

TUTELA PROVISÓRIA NO NOVO CPC E NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO*

PRELIMINARY INJUNCTIONS IN NEW CIVIL PROCEDURE CODE AND LABOR PROCEDURE LAW

Fabio Túlio Correia Ribeiro**

Hasta que los europeos no viajaron a sus antípodas (a Oceanía), estaban convencidos, por ser esa la regla general de su cotidianidad, que los cisnes sólo podían ser blancos, y entonces ocurrió, los cisnes (a miles) eran negros. Tardaron en reconocerlos, y más aún la reflexión subyacente, de que los fenómenos, aunque improbables, no son imposibles. Incluso, es factible que algo no sea tan improbable como cupiera pensar, sino que nuestras creencias (inferencias, imposturas y falacias), impiden su reconocimiento como realidad. (SÁNCHEZ-BAIÓN, 2010, p. 12).

RESUMO

O presente texto direciona-se ao aprendizado acerca da nova regência da antecipação da tutela jurisdicional no Novo Código Processual Civil e da respectiva repercussão no Direito Processual do Trabalho. Introduce-se pela contextualização do referido instituto como técnica de distribuição do ônus do tempo do processo e harmonização dos valores segurança e efetividade. Em seguida, discorre-se, com base na recente doutrina, sobre o novo tratamento da matéria. Aclara-se que o CPC/2016 não só unificou o tratamento das tutelas cautelar e antecipada, denominando-as de tutelas provisórias de urgência e prevendo a possibilidade da respectiva concessão em caráter antecedente, como também trouxe uma novidadeira modalidade de tutela provisória, que, diferentemente daquelas, não pressupõe o *periculum in mora*, qual seja: a tutela de evidência. Após o estudo das referidas modalidades de tutela no Novo CPC, percebe-se que, de um modo geral e com algumas ressalvas, elas são aplicáveis ao processo do trabalho, tendo em vista a omissão celetista e a premente necessidade de adoção de mecanismos que confirmam maior efetividade à jurisdição.

Palavras-chave: Tutela provisória. Novo CPC. Tutela de urgência. Tutela de evidência. Compatibilidade. Processo do trabalho.

1 INTRODUÇÃO

Sob o escólio de Luiz Guilherme Marinoni (2002), a doutrina processual

* Artigo recebido em 22/3/2016 - autor convidado.

** Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Sergipe; mestre e doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidad de Castilla La-Mancha; Desembargador Presidente e Corregedor do Tribunal Regional do Trabalho da 20ª Região.

clássica privilegiou, quando da construção do procedimento processual comum, o valor segurança sobre o valor da tempestividade, verdadeira influência liberalista. Disso decorreu que o ônus pela mora do processo sempre recaiu sobre o autor da demanda, ampliando o dano que este buscava reparar, ou melhor, criando um outro: o chamado dano marginal.

O problema agravou-se porque a Humanidade passou a andar a passos cada vez mais largos. As relações jurídicas passaram a se constituir e a se desconstituir mais rápido e entre indivíduos dos mais longínquos espaços; agora, permanentemente, esses sujeitos estão conectados.

Os conflitos avolumaram-se e passaram a exigir soluções quase que instantâneas. Os prejuízos advindos dos intercâmbios sociais passaram a crescer em progressão geométrica.

Num plano macro, isto é, indo além do ônus sobre aquele que provoca a jurisdição, a consequência foi a crise de efetividade do ordenamento jurídico, dando margem ao retorno da vingança privada ou mesmo de uma “justiça paralela”.

A almejada segurança para proteger o cidadão da potestade estatal implicou a sua desproteção. E o próprio valor da segurança jurídica restou vilipendiado. Afinal, esta não existe se a lei só é aplicada a destempo.

Revelou-se, então, imprescindível a adoção de uma técnica que permitisse a harmonização da segurança com a efetividade, mais especificamente a distribuição racional do tempo do processo.

Nessa linha, o legislador brasileiro, a partir da década de 90, engendrou reformas no Código Processual Civil de 1973, com vistas à prontidão e à efetividade da prestação jurisdicional.

Entre as mais expressivas, emerge, sem dúvida, a alteração do art. 273 do referido Código pela Lei n. 8.952/1994, instituindo possibilidade de antecipação da tutela jurisdicional, com base em juízo de plausibilidade jurídica da tese alegada pelo autor e diante de um iminente dano irreparável ou de difícil reparação. A respeito de tal inovação, discorre Humberto Theodoro Jr.:

Dentro do quadro das reformas do Código de Processo Civil, a inovação mais importante instituída pela Lei n. 8.952, de 13/12/1994, foi sem dúvida a que autoriza o juiz, em caráter geral, a conceder liminar satisfativa em qualquer ação de conhecimento, desde que preenchidos os requisitos que o novo texto do art. 273 arrola.

A propósito, convém ressaltar que se registra, nas principais fontes do direito europeu contemporâneo, o reconhecimento de que, além da tutela cautelar destinada a assegurar a efetividade do resultado final do processo principal, deve existir, em determinadas circunstâncias, o poder do juiz de antecipar, provisoriamente, a própria solução definitiva esperada no processo principal. São reclamos de justiça que fazem com que a realização do direito não possa, em determinados casos, aguardar a longa e inevitável demora da sentença final.

O mecanismo ganhou bastante notoriedade e foi ampliado no ano de 2002 pela Lei n. 10.444 (§ 6º do art. 273).

Porém, essas e inúmeras outras reformas ainda não atendiam aos anseios da sociedade.

A ótica da celeridade passou a integrar expressamente o rol de garantias individuais e coletivas do art. 5º da Constituição Federal (inciso LXXVIII).

O Código estava uma colcha de retalhos. Era necessário avançar mais. Daí a necessidade de um novo sistema, coeso e coerente com as necessidades do mundo contemporâneo.

É o que pretende o Novo Código de Processo Civil, instituído pela Lei n. 13.105/2015. Como se disse na respectiva exposição de motivos:

O enfraquecimento da coesão entre as normas processuais foi uma consequência natural do método consistente em se incluírem, aos poucos, alterações no CPC, comprometendo a sua forma sistemática. A complexidade resultante desse processo confunde-se, até certo ponto, com essa desorganização, comprometendo a celeridade e gerando questões evitáveis (=pontos que geram polêmica e atraem atenção dos magistrados) que subtraem indevidamente a atenção do operador do direito.

Nessa dimensão, a preocupação em se preservar a forma sistemática das normas processuais, longe de ser acadêmica, atende, sobretudo, a uma necessidade de caráter pragmático: obter-se um grau mais intenso de funcionalidade.

Sem prejuízo da manutenção e do aperfeiçoamento dos institutos introduzidos no sistema pelas reformas ocorridas nos anos de 1992 até hoje, criou-se um Código novo, que não significa, todavia, uma ruptura com o passado, mas um passo à frente (MARINONI, 2010, p. 206-207).

Destarte, sobressai a necessidade de estudo e reflexão a respeito das inovações do novel Código a respeito da técnica de antecipação de tutela, assim como sobre a sua possível aplicabilidade ao processo do trabalho.

2 A TUTELA PROVISÓRIA NO NOVO CPC

O Novo CPC conta com seção própria a respeito da temática. É o Livro V, intitulado: “Da Tutela Provisória”.

Segundo o art. 294, “A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.” A primeira remonta à conhecida tutela antecipada. Já a segunda é figura nova, constituindo mais uma técnica voltada à distribuição do ônus do tempo do processo e à maior efetividade da jurisdição.

Passa-se ao estudo desses institutos.

2.1 Da tutela de urgência

Conforme o art. 300 do Novo CPC, a tutela provisória de urgência baseia-se na probabilidade do direito reivindicado e no perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. Noutras palavras, pode ela ser satisfativa ou cautelar. É satisfativa quando voltada à entrega imediata do bem da vida almejado. É cautelar quando visa a prontamente assegurar a existência desse bem. Em ambos os casos, os requisitos são os mesmos já consagrados pela doutrina tradicional: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. A diferença é que, em se tratando de tutela de natureza cautelar, o perigo é em relação ao resultado útil do processo, enquanto que, na outra, o risco refere-se à não imediata fruição do direito discutido em juízo.

Ao confrontar o texto atual com o anterior, constata-se que houve a unificação dos requisitos para a concessão dessas espécies de tutela. O Código anterior era mais rígido quanto à antecipação da tutela satisfativa, exigindo que a verossimilhança das alegações estivesse fundada em prova inequívoca (art. 273 do CPC/1973). Veja-se comentário doutrinário sobre isso:

Percebe-se, assim, que “a redação do art. 300, *caput*, superou a distinção entre os requisitos da concessão para a tutela cautelar e para a tutela satisfativa de urgência, erigindo a probabilidade e o perigo na demora a requisitos comuns para a prestação de ambas as tutelas de forma antecipada.” (DIDIER JR., 2015).

Além disso, verifica-se que ambas as tutelas receberam um tratamento unitário, muito mais simples e pragmático. Não há mais um espaço separado para o processo cautelar (arts. 796 e seguintes do Código anterior), nem para ações cautelares nominadas. O art. 301 sintetiza que qualquer medida idônea pode ser efetivada para preservação do direito. Como consta da exposição de motivos: “Adotou-se a regra no sentido de que basta à parte a demonstração do *fumus boni iuris* e do perigo de ineficácia da prestação jurisdicional para que a providência pleiteada deva ser deferida.” (MARINONI, 2010).

Nessa linha de aproximação, outras duas disposições, antes não relacionadas - ao menos, expressamente - à tutela satisfativa, foram-lhe incorporadas: a possibilidade de exigência de caução e a de justificação prévia, como se lê, *in verbis*:

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

A tutela de urgência de natureza antecipada ainda depende, porém, de um pressuposto específico, qual seja: a reversibilidade dos seus respectivos efeitos. Não poderia ser diferente, pois tornaria sem sentido o prosseguimento do processo. “Conceder uma tutela provisória satisfativa irreversível seria conceder a própria tutela definitiva - uma contradição em termos.”(DIDIER JR. *et al*, 2015, p. 599).

Por outro lado, já prevalecia o entendimento de que tal exigência não poderia ser levada ao extremo, sob pena de se admitir que o direito provável devesse sempre ser sacrificado diante da possibilidade de prejuízo irreversível ao direito improvável (MARINONI, 2013, p. 226). Cabe ao juiz, dessa forma, valer-se da técnica de ponderação de interesses, sendo possível a exigência de caução, na forma do § 2º supracitado. Em todo caso de decisão pelo prisma da proporcionalidade, “o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”, na linha do § 2º do art. 489 do Novo CPC (DIDIER JR. *et al*, 2015, p. 601).

Nada obstante, o art. 302 dispõe a respeito da responsabilidade da parte interessada pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, caso: a sentença seja desfavorável; não fornecidos os meios para a

citação do requerido após deferida a tutela em caráter antecedente; cessada a eficácia da medida em qualquer hipótese legal; acolhida a decadência ou a prescrição. Nessas hipóteses, a indenização será, sempre que possível, liquidada nos mesmos autos (parágrafo único do art. 302).

2.1.1 Da tutela de urgência em caráter antecedente de natureza satisfativa

Novidade importante também é a possibilidade de requerer a tutela antecipada antes mesmo da propositura da demanda. Trata-se de mais um ponto de aproximação em relação à tutela cautelar, que já podia ser antecedente, quando era chamada de preparatória (art. 800 do CPC anterior).

Observe-se:

Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

É possível que a urgência seja tamanha que o autor não possua tempo hábil para deduzir todos os argumentos cabíveis ou obter toda a necessária documentação para instruir a inicial. Agora, pode ele restringir-se ao estritamente necessário à obtenção da antecipação de tutela, isto é, ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

Caso o órgão jurisdicional entenda não haver elementos que autorizem a sua respectiva concessão, determinará a emenda da petição inicial em até cinco dias, sob pena de indeferimento e extinção do processo sem resolução de mérito (§ 6º do art. 303).

De outro lado, se concedida a tutela antecipada antecedente, caberá ao autor, no prazo mínimo de quinze dias, aditar a exordial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, sob pena de extinção do processo sem resolução de mérito (§§ 1º, I, e 2º do art. 303).

Realizado o aditamento, o processo tomará curso com a citação do réu para a audiência de conciliação ou de mediação, bem como, caso frustrada a autocomposição, para apresentação de contestação (incisos II e III do § 1º do art. 303).

Outrossim, o art. 304, *caput* e § 1º, prevê uma situação em que o processo terminará após a concessão da tutela antecipada, qual seja: quando não interposto recurso em face dessa decisão.

Trata-se da chamada estabilização da decisão antecipatória, vista como técnica de monitorização do processo civil brasileiro, inspirada no direito europeu, na linha do que explica DIDIER JR.:

A estabilização da tutela antecipada representa uma generalização da técnica monitoria para situações de urgência e para a tutela satisfativa, na medida em que viabiliza a obtenção de resultados práticos a partir da inércia do réu.

[...]

Sucedee que, ao mesmo tempo em que mantém e amplia a ação monitória, o legislador vai além e generaliza a técnica monitória, introduzindo-a no procedimento comum para todos os direitos prováveis e em perigo que tenham sido objeto de tutela satisfativa provisória antecedente.

[...]

Esse instituto foi claramente inspirado em leis estrangeiras, sobretudo o *référé* do Direito francês. As peculiaridades do regramento brasileiro tornam o instituto único, porém [...]. (DIDIER JR., 2015, p. 604-605).

Ressalva-se, contudo, o direito de qualquer das partes, no prazo de dois anos contados da ciência da extinção do processo, demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada, que, entretantes, conservará seus efeitos, sem formar coisa julgada (§§ 2º a 6º do art. 304). Trata-se de ação autônoma, intitulada “ação de impugnação ou confirmação da decisão concessiva de tutela provisória satisfativa estabilizada.” (DIDIER JR., 2015, p. 611).

2.1.2 Da tutela de urgência em caráter antecedente de natureza cautelar

A ação cautelar preparatória, prevista no Código de 1973, guarda correspondência com os arts. 305 a 310 do CPC/2016.

De modo semelhante à tutela satisfativa antecedente, estabelece o art. 305 que

A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Poderá ser requerida a concessão liminar da tutela cautelar, com base no § 2º do art. 300. Nessa hipótese, e não sendo o caso de emenda ou indeferimento da inicial, na forma dos arts. 321 e 330 do CPC, o juiz decidirá imediatamente ou submeterá o pleito à justificação prévia (DIDIER JR., 2015, p. 614).

Com ou sem o deferimento *in limine litis* da medida conservativa, o réu será citado para, no prazo de cinco dias, contestar o pedido e indicar as provas que pretender produzir (art. 306).

Antes, porém, se o julgador verificar que se trata de pedido de tutela satisfativa, seguirá o procedimento descrito no tópico pretérito, conforme parágrafo único do art. 305. Preservou-se, então, a fungibilidade entre as medidas (§ 7º do art. 273 do CPC/73), como não poderia deixar de ser ante o espírito no novo sistema. “Fica admitida, assim, uma fungibilidade de mão dupla, exigindo-se, contudo, que venha acompanhada da conversão do procedimento inadequado para aquele que é o adequado por força de lei.” (DIDIER JR., 2015, p. 617).

Se o réu não contestar o pedido, incidirá presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor. Com isso, determina o art. 307 que o juiz decidirá dentro de 5 (cinco) dias. Caso contrário, ou seja, contestado o pedido, seguir-se-á o procedimento comum (parágrafo único do art. 307).

No mesmo sincretismo visto no rito da tutela antecipada antecedente, haverá o seguimento da demanda principal nos próprios autos em que deduzido o pedido

de tutela cautelar. O autor terá o prazo de 30 (trinta) dias para o aditamento da inicial, com a complementação da causa de pedir e dos pedidos. Prevê o art. 308:

Art. 308. Efetivada a tutela cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de 30 (trinta) dias, caso em que será apresentado nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar, não dependendo do adiantamento de novas custas processuais.

§ 1º O pedido principal pode ser formulado conjuntamente com o pedido de tutela cautelar.

§ 2º A causa de pedir poderá ser aditada no momento de formulação do pedido principal.

§ 3º Apresentado o pedido principal, as partes serão intimadas para a audiência de conciliação ou de mediação, na forma do art. 334, por seus advogados ou pessoalmente, sem necessidade de nova citação do réu.

§ 4º Não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335.

A respeito desse rito, que poderia causar estranheza pela previsão de duas contestações sucessivas, discorre Cassio Scarpinella Bueno:

Se não houver autocomposição, terá início o prazo para que o réu conteste, observando-se o art. 305 (art. 308, § 4º). A mesma diretriz deve ser observada quando a hipótese não comportar a designação daquela audiência ou se autor e/réu manifestarem-se contrários à sua realização. A contestação, cabe anotar, independe e não se confunde com a que o réu terá eventualmente formulado com relação ao pedido de tutela cautelar (art. 306). O que ocorre, nestes casos, é que dois pedidos (de tutela cautelar e o pedido final) e as duas contestações serão processados no mesmo processo e nos mesmos autos (BUENO, 2015, p. 229).

Ressalte-se que se trata de faculdade do autor o requerimento prévio da tutela cautelar, pois pode ele optar por pleiteá-lo conjuntamente com a principal, na forma do § 1º do art. 308, transcrito acima.

Não se pode olvidar de que se cuida de pedidos de naturezas diversas, satisfativa e conservativa, razão por que o indeferimento do pedido cautelar não obsta o deferimento do principal. A lei excepciona apenas a hipótese em que a improcedência do pedido cautelar esteja fundada em decadência ou prescrição.

Quanto à eficácia da medida cautelar, o Novo CPC praticamente mantém as situações descritas no Código anterior, nas quais ela deixaria de produzir efeitos:

Art. 309. Cessa a eficácia da tutela concedida em caráter antecedente, se:

I - o autor não deduzir o pedido principal no prazo legal;

II - não for efetivada dentro de 30 (trinta) dias;

III - o juiz julgar improcedente o pedido principal formulado pelo autor ou extinguir o processo sem resolução de mérito.

Parágrafo único. Se por qualquer motivo cessar a eficácia da tutela cautelar, é vedado à parte renovar o pedido, salvo sob novo fundamento.

2.2 Da tutela de evidência

A pioneira referência, na doutrina brasileira, à tutela de evidência é atribuída a Luiz Fux, na obra *Tutela de segurança e tutela da evidência* (DA RÓS BORDART *apud* SCHIAVI, 2016, p. 1375).

Trata-se de mais uma técnica voltada à distribuição do ônus do tempo do processo e à maior efetividade da jurisdição. Consiste na antecipação dos efeitos da tutela satisfativa, porém, sem pressupor o *periculum in mora*, mas a juridicidade ostensiva das alegações. Como consta da exposição de motivos do CPC/2016:

O novo CPC agora deixa clara a possibilidade de concessão de tutela de urgência e de tutela à evidência. Considerou-se conveniente esclarecer de forma expressa que a resposta do Poder Judiciário deve ser rápida não só em situações em que a urgência decorre do risco de eficácia do processo e do eventual perecimento do próprio direito. Também em hipóteses em que as alegações da parte se revelam de juridicidade ostensiva deve a tutela ser antecipadamente (total ou parcialmente) concedida, independentemente de *periculum in mora*, por não haver razão relevante para a espera, até por que, de regra, a demora do processo gera agravamento do dano (MARINONI, 2010, p. 218).

A evidência é um fato jurídico consistente no estado processual em que as afirmações fáticas estão comprovadas. A guarida jurisdicional ao direito evidente pressupõe a prova das alegações de fato e a probabilidade de acolhimento da pretensão processual (DIDIER JR. *et al*, 2015, p. 617-618).

O art. 311 descreve as quatro hipóteses que ensejam a tutela de evidência, sempre independente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, como se lê, *in verbis*:

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

O transcrito inciso I corresponde ao antigo inciso II do art. 273 do CPC/1973. Distingue-se das situações trazidas nos demais incisos pelo viés sancionatório à conduta da parte que embaraça o regular andamento do feito.

Trata-se de tutela de evidência punitiva, que funciona como uma sanção para apenar aquele que age de má-fé e, sobretudo, que impõe empecilhos ao regular andamento do feito, comprometendo a celeridade e lealdade que devem ser inerentes. (DIDIER JR. *et al*, 2015, p. 620).

No entanto, Cassio Scarpinella Bueno obtempera que

[...] o abuso do direito de defesa do réu ou o seu manifesto propósito protelatório nada diz, por si só, com relação à evidência do direito do autor, que, por isto, deve também ser demonstrada no pedido a ser formulado pelo autor. (2015, p. 232).

Entrementes, é possível argumentar que a conduta desleal do réu é, no mínimo, um indício da plausibilidade jurídica da tese autoral, ocorrendo a procrastinação justamente pela falta de perspectiva de êxito na defesa.

Enquanto o inciso I prevê a tutela de evidência na chamada modalidade punitiva, os demais preveem a documentada, isto é, quando as alegações da parte baseiam-se em prova documental (DIDIER JR., 2015, p. 623-624).

O inciso II prestigia a sistemática dos precedentes jurisprudenciais obrigatórios - no caso, a súmula vinculante e a tese firmada em julgamento de casos repetitivos - aliados aos fatos que apenas dependem de prova documental.

O inciso III refere-se ao contrato de depósito. Tal disposição remete à ação de depósito dos arts. 901 a 906 do CPC/1973. Provado o contrato de depósito, será decretada a ordem de entrega do bem, sob pena de multa, ou mesmo de outras medidas baseadas no poder geral de efetivação, na forma do art. 536 do CPC/2016 (*idem*, p. 628-629).

O inciso IV traz a possibilidade de concessão de tutela de evidência quando a inicial estiver instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável. Há a crítica de qual tal dispositivo traz, na verdade, uma hipótese de julgamento antecipado do mérito, inscrito no art. 355 do CPC/2016 (*idem*, p. 629). No entanto, é de se refletir se não seria essa uma situação intermediária, em que o mero confronto entre as provas documentais, logo após estas sejam apresentadas pelo réu, permitam concluir pelo provável sucesso do autor, apesar de ainda haver a necessidade de outras provas para a cognição exauriente, isto é, para o julgamento definitivo.

Por fim, registre-se que, em vista do parágrafo único do art. 311, a tutela de evidência só pode ser concedida liminarmente nas hipóteses dos incisos II e III, isto é, nos demais incisos será indispensável a prévia oitiva do réu.

3 DA TUTELA PROVISÓRIA NO PROCESSO DO TRABALHO

3.1 Da aplicação subsidiária da legislação processual comum ao processo trabalhista

A análise acerca da aplicabilidade de qualquer instituto do Novo CPC no processo do trabalho demanda considerações prévias sobre o respectivo art. 15 em cotejo com o antigo art. 769 da CLT. O primeiro dispõe que, na ausência de

normas que regulem processos trabalhistas, o Novo CPC será aplicado supletiva e subsidiariamente. O segundo, por sua vez, estabelece que

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

Tradicionalmente, tem-se compreendido, com base no art. 769 da CLT, que a aplicação subsidiária do processo civil justifica-se pelo binômio omissão e compatibilidade.

Dessa forma, primeiramente, deve-se perquirir se há lacuna, que pode ser normativa (ausência propriamente dita da norma), ontológica (a norma existe, porém é anacrônica) ou axiológica (a norma existe, mas a sua aplicação seria injusta ou insatisfatória). Em seguida, afere-se a conformidade da regra processual comum com os princípios do processo trabalhista.

Com efeito, a questão em voga é saber em que medida o art. 15 do Novo CPC teria interferido no referido raciocínio.

De logo, forçoso é concluir que a ausência de referência expressa do art. 15 ao requisito da compatibilidade de maneira alguma poderia derogar o clássico artigo celetista, pois, além de este se tratar de regra específica e aquele, geral, o direito processual trabalhista é antes de tudo um sistema lógico, dotado de princípios próprios e vocacionado à aplicação de um direito material muito peculiar, de modo que, mesmo se inexistisse menção ao dito pressuposto, este, invariavelmente, teria que ser aferido. Em síntese, só pode ser parte de um todo aquilo que nele se encaixa.

Na verdade, o que o art. 15 estabelece, como explana SALVADOR LAURINO, é que:

[...] haverá aplicação subsidiária quando estiver em causa o imperativo jurídico de integração, ao passo que haverá aplicação supletiva quando, suposta a compatibilidade com a lógica formal dos procedimentos, estiver presente um juízo de conveniência voltado ao aprimoramento do processo do trabalho à luz da Constituição e em conformidade com a pauta de valores estabelecida pelo novo Código de Processo Civil. (*Revista LTr*. São Paulo, ano 79, n. 08, agosto-2015.)

Em síntese, a ideia, a partir do cotejo dos arts. 15 do CPC/2016 com o 769 da CLT, é que se possa, também, complementar alguns institutos do processo do trabalho, visando ao seu aperfeiçoamento, naquilo em que o processo comum represente um reforço aos valores que esse ramo autônomo do direito processual consagra.

3.2 Da tutela provisória no processo do trabalho

De um modo geral, verifica-se que o processo do trabalho é receptivo à técnica de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional satisfativa ou conservativa, pois, além de a CLT ser propriamente omissa quanto à tutela genérica de situações de urgência e evidência, a tempestividade e a presteza da prestação

jurisdicional são objetivos ainda mais caros ao processo do trabalho, haja vista a natureza dos direitos discutidos nessa seara, de cunho eminentemente alimentar e social.

Em verdade, já havia a possibilidade expressa de o Juiz do Trabalho conceder medidas liminares, especificamente, para determinar a reintegração de dirigente sindical e a sustação dos efeitos da respectiva transferência, na forma dos incisos IX e X do art. 659 da CLT. O grande problema é que incontáveis outras situações demandavam um tratamento de urgência, as quais, pelo perigo da demora do processo, poderiam implicar danos irreparáveis. Foi aí que o advento da nova redação do art. 273 do CPC/1973, pela Lei n. 8.952/94, caiu como uma luva em prol da efetividade da tutela jurisdicional. Ressalte-se que, muito antes da consagração dessa técnica processual, o processo do trabalho já incorporava as disposições do processo cautelar, inclusive para conferir natureza satisfativa às medidas adotadas com base no art. 798 do CPC/1973, por mais controverso que possa parecer (SCHIAVI, 2016, p. 1.353).

Deveras, não se imagina, atualmente, um direito processual, principalmente o que seja instrumento de aplicação do direito laboral, que não dê guarida a situações de urgência e, também, que não incorpore inusitados mecanismos em vista de uma tutela jurisdicional tempestiva, tal como a tutela de evidência.

Logo, o instituto da tutela provisória, como previsto no Novo CPC, há de ser reconhecido, de um modo geral, como aplicável ao processo do trabalho.

Destaque-se que, nesse mesmo sentido, editou o C. Tribunal Superior do Trabalho a Instrução Normativa de n. 39/2016 (art. 3º, VI).

Nessa linha, inclusive admitindo a tutela requerida em caráter antecedente, observe-se:

Na mesma linha, a segunda relativização [para o autor, a outra foi a fungibilidade entre as tutelas, aplicável ao processo do trabalho, com apoio nos princípios da simplicidade e informalidade] da distinção entre a tutela cautelar e a tutela antecipada, disciplinada na parte final do parágrafo único do art. 294, dando conta de que ambas as tutelas podem ser concedidas tanto em caráter antecedente quanto de modo incidental, pelos mesmos fundamentos, também será plenamente acolhida no processo do trabalho. De modo que teremos, na Justiça do Trabalho, a possibilidade de o trabalhador ajuizar uma demanda apenas para postular a tutela antecipada, ainda que posteriormente ele tenha de aditar sua petição inicial, nos moldes do art. 303, § 1º, I, do novo Código de Processo Civil (RIBEIRO DE OLIVEIRA SILVA, 2016, p. 286).

Percebe-se, contudo, que há alguns dispositivos de duvidosa compatibilidade com o rito trabalhista, como já identifica a doutrina:

Assim ficam descartadas: a) a possibilidade de designação de audiência de mediação, procedimento inaplicável nesse ramo processual especializado porque a CLT tem regra própria a respeito das audiências e dos atos que nela devem ser praticados, inclusive quanto ao momento de apresentação de resposta por parte do réu, o que afasta a incidência do CPC neste particular; e b) a lógica de estabilização da lide se não houver recurso da decisão antecipatória de mérito (art. 304, CPC), porque as decisões interlocutórias são irrecorríveis, de imediato, no Processo do Trabalho, não

fazendo sentido cogitar-se da necessidade de se aguardar pelo prazo de 120 dias do Mandado de Segurança referido pela Súmula n. 414, do TST, para aferir se ocorreu a estabilização de que trata o Código de Processo Civil e se cabe a extinção do feito. Nestes aspectos, as excelentes conquistas do Processo Civil, infelizmente, não atingiram o Processo do Trabalho (DALLEGRAVE NETO e GOULART, 2016, p. 310).

Sobre a estabilização da tutela provisória pela não interposição de recurso (art. 304 do CPC/2016), já há vozes sustentando a inaplicabilidade no processo do trabalho, diante da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias (§ 1º do art. 893 da CLT), como se lê, *in verbis*:

De outra mirada, se a decisão concessiva é irrecorrível, como pode o réu ser penalizado na Justiça do Trabalho com a referida estabilização da tutela antecipada, após o decurso do prazo que o juiz lhe assine para se manifestar sobre a decisão? Se o mero pedido de reconsideração não se equipara a recurso, o réu não pode ser penalizado nem mesmo ao quedar-se silente, porque, como regra geral, no processo do trabalho se pode atacar qualquer decisão tomada no curso do processo somente quando da interposição do recurso contra a decisão de fundo, que encerra o procedimento em 1º grau de jurisdição (RIBEIRO DE OLIVEIRA SILVA, 2016, p. 305).

Por outro lado, já se ventila a possibilidade de se entender pela aplicabilidade da estabilização da tutela provisória substituindo a referência a recurso pelos tradicionais protestos da prática forense trabalhista (PINTO E SILVA, 2016, p. 343).

A tutela de evidência tem plena aplicabilidade nas modalidades punitiva e documentada, explicadas acima. No entanto, o inciso III do art. 311, que trata de ação reipersecutória fundada em contrato de depósito, é de difícil visualização na seara laboral, havendo quem se pronuncie pela incompetência da Justiça do Trabalho nesse caso (TEIXEIRA FILHO, 2016, p. 335).

É com reservas também que se vê a possibilidade de exigência de caução (§ 1º do art. 300 do CPC/2016) para o deferimento da tutela de urgência no processo do trabalho (RIBEIRO DE OLIVEIRA SILVA, 2016, p. 297). Todavia, como o Código incumbiu ao julgador esse papel, em princípio, nada impede que ele possa sopesar a viabilidade de exigi-la, num caso, por exemplo, - de duvidosa factibilidade, reconheça-se - de um abastado empregado, não beneficiário da justiça gratuita. Ou no caso, agora ainda infrequente mas possível, em que o autor da ação e aquele que postula a tutela de evidência é o empregador, empresa.

Como, sobretudo nos conflitos decorrentes da relação de emprego, o trabalhador ostenta uma posição de hipossuficiente frente ao empregador, na grande maioria dos casos, a exigência da referida caução pode prejudicar a concessão da tutela antecipada pretendida. (GONÇALVES GASPARG, 2015, p. 398).

No que se refere à responsabilidade pelos prejuízos causados pela efetivação da tutela de urgência (art. 302 do CPC/2016), verifica-se que os processualistas civis afirmam ser a natureza objetiva dessa responsabilidade (DIDIER JR., 2015, p. 591). Porém, há quem se refira à sua aplicabilidade no

processo do trabalho na hipótese de má-fé (RIBEIRO DE OLIVEIRA SILVA, 2016, p. 301).

Não se olvide, ademais, quanto ao art. 295 do CPC/2016, de que trata do pagamento de custas, pois a CLT possui regramento próprio concernente a tal taxa, isto é, o art. 789, pelo qual o recolhimento só será devido após o trânsito em julgado ou quando da interposição de recurso (§ 1º do art. 789 da CLT).

Ante o exposto, vislumbra-se que a tutela provisória tal como exposta no Novo CPC é, em linhas gerais, aplicável ao processo do trabalho, porém, com temperamentos, em alguns pontos, que, indubitavelmente, serão objeto de muita discussão nos próximos anos.

4 CONCLUSÃO

Neste trabalho, viu-se que há um esforço do legislador no sentido de, por meio da técnica de antecipação de tutela, distribuir de maneira equilibrada o ônus da demora do processo e, assim, conferir maior efetividade à jurisdição.

Verificou-se que o Novo CPC unificou o tratamento das tutelas cautelar e antecipada quanto aos respectivos pressupostos, denominando-as de tutelas provisórias de urgência e prevendo a possibilidade da respectiva concessão em caráter antecedente.

Constatou-se também que o CPC/2016 trouxe uma nova modalidade de tutela provisória, a tutela de evidência, que, diferentemente das tutelas de urgência, não pressupõe o *periculum in mora*, mas a juridicidade ostensiva das alegações da parte, por força de prova documental ou pela conduta protelatória da parte adversa.

Ao final, assentou-se que o instituto da tutela provisória, tal como previsto no Novo CPC, há de ser reconhecido, de um modo geral e com alguns temperamentos, como aplicável ao processo do trabalho, considerando que, além de a CLT ser propriamente omissa quanto à tutela genérica de situações de urgência e evidência, não se imagina, atualmente, um direito processual, principalmente o que seja instrumento de aplicação do direito laboral, que não dê guarida a situações de urgência e, também, que não incorpore novos mecanismos em vista de uma tutela jurisdicional tempestiva e efetiva, como o é a tutela de evidência.

ABSTRACT

This text intends learning about the new rules of the preliminary injunctions in New Civil Procedure Code and its consequences in labor procedure law. It initiates by contextualization of preliminary injunctions as a time distribution technique and harmonization of values such as security and effectiveness. Then, it describes the new treatment of subject matter, based on recent doctrine. It exposes that the new code not only unified the preliminary injunction treatment, but also brought a new preliminary injunction that does not presupposes periculum in mora: it's called evidence injunction. After analysing the new legal provisions, it concludes that, in general and with a few reservations, they are applicable to labor procedure law, due to the CLT omission and the urgent need to adopt mechanisms that provides great effectiveness to the jurisdiction.

Keywords: *Preliminary injunction. Civil procedure code. Evidence injunction. Compatibility. Labor procedure law.*

REFERÊNCIAS

- BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo código de processo civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.
- GASPAR, Danilo Gonçalves. Noções conceituais sobre a tutela provisória no novo CPC e suas implicações no processo do trabalho. In: MIESSA, Élisson (Org.). *O novo código de processo civil e seus reflexos no processo do trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2015.
- LAURINO, Salvador Franco de Lima. O art. 15 do código de processo civil e os limites da autonomia do processo do trabalho. *Revista LTr*. São Paulo, ano 79, n. 08, p. 19-28, agosto de 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- _____. *Processo de conhecimento*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- _____. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- OLIVEIRA, Daniel Natividade Rodrigues de. Antecipação de tutela no processo do trabalho. Análise sob o prisma do novo CPC. In: DALLEGRAVE NETO, José Afonso; GOULART, Rodrigo Fortunato (Coord.). *Novo CPC e o processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2016.
- SÁNCHEZ-BAYÓN, Antonio. *Au Revoir, Loi De L'état: El Fin Del Derecho Estatal De Bienestar*. In *Bajo palabra. Revista de filosofía*, ISSN 1576-3935, N. 5, 2010, p. 143-162.
- SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 10. ed. de acordo com Novo CPC. São Paulo: LTr, 2016.
- SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. *Comentários ao novo CPC e sua aplicação ao processo do trabalho*, volume 1, parte geral: arts. 1º ao 317 atualizado conforme a Lei n. 13.256/2016. São Paulo: LTr, 2016.
- SILVA, Otávio Pinto e. Tutela antecipada no novo CPC: Repercussões no processo do trabalho. In: MARTINS, Sérgio Pinto (Org.). *Novo CPC e o processo do trabalho: estudo em homenagem ao ministro Walmir Oliveira da Costa*. São Paulo: Atlas, 2016.
- TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Comentários ao novo código de processo civil sob a perspectiva do processo do trabalho* (Lei n. 13.105, 16 de março de 2015). São Paulo: LTr, 2015.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil - teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 2014.