para que "seja útil o instituto, faz-se mister contar-se com a raridade normal de pretensões infundadas e de oposições dilatórias, assim como esperar que seja exíguo o número das oposições em relação ao das ordens de pagamento expedidas. A não ser assim, suposta, de um lado, a liberdade de provocar ordens e, de outro, a liberdade de privá-las de valor com a simples oposição, o processo monitorio pode transformar-se em fácil instrumento de vexames ou em causa de inúteis complicações processuais"⁽²⁹⁾.

Ora, se o sucesso dessa engenhosa técnica jurisdicional está condicionado a um número diminuto de defesas, resta saber o que tem desencorajado "embargos" procrastinatórios do devedor, no Direito Comparado, ao ponto de ali o instituto exibir estatísticas tão animadoras que inspiraram o legislador brasileiro.

Ao que se depreende, a chave do sucesso está na aplicação, ou não, do princípio da sucumbência, orientação por que também se pautou o legislador brasileiro (art. 1.102-c, 1º, do CPC).

Realmente, é condição inarredável da eficácia do procedimento monitorio a presença de um estímulo a que o devedor não ofereça defesas protelatórias e infundadas. Esse estímulo está na isenção de custas e de honorários se cumprir o

(28) CHIOVENDA, Giuseppe. Ob. Cit., pág. 369.

(29) Idem. Ob. Cit., pág. 366.

mandado, ou na sujeição a tais despesas se resultar vencido. É evidente que se o devedor sabe, de antemão, que lhe poderá ser imposta condenação em custas e em honorários, caso teime em resistir ao adimplemento da obrigação, meditará duas vezes antes de opor "embargos" improcedentes.

Daí resulta que o sucesso, ou não, do procedimento monitorio no processo trabalhista, em meu entender, dependerá, em larga medida, da plena aplicação do princípio da sucumbência em tema de honorários advocatícios. A perseverar a orientação jurisprudencial atual, nesta área (Súmulas ns. 219 e 329, do eg. TST), nem carece o intérprete do dom da adivinhação para vaticinar o absoluto malogro no processo trabalhista de tão bem inspirado e engendrado instituto. Afinal, por que pagar de imediato se se pode "embargar" e protelar, a custo zero?

IV. TUTELA ANTECIPATIVA EM GERAL

1. Noção

A lei brasileira (CPC, art. 273) passou a permitir ao Juiz, mediante uma cognição sumária, e sob dadas condições, proferir uma decisão liminar ou interlocutória sobre a lide, não apenas acolhendo, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor, como também aparelhando execução provisória tendente a compelir o réu a satisfazê-lo incontinenti.

A tutela antecipativa de mérito introduzida pela Lei n. 8.952/94 não é, a rigor, novidade no direito positivo brasileiro. A lei já a propiciava em alguns casos isolados: no processo civil, recordem-se a liminar em ação de reintegração ou manutenção de posse⁽³⁰⁾, alimentos provisórios⁽³¹⁾ e a liminar em mandado de segurança⁽³²⁾; no processo trabalhista, a sustação liminar de ordem de transferência⁽³³⁾ e, por construção jurisprudencial, a determinação judicial liminar, em dissídio coletivo decorrente de greve em atividade essencial, de que uma parcela da categoria profissional retorne ao trabalho para dar atendimento às necessidades inadiáveis da comunidade.

A inovação, no particular, reside apenas no caráter de generalidade com que a tutela antecipativa incorporou-se ao nosso ordenamento jurídico.

2. Objeto da antecipação

A idéia subjacente ao novo art. 273 do CPC consiste em ensejar que o Juiz acolha, no todo ou em parte, sob dados pressupostos, precisamente a pretensão jurídica de direito material deduzida em juízo pelo autor. Isto é, profira uma decisão, no curso do processo, que propicie a realização ou o desfrute do próprio direito subjetivo material sustentado pelo autor.

Tanto importa afirmar que a tutela suscetível de antecipação é a consubstanciada no pedido formulado na petição inicial.

Sabe-se que a tutela de mérito definitiva, concebível em qualquer processo cível, exterioriza-se mediante um provimento jurisdicional ou declaratório, ou constitutivo, ou condenatório: se condenatório, o provimento jurisdicional pode ser condenatório a uma obrigação de dar, ou de entregar coisa, ou condenatório a uma obrigação de fazer, ou de não-fazer.

(30) CPC, art. 928.

(31) Lei n. 5.478/68, art. 4º.

(32) Lei n. 1.533/51, art. 7º, inc. II.

(33) CLT, art. 659, inc. IX.

Por conseguinte, à primeira vista, o conteúdo ou o objeto da tutela antecipativa, recaindo sobre a tutela definitiva de mérito postulada em Juízo, correlatamente também poderia exteriorizar-se mediante um provimento jurisdicional de igual natureza⁽³⁴⁾.

No processo trabalhista, contudo, a um primeiro exame, penso que o objeto não pode ter tal largueza, ao ponto de compreender tutela antecipada de conteúdo constitutivo, ou declaratório, eis que provimento desse jaez não ostenta qualquer eficácia prática. Neste sentido a lição de Ovídio Baptista da Silva⁽³⁵⁾, que endosso integralmente.

Imagine-se o caso mais típico e corriqueiro de provimento declaratório no processo trabalhista: ação declaratória da existência ou da inexistência de vínculo empregatício. De que vale ao autor apenas a obtenção de uma decisão declaratória provisória da presença de relação empregatícia?

Diga-se o mesmo em se cuidando provimento constitutivo: de que serve ao empregador autor do impropriamente denominado "inquérito para apuração de falta grave", típica ação constitutiva do processo trabalhista, obter tutela antecipada, mas provisória, de procedência do pedido? Está claro que uma autorização apenas precária para a resolução do contrato de emprego do estável não teria o menor significado prático.

Inquestionável, no entanto, que o objeto da tutela antecipativa, no processo trabalhista, pode exprimir-se através de um provimento condenatório, seja a uma obrigação de dar dinheiro, seja a uma obrigação de entregar coisa certa (por exemplo, CTPS, ou ferramentas e utensílios profissionais do empregado retidos pelo empregador), seja sobretudo condenação ao cumprimento de obrigação de fazer, ou de não-fazer (reintegração, readmissão, etc.).

Todavia, no tocante ao provimento condenatório a uma obrigação de dar dinheiro, avulta uma restrição importante à tutela antecipatória: não me parece viável em relação à Fazenda Pública porquanto Jungida ao mandamento constitucional do precatório (CF/88, art. 100).

3. Pressupostos

Conforme deflui do art. 273, do CPC, a outorga da tutela antecipativa de mérito em geral requer o concurso de pressupostos específicos. Não se trata, assim, de medida largamente franqueada ao simples poder discricionário ou ao mero prudente arbítrio do Juiz, mas de pronunciamento jurisdicional que há de pautar-se pela estrita observância das formalidades legais, sob pena de inquirar-se de nulidade pela infringência ao princípio constitucional multissecular do devido processo legal (CF/88, art. 5º, inc. LIV).

(34) Nesse sentido, vide DINAMARCO, citando DONALDO ARMELIN: "a antecipação autorizada no art. 273 pode exteriorizar-se em declaração, constituição, condenação, comandos judiciais e atos de satisfação ou de asseguramento". Ob. cit., pág. 142.

(35) SILVA, Ovídio A. Baptista da. "Curso de Processo Civil". Porto Alegre: Fabris Editor, V. III, 1993. pág. 1718. "As eficácias declaratória e constitutiva não podem ser outorgadas pelo juiz sob a forma de tutela provisória. De nada vale o julgador declarar, logo no início da ação, que o autor pelas provas liminarmente oferecidas tem (provisoriamente) direito ao que pretende obter com a ação; assim como seria um pronunciamento inútil o provimento liminar que anulasse ou rescindisse provisoriamente o contrato litigioso, até que a sentença final confirmasse o juízo liminar, ou, ao contrário, o considerasse válido e eficaz. Tanto a declaração judicial emitida sob a forma de julgamento provisório, quanto a (des) constituição, própria das sentenças constitutivas, somente ganham relevância processual quando, apoiadas nesse juízo de plausibilidade apenas do direito, seja possível extrair da declaração ou da constituição algum efeito sentencial prático e não exclusivamente normativo, que é o domínio do Processo de Conhecimento".

É necessário o concurso simultâneo de vários pressupostos legais para a concessão da tutela antecipativa:

Primeiro: “prova inequívoca da alegação, de maneira a convencer o Juiz da verossimilhança”.

Para Calmon de Passos “a antecipação pede a mesma prova inequívoca que pede a decisão definitiva”. **Data venia**, se a exigência é esta, não haverá antecipação de tutela...

Em meu entender, o que se requer é cognição ou instrução sumária que permita a formulação de um juízo de probabilidade acerca do fato alegado e da plausibilidade do direito subjetivo que nele se alicerça. Vale dizer: ainda que mediante prova precária e superficial, ainda que não exaustiva a prova, há de convencer-se o Juiz da probabilidade da existência do direito material afirmado; é o “**fumus boni juris**”.

“Prova inequívoca” é um meio termo entre a certeza e a dúvida (não é suficiente).

Segundo pressuposto, que deve somar-se ao primeiro, é alternativamente, ou o **periculum in mora**; ou “abuso do direito de defesa”, ou “manifesto propósito protelatório do réu”.

O **periculum in mora** (art. 273, I: risco de dano) vem assim expresso na lei: quando “haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”. Para se aquilatar se esta, ou não, presente esse requisito é preciso examinar objetivamente a situação do autor e perquirir se o autor corre risco de dano caso a tutela não seja antecipada.

Creio que no processo trabalhista há que se tomar em conta as necessidades de subsistência do reclamante e ponderar se ele pode ver-se privado do bem, ou direito de que provavelmente é titular.

Nas hipóteses alternativas de “abuso do direito de defesa”, ou “manifesto propósito protelatório do réu” (inc. II, do art. 273), tem-se em vista a litigância de má-fé (art. 17, do CPC), ou o comportamento desleal do demandado, constatado no curso do processo.

Terceiro: a tutela de mérito antecipada é condicionada à iniciativa da parte (art. 273, **caput**); no processo executivo trabalhista, porém, remanesce um traço de inquisitorialidade pelo qual o Juiz pode tomar a iniciativa da execução (CLT, art. 878); assim, se lhe é dado o mais promover de ofício a execução parece-me que também lhe é dado o menos: de ofício, antecipar a tutela satisfativa do crédito exequendo, no caso de resultar manifesto o propósito protelatório do executado.

Quarto: fundamentação da decisão, em obediência a mandamento elevado à dignidade constitucional, garantia do Estado de Direito; a rigor, desnecessária, não fosse para enfatizar a enorme precaução de que há de cercar-se o Juiz na concessão dessa medida excepcional.

Quinto: reversibilidade do provimento antecipativo de mérito (§ 2º, art. 273).

Ao contrário do que faz crer a literalidade da norma, a exigência legal é de que haja possibilidade de a ulterior sentença de mérito restabelecer (repor) a situação fática primitiva, anterior à tutela antecipativa.

Trata-se de extraordinária limitação à tutela antecipativa de mérito, cuja compatibilização com o processo trabalhista e mesmo com o processo civil, em muitos casos é extremamente difícil, considerando-se o caráter satisfativo que lhe é inerente e indissociável.

Entendo que, no âmbito do processo trabalhista, quando o provimento antecipativo recair sobre o cumprimento de obrigação patronal de fazer, ou de não-fazer, se daí derivar correlato cumprimento de prestação de natureza alimentar (como pagar salário), a concessão da tutela antecipativa não se condiciona à viabilidade de reversão da situação fática e jurídica ao **status quo ante** porquanto:

a) as obrigações de fazer, ou de não-fazer vinculam-se quase sempre, no Direito do Trabalho, direta ou indiretamente, à obrigação de prestar trabalho que, por natureza, é irreversível;

b) trabalho prestado gera salário, de natureza alimentar e, como assentado na jurisprudência cível, os alimentos são irrepetíveis.

Suponha-se, à guisa de ilustração, o caso de um empregado despedido sem justa causa, não obstante amparado por estabilidade, a quem se conceda tutela antecipativa de mérito consistente em reintegrá-lo de imediato no emprego. Imagine-se, porém, que, posteriormente, a sentença definitiva reconsiderar tal decisão: por qualquer motivo, não acolha o pedido de reintegração. Ora, como salta à vista, a força-trabalho desenvolvida pelo empregado enquanto provisoriamente reintegrado é insuscetível de restituição, na medida em que implicou o dispêndio de energia física e intelectual.

Dito de outro modo: é impossível repor as partes ao estado anterior à tutela antecipada. Portanto, no processo trabalhista, em se cuidando de obrigações de fazer e de não-fazer, a irreversibilidade é a tônica natural da tutela antecipativa de mérito, o que não deve constituir óbice a que seja outorgada.

Entretanto, se o provimento antecipativo recair sobre o cumprimento de obrigação de dar dinheiro há uma precaução contra a irreversibilidade que esta na própria lei (3Q, art. 273): incidência, no que couber, de duas das regras regentes da execução provisória de sentença (incisos II e III do art. 588); logo, em princípio, a possível execução provisória da decisão antecipativa de mérito que condene alguém a pagar determinada quantia a outrem não pode chegar à expropriação de bens penhorados ao devedor e tampouco enseja levantamento de dinheiro.

Afirmo "em princípio" porque mesmo em se tratando de obrigação de dar dinheiro, essa não me parece uma diretriz inflexível da lei: a expressa menção de que virtual execução obedecera às normas da execução provisória "no que couber" é sugestiva de que nem sempre se devera imprimir tal orientação. É o caso, por exemplo, em que o Juiz constata o manifesto propósito procrastinatório do devedor no processo executivo de sentença de mérito transitada em julgado. Em semelhante circunstância, penso que, não obstante pendentes embargos ou recurso teoricamente dotado de efeito suspensivo, cumpre ao Juiz levar às últimas consequências a execução definitiva, de maneira a propiciar a satisfação do crédito exequendo, tão brevemente quanto possível. O "efeito suspensivo" do recurso aí cede passo à exigência legal de tutela antecipativa.

Em resumo: a meu juízo, o pressuposto "reversibilidade" não é um dogma absoluto impeditivo da tutela antecipativa de mérito.

4. Procedimento

A novel lei é avara de normas procedimentais: não explícita a forma por que se concretiza a tutela antecipada. Parece confiar esse aspecto à discricão Juiz, à vista das singularidades de cada caso.

4.1 Formalização do pedido

Entendo que o pedido de antecipação de tutela deve ser apresentado em petição própria, autuada em apartado.

A autuação em apartado decorre de suscitar um incidente do processo e também como providência indispensável a evitar que se instale a balbúrdia nos autos principais.

4.2 Contraditório

Penso que na tutela antecipatória, a exemplo da ação monitória, a observância do princípio constitucional do contraditório é postergada, de modo que é viável, assim, sem audiência do antagonista.

Note-se que no caso de obrigação de fazer, ou de não-fazer, a lei é expressa quanto à viabilidade de liminar (art. 461, § 3º).

4.3 Momento

Abstendo-se o legislador, sintomaticamente, de fixar prazo para a postulação, penso que a qualquer momento procedimental pode ser requerida a tutela antecipatória de mérito, desde que atendidos os pressupostos legais.

Obviamente, se o fundamento da postulação for o exercício abusivo do direito de defesa, antes da contestação não se pode cogitar de tutela antecipatória.

4.4 Modo de efetivação da medida

Tratando-se de obrigação de fazer, ou de não-fazer, basta ao Juiz emitir um provimento mandamental, sob cominação de multa-diária.

Cuidando-se de obrigação consistente em dar dinheiro pagar quantia certa naturalmente o Juiz deverá emitir um provimento de caráter condenatório, de maneira a ensejar execução provisória.

4.5 Competência funcional para concessão na Justiça do Trabalho

É da Junta de Conciliação e Julgamento, em primeiro grau de jurisdição, porquanto apenas o órgão funcionalmente para julgar em definitivo o mérito pode antecipar-lhe os efeitos.

4.6 Recursos

Na sistemática do processo trabalhista, a decisão que concede a tutela antecipatória, ou é interlocutória e, como tal, em princípio, não comporta recurso de imediato, embora fique imune à preclusão (CLT, art. 893, § 1º), ou consubstancia-se em uma sentença atacável por recurso dotado de efeito apenas devolutivo.

Por conseguinte, em qualquer caso, a parte atingida pela tutela antecipatória dispõe apenas do mandado de segurança para impugnar eficazmente a decisão judicial que a concede.

5. Tutela antecipativa das obrigações de fazer e de não-fazer

5.1 Importância no processo trabalhista

Estou convencido de que é no campo das obrigações de fazer e de não-fazer, por excelência, de que é tão rico o Direito do Trabalho, que a tutela antecipativa de mérito pode e deve desempenhar um exuberante papel no processo trabalhista.

Inspira-me essa convicção a circunstância de que o novo art. 461, do CPC, trouxe de cercar o Juiz de técnicas ou meios simples e eficazes para se alcançar a tutela específica a que tem direito o credor desse tipo de obrigação: presentes os pressupostos legais, basta um provimento mandamental impondo acatamento, sob cominação de multa-diária, sem necessidade dos trâmites de uma execução.

O objetivo expresso da lei, como se vê do art. 461 e § 1º, do CPC, é assegurar ao credor, tanto quanto possível, o resultado prático que deveria ter sido produzido através do cumprimento espontâneo da obrigação de fazer, ou de não-fazer. Ou seja: a tutela específica.

Para se alcançar esse desiderato, o § 3º do art. 461 enseja ao credor igualmente a viabilidade de obter do Juiz, liminarmente ou por justificação, a antecipação da tutela específica.

5.2 Campo de aplicação no processo trabalhista

No Direito do Trabalho e, por extensão, no processo trabalhista, são comuníssimas as obrigações de fazer e de não-fazer que podem render ensejo à tutela antecipativa. Eis alguns exemplos: a) a obrigação patronal de não-fazer consistente em não despedir, quando se assegura estabilidade no emprego, transitória ou definitiva, em suas múltiplas formas (sindical, decenal, CIPA, contratual, gestante, etc.); b) ou a de o empregador não estabelecer discriminação salarial entre os empregados fora dos casos consentidos em lei; c) ou a de o empregador não rebaixar o empregado de função; d) ou a obrigação de fazer consistente em promover o empregado, havendo quadro organizado em carreira; e) ou a obrigação patronal, sacramentada pela recente Lei n. 9.029, de 13.4.95, pela qual o empregador está expressamente proibido de adotar qualquer prática discriminatória por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, proibindo-se notadamente a exigência de atestados de gravidez e de esterilização, sob pena de ser compelido à reintegração do empregado (a).

Daí se segue que, no processo trabalhista, há uma imensa e variada gama de situações receptivas à tutela antecipativa de mérito para cumprimento de obrigação de fazer ou de não-fazer, desde que atendidos os supostos legais.

Figurem-se as seguintes:

1º) no caso de estabilidade no emprego de aposentando, prevista em norma coletiva⁽³⁶⁾; não é difícil vislumbrar a extraordinária relevância de que se reveste a tutela antecipativa de mérito para um empregado com cerca de 34 anos de serviço que, na iminência de aposentar-se, é alvo de dispensa imotivada, a despeito de amparo por estabilidade transitória; neste ano de 1995, em que se avizinha uma profunda reforma na Previdência Social, se esse trabalhador se vir privado do emprego poderá ser vítima de um prejuízo irreparável: decerto não completará o tempo de serviço necessário a que alcance a aposentadoria voluntária de modo a que, pelo direito adquirido, não seja atingido pela reforma da Previdência;

2º) para compelir o empregador, quando a tanto estiver obrigado, ou por preceito da CLT⁽³⁷⁾, ou por norma coletiva⁽³⁸⁾, a instalar, ou proporcionar às suas expensas,

(36) Tenha-se presente o Precedente Normativo 085, do TST: "Defere-se a garantia de emprego durante os 12 (doze) meses que antecedem a data em que o empregado adquire o direito à aposentadoria voluntária, desde que trabalhe na empresa há pelo mesmo 5 (cinco) anos. Adquirido o direito, extingue-se a garantia."

(37) Art. 389, § 1º

(38) Precedente Normativo n. 22, do TST: "Creche — Determina-se a instalação de local destinado à guarda de crianças em idade de amamentação, quando existentes na empresa mais de 30 mulheres maiores de 16 (dezessex) anos, facultado o convênio ou creches".

creche destinada à guarda de filhos de empregadas em idade de amamentação; cuida-se de proteção fundamental e inadiável à maternidade e à criança, nos primeiros anos de vida, essencial à formação de uma pessoa sadia; e é óbvio o caráter impostergável dessa obrigação patronal de fazer, a despeito de freqüentemente desrespeitada; trata-se aí de uma tutela trabalhista típica de urgência, que não se compadece com as delongas de um processo ordinário: ou se realiza agora o direito, ou perece para sempre.

3º) empregado eleito integrante da CIPA, detentor de estabilidade provisória, despedido sem justa causa no curso do mandato (art. 165 e art. 10, II, a, do ADCT, da CF/88; havendo prova sumária do contrato, da despedida imotivada e prova indubitosa da eleição para integrar a CIPA, o Juiz do Trabalho, se houver pedido de reintegração no emprego e de tutela antecipativa de mérito, poderá, no processo de conhecimento, condenar o empregador, de plano, à reintegração, sob a cominação de uma multa diária.

4º) no caso de empregado portador do vírus da AIDS, soro positivo, despedido por motivo discriminatório.

6. Conclusões

No tocante ao provimento condenatório a obrigação de dar dinheiro, a tutela antecipatória, no processo trabalhista de conhecimento, auxilia, mas não entusiasma muito: enseja, no máximo, o aparelhamento de execução provisória, enquanto ainda não houver sentença condenatória transitada em julgado.

Entretanto, é fértil e importantíssimo o campo de aplicação da tutela antecipativa de mérito no processo trabalhista para conferir efetividade às obrigações de fazer e de não-fazer.

Penso, em conclusão, que é um instituto que pode revitalizar o processo trabalhista brasileiro, devolvendo-lhe a rapidez, em muitos casos, esta virtude de que é e deve ser tão cioso. Afinal, a celeridade do processo trabalhista constitui muito mais que um ideal e um imperativo ético: é uma gritante necessidade.

Certamente ao processo trabalhista, mais que a qualquer outro, dirige-se a frase lapidar de Eduardo Couture: "em matéria de processo, o tempo é mais que ouro, é Justiça!".