

IMPRESSÕES PROVISÓRIAS: CONTEXTUALIZANDO AS TUTELAS PROVISÓRIAS DO NOVO CPC NO UNIVERSO NORMATIVO TRABALHISTA

Antonio Umberto de Souza Júnior*

1 – INICIANDO A PROSA

O novo assombra. O novo seduz. Às vezes nos cega – como o ardoroso espectador d’*O Grande Circo Místico*, de Chico e Edu, que, sem refletir sobre aquela súbita chuva de flores, vira colibri. Às vezes nos anima a ver além do espelho.

Certamente, essas sensações, desde a reta final de aprovação congressista e a *vacatio legis* do novo CPC, em vigor desde 18 de março de 2016, assediam todos aqueles que vivem, respiram, manejam e pensam o processo judicial. E, no nosso caso, estudiosos, intérpretes e operadores do processo do trabalho, a relação sempre tumultuada pela constante emergência de possibilidades de importação ou repúdio de novas soluções normativas de outros subsistemas processuais transforma o cenário em uma zona de transição em enorme burburinho.

Dentro desse clima e desse espírito dedico este pequeno estudo a examinar um dos aspectos mais inovadores, em conteúdo e em reestruturação, trazidos pelo novo CPC: as tutelas provisórias.

Como plano de trabalho, começo por uma breve referência ao mecanismo renovado de integração de lacunas processuais trabalhistas, com destaque para o texto (talvez revolucionário – o tempo dirá) do art. 15 do CPC/2015 e o papel e o alcance da Instrução Normativa nº 39/2016/TST. Depois visito o regime

* Mestre em Direito e Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília; professor da ENAMAT/TST – Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho; professor da EJUD10 – Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região; professor e coordenador acadêmico dos cursos de especialização em Direito e Processo do Trabalho do IDP – Instituto Brasiliense de Direito Público, em Brasília, e da ATAME Cursos e Pós-Graduação, em Brasília e Goiânia; professor licenciado do UniCEUB – Centro Universitário de Brasília; juiz titular da 6ª Vara do Trabalho de Brasília; conselheiro do Conselho Nacional de Justiça (2007-2009).

DOCTRINA

legal das tutelas provisórias do novo CPC e problematizo algumas questões que, embora neste momento teóricas, podem oferecer subsídios para reflexão de resolução de situações práticas aparentemente incômodas.

Entre o solo e o voo corre uma longa história. Que este artigo ajude a todos a tornar a decolagem mais segura e suave.

2 – PREENCHENDO ESPAÇOS: SILÊNCIOS NORMATIVOS E INTEGRAÇÃO

O direito processual do trabalho foi concebido com a ambiciosa missão de servir de plataforma de estruturação e funcionamento de um instrumento de composição de conflitos decorrentes de uma relação jurídica em que o desequilíbrio econômico (e, inevitavelmente, jurídico) entre os protagonistas contratuais e a natureza, via de regra, eminentemente alimentar dos créditos perseguidos, forjam a necessidade de procedimentos peculiares que conspiram a favor de uma prestação jurisdicional – ao menos em sua arquitetura e espírito – mais célere e efetiva.

No momento em que se consolidou esse modelo jurisdicional (inicialmente pelo Decreto-Lei nº 1.237/1939 e depois pela CLT – Decreto-Lei nº 5.452/1943), o figurino do sistema processual comum (civil e penal) revelava uma silhueta extremamente pesada, burocratizada, formalista e, por consequência, bem desgarrada de qualquer preocupação mais saliente com a celeridade judicial. Tudo aquilo que não rimava com os propósitos de um mecanismo de solução de conflitos trabalhistas...

Ao mesmo tempo, não convém esquecer o contexto jurídico e social em que emergiu esse modelo processual trabalhista.

Do ponto de vista jurídico, era um processo originalmente vinculado a um contencioso administrativo – a Justiça do Trabalho era uma instituição alojada dentro da estrutura orgânica do Ministério do Trabalho (só incorporada ao Poder Judiciário com o advento da Constituição Federal de 1946), com julgadores leigos (representantes classistas paritários) e profissionais (juristas com função desempatadora, na fase de conhecimento, e com a responsabilidade de gestão administrativa das unidades – as juntas de conciliação e julgamento) e controvérsias usualmente singelas (dissídios por inadimplência de salários, adicionais e verbas rescisórias ou para reconhecimento de vínculos informais de emprego).

DOCTRINA

No plano social, era imensa a legião de analfabetos e reduzida a quantidade de advogados no país (daí a tolerância com as figuras dos rúbulas e solicitadores).

Esta conjugação de um modelo processual tradicional (profundamente identificado – ainda que involuntariamente – com a morosidade) com a necessidade de um modelo que ensejasse acesso fácil e tramitação rápida (dada a dependência alimentar direta dos trabalhadores em relação aos rendimentos de sua atividade laboral), independentemente da assistência de advogados (*jus postulandi*) e do uso da escrita nas manifestações dos litigantes (a ponto de somente admitir a defesa oral), abriu as portas para a invenção vanguardista do direito processual do trabalho.

Para alcançar tais propósitos, estabeleceu o legislador de 1943 uma premissa quase onipresente na fisionomia do processo do trabalho: a simplicidade. Natural que, guiado pela bússola da simplicidade, o legislador imaginasse um sistema normativo de regulação dos processos trabalhistas com um reduzido número de regras – por volta de 150 artigos no Título IX da CLT (“Do Processo Judiciário do Trabalho”). Enquanto isso, o CPC então vigente (1939) dispunha de 1.052 artigos e o CPP (1941), ainda hoje em vigor, dispõe de 811 artigos.

Consciente da precariedade normativa da CLT nas matérias processuais, os mentores do procedimento trabalhista previram o socorro integrador das lacunas por meio das normas processuais comuns (ou seja, normas processuais cíveis e penais), como regra geral, ou das normas regentes das execuções fiscais, como regra especial para as execuções trabalhistas (CLT, arts. 769 e 889, respectivamente)¹.

Porém, ao mesmo tempo em que instituiu um “passaporte normativo” para acudir os aplicadores da legislação processual trabalhista nas hipóteses de omissões desta, a CLT previu, impositivamente, uma espécie de “visto de entrada”: o ingresso da norma processual comum ou de regência das execuções fiscais dependeria da percepção positiva da harmonia da norma a ser importada para o interior do processo do trabalho com princípios, regras e características deste subsistema processual peculiar.

1 Em verdade, no diploma processual antecessor da CLT (Decreto-Lei n. 1.237/1939), já havia regras com o mesmo teor:

“Art. 39. O direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, salvo naquilo em que for incompatível com as normas deste decreto-lei.”

“Art. 71. Nos transmites e incidentes dos processos de execução são aplicáveis naquilo em que não contravierem aos presentes decreto-lei, os preceitos que regem o processo dos executivos fiscais para a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Publica.”

DOCTRINA

Em outras palavras, a integração de lacunas processuais trabalhistas submete-se a um dique de contenção voltado à prevenção contra a deformação do subsistema processual laboral, evitando a colonização de sua fisionomia simples e o retorno à sua pré-história (naquele fenômeno que induziu a criação de um neologismo: a “cepecização”).

Esta relação entre processo do trabalho e processo comum, centralizada na subsidiariedade, gerou uma metodologia judicial composta, fundamentalmente, de três etapas: (1^ª) detecção da existência de uma omissão normativa total (silêncio normativo acerca de determinado aspecto procedimental ou instituto), (2^ª) identificação de norma potencialmente útil fora do arcabouço normativo trabalhista e (3^ª) verificação da compatibilidade da solução estranha cogitada em relação ao subsistema processual trabalhista.

Tal metodologia, como regra, resultava em três possíveis desfechos: aplicação subsidiária plena, aplicação subsidiária parcial (com remoção de fragmentos normativos desconfortáveis) ou inaplicabilidade, hipótese em que se confiava a superação do impasse ao juiz, criando as soluções necessariamente conformadas à fisionomia do processo do trabalho e aos princípios processuais constitucionais (normalmente assimilados como garantias fundamentais individuais de que são bons exemplos os direitos de acesso à Justiça, contraditório e ampla defesa, licitude das provas, razoável duração do processo e gratuidade judicial em relação aos contendores considerados juridicamente pobres).

Com a chegada do novo CPC surge uma novidade normativa a que não pode o direito processual do trabalho se esquivar de considerar no fluxo metodológico da atividade de integração normativa: o art. 15 do CPC contém norma de integração de lacunas nos campos dos processos administrativos, eleitorais e trabalhistas. Diz a nova regra: “na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.

Duas expressivas novidades traz o novo texto em relação ao disposto nos arts. 769 e 889 da CLT: em primeiro lugar, vislumbra-se no texto legal a expansão das possibilidades de integração das lacunas em matéria processual trabalhista, envolvendo agora não apenas a aplicação subsidiária, mas também supletiva do direito processual civil; em segundo lugar, a (aparente) abolição da terceira etapa da metodologia integradora tradicional, ou seja, a literalidade da norma sob exame permite a compreensão de que não mais se condicionaria a aplicabilidade subsidiária (ou supletiva) autorizada pelo art. 15 do novo CPC à averiguação de compatibilidade entre a regra processual civil aventada e as normas (princípios e regras) e as características do processo do trabalho.

Em relação ao primeiro aspecto destacado há mais que uma novidade: a possibilidade de incidência de normas do CPC subsidiária e supletivamente ostenta um potencial revolucionário. Ainda que parem dúvidas semânticas entre as duas expressões, num verdadeiro pêndulo doutrinário terminológico², ninguém tem dúvidas de que doravante não apenas as omissões totais guardarão a senha de abertura do subsistema processual trabalhista para a migração normativa integradora, mas igualmente as omissões parciais. O purismo normativo, que muitas vezes serve como bloqueio ao assédio de normas nocivas à fisionomia e à dinâmica singulares dos instrumentos de composição de litígios laborais, também funciona por vezes como um indesejável muro para impedir a evolução do direito processual do trabalho a partir do aproveitamento de soluções de subsistemas alheios bem mais eficazes e benéficas ao atingimento dos objetivos cruciais desta seara processual – rapidez, simplicidade e efetividade.

Pela nova conformação das possibilidades integradoras, vários desvios jurisprudenciais hoje incoerentes com a premissa operacional adotada pelo TST (omissão total), embora bem-vindos (pense-se na multa por embargos declaratórios, no manejo do edital fora da situação de criação de embargos pelo reclamado ou na expansão das hipóteses de matérias agitáveis em sede de embargos à execução fundada em título judicial, para ficar em uns poucos exemplos), estarão ao abrigo de uma permissão legal explícita.

2 Se partimos da etimologia dos vocábulos comparados, *supletivo* vem do verbo latino *supplare*, que significa “encher de novo, suprir”, prover completar; *subsidiário* vem do adjetivo *subsidiarium*, que quer dizer “que é da reserva, que vem na retaguarda, que é de reforço”, “que subsidia, ajuda, socorre”, “que reforça, aumenta, contribui”, “de importância menor, secundário, acessório”, “que reforça ou dá apoio a (algo anteriormente apresentado)” (*Dicionário eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa 1.0*). Traduzindo a distinção etimológica para o linguajar jurídico, a aplicação *supletiva* compreenderia as situações em que não há norma disponível no sistema a ser integrado e a aplicação *subsidiária* alcançaria as situações em que o sistema precisa ser reforçado, ou seja, há norma disponível, mas ela não abarca todas as necessidades de regulação jurídica.

Comungando da mesma diferenciação entre *supletividade* e *subsidiariedade*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015. p. 75; LEITE, Carlos Henrique Bezerra. A hermenêutica do novo CPC e suas repercussões no processo do trabalho. In: *Idem* (Org.). *Novo CPC: repercussões no processo do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 27; e EÇA, Vítor Salino de Moura. A função do magistrado na direção do processo no novo CPC e as repercussões no processo do trabalho. In LEITE (Org.). *Novo CPC...*, p. 43-44.

Defendendo teor semântico ao avesso aos referidos vocábulos: MEIRELES, Edilton. O novo CPC e sua aplicação supletiva e subsidiária no processo do trabalho. In: MIESSA, Elisson (Org.). *O novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 35-36.

Há de se reconhecer, todavia, que a precedência do texto do art. 769 da CLT tem incutido a preservação da ideia de aplicação subsidiária vinculada ao suprimento das omissões normativas totais.

Para aprofundamento sobre a questão das lacunas no direito processual do trabalho e as possibilidades de integração, conferir, por todos, CHAVES, Luciano Athayde. *A recente reforma do processo comum: reflexos no direito judiciário do trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.

Quanto ao segundo aspecto, não há, a rigor, novidade. Se é certo que, de fato, o art. 15 do novo CPC não menciona o requisito legal da compatibilidade sistêmica das regras processuais civis a serem exportadas para o interior do processo do trabalho, não é menos verdadeiro que as regras dos arts. 769 e 889 da CLT permanecem intactas – e ambas preveem tal exigência de compatibilidade. Assim, por diversos prismas argumentativos, pode-se afirmar a subsistência íntegra do requisito da compatibilidade como condição inafastável para integração das lacunas processuais trabalhistas:

“a) A Lei Complementar nº 95/96 banuiu do processo legislativo as revogações ou as derrogações tácitas (art. 9º) e não há, no novo CPC ou fora dele, nenhuma norma a revogar ou a alterar o teor dos dispositivos celetistas que exigem a compatibilidade (embora outras leis tenham sido alteradas pelo novo CPC como a Lei nº 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais);

b) Ao indicar os processos trabalhistas, eleitorais e administrativos, no texto legal, o Parlamento reconheceu, uma vez mais, a autonomia ontológica de outros subsistemas processuais ao lado do civil; e

c) A atenção à compatibilidade sistêmica é inerente à atividade de integração normativa como garantia de um subsistema coerente. A solução inversa seguramente desfiguraria qualquer ordenamento jurídico.”

Logo, a tarefa de integração subsidiária e supletiva das lacunas processuais laborais passa a observar um dueto normativo interativo – de um lado o art. 769 ou, conforme o caso, art. 889 da CLT e do outro lado o jovem art. 15 do CPC/2015.

Considerando que por vezes a própria CLT remete o operador judiciário a suprir as suas omissões com dispositivos do CPC expressamente indicados e tendo em conta que, a par das omissões normativas, temos também as omissões ontológicas e axiológicas, podemos esboçar uma tipologia das aplicações das normas do CPC nos processos trabalhistas:

“a) *Aplicação direta ou preferencial*: aqui a própria CLT determina, explicitamente, a aplicação de determinada regra alojada no CPC, como a disciplina da ação rescisória e da ordem preferencial de bens a serem penhorados³. Como a própria CLT autoriza a aplicação de dispositivo

3 O legislador teve o cuidado de determinar a substituição automática de todas as referências normativas ao CPC revogado pelas disposições legais correspondentes do novo CPC (CPC, art. 1.046, § 4º), quando houver, naturalmente. Exemplo de orfandade normativa no direito processual do trabalho, a partir da vigência do novo CPC, é o incidente de uniformização da jurisprudência, previsto ostensivamente no art. 896, § 3º, da CLT, na redação trazida pela Lei nº 13.015/2014, com remissão expressa aos respectivos preceitos do CPC/73, abolido na ordem processual cível atual. Para evitar o vácuo normativo, o TST editou outra Instrução Normativa (nº 40/2016), determinando que os tribunais regionais do trabalho estabeleçam o procedimento do incidente nos seus regimentos internos.

legal específico, não há necessidade de se realizar o juízo de compatibilidade, presumida pela opção ostensiva do legislador;

b) *Aplicação subsidiária*: suprimento das omissões normativas totais, isto é, abre-se a hipótese de migração normativa ante a constatação de silêncio completo da legislação processual trabalhista acerca de determinado instituto (servem como bons exemplos a reconvenção, a inspeção judicial e os embargos de terceiro – esta última ação mencionada como incidente gerador de custas processuais e ensejadora do recurso de agravo de petição, mas sem qualquer regulação procedimental no corpo da CLT);

c) *Aplicação supletiva*: com menor pudor hermenêutico a partir da importante inovação que o art. 15 do CPC carrega, será possível a aplicação de disposições do novo CPC em caráter complementar para suprimento de omissão parcial (a multa por embargos declaratórios procrastinatórios e as normas para saneamento da petição inicial servem como exemplos desta modalidade integradora); e

d) *Aplicação subversiva*⁴ ou *derrogatória*: neste caso, opera-se o aproveitamento de normas mais efetivas do CPC colidentes com a legislação processual trabalhista expressa⁵, em vários aspectos superada pelo descompasso no ritmo de modernização e aprimoramento dessa legislação especial em comparação com a legislação processual comum.”

Em suma, a visualização de um maior diâmetro de normatividade alheia aproveitável não significa a defesa de um processo de colonização do processo do trabalho pelo CPC. Afinal, muito mais importante do que constatar a existência de omissão (total ou parcial; normativa, axiológica ou ontológica)

4 A locução talvez seja nova, mas a ideia que transporta, não: “mesmo que a CLT não seja omissa, não se pode recusar a incidência do CPC, quando este esteja mais avançado no aspecto específico” (MAIOR, Jorge Luiz Souto. Relação entre o processo civil e o processo do trabalho. In: MIESSA, Elisson [Org.]. O novo CPC e seus reflexos no processo do trabalho. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 164).

5 A expressão utilizada talvez assuste, mas não representa um fenômeno recente ou juridicamente beligerante. Bem ao contrário, a aplicação subversiva do CPC (ou seja, em contraste com norma expressa na legislação processual trabalhista, atualmente menos efetiva) está presente na realidade forense laboral há algum tempo. Para ilustrar as situações de aplicação subversiva da legislação processual civil vem bem a calhar a lembrança das seguintes situações: (a) a Súmula n 303/TST (que, em afronta elogiável ao disposto no art. 1 , V, do Decreto-Lei n 779/69, flexibilizou a remessa dos autos para reexame necessário sempre que a Fazenda Pública sofra condenação judicial, dando prevalência ao disposto no art. 475 do CPC/73, hoje art. 496); (b) a aceitação de outras matérias de defesa nos embargos à execução fundada em título judicial (CPC/73, art. 475-L; CPC, art. 525, § 1), a despeito da clareza do disposto no art. 884 da CLT, que enumera, aparentemente de modo taxativo, as alegações aceitáveis na Justiça do Trabalho; e (c) o cabimento de multa para repressão a embargos declaratórios de cunho procrastinatório (CPC/73, art. 538, parágrafo único; CPC, art. 1.026, § 2 , apesar do regramento aparentemente exauriente contido no art. 897-A da CLT).

é proceder ao teste de diapasão para verificar o nível de afinação da norma do CPC cogitada com regras, princípios e características do processo do trabalho.

Como essa afinação para aferição da compatibilidade das normas processuais comuns com o subsistema processual trabalhista não é uma operação mecânica e totalmente previsível – nem sempre será fácil identificar se a norma a ser importada mostra-se mais vantajosa ou mais danosa, é natural que se valorizem os contributos da doutrina e, em especial, da jurisprudência para a definição das disposições aplicáveis do CPC no processo do trabalho. São vários os exemplos de diretrizes jurisprudenciais que incorporam institutos processuais civis para o interior do processo do trabalho: Súmulas ns.164 (juntada de procuração por advogado), 175 (recurso adesivo) e 263/TST (emenda e inépcia da inicial), para ficar em alguns exemplos ilustrativos.

Com a chegada de uma nova legislação processual civil com novas potencialidades integradoras, é previsível que os primeiros tempos de sua vigência venham a ser uma era de grandes incertezas no âmbito da Justiça do Trabalho até a decantação progressiva das indicações da jurisprudência predominante.

Procurando acelerar o processo de pacificação da jurisprudência em matéria processual, o Tribunal Superior do Trabalho, a exemplo do que fizera em outro momento de grande expectativa jurídica (o início da vigência da Emenda Constitucional nº 45/04 e a expressiva ampliação de competência da Justiça do Trabalho), tomou a iniciativa de editar, após um breve período de discussões internas, uma norma apontadora de situações de aplicabilidade e de inaplicabilidade do novo CPC ao direito processual do trabalho – a Instrução Normativa nº 39/2016.

Em tal ato, o TST distribui parte dos dispositivos do novo CPC em três grupos:

- a) dispositivos absolutamente inaplicáveis ao processo do trabalho (arts. 2º e 11);
- b) dispositivos plenamente aplicáveis, sem ressalvas (arts. 3º, 13 e 17); e
- c) dispositivos aplicáveis com reservas (arts. 4º a 10, 12, 14, 15 e 16).

Antes de avançar no tema específico deste estudo, soa interessante discutir a juridicidade da aludida instrução normativa.

É indubitável que aos Tribunais se atribui poder normativo, porém limitado à auto-organização – poder normativo autônomo (CF, art. 96, I, *a*) ou, em caráter regulamentar ou suplementar, nas matérias expressamente delegadas pelo legislador (por exemplo: CLT, art. 909; e CPC, arts. 148, § 3º, 930, 937, IX, e 1.021, *caput*).

DOCTRINA

No sistema constitucional brasileiro de divisão funcional de poder, o protagonismo na edição de normas processuais é do Congresso Nacional (CF, arts. 22, I, e 44). Logo, nenhum tribunal superior, nem mesmo o Supremo Tribunal Federal, tem competência para legislar sobre matéria processual fora das situações explicitamente permitidas pela Constituição Federal ou por delegação legislativa específica.

Portanto, sendo de se presumir a conformidade do ato normativo editado com as normas constitucionais, não se pode imputar índole normativa à Instrução Normativa nº 39/TST, por mais aparentemente paradoxal que possa parecer a afirmação, ou seja, tal diploma é totalmente desprovido de vinculatividade.

Resta à Instrução Normativa nº 39/TST o caráter meramente orientador, pois, de um lado, as resoluções administrativas (atos de aprovação das normas internas dos tribunais) não têm efeito vinculante ou inibitório, porque não decorrem de atividade jurisdicional e, de outro lado, atos internos dos tribunais, como instruções normativas e outros ordenamentos regulamentares (regimentos internos, provimentos das corregedorias, ofícios-circulares, portarias, ordens de serviço, etc.), não podem reger relações externas às suas fronteiras, salvo quando haja delegação legislativa com tal conteúdo. Afinal, o art. 96, inciso I, alínea *a*, da Constituição Federal confere poder normativo aos tribunais para elaborarem seus regimentos internos, “com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos”, ou seja, salvo delegação legislativa, inexistente para regulamentação das possibilidades integratórias do direito processual do trabalho pelo CPC, as instruções normativas do TST não dispõem de força normativa imperativa própria para implementação de normas processuais com a amplitude da norma comentada⁶. Compreensão distinta da função meramente orientadora de instruções normativas nos moldes daquela aqui focalizada implicaria a inadmissível e abominável usurpação da competência legislativa da União em matéria processual (CF, art. 22, I).

6 “(...) Tribunal que não dispõe de poderes normativos para disciplinar matéria recursal em contrariedade à lei. Inteligência do art. 96, I, *a*, da Constituição Federal. Inconstitucionalidade formal da alteração regimental. Garantia da razoável duração do processo (art. 5, LXXVIII, da CF) que não a legitima. Violação dos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa (art. 5, LIV e LV, da CF). Ilegalidade flagrante. (...) Assim como o legislador não pode se imiscuir em matéria reservada ao regimento interno dos tribunais, a esses é vedado desbordar de seus poderes normativos e dispor sobre matéria de competência privativa da União (art. 22, I, da CF), sob pena de inconstitucionalidade formal. Precedentes. 2. A atribuição de poderes aos tribunais para instituir recursos internos e disciplinar o procedimento dos recursos que devam julgar não lhes outorga competência para criar requisito de admissibilidade recursal não previsto em lei. Inteligência do art. 96, I, *a*, da Constituição Federal (...). A garantia constitucional da duração razoável do processo não pode ser hipertrofiada em prejuízo da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5, LV, da CF), salvo quando nítido o abuso do direito de recorrer (...).” (STF, Pleno, HC 125.768, Toffoli, j. 24.06.2015, DJe 28.09.2015)

Assim, a Instrução Normativa nº 39/TST deve ser encarada como um conjunto de orientações, emanadas de uma fonte de altíssimo nível e que permite “adivinhar” algumas inclinações jurisprudenciais da Corte Maior em matéria trabalhista em torno da aplicabilidade do novo CPC na Justiça do Trabalho⁷. Porém, sem nenhuma eficácia vinculante ou constrangedora sobre a formação da convicção dos magistrados de primeiro e de segundo grau. Antes de uma norma, a instrução é um sério convite à reflexão sobre alguns aspectos pontuais e relevantes acerca da incidência do novo CPC no processo do trabalho. É com este espírito que se encara o problema central neste estudo.

3 – TUTELAS PROVISÓRIAS: RAZÃO DE SER

Ao lado das tutelas cognitivas (nas quais o autor persegue o reconhecimento judicial de um direito) e das tutelas executivas (moldadas para satisfação de um direito pré-constituído estampado em um documento a que a lei confira o *status* de *título executivo*) estavam as tutelas cautelares – vocacionadas a assegurar o resultado prático útil do futuro provimento jurisdicional.

Na nova arquitetura processual civil, as tutelas cautelares subsistiram, mas agora como uma subespécie do conjunto das *tutelas provisórias*, fazendo companhia às outrora formas de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional (CPC/73, art. 273), agora nominalmente divididas em *tutelas antecipadas* e *tutelas de evidência*. A ideia de valorização das tutelas provisórias arranca do propósito legislativo de promover uma melhor distribuição dos ônus decorrentes da “natural” demora do tempo processual. A distribuição “equitativa” do tempo processual até o advento do novo CPC revelava-se, no fundo, extremamente iníqua. Afinal, “o ônus do tempo do processo não pode ser atribuído àquele que aparentemente tem razão”⁸.

Como um dos antídotos a tais males decorrentes do tempo, a par da tendência contemporânea pela “desjudicialização” de certas ações (como as consignações em pagamento “bancárias”, as recuperações extrajudiciais e as escrituras públicas de divórcio e de inventário e partilha) e pela sumarização dos ritos (de que são bons exemplos os juizados especiais cíveis, criminais e

7 Este caráter orientador está nas entrelinhas dos *consideranda* que fundamentaram a referida Instrução Normativa:

“considerando o escopo de identificar apenas questões polêmicas e algumas das questões inovatórias relevantes para efeito de aferir a compatibilidade ou não de aplicação subsidiária ou supletiva ao Processo do Trabalho do Código de Processo Civil de 2015,

considerando a exigência de transmitir segurança jurídica aos jurisdicionados e órgãos da Justiça do Trabalho, bem assim o escopo de prevenir nulidades processuais em detrimento da desejável celeridade.”

8 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2016. v. 2. p. 223.

DOCTRINA

fazendários e o rito sumariíssimo trabalhista), assume grande relevo o aprimoramento das tutelas satisfativas e de apoio – mais conhecidas no jargão jurídico como “tutelas antecipadas” e “tutelas cautelares”.

O novo CPC, em vigor desde o dia 18 de março de 2016, implementou um novo regime destinado a aperfeiçoar tais modalidades de tutelas, com o propósito de emprestar-lhes maior efetividade. Para tanto, dentre outras inovações:

“a) reúne, sob a categoria eclética das tutelas provisórias, a jovem antecipação dos efeitos da tutela, por urgência ou por evidência, e as antigas ações cautelares, introduzindo, para tanto, a ideia de um novo dualismo jurisdicional no texto legal – o novo CPC assimila em seu texto inédita divisão das tutelas jurisdicionais em tutelas definitivas e tutelas provisórias, nas quais foram congregadas as tutelas de urgência (fundadas prioritariamente nos riscos da demora do provimento da tutela definitiva) e as tutelas de evidência (fundadas prioritariamente na forte plausibilidade da pretensão de fundo). As tutelas de urgência compreendem a tutela antecipada (satisfativa) e a tutela cautelar (assecuratória da efetividade da futura tutela definitiva) e ambas podem ser concedidas antecedentemente (antes da propositura da ação judicial a que estejam vinculadas) ou incidentalmente (inclusive liminarmente ou após justificção prévia). As tutelas de evidência podem ser concedidas liminarmente ou incidentalmente (não há previsão de tutela de evidência antecedente no texto do novo CPC);

b) abole, na nova arquitetura das tutelas provisórias delineada no CPC, como categoria autônoma, o processo cautelar;

c) confere autonomia a uma modalidade peculiar de tutela antecipada (satisfativa) cuja concessão não está atrelada diretamente aos malefícios do tempo, mas aos malefícios da resistência defensiva irrazoável – a tutela de evidência (documentada ou punitiva);

d) elimina, como ritos especiais autônomos, praticamente todas as cautelares nominadas previstas na legislação processual revogada que ostentavam, de direito, a real natureza cautelar (isto é, medidas devotadas a resguardar o resultado útil do processo judicial), e não medidas meramente acauteladoras (como notificações, protestos e interpelações, reclassificadas agora, mais adequadamente, como procedimentos de jurisdição voluntária, nos arts. 726 a 729 do CPC) – basicamente, remanesceu apenas a produção antecipada de provas como medida cautelar nominada com rito próprio (CPC, arts. 381 a 383);

DOCTRINA

e) dispensa a caução dos autores economicamente hipossuficientes nas tutelas de urgência (CPC, art. 300, § 1º);

f) exige que a fundamentação da decisão que defira ou negue a tutela provisória não se valha de fórmulas genéricas jurídica e retoricamente insignificantes, proscrevendo expressões usuais como ‘presentes os pressupostos específicos, defiro a liminar’ (arts. 298 e 489, § 1º, III);

g) elimina o dualismo instrumental das tutelas cautelares (ou seja, a necessidade de duas ações – a ação principal e a ação cautelar acessória, preparatória ou incidental) mediante a inserção do pedido alusivo à ação principal dentro dos autos da tutela cautelar preparatória – agora rebatizada de ‘antecedente’ – e *vice-versa* (autorizando que os requerimentos incidentais de tutela cautelar prescindam doravante de nova base isolada de suporte – ou seja, novos autos físicos ou eletrônicos, correndo nos mesmos autos da ação a que aluda o pleito urgente);

h) inventa a antecipação autônoma dos efeitos da tutela à qual há de ser acoplada, mais adiante, a petição inicial alusiva ao pedido principal (tutela antecipada antecedente); e

i) abre, inspirado em institutos do direito processual francês (*procédure de référé* e *procédure sur requête*) e italiano (*provvedimenti d’urgenza*), a possibilidade exótica de estabilização da tutela antecipada antecedente em caso de conformismo processual do réu, ainda que criando um instituto inexistente no direito comparado.”⁹

Pode-se visualizar a divisão das tutelas segundo a literalidade do novo CPC, a partir do seguinte quadro sinótico:

TUTELA JURISDICIONAL						
TUTELAS PROVISÓRIAS					TUTELA DEFINITIVA (SENTENÇA)	
Tutelas de urgência				Tutela de evidência		
Antecipada		Cautelar				
Antecedente	Incidental	Antecedente	Incidental	Liminar		Incidental

4 – TUTELAS PROVISÓRIAS TRABALHISTAS

Se a ideia-guia fundamental das tutelas provisórias em geral consiste em mitigar ou evitar os males que o tempo provoca sobre a eficácia da atividade jurisdicional, não soa perturbador afirmar, de cara, que as normas sobre tutelas

9 MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *Novo Curso...*, p. 226.

provisórias são bem-vindas ao processo do trabalho. Afinal, a fisionomia do processo do trabalho deita raiz na natureza alimentar dos créditos normalmente perseguidos nas reclamações trabalhistas. Essa natureza alimentar impõe um regime de urgência permanente nas diversas formas de tutela jurisdicional trabalhista, visível na simplificação do acesso à Justiça (possibilidade de ajuizamento oral da ação, imprevisão de preparo para propositura da reclamação), na hiperconcentração dos atos processuais (audiência una), eficácia imediata potencial de toda sentença condenatória, executável provisoriamente de imediato, e na executividade de ofício dos títulos judiciais, para ficar em alguns poucos exemplos.

Portanto, se a entrega efetiva da jurisdição trabalhista é, por inerência ao tipo de conflito que ela procura pacificar, urgente, é o processo laboral naturalmente vocacionado a receber bem as soluções processuais alheias que permitam maior celeridade na satisfação do direito ou maior garantia de êxito da atividade estatal de distribuição de Justiça.

A guiar-se pela literalidade da diretriz lacônica oriunda da Instrução Normativa nº 39/TST, que, sem nenhuma observação ou ressalva, declara plenamente aplicáveis os dispositivos alusivos às tutelas provisórias (art. 3º, VI), a tarefa parece muito singela. Também alguma doutrina pioneira tem sinalizado na mesma direção¹⁰.

Porém, aproximando, com postura reflexiva, o olhar do operador judiciário trabalhista sobre o novo conjunto de normas reguladoras das tutelas provisórias, percebe-se que a missão não é assim tão banal.

Importante recordar, inicialmente, que a CLT e a legislação que a complementa são indigentes nesta matéria.

A rigor, vamos encontrar, como normas de tutelas provisórias especialmente voltadas ao processo do trabalho, apenas alguns dispositivos esparsos a cuidar de situações bem específicas – a possibilidade de concessão de liminares para reversão de transferência ilícita de empregado e para reintegração de dirigente sindical “afastado, suspenso ou dispensado” (CLT, art. 659, IX e

10 Dentre muitos autores que já dedicaram estudos ao tema, entendendo pelo cabimento irrestrito das regras relativas à tutela provisória do CPC no processo do trabalho: SILVA, Bruno Freire e. *O novo CPC e o processo do trabalho*. I: Parte Geral. São Paulo: LTr, 2015. p. 204-216; em termos, tendo por duvidosa a aplicação: LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1.697; com críticas a determinados aspectos da regulamentação das tutelas provisórias: SILVA, José Antonio Ribeiro de Oliveira (Coord.). *Comentários ao novo CPC e a sua aplicação ao processo do trabalho atualizado conforme a Lei nº 13.256/2016*. São Paulo: LTr. v. I. p. 281-313.

X)¹¹ e a vedação de concessão de liminares para saque imediato do FGTS (Lei nº 8.036/90, art. 29-B)¹².

A singeleza do texto celetista – o único a interessar para o estudo, vez que a outra norma (no seio da legislação do FGTS) simplesmente proíbe a antecipação dos efeitos da tutela, não trazendo nenhum ingrediente de interesse do ponto de vista meramente processual – tem suscitado o curioso debate sobre a natureza das respectivas hipóteses de tutela provisória. Seriam elas tutelas antecipadas ou cautelares?

Para alguns, as duas medidas liminares previstas na CLT confinam-se no âmbito das tutelas antecipadas de urgência¹³. Todavia, é preciso convir que as tutelas antecipadas, como espécie do gênero “tutelas de urgência” (CPC, art. 294, parágrafo único), pressupõem, como traço causal comum, o risco na demora do provimento judicial final (CPC, art. 300). Ocorre que do texto legal celetista não se deduz, senão com grande capacidade de transcendência interpretativa, nenhuma exigência de revelação do *periculum in mora* como premissa essencial para deferimento das medidas ali contempladas. A urgência da concessão das liminares contempladas no texto da CLT é presumida *ope legis* pelos transtornos que a dispensa de dirigente sindical e a transferência ilícita de empregado geram.

Tampouco tais liminares podem ser encaradas como cautelares, pois, a par da inexigibilidade da demonstração de urgência, as cautelares visam assegurar o resultado útil do processo (CPC, art. 305)¹⁴ e não se infere esta índole mera-

11 “Art. 659. Competem privativamente aos Presidentes das Juntas [atualmente Juizes do Trabalho], além das que lhes forem conferidas neste Título e das decorrentes de seu cargo, as seguintes atribuições:

(...)

IX – conceder medida liminar, até decisão final do processo, em reclamações trabalhistas que visem a tornar sem efeito transferência disciplinada pelos parágrafos do art. 469 desta Consolidação;

X – conceder medida liminar, até decisão final do processo, em reclamações trabalhistas que visem reintegrar no emprego dirigente sindical afastado, suspenso ou dispensado pelo empregador.”

12 “Art. 29-B. Não será cabível medida liminar em mandado de segurança, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, nem a tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil que impliquem saque ou movimentação da conta vinculada do trabalhador no FGTS.”

A remissão legislativa a dispositivos legais agora revogados é juridicamente irrelevante porque o art. 1.046, § 4, do CPC resguardou-a, determinando expressamente a aplicação automática dos dispositivos correlatos no novo Código.

13 Neste sentido: LEITE, *Curso...*, p. 1.659; SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 1.350-1.351; e CASTELO, Jorge Pinheiro. *Tutela antecipada*. São Paulo: LTr, 1999. v. II. p. 83-84.

14 O CPC repete uma locução que também é uma noção conceitual do que seja a tutela cautelar: providências judiciais destinadas a assegurar o “resultado útil do processo”. A pergunta que pode surgir quando relemos essa expressão jurídica clássica é: a quem serve esse resultado útil do processo? Embora seja

mente instrumental nas duas hipóteses legais analisadas, pois não se limitam a resguardar os efeitos práticos da prestação jurisdicional, ao fim do processo, mas a satisfazer de imediato direitos subjetivos violados de trabalhadores¹⁵.

Sendo espécies inequívocas de tutela provisória (vez que se cogita da concessão de medidas liminares)¹⁶, não sendo tais situações correspondentes a tutelas de urgência e ostentando claro cariz de medidas tipicamente satisfativas (restauração imediata do gozo do direito individual violado à estabilidade geográfica ou à estabilidade sindical), as hipóteses legais vislumbradas na CLT mais se afinam com as tutelas de evidência – modalidade de tutela provisória em que a satisfação imediata do direito perseguido pela parte é autorizada por expressa previsão legal, independentemente da existência de qualquer risco imediato de perecimento do direito ou de frustração do resultado útil do processo. Assim, mais uma vez, o processo do trabalho revela mais um episódio de vanguarda ao contemplar a possibilidade de liminares para satisfação imediata de determinados direitos, independentemente da demonstração do perigo na demora do provimento jurisdicional final.

relevante ao Estado ter a garantia de que seu pronunciamento não será apenas um pedaço de papel, despojo de qualquer efetividade, inegavelmente o maior e final beneficiário da tutela cautelar é o titular do direito material que dá suporte ao pedido de proteção judicial provisória. Talvez esta constatação permita a conclusão de que o que distingue a tutela antecipada da tutela cautelar não seja apenas o caráter instrumental desta e satisfativo daquela. No fundo, não dá para desconsiderar que ambas ostentam cunho satisfativo. O elemento que realmente distinguirá as duas importantes tutelas provisórias é, curiosamente, o tempo: a tutela antecipada tem por alvo a satisfação imediata do direito material; a tutela cautelar tem por alvo a satisfação diferida do direito material. Em sentido convergente, discorrendo sobre os objetivos principais das tutelas cautelares antecedentes, soa oportuna a transcrição da seguinte lição: “seu objetivo é: *i*) adiantar provisoriamente a eficácia da tutela definitiva cautelar; e *ii*) assegurar a futura eficácia da tutela definitiva satisfativa” (DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 2. p. 627).

- 15 Daí ser difícil concordar com a insinuação de que se revistam de natureza cautelar as hipóteses de liminar na CLT, extraída a partir do Enunciado n. 28/FNPT: “ART. 769 DA CLT E ARTS. 305 E 310 DO NCPC. TUTELA DE URGÊNCIA ANTECEDENTE E INCIDENTAL. (...) A tutela cautelar, em suas modalidades, é compatível com o processo do trabalho e com as medidas liminares previstas no art. 659, IX e X, da CLT, devendo o autor indicar, na petição inicial, quando antecedente, ‘a lide e seu fundamento’ e a ‘exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo’ (NCPC, art. 300, *caput*)”.
- 16 “Chamam-se medidas liminares, no direito brasileiro, aquele grupo de providências – proferidas no curso de um determinado processo, e necessariamente antes e até que a providência final, à obtenção da qual ele se destina, possa ser emitida – que antecipam os ‘efeitos práticos’ que resultariam dessa mesma providência final, se ela acolhesse o pedido do autor” (GUERRA, Marcelo Lima. As liminares na reforma do CPC. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [Coord.]. *Liminares*. São Paulo: RT, 1995. p. 186). O novo CPC, contudo, ora atribui ao vocábulo mais restrito a designar decisões, em sede de tutela provisória, logo no início do procedimento, sem oitiva do réu e quando desnecessária a realização de audiência de justificação prévia (CPC, art. 300, § 2). Em outra passagem, a expressão identifica a tutela provisória solicitada no bojo da petição inicial, sendo um tipo singular de tutela incidental (CPC, art. 311, parágrafo único).

Entretanto, o louvável pioneirismo normativo da CLT não acode a grande gama potencial de situações subjetivas provisoriamente tuteláveis na seara laboral. Não somente os empregados estáveis pelo exercício de mandato sindical e empregados indevidamente transferidos têm interesse num socorro jurisdicional imediato. E para os demais (e numerosos) casos em que empregados, empregadores ou terceiros de algum modo a eles vinculados tivessem a necessidade de uma medida judicial imediata, sempre se buscava o amparo integrativo do CPC. Seja no campo das tutelas antecipadas, seja no âmbito das tutelas cautelares, os institutos processuais civis respectivos sempre foram importados para o processo do trabalho sem questionamentos relevantes ante a omissão da legislação processual trabalhista e a indiscutível compatibilidade das normas então existentes.

Se num ambiente normativo cuja literalidade textual exigia omissão total da legislação processual trabalhista para o aproveitamento das normas processuais civis (CLT, art. 769) já se aceitava a incidência das regras sobre tutela antecipada e processos cautelares (apesar da existência de tutelas provisórias específicas no corpo da CLT), mais facilmente será aceitável, em geral, a nova regulamentação das tutelas provisórias ante o passaporte normativo ampliativo que o CPC se outorgou por intermédio da regra estampada em seu art. 15¹⁷. Afinal, como já visto, expressamente autoriza tal disposição (inédita no direito brasileiro) a incidência de normas processuais civis nos processos trabalhistas não só subsidiária, como sempre disse o art. 769 da CLT, mas também supletivamente, dando mais substância à construção de um novo princípio processual trabalhista emergente – o “princípio da prevalência da norma mais efetiva”¹⁸.

Neste cenário, é tranquila a admissão do novo regime de tutelas provisórias para o interior do processo do trabalho¹⁹. Porém, é preciso verificar se não há situações pontuais de incompatibilidade que exijam a rejeição ou a adaptação da jurisdição trabalhista²⁰.

17 “Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.”

18 Sobre o tema: SOUZA Jr., Antonio Umberto de. Um olhar invejoso de uma velha senhora: a execução trabalhista no ambiente da Lei n. 11.381/2006. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 73, n. 1, jan./mar. 2007, p. 135. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/biblioteca/2007-vol.-73/-/document_library_display/w681/view/1312858/8048?_110_INSTANCE_w681_redirect=http%3A%2F%2Fwww.tst.jus.br%2Fweb%2Fbiblioteca%2F2007-vol.-73%3Fp_p_id%3D110_INSTANCE_w681%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-2%26p_p_col_count%3D5>. Acesso em: 1 maio 2016.

19 CALVET, *ob. cit.*, p. 175.

20 Cf., por todos que defendem a subsistência do quesito de compatibilidade principiológica das regras a importar com o sistema processual trabalhista, ainda que não reconhecendo a autonomia do direito processual do trabalho: MEIRELES. *O novo CPC...*, p. 31-54.

Passa-se ao exame de algumas particularidades acerca das tutelas provisórias em interação com o processo do trabalho.

5 – TUTELAS CAUTELARES TRABALHISTAS

No campo da tutela cautelar, as mudanças são pouco perceptíveis e, por isso, não oferecem sementes onde possam brotar dúvidas muito relevantes.

As alterações mais significativas dizem respeito ao veículo processual dos pedidos de tutela cautelar. Anteriormente, as medidas preventivas eram postuladas em ações próprias – preparatórias ou incidentais, mas sempre autônomas e acessórias a uma ação principal, a ser proposta (preparatórias) ou já em curso (incidentais). Agora, o legislador simplificou, unificando tutela cautelar e tutela definitiva em um só corpo processual:

“a) se a medida cautelar precede a ação judicial voltada à tutela definitiva, estaremos diante de uma tutela cautelar antecedente. Nela, a parte autora indica, resumidamente, a lide e o seu fundamento, o direito a ser resguardado e o risco ao resultado útil do processo (CPC, art. 305), podendo requerer a concessão de liminar sem audiência da parte contrária ou após justificação prévia (art. 300, § 2º)²¹. Se vier a ser concedida a tutela de urgência, o autor deverá formular, nos mesmos autos, no prazo de 30 dias contados da efetivação da medida judicial provisória, o pedido principal (CPC, art. 308);

b) se a medida cautelar acompanha a ação judicial ou é postulada depois de seu ajuizamento (tutela cautelar incidental), as providências serão solicitadas nos mesmos autos da ação a que esteja vinculada;

c) antecedente ou incidental a tutela cautelar, correrão nos mesmos autos, em momentos distintos, o prazo para contestar a cautelar e o prazo para contestar a ação a que a cautelar esteja atrelada, ainda que por uma única citação (CPC, arts. 306 e 308, § 4º).”

6 – TUTELA ANTECEDENTE TRABALHISTA E RECLAMAÇÕES PLÚRIMAS

Outra questão que aflora da análise da aplicabilidade do novo regime de tutelas provisórias do CPC consiste em saber como proceder para formular o pedido principal nas corriqueiras hipóteses em que a tutela antecedente

21 Salvo quando requerida a Fazenda Pública, hipótese em que a lei proíbe a concessão de tutela provisória sem oitiva anterior da ré (CPC, art. 1.059).

(cautelar ou antecipada) for requerida por sindicato, na condição de substituto processual, e o pedido principal (geralmente, uma reclamação trabalhista) exigir, pela heterogeneidade dos direitos em xeque ou pela imprescindibilidade da produção de prova oral para cada caso, que cada trabalhador substituído tenha de formular seu pedido isoladamente ou, quando muito, em pequenos grupos de pessoas com situações assemelhadas.

No regime anterior, o sindicato propunha uma ação cautelar inominada preparatória (às vezes, de caráter indisfarçavelmente satisfativo, o que não obstava seu processamento pelo princípio da fungibilidade de tais tutelas de urgência – CPC/73, art. 273, § 7º) e, deferida e efetivada a medida cautelar assecuratória do sucesso das prováveis execuções futuras, eram ajuizadas as reclamações individuais ou em grupos em idêntica situação fática, distribuídas ao mesmo juízo receptor da ação cautelar.

No novo ambiente do CPC de 2015, a ação cautelar preparatória foi substituída, como já destacado, pela tutela cautelar antecedente e criou-se a tutela antecipada antecedente quando a parte deseje, num primeiro momento, apenas a satisfação imediata de direito violado. Em ambos os casos (tutela cautelar antecedente e tutela antecipada antecedente)²², temos uma ação judicial mutante que começa como tutela provisória e, posteriormente, transforma-se na ação de conhecimento ou execução a que esteja atrelada a pretensão definitiva, sem a necessidade do ajuizamento de uma nova ação²³.

Agora, portanto, se se seguir à risca o que programa o art. 308 do CPC, gerar-se-ia um transtorno de enorme dimensão ao se exigir que o pedido principal seja apresentado nos autos da tutela cautelar ou antecipada antecedente,

22 Outro aspecto em que o CPC foi omissivo consiste no tratamento desta ação mutante ante a implantação do processo judicial eletrônico, presente em todas as unidades judiciárias trabalhistas no momento em que entrou em vigor. Em torno do problema, confira-se o Enunciado n. 15/EJUD10: “PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO. TUTELA CAUTELAR REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE. PROPOSITURA DO PEDIDO PRINCIPAL NOS MESMOS AUTOS, POR SIMPLES PETIÇÃO. MUDANÇA DE CLASSE PROCESSUAL. Aplica-se ao Processo do Trabalho a regra do art. 308, *caput*, do CPC, segundo a qual, efetivada a tutela cautelar requerida em caráter antecedente, o pedido principal, sob pena de extinção da tutela cautelar, terá de ser formulado pelo autor, no prazo de 30 dias, por mera petição, nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar. A Secretária, apresentado o pedido principal, procederá, para fins de apuração estatística, à retificação da autuação dos autos eletrônicos, inserindo a nova classe processual atinente à ação tida por principal”.

23 A fungibilidade entre as tutelas persiste, sendo irrelevante que o texto legal, com o mesmo defeito redacional do diploma revogado, teime em indicar, agora em ordem inversa ao que estatuiu o art. 273, § 7, do CPC/73, a fungibilidade apenas em um sentido – a receptividade judicial da tutela cautelar como antecipada (CPC, art. 305, parágrafo único). Evidentemente, a recíproca é verdadeira, pois a ideia que permeia o dispositivo é evitar que um formalismo exacerbado sirva como pretexto para o não conhecimento do pedido de tutela provisória. Neste sentido da fungibilidade de mão dupla: SCHIAVI, *Manual...*, p. 1.351-1.352; e SILVA, José Antonio Ribeiro de Oliveira (Coord.), *Comentários...*, p. 306.

pois, de um lado, há restrições para a formação do litisconsórcio ativo trabalhista bem mais severas que aquelas estabelecidas no processo civil (o art. 842 da CLT exige total homogeneidade dos pedidos formulados pelos trabalhadores nas reclamações plúrimas, enquanto o art. 113 do CPC tem por suficiente a comunhão de direitos ou obrigações, a conexão pelo pedido ou pela causa de pedir ou simplesmente a afinidade de questões trazidas pelos litisconsortes) e, por outro lado, a pulverização de ações individuais (inclusive para obtenção da tutela cautelar ou antecipada antecedente) tornaria impossível ou bem difícil a boa condução do caso e mais ainda o seu acompanhamento pelos interessados.

Neste cenário temerário, a solução passa pela inevitável adequação do (novo) regime do CPC às (velhas) características do processo do trabalho.

Assim, no exercício de seus amplos poderes de direção do processo (CLT, art. 765), soa mais adequado que o juiz do trabalho determine que apenas uma reclamação (individual ou de um grupo com situação fática homogênea) seja incluída aos autos da tutela cautelar ou antecipada antecedente – que se transformará em uma ação de conhecimento ou execução –, com o propósito de controlar a conservação da eficácia da tutela provisória deferida (mantém-se, no novo diploma processual, a obrigatoriedade de apresentação da ação principal no prazo de 30 dias, contados da efetivação da tutela cautelar – CPC, arts. 308 e 309, I – e impõe-se, nas tutelas antecipadas antecedentes, o aditamento da inicial em 15 dias para inserção da narrativa completa e os pedidos almejados em caráter definitivo). Quanto às demais ações dependentes, devem elas ser distribuídas ao mesmo juízo, prevento, e autuadas separadamente em relação ao processo em que tenha sido obtida a tutela cautelar ou antecipada antecedente. Deve ser averbada a existência da tutela cautelar ou antecipada antecedente em cada uma das ações individuais e estas devem ser informadas nos autos “principais” da ação que abriga a tutela provisória antecedente, que correrá como uma espécie de processo piloto.

Outra alternativa, tecnicamente viável, mas de prognóstico com prováveis tumultos, seria o ajuizamento das reclamações individuais com pedidos liminares de tutela cautelar (CPC, art. 308, § 1º) ou antecipada²⁴. Afinal, a tutela cautelar ou antecipada liminar equipara-se, em termos procedimentais, à tutela cautelar ou antecipada incidental e, assim, não haveria a preocupação com o ajuizamento das reclamações individuais logo após a concessão da

24 É certo que o texto do novo CPC não menciona a tutela antecipada liminar – figura intermediária entre a tutela antecipada antecedente e a tutela antecipada incidental. Porém, a imprevisão não permite a dedução de que o novo regime das tutelas provisórias rejeite tal possibilidade. O tema será abordado mais adiante, neste estudo.

tutela provisória. O problema é que se corre o risco de dispersão de esforços, inclusive no plano estratégico da atividade jurisdicional, muito mais eficiente quando concertada, evitando redundâncias e desperdício de atos processuais e de tempo de tramitação do processo.

7 – TUTELAS TRABALHISTAS DE EVIDÊNCIA

Outra modalidade muito útil de tutela provisória do CPC, na Justiça do Trabalho, é a tutela de evidência.

Enquanto nas tutelas de urgência o fator decisivo é o tempo, nas tutelas de evidência a questão preponderante é a inconsistência ou inocuidade (concreta ou potencial) da defesa do réu. O autor candidata-se à tutela imediata de evidência (CPC, art. 311) por perseguir direito de fortíssima plausibilidade.

Na arquitetura do CPC, as tutelas de evidência podem ser requeridas liminarmente (ou seja, concomitantemente com o ajuizamento da reclamação) ou incidentalmente (ou seja, com a reclamação já em curso).

Poderá ser requerida liminarmente ou incidentalmente a tutela de evidência documentada quando o pedido da ação judicial se alicerce em matéria favoravelmente contemplada em recursos repetitivos ou súmula vinculante cujo direito seja suscetível de revelação mediante prova documental exclusivamente ou quando o pleito compreenda a devolução de bem objeto de contrato de depósito documental comprovado (CPC, art. 311, II, III e parágrafo único).

Poderá a tutela de evidência ser requerida apenas incidentalmente (após a verificação da possibilidade de exercício do contraditório) quando fundada em abuso do direito de defesa, inclusive por manobras protelatórias (tutela de evidência punitiva), ou, no ambiente das tutelas de evidência documentada, quando fundadas na ineficácia da defesa por não trazer contraprova documental suficiente para gerar dúvida razoável em relação ao acervo documental acostado à inicial (CPC, art. 311, I, IV e parágrafo único)²⁵.

Seriam as tutelas de evidência do CPC aplicáveis ao processo do trabalho?

Pense-se nas demandas individuais multitudinárias em que a jurisprudência já tenha sinalização clara e pacífica no sentido de procedência da pretensão, dependente apenas de prova documental (por exemplo, a incorporação

25 A concessão de liminares ocorrerá sem a audiência prévia da parte contrária, não havendo sacrifício, mas mera postergação do exercício do contraditório (LARA, Betina Rizzato. *Liminares no processo civil*. São Paulo: RT, 1993. p. 74-75). Contra, entendendo ser sempre compulsória a oitiva do réu nas tutelas de evidência, ainda que liminares: CALVET, *ob. cit.*, p. 195.

de gratificação de função percebida por mais de 10 anos, injustificadamente suprimida – Súmula nº 372/TST), ou nas rotineiras circunstâncias em que a defesa é mera peça de retórica sem nenhuma força neutralizadora de pujante prova documental ou quando o reclamado provoque uma infinidade de incidentes para retardar a entrega da prestação jurisdicional (por exemplo, mediante sucessivos requerimentos de adiamento da audiência).

Se se imaginar que não é extraordinário, mesmo em relações de emprego, se confiar a guarda de um bem mediante contrato acessório de depósito (um vendedor, por exemplo, que receba do empregador um caro mostruário de produtos para execução de seu trabalho e abandona o emprego sem restituí-lo ou um executivo que receba um *smartphone* para o melhor desempenho de suas tarefas e o retenha indevidamente depois de rescindido o pacto laboral), todas as hipóteses ventiladas no art. 311 do CPC são suscetíveis de ocorrência nos processos trabalhistas²⁶.

Portanto, o processo do trabalho é vocacionado para assimilar as tutelas de evidência reguladas pelo CPC²⁷.

É preciso, porém, distinguir tais situações ensejadoras da tutela de evidência daquelas que, no regime do CPC revogado, propiciavam a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional por incontrovérsia parcial ou total dos pedidos (CPC/73, art. 273, § 6º). No caso da tutela de evidência contemporânea há um contraditório formalmente instaurado, ainda que inócuo ou inconsistente; no caso da incontrovérsia parcial ou total dos pedidos sequer há um contraditório formal instaurado. Exemplo clássico de incontrovérsia é a defesa omissa em torno de certo ponto relevante da demanda (CPC/73, art. 302; CPC, arts. 336 e 341) ou a confissão real do preposto patronal, interrogado antes da entrega da contestação, tornando indiscutível determinado fato relevante da demanda.

26 No mesmo sentido de cabimento de todas as hipóteses aventadas no art. 311 do CPC: SCHIAVI, *ob. cit.*, p. 1.376-1 377; GASPAR, Danilo Gonçalves. Noções conceituais sobre a tutela provisória no novo CPC e suas implicações no processo do trabalho. In: MIESSA, Elisson (Org.). *O Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 404. Contra, descartando a hipótese do inciso III do art. 311: OLIVEIRA, *ob. cit.*, p. 308; MARTINS, *ob. cit.*, p. 908.

27 Enunciado n 29/FNPT: “ART. 769 DA CLT E ART. 311 DO NCPC. TUTELA DE EVIDÊNCIA. A tutela de evidência é compatível com o Direito Processual do Trabalho e deve ser amplamente utilizada. Pode ser requerida na petição inicial junto com o pedido principal, bem como no curso do processo, mas sempre nos mesmos autos do pleito atinente à tutela de mérito (analogia do *caput* do art. 303, § 1, II, c/c o *caput* dos arts. 305 e 308). A tutela da evidência, que não pressupõe demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, mas apenas de uma das situações legalmente elencadas (NCPC, art. 311, I a IV), pode ser concedida liminarmente nas hipóteses dos incisos II e III do art. 311 do NCPC (arts. 9, parágrafo único, II, e 311, parágrafo único) e guarda compatibilidade com o processo do trabalho, notadamente por propiciar celeridade, razoável duração do processo e efetividade”.

DOCTRINA

Para tais situações de incontrovérsia, a nova ordem processual previu outro instrumento à disposição do julgador – o julgamento antecipado parcial de mérito (CPC, art. 356, I), cuja decisão, no processo civil, é atacável por agravo de instrumento (CPC, art. 356, § 5º), o que, considerando o objetivo limitadíssimo de tal modalidade recursal no processo do trabalho (CLT, arts. 893, § 1º, e 897, *b*), deixaria a sentença parcial imediatamente irrecorrível, sendo atacável apenas por reles impugnação na primeira oportunidade que coubesse à parte falar nos autos (CLT, art. 795, *caput*), resguardando o direito de discutir a condenação incidental por ocasião da interposição do recurso ordinário e sem prejuízo de eventual impetração do mandado de segurança pela irrecorribilidade imediata da decisão prolatada.

No entanto, foi outro o entendimento externado pelo Tribunal Superior do Trabalho ao indicar o cabimento imediato do recurso ordinário contra a sentença parcial de mérito (Instrução Normativa TST nº 39/2016, art. 5º), com claro afastamento do espírito desestimulador do ímpeto recursal que parece ter norteado a arquitetura do instituto no novo CPC.

8 – SOBREVIVÊNCIA DA ANTECIPAÇÃO LIMINAR DOS EFEITOS DA TUTELA POR URGÊNCIA

Seria um silêncio eloquente ou uma mera distração do legislador a falta de menção à possibilidade de concessão liminar da antecipação dos efeitos da tutela fundada em urgência? Em outras palavras, como interpretar o aparente silêncio normativo quanto à possibilidade de deferimento de tutela antecipada requerida dentro de uma petição inicial completa: irrelevante ou terá o CPC banido esta modalidade de tutela antecipada?

Tal hipótese de tutela antecipada era, sem sombra de dúvidas, a mais frequente no cotidiano dos foros trabalhistas desde o nascimento da tutela antecipada, em 1994 (CPC/73, art. 273): a parte autora, ao formular completamente a sua petição inicial, com indicação suficiente da causa de pedir e dos pedidos correspondentes, abria um capítulo especial de sua peça inicial para tentar convencer o juiz de primeiro grau acerca da plausibilidade de suas alegações, da força probante do acervo documental trazido e do perigo da demora do provimento final.

É certo que será possível, pelo novo texto legal, a concessão de tutela liminar cautelar (CPC, art. 308, § 1º) e de tutela liminar de evidência (CPC, art. 311, parágrafo único) no momento de propositura da ação a que se vincu-

lem, merecendo o mesmo tratamento jurídico-processual conferido às tutelas incidentais.

No entanto, não há disposição expressa a prever que possam as tutelas antecipadas ser requeridas concomitantemente com a ação. Talvez se pudesse apontar o art. 300, § 2º, do CPC como regra autorizadora da concessão liminar de qualquer das tutelas de urgência (“a tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia”)²⁸. Porém, o dispositivo trata de outra coisa – a possibilidade de deferimento das tutelas de urgência sem oitiva nem ciência prévia da parte ré e sem necessidade de dilação probatória (liminar) ou após a realização de audiência para coleta de provas orais voltadas a convencer o magistrado a conceder a tutela provisória (justificação prévia)²⁹.

Porém, mesmo constatado o silêncio normativo quanto à postulação da tutela antecipada simultaneamente com o ajuizamento da ação, não há nenhum motivo juridicamente sustentável para repelir tal possibilidade, senão por uma limitadíssima (e improvável) postura judicial amparada em um positivismo exacerbado que guarde um apego desmedido à literalidade do texto legal. Ora, se até mesmo antes do ajuizamento da ação é possível perseguir a tutela antecipada, como sustentar a proibição de ventilá-la no instante de propositura da reclamação trabalhista? Qual sentido haveria em se tolher tal possibilidade quando o autor poderia, em petição avulsa apresentada horas depois do ingresso da ação, formular pedido de tutela antecipada incidental, já que a norma processual não estabelece nenhuma barreira quanto ao momento de se postular tal medida urgente?

28 Enunciado n. 27/FNPT: “ART. 769 DA CLT E ART. 300, § 2º, DO NCPC. TUTELA DE URGÊNCIA LIMINAR. É aplicável ao processo do trabalho o § 2º do art. 300, segundo o qual as tutelas de urgência podem ser concedidas liminarmente ou após justificação prévia”.

29 A audiência de justificação prévia é reservada para situações em que a prova preconstituída, documental, não se mostre suficiente à formação da convicção do magistrado, no juízo de cognição sumária, para concessão da tutela de urgência. A depender do grau desta urgência ou da possibilidade de inocuidade da medida antecipatória desejada caso o réu saiba da possibilidade de seu deferimento antes da hora, a audiência pode ser realizada com ou sem a presença do réu. Caso seja convocado, tal comparecimento não antecipa o momento de apresentação da contestação. Representa apenas uma oportunidade para que o réu influencie na formação do convencimento do julgador quanto à sorte do pedido de tutela provisória. Neste sentido: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2008. p. 754). Curiosamente, de modo bem diverso, confira-se a opinião dos dois últimos juristas, em obra mais recente, sustentando que a audiência de justificação prévia se destinaria à oitiva do réu, sem mencionar a finalidade de coleta de provas orais para reforço ou produção da prova dos pressupostos ensejadores da concessão dos efeitos antecipados da tutela e sem ventilar a hipótese de fazê-la sem a ciência do réu: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: RT, 2015. p. 313.

DOCTRINA

Portanto, a despeito do silêncio normativo, não proscreveu o novo CPC a tradicional possibilidade de se almejar a antecipação dos efeitos da tutela concomitantemente ao ajuizamento da ação a que se refira. Admitida a postulação da tutela em foco antes e depois do ajuizamento da ação judicial a que estejam vinculadas, não faria nenhum sentido vedá-la quando a parte, no instante da propositura da ação, tivesse interesse na satisfação imediata de direito de que se julgasse titular. Interpretação contrária e tão bizarra imporia uma previsível manobra de ajuizamento da ação e, no mesmo dia ou no dia seguinte, a apresentação de petição avulsa para veicular o pedido de tutela antecipada antecedente. Convenhamos inexistir qualquer razoabilidade numa interpretação literal nesta situação.

Sobra ainda uma dúvida desdobrada da primeira indagação: em que categoria se encaixam as tutelas antecipadas requeridas no ventre da petição inicial? Inegavelmente, tais tutelas liminares são espécie de tutela incidental, pois o momento processual de sua postulação exime o autor de aditar a inicial, já completa. Consequentemente, a tutela liminar não é aspirante à estabilização (CPC, art. 304), peculiar às tutelas antecipadas antecedentes³⁰.

Logo, a tutela antecipada liminar sobreviveu ao advento do novo CPC, a despeito do silêncio textual do jovem diploma legal.

9 – TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE E ESTABILIZAÇÃO DA DEMANDA

Como último estágio deste passeio pelas tutelas provisórias do novo CPC e suas possíveis interações com o processo do trabalho, analisa-se a questão da estabilização da tutela antecipada antecedente.

Em arroubo inovatório espetacular, criou o novo CPC um novo instituto atrelado às tutelas antecipadas antecedentes – a estabilização da demanda.

A estabilização da demanda compreende a possibilidade de extinção precoce do processo sem necessidade de apresentação da demanda principal. Assim, a tutela antecipada antecedente, inicialmente satisfativa e provisória, converte-se em tutela satisfativa estável³¹. Mas, não se pode iludir, uma estabi-

30 Em sentido convergente, veja-se o Enunciado n 13/EJUD10: “TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE. PETIÇÃO INICIAL. INSTITUTO DA ESTABILIZAÇÃO. Na hipótese de formulação de pedido de tutela antecipada nas petições iniciais trabalhistas, não se aplicam as regras específicas de tutela antecipada antecedente, em especial o instituto da estabilização, sendo considerada como tutela incidental”.

31 Um pormenor omitido, dentre vários outros no texto do CPC sob exame, é a responsabilidade pelo ônus da sucumbência, no caso de estabilização da demanda. Ante o silêncio normativo, soa razoável a

lidade eminentemente provisória, pois qualquer das partes, independentemente da emergência de algum fato novo ou da presença de nulidade ou outro vício a macular o feito estabilizado, pode, por mero ato de vontade (no exercício de claro direito potestativo), postular a retomada da ação precocemente abreviada pela estabilização, se ajuizada a respectiva ação revisional no prazo decadencial de dois anos³².

A apresentação da ação revisional conduz à retomada da ação anterior até a concessão da tutela definitiva, convalidatória ou não da decisão judicial inicialmente tomada. Ou seja, inicialmente, dentro dos dois anos seguintes à decisão antecipatória, a dita estabilização é completamente instável, pois a qualquer momento, no biênio seguinte ao decurso do prazo recursal aberto contra a decisão antecipatória antecedente, despertar-se-á o litígio hibernado pela estabilização e, neste caso, a impressão que fica é de que a inércia ocasional do réu pode significar mera postergação da solução da lide.

aplicação analógica da exoneração do pagamento de custas processuais como fator de estímulo à passividade do réu, previsto no ritual da ação monitória (CPC, art. 701, § 1). Neste sentido o Enunciado n 18/ENFAM: “Na estabilização da tutela antecipada, o réu ficará isento do pagamento das custas e os honorários deverão ser fixados no percentual de 5% sobre o valor da causa (art. 304, *caput*, c/c o art. 701, *caput*, do CPC/2015)”. Tais enunciados sobre a interpretação do novo CPC estão disponíveis no sítio: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 1 maio 2016.

- 32 A novidade e a indigência de regras no CPC conferem à estabilização decorrente da tutela antecipada antecedente um enorme repertório de dúvidas no processo civil e que podem projetar-se para outros sistemas processuais que a admitam: a extinção precoce do processo estabilizado gera coisa julgada meramente formal ou também material? A despeito do silêncio do CPC, será cabível a estabilização nas demais espécies de tutelas provisórias (cautelares antecedentes e de evidência)? A inicial da tutela antecipada antecedente precisa ser aditada para a estabilização ou é desnecessária tal providência a cargo do autor, se escoado o prazo de insurgência para o réu antes do decurso do prazo legal para o aditamento? Frustrada a estabilização pelo indeferimento da tutela antecipada antecedente, a ação continuará a tramitar, devendo o autor aditar a inicial, ou deve o processo ser extinto sem resolução do mérito quando do indeferimento da antecipação dos efeitos da tutela antecedente? A emenda à inicial derivará do indeferimento da concessão da tutela antecipada antecedente ou de declaração judicial de ainda não ter formado convencimento sobre a viabilidade da medida judicial provisória? O autor terá realmente interesse na ação revisional como sugere a lei? Caberá tutela antecipada ou cautelar (antecedente ou incidental) à ação revisional para desestabilização da tutela deferida sem reação imediata do réu? Será viável uma ação rescisória para desconstituição da decisão concessiva da tutela antecipada antecedente, dentro ou depois do biênio legal para a ação revisional ou esta descarta a possibilidade de manejo daquela? Se descabida a ação rescisória, remanesceria alguma medida judicial disponível, como a ação revisional genérica (CPC, art. 505, I) por alteração das circunstâncias fáticas da época da concessão da tutela estabilizada depois do biênio legal? A invulnerabilidade da decisão estabilizada, após o biênio revisional, harmoniza-se ou se atrita com os direitos fundamentais à proteção judiciária efetiva, ao devido processo legal e ao contraditório e à ampla defesa? Somente a reflexão doutrinária e a decantação jurisprudencial nos darão as respostas às instigantes questões. Neste estudo, dados os propósitos mais modestos de averiguação apenas da aplicabilidade do instituto das tutelas provisórias na seara laboral, o autor esquivava-se de se esforçar em procurar possíveis respostas às indagações formuladas.

Tem sido comum a comparação da estabilização da tutela antecipada antecedente com a ação monitória. O que une tais institutos é que a vantajosidade da adoção dos dois procedimentos dependerá diretamente do comportamento omissivo do réu. Contudo, analisados os dois institutos mais atentamente, as semelhanças terminam neste aspecto. Afinal, na ação monitória, na qual também se trabalha com a ideia do contraditório eventual, a não oposição dos embargos monitórios pelo réu provocará a conversão do mandado de pagamento em mandado executivo (CPC, art. 701, § 2º), sem que haja uma segunda chance para que o réu possa reverter o resultado decorrente de sua inércia. Ou seja, a estabilização na ação monitória é definitiva e irreversível – restará apenas o universal remédio excepcional da ação rescisória³³. Na tutela antecipada antecedente, o réu pode, no fundo, escolher tranquilamente entre reagir logo contra a tutela perseguida e provisoriamente deferida ou diferir a sua resistência, suportando, no segundo caso, os efeitos imediatos da tutela antecipada, mas com a possibilidade de reversão por meio de uma mera ação revisional a ser distribuída ao mesmo juízo onde a tutela provisória foi deferida³⁴.

Em resumo, é óbvia a infidelidade semântica da estabilização instituída no CPC.

Seja como for, em homenagem à dicção legal, continuar-se-á a usar aqui o vocábulo “estabilização”. A demanda será estabilizada, posteriormente à conquista da tutela antecipada antecedente, quando concorrentes as seguintes condições, segundo o disposto na nova legislação processual civil:

“a) indicação expressa do desejo do autor em se beneficiar da estabilização, na inicial de seu pedido de tutela provisória satisfativa (CPC, art. 303, § 5º). A omissão em fazer essa indicação expressa será compreendida como renúncia tácita à estabilização da demanda, ou seja, ao não explicitar tal propósito, presumir-se-á que o autor terá preferido, ao eventual conforto de um processo precocemente resolvido sem necessidade de transformação da tutela antecipada antecedente, obter de imediato, ainda que isso possa demorar pela necessária observância dos rituais da ação aforada, a tutela jurisdicional definitiva, sem se sujeitar ao fantasma ou às surpresas de uma eventual ação revisional;

b) inexistência de requerimento, na inicial, para prosseguimento do feito após a eventual concessão da tutela antecipada antecedente³⁵, por

33 MARINONI; ARENHART; MITIDIERO. *Novo Código...*, p. 686.

34 No mesmo sentido: CALVET, *ob. cit.*, p. 190.

35 DIDIER Jr. *et al.*, *ob. cit.*, p. 619-620.

configurar a postura inversa de preclusão lógica a prejudicar o advento da estabilização da demanda, isto é, havendo o requerimento, estará apontando o autor que quer seguir adiante – e imediatamente – até a obtenção da tutela definitiva;

c) o deferimento judicial, liminarmente ou após justificação prévia (CPC, art. 300, § 2º), da tutela antecipada antecedente. O deferimento judicial após o aditamento à inicial já não surtirá o efeito potencial estabilizador, pois, a rigor, já não será uma tutela provisória antecedente, mas incidental e inexistente previsão legal para a estabilização fora do momento anterior à metamorfose da tutela antecipada antecedente em ação de conhecimento ou execução; e

d) a ausência de interposição do agravo de instrumento contra a decisão concessiva da tutela provisória satisfativa (CPC, arts. 303, § 1º, II, 304, *caput*, e 1.015, I).”

Duas perguntas assolam o estudioso do processo do trabalho após o conhecimento do funcionamento do instituto da tutela antecipada antecedente estabilizada: seria aplicável ao processo do trabalho? Sendo afirmativa a resposta à indagação anterior, como compatibilizar o rito de estabilização no CPC com as características do processo do trabalho, em especial a irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias, grupo dentro do qual estão os atos jurisdicionais que defiram a tutela provisória?

Como indicado no início deste estudo, o Tribunal Superior do Trabalho tem como cabíveis as tutelas provisórias no processo laboral sem qualquer ressalva ou observação. Contudo, é preciso conjugar a lacônica regra com aquela outra que recomenda atenção à irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias trabalhistas (Instrução Normativa TST nº 39/2016, arts. 1º, § 1º, e 3º, VI).

Assim, é fora de dúvida que, em geral, são aplicáveis as normas do CPC sobre as tutelas provisórias nos processos trabalhistas, como sugere a Instrução Normativa TST nº 39/2016, mas a ausência de ressalvas ali não autoriza ao intérprete supor que todas as regras se compatibilizam com o processo do trabalho. E, no tocante à estabilização, são legítimos os questionamentos atinentes à sua sintonia com o sistema processual trabalhista.

O Enunciado nº 20 do Fórum Nacional de Processo do Trabalho parece apontar a incompatibilidade da tutela antecipada antecedente com o processo do trabalho ao asseverar que “o art. 294, *caput* e parágrafo único, do NCP é aplicável ao processo do trabalho no que diz respeito à concessão de tutela

provisória de urgência cautelar, seja de forma antecedente ou incidental, ou de tutela provisória de urgência antecipada em caráter incidental”, omitindo, ao que tudo indica propositalmente, a tutela antecipada antecedente.

À guisa de exemplo de incompatibilidade óbvia de normas pontuais do CPC quando levadas para o processo do trabalho, veja-se a obrigatoriedade de designação de audiência de conciliação ou mediação³⁶ e a fluência do prazo de contestação, no CPC, apenas após a realização frustrante de tal audiência (art. 303, § 1º, II e III). Tais regras são duplamente impróprias à integração no direito processual do trabalho³⁷.

Em primeiro lugar, tais normas regem tema disciplinado expressa, diferente e inteiramente na CLT (arts. 764 e 843 a 852), que prevê a unicidade entre as etapas de tentativa conciliatória, defesa, instrução e julgamento da causa, todas as etapas sob a direção presencial e permanente de magistrado de carreira, enquanto as audiências prévias de mediação e conciliação correspondem a um momento isolado do processo de conhecimento cível, a cargo de mediadores e conciliadores leigos (CPC, arts. 139, V, e 334, § 1º).

Em segundo lugar, a arquitetura procedimental cível conspira contra a celeridade tão valorizada no processo do trabalho. Enquanto neste as audiências poderão ser realizadas com a antecedência mínima de cinco dias, os intervalos entre as audiências são livremente definidos pelo juiz ao programar suas pautas e a defesa, recusada a conciliação, deve ser apresentada em seguida, em audiência (CLT, arts. 841, *caput*, e 847), no processo civil as audiências de mediação ou conciliação devem ser marcadas com no mínimo 30 dias de antecedência, com tempo de duração planejado, nas pautas, de no mínimo 20 minutos cada, e o prazo de defesa só começará a correr no primeiro dia útil seguinte à frustrada audiência prévia (CPC, arts. 303, § 1º, III, 334, *caput* e § 12, e 335, I)³⁸.

36 A mediação trabalhista continua órfã de legislação própria, não se lhe estendendo o conjunto de regras da Lei de Mediação (Lei n. 13.140/2015, arts. 24 e 42, parágrafo único).

37 Na mesma direção apontam os arts. 2, IV e V, e 3, III, da Instrução Normativa TST n. 39/2016.

38 Em sentido oposto, o Enunciado n. 151/FPPC: “Na Justiça do Trabalho, as pautas devem ser preparadas com intervalo mínimo de uma hora entre as audiências designadas para instrução do feito. Para as audiências para simples tentativa de conciliação, deve ser respeitado o intervalo mínimo de vinte minutos”.

Há, no entanto, soluções aproveitáveis em matéria de conciliação, em especial a adoção de incentivo financeiro indireto à composição consensual antes da sentença mediante a exoneração das partes de qualquer pagamento de custas (CPC, art. 90, § 3º), a despeito de regra própria (CLT, art. 789, I e § 3º), em mais um episódio de bem-vinda aplicação subversiva do art. 15 do CPC. Neste sentido, aponta o Enunciado n. 112/FPPC: “No processo do trabalho, se a transação ocorrer antes da sentença, as partes ficam dispensadas do pagamento das custas processuais, se houver”.

DOCTRINA

Voltemos ao foco deste último mergulho das tutelas provisórias do CPC dentro das águas do processo do trabalho.

Da doutrina de primeira hora colhem-se opiniões bem divergentes quanto à incidência do instituto da estabilização no direito processual do trabalho.

José Antonio Ribeiro de Oliveira Silva enumera a inexistência de recurso trabalhista para manifestação imediata da insurgência do réu para impedir a estabilização, a usual cumulação de pedidos e a insegurança jurídica a que é lançado o trabalhador conquistador da tutela antecipada antecedente como argumentos para repelir a estabilização da demanda³⁹.

Mauro Schiavi tem posição diametralmente oposta, defendendo a compatibilidade da estabilização e a impetração do mandado de segurança como alternativa instrumental à falta de recurso imediato disponível para ataque à decisão concessiva da tutela antecipatória⁴⁰. Manoel Antonio Teixeira Filho sustenta posição bem parecida⁴¹.

Otávio Amaral Calvet igualmente tem por compatível o instituto da estabilização do CPC em relação ao processo do trabalho. Destaca ele que a invenção legislativa conspira a favor da simplicidade e da celeridade e enaltece o “incentivo à conduta de não se litigar sem finalidade”, considerando a extensão da gratuidade de custas do processo, quando não houver resistência, por extensão analógica da isenção preconizada no art. 701, § 3º, do CPC, nas hipóteses de não oferta de embargos nas ações monitorias⁴².

No balanço da doutrina majoritária produzida até o momento, parece razoável absorver a estabilização como afinada com o direito processual do trabalho, em especial porque a perspectiva de estabilização da tutela antecipada antecedente fica, inicialmente, nas mãos do reclamante. Como visto, a tutela provisória jamais será estabilizada se na inicial não for cogitada a estabilização. Logo, caberá ao autor (ou, mais realisticamente, ao seu advogado, eis que cada vez mais raro o exercício do *jus postulandi* e certamente mais rara ainda será a postulação de tutela antecipada antecedente em ação sem assistência de advogado) escolher entre perseguir, ou não, a estabilização imediata da demanda ou, ainda, optar entre ajuizar o pedido de tutela antecipada antecedente e

39 SILVA, José Antonio Ribeiro de Oliveira. *Comentários...*, p. 305.

40 SCHIAVI. *Manual...*, p. 1.359.

41 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Comentários ao novo Código de Processo Civil sob a perspectiva do processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2015. p. 318-319.

42 CALVET, Otávio Amaral. As tutelas de urgência e da evidência e suas repercussões no processo do trabalho. In: LEITE, Carlos Henrique Bezerra (Org.). *Novo CPC: repercussões no processo do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 190-191.

ajuizar a ação completa com pedido liminar de tutela antecipada (neste caso, como já visto, incidental).

Particularmente, não entendo haver incompatibilidade entre estabilização da tutela provisória e processo do trabalho, pois, em tese, a solução propicia a composição do litígio de forma extremamente abreviada. Pode-se debater, isto sim, a inconveniência deste exótico ritual inédito pela insegurança gerada às partes pela constante ameaça de retomada da discussão judicial, dentro do biênio seguinte à concessão da tutela provisória antecedente⁴³, por meio da ação revisional. E insegurança não rima com a fragilidade jurídica do trabalhador, em especial quando a lide envolver empregado com contrato de trabalho em curso. Quem procura o Judiciário busca a definição de uma situação jurídica, e não uma solução reticente e, por razoável período, reversível. Assim, pode haver enorme dúvida quanto à conveniência de se adotar o rito de estabilização, mas soa exagerado afirmar que tal instituto seja desafinado com as características e os princípios do processo do trabalho.

Quanto à dificuldade decorrente da corriqueira cumulação de pedidos nas reclamações trabalhistas, é preciso dizer que a tutela antecipada antecedente pode ser monotemática ou politemática. Imagine-se um trabalhador recém-dispensado de emprego sem que lhe seja dada a opção de prorrogar seu vínculo com o plano de saúde suplementar contratado por iniciativa de sua ex-empregadora na vigência do pacto laboral e que necessite urgentemente da assistência para a esposa, prestes a dar à luz seu primeiro filho. A pressa na obtenção de tutela antecipada antecedente para restauração imediata do vínculo assistencial pode levar a parte ou seu advogado a preferir apresentar o pedido solteiro de medida restrita à questão do plano de saúde e, no aditamento, agregar, por exemplo, além da confirmação da tutela provisória concedida, pedidos de indenização das despesas médico-hospitalares efetuadas no interregno entre a dispensa e a efetivação da tutela antecipada antecedente e de danos morais pelos constrangimentos, angústia e tristeza da família, por exemplo. Assim, a apresentação do aditamento com reclamação de outros direitos desatrelados da tutela concedida não interfere nem perturba a execução da medida.

Porém, é preciso ressaltar que a eventual estabilização tem diâmetro de alcance limitadíssimo: apenas os pedidos diretamente associados à antecipação dos efeitos da tutela de modo antecedente serão beneficiados da omissão.

43 Entendendo inconstitucional a barreira decadencial imposta pelo CPC em ambiente de tutela jurisdicional estabilizada sem o exercício da plenitude da atividade jurisdicional: MITIDIERO, Daniel. Art. 304. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER Jr., Fredie *et al.* (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015. p. 790-791.

Entender diferentemente atribuiria à petição de aditamento eficácia processual retroativa totalmente desprovida de apoio na lei.

Concluindo, pois, pela viabilidade jurídica e pela frequente inconveniência prática da tutela antecipada antecedente na esfera trabalhista, avança-se para a última escala desta investigação.

Aspirando o autor, na inicial, a que se alcance a estabilização decorrente da tutela antecipada antecedente, como harmonizar o regramento processual civil com o processo do trabalho, considerando que neste as decisões interlocutórias, como são as decisões concessivas de tutela antecedente, não são imediatamente irrecorríveis?

Na doutrina processual trabalhista desbravadora dos mistérios e das dúvidas que cercam a aplicação do novo CPC na Justiça do Trabalho, tem-se sustentado que, inexistindo recurso imediato para ataque às decisões interlocutórias trabalhistas, incluídas aí as tutelas provisórias antecedentes, a indisponibilidade do agravo de instrumento eclético (e não apenas para destrancamento de recursos inadmitidos no juízo recorrido) compele o réu a impetrar o mandado de segurança como mecanismo obstativo da estabilização da demanda, invocando o socorro da diretriz da Súmula nº 414/II/TST⁴⁴.

A primeira ponderação a tecer na matéria consiste na percepção da função do agravo de instrumento no âmbito da tutela antecipada antecedente, no juízo cível.

O CPC impõe a interposição de agravo de instrumento pelo réu que deseje evitar a estabilização da tutela antecipada antecedente concedida (CPC, arts. 304, *caput*, e 1.015, I). Importante destacar que bastará, para a não estabilização da demanda antecipada antecedente, a interposição do agravo de instrumento, sendo indiferente para tal propósito o posterior juízo positivo de admissibilidade do agravo ou o seu provimento, ao final. Bem vistas as coisas, a interposição do agravo de instrumento cível é obrigatória se o réu não quiser a imediata estabilização da demanda antecedente provisória. Ou seja, mesmo que eventualmente o réu não se incomode de aturar a vigência temporária da medida

44 “No caso da tutela antecipada (ou liminar) ser concedida antes da sentença, cabe a impetração do mandado de segurança, em face da inexistência de recurso próprio.”

Em tal sentido, aponta o Enunciado nº 14/EJUD10: “MANDADO DE SEGURANÇA. CABIMENTO CONTRA DECISÃO QUE DEFERE TUTELA ANTECIPADA. PRAZO DE ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE. No caso de deferimento de tutela antecipada requerida em caráter antecedente ou de tutela de evidência, por não ser cabível agravo de instrumento contra decisões concessivas de tutela provisória, na Justiça do Trabalho, deve ser impetrado mandado de segurança para impugná-las, operando-se a estabilização da tutela antecipada antecedente (CPC, art. 304) após o decurso do respectivo prazo de decadência de 120 dias”.

judicial provisória de urgência, sequer tendo sincero interesse recursal, será ele compelido a agravar da decisão para imunizá-la da indesejada estabilização.

Embora isso não seja afirmado claramente na doutrina pioneira que tem debruçado sobre o regime de tutelas provisórias do novo CPC, parece que tal constatação do inusitado uso de recursos sem a necessária meta de reforma da decisão provisória está por trás de algumas sugestões mitigadoras da exigência de interposição recursal: a apresentação de contestação ou qualquer outra manifestação inequívoca do réu contra a estabilização da demanda serve para neutralizá-la⁴⁵.

No fundo, a função do agravo de instrumento cível, aqui, seria prioritariamente de impugnação obstativa da estabilização, sendo suficiente, para atingir tal objetivo, o protocolo da peça com observância dos pressupostos extrínsecos de admissibilidade (endereçamento ao tribunal, identificação correta do processo, das partes e da decisão e assinatura do advogado do agravante e protocolo tempestivo da peça respectiva).

Pode-se indagar, com os olhos (teimosos) no retrovisor do CPC revogado: por que não ensejar que tal impugnação, no juízo cível, seja efetuada mediante agravo retido nos autos? A resposta é singela: não se pode mais utilizar o agravo retido para a hipótese porque tal modalidade recursal foi abolida no novo CPC (arts. 1.009, § 1º, e 1.015)⁴⁶, em mais um capítulo nesta longa história de aproximação entre o processo civil e o processo do trabalho (CPC, art. 893, § 1º)⁴⁷. Porém, diferentemente do processo civil, no qual não haverá preclusão pelo silêncio da parte prejudicada pela decisão interlocutória de que não caiba agravo de instrumento, a impugnação das decisões interlocutórias no recurso ordinário trabalhista dependerá da prévia insurreição da parte prejudicada a ser apresentada, oralmente ou por escrito, conforme o momento processual, na primeira chance que lhe for aberta para falar nos autos (CLT, art. 795, *caput*).

45 Entendendo que a contestação, pelo intuito de resistência ao pedido, supre a eventual falta de interposição de recurso: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* *Primeiros comentários...*, p. 512.

46 Neste sentido: MARINONI, Luiz Guilherme *et al.* *Novo Código...*, p. 945-946.

47 A comparação dos textos legais mostra-se bem reveladora desta nova aproximação dos sistemas processuais trabalhista e cível:

CLT: “Art. 893. (...)”

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

CPC: “Art. 1.009. (...)”

§ 1 As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões”.

Se a interposição de agravo de instrumento contra a decisão concessiva da tutela antecipada antecedente tem, em relação à estabilização, a função modesta de impugnação obstativa, o antiquado sistema recursal trabalhista mostra-se, curiosamente, mais racional e funcional que o moderníssimo sistema recursal cível, no tocante à prevenção da imunização da tutela antecipada antecedente. Afinal, a discutibilidade da regularidade da decisão interlocutória trabalhista é postergada para a ocasião da interposição do recurso ordinário contra a sentença. Porém, a matéria decidida em caráter interlocutório, incluída a liminar de tutela antecipada antecedente, somente poderá ser debatida em sede de recurso ordinário se houver manifestação expressa de insurgência na primeira oportunidade que a parte incomodada tiver para falar nos autos (CLT, art. 795, *caput*), lançando, então, os “protestos” – expressão jurídica inventada pela praxe forense para designar aquilo que o direito processual civil denominava, no ambiente da legislação revogada (CPC/73, art. 522), de agravo retido.

Portanto, bastará, no processo do trabalho, que a parte ré manifeste sua rebeldia contra a concessão da tutela antecipada antecedente na primeira oportunidade que lhe caiba falar nos autos, em petição singela de protesto revelador de tal inconformismo ou em registro oral em audiência, se a decisão for tomada ou conhecida em tal momento, para que se imunize a decisão interlocutória da estabilização de que cuida o art. 304 do CPC.

Ainda é possível desdobrar um derradeiro questionamento: o protesto trabalhista substitui o mandado de segurança recomendado pela Súmula nº 414/II/TST como instrumento hábil à reversão da decisão concessiva da liminar em sede de tutela provisória?

Impõe-se uma resposta ambígua: não e sim.

Não, o protesto não substitui o mandado de segurança como instrumento judicial voltado à reversão da tutela provisória (reversão que é algo bem diverso da prevenção contra a estabilização), pois é dirigido ao mesmo juízo prolator da decisão combatida, dificilmente sensível a mudar de posição tão rapidamente. Já o mandado de segurança contará, em tese, com maior possibilidade de sucesso por ser distribuído a magistrado diverso, no tribunal. E, imprevisto remédio recursal imediato, a via do mandado de segurança é apropriada para atacar aquela decisão interlocutória, embora seu êxito dependa de um grande nível de clareza da liquidez e certeza do direito do impetrante a ser demonstrada por prova documental preconstituída. Portanto, se o propósito insurgente não for evitar a estabilização, mas invalidar, sobrestar ou reformar a decisão concessiva da tutela antecipada, o mandado de segurança é o meio judicial hábil mais eficaz.

DOCTRINA

Por outro lado, sim, o protesto imediato apresentado contra a decisão deferitória da tutela antecipada antecedente substitui, com larga vantagem, o mandado de segurança como impugnação obstativa da estabilização da demanda porque (i) sua elaboração é bem mais singela (protesto mediante curta petição avulsa ou manifestação em audiência em que se consigne o inconformismo com a decisão concessiva da antecipação dos efeitos da tutela) e prescinde de qualquer prova; (ii) permite a estabilização em prazo tendencialmente bem mais curto, pois a audiência inaugural ou una poderá ser realizada bem antes do prazo decadencial de 120 dias para impetração do mandado de segurança, sem falar na possibilidade (recomendável em prol da maior celeridade na definição da sorte processual da tutela provisória em foco) de instar o juiz, ao deferir a medida liminar antecipatória, que o réu requeira o que entender de direito no prazo de cinco dias, sob pena de estabilização da demanda, abreviando a definição em torno da estabilização ou não da tutela provisória; e (iii) evita uma maior trivialização do mandado de segurança que, previsivelmente, passaria a ser manejado, independentemente do preenchimento dos pressupostos para a admissão e procedência do pedido, simplesmente para impedir a estabilização, gerando um expressivo número de ações absolutamente inúteis.

10 – PRA ENCERRAR

Hora de fechar o livro e recordar as principais descobertas.

Do exposto, conclui-se que as tutelas provisórias disciplinadas no CPC/2015 são de extrema utilidade para o direito processual do trabalho. Abreviar o tempo para conquista do direito violado ou para assegurar o resultado útil da futura execução guarda enorme harmonia com as características e os propósitos do processo do trabalho. Daí o acerto da orientação genérica da Instrução Normativa nº 39/TST ao preconizar a aplicabilidade dos respectivos preceitos do CPC para o interior do processo do trabalho.

Todavia, a necessidade do uso das tutelas provisórias na seara laboral não deve negligenciar a atenção do intérprete e do operador judiciário quanto à necessária adaptação do regime processual civil às singularidades do direito processual do trabalho, em especial quanto à irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias e à relevância da substituição processual sindical.