

TUTELA PROVISÓRIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SUA INFLUÊNCIA NO PROCESSO DO TRABALHO

Cassio Scarpinella Bueno¹

1. Introdução

O art. 15 do novo Código de Processo Civil é expresso ao estatuir que:

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

Dúvida que vem sendo levantada é sobre se há diferença, ou não, entre os termos “subsidiária” e “supletiva” e de que forma que a nova regra sobrepõe-se, ou não, ao art. 769 da CLT.

Independentemente de como ambas as questões venham a ser respondidas, é certo que, com relação à temática da “tutela provisória”, a sua aplicação ao processo do trabalho parece ser indesmentível. Como a CLT nada dispõe acerca do que, no CPC de 1973, é disciplinado sob a nomenclatura do “processo cautelar” e da “tutela antecipada”, parece ser correto que a nova disciplina codificada, que vem para substituir aquele instituto, aplique-se, tanto quanto aquela, ao processo trabalhista.

O intuito deste trabalho é o de apresentar ao cultor do processo do trabalho as linhas mestras da “tutela provisória”, tal qual disciplinada pelos arts. 294 a 311 do Código de Processo Civil de 2015.

.....

¹ Advogado formado pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP), instituição na qual obteve os títulos de Mestre (1996), Doutor (1998) e Livre-docente (2005) em Direito Processual Civil, todos com a nota máxima, e exerce as funções de Professor-Doutor de Direito Processual Civil nos cursos de Graduação, Especialização, Mestrado e Doutorado. Foi *Visiting Scholar* da *Columbia University* (Nova York) no ano acadêmico de 2000/2001. É membro e Diretor de Relações Institucionais do Instituto Brasileiro de Direito Processual, membro do Instituto Iberoamericano de Direito Processual e da Associação Internacional de Direito Processual. Integrou a Comissão Revisora do Anteprojeto de novo Código de Processo Civil no Senado Federal e participou dos Encontros de Trabalho de Juristas sobre o Projeto de novo Código de Processo Civil no âmbito da Câmara dos Deputados. É autor de 21 livros, dentre os quais destacam-se os seguintes, publicados pela Editora Saraiva: *Curso sistematizado de direito processual civil* (em 7 volumes); *Manual de direito processual civil* (em volume único); *Projetos de novo Código de Processo Civil comparados e anotados: Senado Federal (PLS nº 166/2010) e Câmara dos Deputados (PL nº 8.046/2010)*; *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático e A nova Lei do Mandado de Segurança: comentários sistemáticos à Lei nº 12.016/2009*. Escreveu mais de 60 livros em coautoria e mais de 70 artigos científicos, alguns publicados em revistas estrangeiras. Desenvolve intensa atividade acadêmica em todo o território nacional, como palestrante e conferencista, e participa dos principais Encontros de Processualistas do exterior.

2. Tutela provisória no CPC de 2015

Em substituição ao Livro III do CPC de 1973 (“do processo cautelar”) e ao seu art. 273 (“tutela antecipada”), a Parte Geral do CPC de 2015 dedica todo um Título ao que acabou sendo chamado de “tutela *provisória*” (arts. 294 a 311). São regras que querem permitir *generalizadamente* a concessão, de maneira antecedente ou incidental, de medidas aptas a *acautelar* (no sentido de *conservar*) ou *satisfazer* o direito controvertido.

A despeito da nomenclatura — e não há como deixar de lado a questão sobre saber se ela atenta, ou não, aos limites do processo legislativo, considerando o teor do Projeto do Senado, que propunha uma “tutela de *urgência*” ao lado de uma “tutela da *evidência*”, e o Projeto da Câmara, que sugeria uma “tutela antecipada”, assunto para o qual me volto, mais minudentemente, em meu Novo Código de Processo Civil anotado, editado, em 2015, pela Saraiva —, o instituto quer fazer as vezes do que, no CPC de 1973, desempenham a tutela antecipada e o processo cautelar, isto é, trata-se de técnica destinada ora a conservar o resultado útil do processo, ora a satisfazer desde logo — e, por isso, antecipadamente — o direito quando houver urgência ou evidência.

A tutela provisória de urgência poderá ser requerida antecedente ou incidentalmente e terá indistintamente natureza “cautelar” ou “antecipada” (art. 294, *caput* e parágrafo único, do CPC de 2015).

Os “deveres-poderes gerais” de “cautela” e de “antecipação”, extraíveis, respectivamente, dos arts. 798 e 273 do CPC de 1973 são, com as adaptações necessárias (e de forma um pouco tímida, importa ressaltar), preservados pelo *caput* do art. 297 e pelo art. 301 do CPC de 2015, sem haver disciplina específica, diferentemente do que se dá no CPC de 1973, de nenhuma “cautelar nominada”.

O art. 298 do CPC de 2015 exige expressamente a fundamentação da decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória. A recorribilidade da decisão que a concede ou da que a nega é expressamente assegurada pelo art. 1.015, I, o que se justifica na sistemática do CPC de 2015 de só admitir recurso das decisões interlocutórias expressamente identificadas. Este é um ponto que, na perspectiva do processo do trabalho, não deverá trazer maiores novidades, considerando o amplo uso do mandado de segurança contra ato judicial como verdadeiro sucedâneo recursal, dado o descabimento, no âmbito trabalhista, de recurso das interlocutórias proferidas ao longo da fase de conhecimento (nesse sentido, apenas para fins ilustrativos, v. a Súmula 414 do TST).

A competência jurisdicional para formulação do pedido de tutela provisória antecedente observará as regras comuns (art. 299, *caput*, do CPC de 2015). Estando a causa no Tribunal, a regra é a competência do órgão jurisdicional competente para apreciar o mérito do recurso ou da causa (art. 299, parágrafo único, do CPC de 2015).

A efetivação das tutelas provisórias, isto é, o seu *cumprimento forçado*, observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença (art. 297, parágrafo único, do CPC de 2015). No âmbito do direito processual civil — e isto desde a reforma pela qual o CPC de 1973 atravessou em 2002 — a execução provisória é completa, sendo possível ao exequente, ainda que, como regra, mediante caução, satisfazer seu direito. A manutenção dessa sistemática pelos arts. 520 a 522 do CPC de 2015 e a expressa previsão de ser prioritária a penhora em dinheiro nos precisos termos do § 1º do art. 835 do CPC de 2015 é convite suficiente para sustentar a perda de fundamento da Súmula 417 do Tribunal Superior do Trabalho, de acordo com o qual, no que interessa para cá,

III - Em se tratando de execução provisória, fere direito líquido e certo do impetrante a determinação de penhora em dinheiro, quando nomeados outros bens à penhora, pois o executado tem direito a que a execução se processe da forma que lhe seja menos gravosa, nos termos do art. 620 do CPC.

A responsabilidade do requerente pelas perdas e danos eventualmente causados ao requerido é expressamente prevista pelo art. 302 do CPC de 2015.

A concessão da tutela provisória de urgência pressupõe (a) probabilidade do direito e (b) perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (art. 300, *caput*, do CPC de 2015). O magistrado pode exigir prestação de caução dos danos a serem suportados pelo requerido, ressalvada, expressamente, a situação do hipossuficiente economicamente (art. 300, §1º, do CPC de 2015), típico caso, destarte, de contracautela e que não atrita com o modelo constitucional do direito processual civil (art. 1º do CPC de 2015).

De seu turno, a concessão da tutela provisória fundada na *evidência* independe da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo. De acordo com o art. 311 do CPC de 2015, ela será concedida quando: (a) ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; (b) as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese fir-

mada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; (c) tratar-se de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa; e (d) a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável. Nos casos indicados nas letras (b) e (c), a concessão pode ser liminar, isto é, antes da oitiva do réu (art. 311, parágrafo único, do CPC de 2015).

2.1 Tutela provisória antecedente

O CPC de 2015 distingue, do ponto de vista procedimental, se a medida requerida antecedentemente tem natureza “antecipada” ou “cautelar”. A tutela provisória requerida de forma antecedente, no contexto do CPC de 2015, assume significado diverso quando comparada com a do CPC de 1973. Não se trata, propriamente, de dar início a um processo cautelar, que atrai (e pressupõe) a oportuna instauração de um outro processo (de conhecimento ou de execução), mas, bem diferentemente, de uma forma de dar início ao processo (um só, sincrético, isto é, desenvolvido por etapas ou fases) antes mesmo — e, a depender do caso, independentemente — da formulação do pedido de tutela final ou principal. É o que sustentei em meu Manual de direito processual civil em volume único, editado pela Saraiva em 2015.

Em se tratando de tutela antecipada requerida em caráter antecedente, o art. 303, *caput*, do CPC de 2015 permite que a petição inicial limite-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final (que balizará o valor a ser dado à causa; art. 303, § 4º), com a exposição da lide (isto é, do *mérito*), do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. Cabe ao autor evidenciar, na petição inicial, que pretende se valer deste procedimento (art. 303, § 5º), iniciativa que se justifica diante da possibilidade de estabilização da tutela antecipada, na forma admitida pelo *caput* do art. 304, uma grande novidade trazida para o direito brasileiro pelo CPC de 2015.

Se a tutela antecipada, neste caso, for concedida, caberá ao autor aditar a petição inicial (nos mesmos autos e sem novas custas processuais, nos termos do § 3º do art. 303 do CPC de 2015) com a complementação da sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final. Terá, para tanto, quinze dias ou prazo maior a lhe ser fixado pelo juiz (art. 303, § 1º, I, do CPC de 2015).

Sem aditamento, a hipótese é de extinção do processo sem resolução de mérito (art. 303, § 2º, do CPC de 2015).

Concedida a tutela antecipada, o réu será intimado e citado para a audiência de conciliação ou mediação, abrindo-se o prazo para apresentar contestação somente se não houver autocomposição (art. 303, § 1º, II e III, do CPC de 2015). Importa esclarecer a esse respeito que, no procedimento comum do CPC de 2015, que veio para substituir a dicotomia entre os procedimentos “ordinário” e “sumário” do CPC de 1973, a regra é de que o réu seja citado para comparecer àquela audiência e, não mais, para apresentar contestação (art. 334, *caput*, do CPC de 2015).

Se não houver elementos para a concessão da tutela antecipada, será determinada a emenda da petição inicial em até cinco dias. Se ela não for emendada, o caso é de indeferimento e extinção do processo sem resolução de mérito (art. 303, § 6º, do CPC de 2015).

A tutela antecipada concedida nos moldes do art. 303 do CPC de 2015 pode se tornar estável se não houver interposição de recurso da decisão respectiva (art. 304, *caput*, do CPC de 2015), hipótese em que o processo será extinto (art. 304, § 1º, do CPC de 2015). Neste caso, o § 2º do art. 304 do CPC de 2015 permite que qualquer das partes possa demandar a outra - nos mesmos autos, se for o caso, desarquivados e perante o mesmo juízo que concedeu a tutela antecipada (art. 304, § 4º, do CPC de 2015) - com o objetivo de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada. Enquanto não for proferida decisão de mérito a partir de uma destas iniciativas, os efeitos da anterior tutela antecipada serão preservados (art. 304, § 3º, do CPC de 2015). O § 5º do art. 304 do CPC de 2015 prescreve o prazo de dois anos contados da decisão que extinguiu o processo (art. 302, § 1º, do CPC de 2015) para o interessado exercer o direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada. O § 6º do art. 304 do CPC de 2015 nega que a decisão concessiva da tutela antecipada sujeite-se à coisa julgada, embora a estabilidade de seus efeitos só possa ser afastada por decisão proferida a partir da iniciativa prevista no § 2º do mesmo artigo.

Quando se tratar de tutela provisória de natureza cautelar requerida anteriormente, a petição inicial respectiva deverá indicar a lide (o mérito, isto é, o conflito) e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar, além do perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (art. 305, *caput*, do CPC de 2015). Havendo dúvida sobre a natureza da medida — se antecipada ou cautelar —, o magistrado determinará a aplicação do disposto no art. 303 do CPC de 2015 (art. 305, parágrafo único, do CPC de 2015).

O réu será citado para contestar o pedido em cinco dias e indicar os meios de prova que pretende produzir (art. 306 do CPC de 2015). Havendo contestação, observar-se-á o procedimento comum. Havendo revelia, o juiz poderá julgar o pedido desde logo, conquanto possa presumir verdadeiros os fatos alegados pelo autor (art. 307 do CPC de 2015).

O autor terá trinta dias após a efetivação da medida para formular o pedido principal - caso não o tenha cumulado com o de cautelar (art. 308, § 1º, do CPC de 2015) - valendo-se, para tanto, dos mesmos autos, independentemente do adiantamento de novas custas processuais (art. 308, *caput*, do CPC de 2015). Poderá, nesta oportunidade, aditar a causa de pedir (art. 308, § 2º, do CPC de 2015).

Apresentado o pedido principal, as partes serão *intimadas* para audiência de conciliação ou mediação nas pessoas de seus procuradores (art. 308, § 3º, do CPC de 2015). Não havendo autocomposição, será aberto o prazo para que o réu apresente contestação ao pedido principal (art. 308, § 4º, do CPC de 2015).

A tutela concedida em caráter antecedente, de acordo com o art. 309 do CPC de 2015, perde seus efeitos quando o autor não apresentar o pedido principal no prazo do art. 308, *caput*, do CPC de 2015; quando não for efetivada no prazo de trinta dias ou, ainda, quando o juiz julgar improcedente o pedido principal ou extinguir o processo sem resolução de mérito. O parágrafo único do art. 309 do CPC de 2015 veda, em tais casos, a renovação do pedido, salvo por novo fundamento. É certo, de qualquer sorte, que o indeferimento do pedido da tutela cautelar não obstaculiza a apresentação do pedido principal nem influi em seu julgamento, salvo se for reconhecida a prescrição ou a decadência.

3. Os procedimentos cautelares específicos

Muitos dos “procedimentos cautelares específicos” previstos no Livro III do CPC de 1973 são preservados no CPC de 2015, com aperfeiçoamento de suas respectivas disciplinas e - isto é o mais importante - devida e corretamente realocados porque, em rigor, nunca ostentaram nada de cautelar, a não ser a sua localização no Livro III do CPC de 1973 ou o procedimento cautelar estabelecido por seus arts. 801 a 803 daquele mesmo Código. São, por assim dizer, desformalizados ou, como parece adequado afirmar, *descautelarizados*.

Assim é que a “produção antecipada de provas” ganha disciplina própria entre os demais meios de prova (arts. 381 a 383 do CPC de 2015),

absorvendo o “arrolamento de bens” toda vez que não envolver atos de apreensão (art. 381, § 1º, do CPC de 2015).

A exibição de documento ou coisa passa também a ser disciplinada entre os meios de prova, desaparecendo de maneira explícita a (falsa) dicotomia de regimes jurídicos de quando ela é requerida antecedente ou incidentalmente (arts. 396 a 404 do CPC de 2015). Idêntica orientação observa-se com relação à “justificação”, prevista no § 5º do art. 381 do CPC de 2015, dentre as modalidades de produção antecipada de prova, orientação que é, inequivocamente, mais adequada que a do CPC de 1973.

O “atentado” é disciplinado como consequência do descumprimento de um dos deveres das partes e de seus procuradores, “não praticar inovação legal no estado de fato do bem ou direito litigioso” (art. 77, VI, do CPC de 2015). O restabelecimento do estado anterior, com a proibição de a parte falar nos autos até a “purgação do atentado”, está expressamente previsto no § 7º do art. 77, sem prejuízo das sanções criminais, civis, processuais e multa de até vinte por cento do valor da causa previstas no § 2º do mesmo dispositivo do CPC de 2015.

A “caução” é disciplinada entre as regras relativas às despesas processuais no art. 83 do CPC de 2015.

A busca e apreensão é regulada como medida executiva no cumprimento de sentença das obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa (arts. 536, §§ 1º e 2º, e 538 do CPC de 2015), no inventário (art. 625 do CPC de 2015) e, até mesmo, nas execuções de entrega de coisa fundadas em título extrajudicial (art. 806, § 2º, do CPC de 2015).

A disciplina do arresto, como pré-penhora, como sustenta a doutrina majoritária, está preservada (art. 830 do CPC de 2015).

Entre os procedimentos especiais, rente às suas peculiaridades de direito material, está regulada a “homologação do penhor legal” (arts. 703 a 706 do CPC de 2015). Nos de jurisdição voluntária, cabe destacar a “notificação e interpelação” disciplinada pelos arts. 726 a 729 do CPC de 2015.

De outra parte, as medidas cautelares de “arresto”, “sequestro”, “alimentos provisionais”, “posse em nome do nascituro”, “protesto e apreensão de títulos” e as “outras medidas provisionais” não subsistiram ao CPC de 2015, o que não significa dizer que as finalidades por elas pretendidas não possam ser alcançadas pela sistemática da “tutela provisória”, como deixam entrever o *caput* do art. 297, o art. 301 que chega, até, a mencionar, sem qualquer procedimento específico, contudo, o arresto e o sequestro.

4. Considerações finais

As novidades trazidas pelo CPC de 2015 acerca do tema são, como essas breves linhas terão o condão de demonstrar, muito grandes.

O estudioso do processo do trabalho tem a árdua tarefa não só de compreender o novo instituto na perspectiva do direito processual civil mas também de verificar de que maneira ele se amoldará às vicissitudes do processo do trabalho.