

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
CURSO DE DIREITO**

**A TUTELA DE URGÊNCIA NO NOVO CPC E SEUS
REFLEXOS NO PROCESSO DO TRABALHO**

MONOGRAFIA DE GRADUAÇÃO

Mariana Fighera Marchi

SANTA MARIA, RS, BRASIL

2015

A TUTELA DE URGÊNCIA NO NOVO CPC E SEUS REFLEXOS NO PROCESSO DO TRABALHO

Mariana Fighera Marchi

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Disciplina de Monografia II, do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito parcial para obtenção do grau de **Bacharel em Direito**.

Orientador: Prof^ª. Dr. Paulo Ricardo Opuszka

Santa Maria, RS, Brasil

2015

**Universidade Federal de Santa Maria
Centro de Ciências Sociais e Humanas
Curso de Direito**

A Comissão Examinadora, abaixo assinada,
aprova o Trabalho de Conclusão do Curso de Graduação

**A TUTELA DE URGÊNCIA NO NOVO CPC E SEUS REFLEXOS NO
PROCESSO DO TRABALHO**

elaborado por
Mariana Fighera Marchi

como requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito

COMISSÃO EXAMINADORA:

Paulo Ricardo Opuszka
(Presidente/Orientador)

Letícia Thomasi Jahnke
(Professora UFSM)

Evilhane Martins
(Mestranda UFSM)

Santa Maria, 30 de novembro de 2015.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a vó Elvira e a tia Regina pelo apoio durante essa caminhada.

A minha mãe pelo incentivo.

Ao amigo Luciano por toda ajuda e paciência.

RESUMO

Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação
Centro de Ciências Sociais e Humanas
Universidade Federal de Santa Maria

A TUTELA DE URGÊNCIA NO NOVO CPC E SEUS REFLEXOS NO TRABALHO

Autora: Mariana Fighera Marchi

Orientador: Paulo Ricardo Opuszka

Data e Local da Defesa: Santa Maria, 30 de novembro de 2015.

O presente estudo objetivou analisar se o Juiz do Trabalho pode conceder as tutelas cautelar e antecipada *ex officio*, a fim de trazer maior efetividade ao processo trabalhista, realizando os direitos sociais tutelados pelo mesmo. Para tanto, o estudo realizou-se mediante pesquisa doutrinária e jurisprudencial e a abordagem foi baseada no método dialético. Os métodos de procedimento, por sua vez, são o histórico e o comparativo, porquanto foram apresentadas as origens dos Processos Civil e do Trabalho e analisados os pontos de divergência acerca da (im)possibilidade de concessão da tutela de urgência, ainda que não haja requerimento da parte nesse sentido. O trabalho foi dividido em três capítulos, sendo que, no primeiro, tratou-se das diferenças e semelhanças existentes entre o Processo Civil e o Processo Laboral, abordando-se, ainda, os pontos considerados mais relevantes acerca da aplicação do Princípio da Efetividade. No segundo capítulo, analisou-se os institutos da tutela cautelar e da tutela antecipada na disciplina do Código de Processo Civil de 1973 para, posteriormente, verificar-se como o Novo Código de Processo Civil tratará a tutela de urgência e como será sua aplicação subsidiária ao Processo do Trabalho. Por fim, no terceiro capítulo, comentou-se os principais princípios que regem o Direito e o Processo Laboral para, então, analisar-se a questão principal, qual seja, a possibilidade da concessão das tutelas de urgência de ofício pelo juiz, sendo que, para isso, reuniu-se os principais argumentos relacionados pela doutrina para aceitar ou rejeitar essa aplicação. Ao final, foi possível constatar que, ainda que a leitura das disposições legais que tratam desses institutos aponte para a impossibilidade da concessão da tutela de urgência *ex officio*, através de uma interpretação sistemática e teleológica pode-se concluir que, quando necessário para garantir a efetividade do processo e realização dos direitos laborais, é possível que o Juiz do Trabalho conceda as tutelas provisórias urgentes cautelar e antecipada sem que haja requerimento expresso da parte.

Palavras-chave: Processo do Trabalho. Tutela cautelar. Tutela antecipada. Tutela de urgência. Efetividade do processo. Concessão *ex officio*.

ABSTRACT
Graduation Monograph
Law School
Federal University of Santa Maria

**THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE AND ITS EFFECTS ON THE
LABOR PROCESS**

Author: Mariana Figuera Marchi

Adviser: Paulo Ricardo Opuszka

Date and Place of the Defense: Santa Maria, November 30, 2014.

This study aimed to analyze if the labor judge may grant the injunction and early guardianship *ex officio* in order to bring greater effectiveness to the labor process, materializing the social rights protected by it. To this end, the study was conducted by axiom and jurisprudential research and the approach was based on the dialectical method. The methods of procedure, in turn, are the historical and comparative, once the origins of Civil and Labour Processes were presented and the differences of opinion about the (im)possibility of granting emergency protection without application were analyzed. The work was divided into three chapters, and, in the first, the differences and similarities between the Civil Process and the Labour Process were analyzed, besides, the more relevant points about the implementation of the Principle of Effectiveness were discussed. In the second chapter, the institutes of injunctive relief and preliminary injunction in the governing of the Civil Procedure Code of 1973 were analyzed, after, it was verified the new regulation of the preliminary injunction in the new Civil Procedure Code and how it will subsidiary be applied in the Labour Procedure. Finally, in the third chapter, the main principles of the Labour Rights and Process were glossed and, then, the main question was analyzed, namely, the possibility of granting the emergency guardianship *ex officio* by the judge, and, to this end, the main doctrinaire arguments to accept or reject this question were brought together. Finally, it was found that, although the reading of the legal provisions that rule these institutes show the impossibility of granting the emergency guardianship *ex officio*, through a systematic and teleological interpretation, it may be concluded that, when necessary to ensure the effectiveness of the process and the implementation of labor rights, it is possible that the Labour Judge grant the injunction and early urgent interim guardianships without express request of the employee.

Keywords: Labour Procedure. Injunctive relief. Injunctive relief. Emergency guardianship. Effectiveness of the process. Grant *ex officio*.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. As semelhanças e diferenças entre o Processo Civil e o Processo do Trabalho	10
1.1 Origem e direitos tutelados	10
1.2 Princípio da Efetividade do Processo.....	16
2. AS TUTELAS DE URGÊNCIA	24
2.1 Tutela Cautelar	24
2.2 Tutela Antecipada	31
2.3 As Tutelas de Urgência no Processo do Trabalho	39
2.4 As Tutelas de Urgência nos Processos Civil e do Trabalho com o advento do Novo CPC.....	44
3. AS TUTELAS DE URGÊNCIA COMO INSTRUMENTO PARA ASSEGURAR A EFETIVIDADE DO PROCESSO DO TRABALHO	57
3.1 Princípios aplicáveis ao Direito do Trabalho e ao Processo do Trabalho.....	57
3.2 Possibilidade de concessão das tutelas de urgência <i>ex officio</i> na Justiça do Trabalho	63
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	75
REFERÊNCIAS.....	79

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, trouxe a efetividade, o devido processo legal e, a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, a celeridade processual como direitos e garantias fundamentais do cidadão, originando a chamada fase de constitucionalização do processo.

Com a emanção da atual Carta Magna, o Processo do Trabalho, que já era tipicamente um instrumento de efetivação dos direitos sociais, passou a ter compromisso ainda maior com a realização célere e efetiva dos direitos do empregado. A Consolidação das Leis do Trabalho, publicada em 1943, mostra-se insuficiente para, sozinha, atender às finalidades do Processo Laboral, sendo necessária a aplicação subsidiária de outras legislações, como do Código de Processo Civil.

Dois dos institutos típicos do direito processual civil aplicados ao Processo do Trabalho, buscando atender aos referidos princípios constitucionais, são o processo cautelar e a tutela antecipada. Esses instrumentos são disciplinados pelo Código de Processo Civil de 1973 e, a partir de março de 2016, serão regulados pelo chamado Novo Código de Processo Civil, que tratará desses institutos em seu Livro V, sob a denominação de tutela provisória de urgência cautelar e tutela provisória de urgência antecipada.

Surge, então, a discussão sobre a possibilidade de o juiz, na Justiça do Trabalho, conceder a tutela de urgência *ex officio*, sem o requerimento expresso da parte. O assunto divide opiniões na doutrina e na jurisprudência. De um lado, têm-se os doutrinadores que acreditam que essa concessão de ofício não seria autorizada, pois violaria os Princípios Dispositivo e da Demanda, bem como dar-se-ia grande margem para a discricionariedade judicial. Já do outro lado, há juristas que defendem essa possibilidade, utilizando, ao analisar os dispositivos que tratam da matéria, outras espécies de interpretação que não a gramatical, como a interpretação teleológica e a sistemática.

Nesse contexto, considerando a discussão jurídica existente sobre o tema, o presente trabalho analisará se o Juiz do Trabalho pode conceder as tutelas cautelar e antecipada *ex officio*, a fim de trazer maior efetividade ao processo trabalhista, realizando os direitos sociais por ele tutelados.

Para isso, optou-se por dividir o presente estudo em três capítulos. Inicialmente, trataremos sobre as semelhanças e diferenças entre os Processos Civil e do Trabalho, pois,

apesar de o segundo ter se originado a partir do primeiro, o direito material ao qual servem de instrumento um e outro apresentam escopos diversos. Nesse capítulo, falaremos também sobre o Princípio da Efetividade do Processo, tendo em vista que o processo somente se mostrará efetivo quando for capaz de assegurar o direito material tutelado. No segundo capítulo, será abordada a tutela cautelar e a tutela antecipada na disciplina do Código de Processo Civil de 1973 para, posteriormente, analisar-se como o Novo Código de Processo Civil tratará desse tema como será sua aplicação subsidiária ao Processo do Trabalho. Por fim, comentar-se-á os principais Princípios que regem o Direito e o Processo Laboral para, então, analisar-se a questão principal, qual seja, a possibilidade da concessão das tutelas de urgência, ainda que não haja requerimento expresso da parte.

A fim de subsidiar-se a realização da presente pesquisa, utilizou-se embasamento jurídico, doutrinário e jurisprudencial, visto que serão analisadas as disposições legais que tratam sobre os institutos da tutela cautelar e antecipada, no Código de Processo Civil de 1973 e no Novo Código, bem como explorados os posicionamentos contrários e favoráveis à concessão *ex officio* dessas tutelas. Assim, utilizar-se-á o método dialético, auferindo-se a possibilidade, ou não, da aplicação de ofício da tutela de urgência na Justiça do Trabalho

Ainda, cabe referir que será empregada, como técnicas de pesquisa, basicamente pesquisa doutrinária e jurisprudencial, explorando-se os métodos de procedimento histórico e comparativo. O primeiro método será utilizado para verificar a origem dos Processos Civil e do Trabalho. O método comparativo, por sua vez, será explorado quando da análise das posições acerca da (im)possibilidade da concessão das tutelas de urgência *ex officio*.

1. AS SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS ENTRE O PROCESSO CIVIL E O PROCESSO DO TRABALHO

1.1 Origem e direitos tutelados

A ordem jurídica foi criada com o objetivo de harmonizar as relações sociais intersubjetivas, ensejando a máxima realização dos valores humanos com o mínimo de sacrifício, ou seja, o direito foi criado para garantir o controle social, a fim de superar os conflitos que são próprios de uma sociedade¹.

Ocorre que a mera existência do direito não é suficiente para resolver os conflitos que surgem entre os membros da sociedade, sendo necessária a criação da jurisdição, a qual é exercida por meio de um processo. Assim, o Estado, através da figura do juiz, assumiu o papel de declarar a vontade da lei perante cada caso concreto e, caso esta vontade não seja respeitada, possui o poder coercitivo para torná-la efetiva.

Processo, então, pode ser conceituado como “instrumento por meio do qual os órgãos jurisdicionais atuam para pacificar as pessoas conflitantes, eliminando os conflitos e fazendo cumprir o preceito jurídico pertinente a cada caso que lhes é apresentado em busca de solução”². Diz-se que o processo é um instrumento porque é por meio dele que se tutela uma situação jurídica material.

Se em todo o processo há uma situação jurídica substancial afirmada (“direito material”, na linguagem mais frequente), a relação entre eles é bastante íntima, como se deve supor. A separação que se faz entre “direito” e “processo”, importante do ponto de vista didático e científico, não pode implicar um processo neutro em relação ao direito material que está sob tutela.

O processo deve ser compreendido, estudado e estruturado tendo em vista a situação jurídica material para a qual serve de instrumento de tutela. A essa abordagem metodológica do processo pode dar-se o nome de *instrumentalismo*, cuja principal virtude é a de estabelecer a ponte entre o direito processual e o direito material.³

Pela leitura do trecho citado, podemos concluir que não existe processo sem o direito

¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 25.

² Ibidem, p. 29.

³ DIDIER JR., Fredier. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1. 14 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012, p. 25.

material que se busca defender ou ver realizado. Assim, tendo em vista a necessidade de uma visão interdisciplinar acerca da matéria abordada, necessário que se faça algumas considerações referentes aos direitos efetivados por meio dos Processos Civil e do Trabalho.

O Processo Civil possui grande abrangência no sistema jurídico brasileiro, pois, além de reger os procedimentos que envolvem os direitos regulados pelo Código Civil, rege subsidiariamente os direitos tutelados por outras áreas, como ocorre com o próprio Direito do Trabalho (artigo 769 da CLT).

O Direito Civil teve a sua fase originária com o direito romano, o qual vigorou em Roma e seus territórios de 753 a.C. até o ano de 565 d.C. Durante seus treze séculos de duração, passou por diversas fases, conforme iam ocorrendo as transformações sociais e econômicas, tendo como ponto de partida o *ius civile*, que era o direito do cidadão romano baseado nos costumes de seus antepassados.⁴

O Direito Civil surgiu para disciplinar basicamente as relações patrimoniais, com a finalidade de proteger a propriedade. Após, com o florescimento do comércio, sua transformação e evolução mostrou-se necessária para regular também essas relações. Atualmente, esse ramo do direito traz regras referentes à pessoa, à família, ao patrimônio e à empresa.

O Código Civil Brasileiro (Lei n. 10.406/2002) é sistematizado da seguinte forma: sua Parte Geral é dividida em “Livro I” (Das Pessoas), “Livro II” (Dos Bens) e “Livro III” (Dos Fatos Jurídicos); já sua Parte Especial organiza-se em “Livro I” (Dos Direitos das Obrigações), “Livro II” (Do Direito de Empresa), “Livro III” (Do Direito das Coisas), “Livro IV” (Do Direito de Família) e “Livro V” (Do Direito das Sucessões).

Olhando a sistemática do Código Civil não é difícil perceber que as relações disciplinadas por ele são, na sua grande maioria, de cunho patrimonial. Mesmo o “Livro I” da Parte Geral, ao tratar das pessoas naturais, regula temas que envolvem direitos patrimoniais, como é o caso da curadoria dos bens do ausente e da sucessão provisória. O mesmo ocorre com o “Livro IV” da Parte Especial o qual, ainda que disponha sobre Direito de Família, trata sobre Direito Patrimonial em seu Título II.

Sobre o predomínio dos direitos patrimoniais no Direito Civil, pode-se dizer que:

Propriedade e contrato são assim os institutos representativos do individualismo jurídico e da liberdade no direito civil, de modo a poder afirmar-se ser o direito civil o ordenamento jurídico dos particulares, fundado no princípio da igualdade de poder perante a lei e construído com base no reconhecimento de uma esfera de soberania

⁴ AMARAL, Francisco. **Direito Civil Introdução**. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 138.

individual, cujas mais evidentes manifestações são o princípio da *liberdade*, com referência à pessoa, a *propriedade*, com referência à relação pessoa e bens da vida, e o *contrato*, com referência à atividade livre e discricionária dos indivíduos. Tais aspectos permitem caracterizar o objeto ou a matéria do direito civil, como aquele conjunto de relações ou setor de experiência jurídica em que desempenha papel proeminente a *autonomia* reconhecida aos indivíduos e que se traduz na *liberdade*, como valor individual, na *propriedade*, como senhoria dos bens, e na *autonomia privada*, como poder de auto-regulamentação jurídica dos próprios interesses por meio do negócio jurídico, de que são mais importantes espécies o contrato e o testamento. Tais institutos seriam a expressão das três liberdades fundamentais do direito civil, a liberdade de contratar, a liberdade de ser proprietário e a liberdade de testar, liberdades essas às vezes limitadas pela intervenção do Estado no âmbito da autonomia individual, por meio das regras de ordem pública e dos bons costumes⁵.

Assim, fica nítido que o Direito Civil surgiu com o objetivo principal de tutelar o direito patrimonial, partindo da premissa de que as partes que formam a relação jurídica estão em posição de igualdade, possuindo total autonomia para manifestar a sua vontade.

De maneira diferente e muitos séculos depois, surgiu o Direito do Trabalho. Esse ramo do direito irrompeu-se como consequência da Revolução Industrial, iniciada no século XVIII, momento em que as grandes indústrias se desenvolveram, concretizando o capitalismo e iniciando a preocupação do Estado com a questão social.

Com o fim do feudalismo, despontou-se um novo ciclo produtivo, completamente diferente do anterior, causando grandes transformações econômicas, sociais e políticas. No período feudal, a base da mão de obra produtiva eram os servos, os quais eram camponeses presos à terra que sofriam grande exploração da nobreza (senhores feudais).

No século XV, com a ajuda da classe burguesa, os reis centralizaram o poder, iniciando o Absolutismo Monárquico na França. Contudo, alguns séculos depois, essa mesma burguesia derrubou o absolutismo, consagrando a ideologia liberal e promovendo a Revolução Industrial. Nesse período, o sistema produtivo se transformou completamente, assim como as relações de trabalho, surgindo o empregado (detentor do capital e dos meios de produção) de um lado e o empregador (subordinado e economicamente hipossuficiente) de outro. Vivia-se o Estado Liberal de Direito.

Apesar de não ser escravo nem servo, o trabalhador industrial era explorado. Trabalhava-se em média de doze a dezesseis horas por dia, mulheres e crianças eram uma opção de mão de obra ainda mais barata para os empregadores, as fábricas eram lugares perigosos e insalubres, não existindo qualquer direito trabalhista. Isso fez com que a classe operária se unisse, através do movimento sindical, para lutar por condições melhores e mais dignas de trabalho, resultando no que hoje chamamos de Direito do Trabalho. Passou-se,

⁵ AMARAL, Francisco. **Direito Civil Introdução**. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 183.

então, ao Estado Social de Direito.

Mauricio Godinho Delgado explica o processo de formação e organização do Direito do Trabalho através da combinação de três fatores, são eles: econômicos, sociais e políticos. Os fatores econômicos são a utilização de mão de obra livre, mas subordinada, por meio da relação de emprego, e o desenvolvimento da chamada grande indústria, uma nova modalidade de organização do processo produtivo que suplantou as formas primitivas de organização da produção (artesanato e manufatura), somados ao processo generalizado e crescente de concentração industrial. Como fatores sociais, pode-se citar a concentração proletária na sociedade europeia e norte-americana em torno das grandes cidades industriais e o surgimento de uma identificação profissional entre as massas obreiras. Por fim, do ponto de vista político, tem-se as ações gestadas e desenvolvidas no plano da sociedade civil e do Estado, fixando preceitos para a contratação e gerenciamento da força de trabalho.⁶

Percebe-se, então, que o Direito do Trabalho foi criado para regular as relações empregatícias, tutelando basicamente os direitos do empregado. Sua função é social, ou seja, busca principalmente melhorar as condições de vida do empregado, entendendo ser ele a parte hipossuficiente da relação jurídica que forma com o empregador.

Apesar de os bens tutelados não serem os mesmos, o Direito do Trabalho originou-se do Direito Civil, mais precisamente do Direito das Obrigações, sendo inegável que possuem alguns pontos em comum. Amauri Mascaro Nascimento assim explica essa relação:

Foi realmente muito expressiva a influência que a codificação do direito civil exerceu sobre a disciplina inicial do contrato de trabalho. O papel desempenhado, ainda que remotamente, pelo Código de Napoleão (1804), pelo Código tedesco (1896) e pelos Códigos italianos (1865 e 1942) não pode ser desconhecido, principalmente porque traziam um cunho marcadamente comum, consagrando a ideologia do contrato que viria a repercutir na forma pela qual as relações entre empregado e empregador viriam a ser conhecidas.

O contrato é o signo da liberdade. Acreditava-se que o equilíbrio nas relações econômicas e trabalhistas pudesse ser atingido diretamente pelos interessados segundo o princípio da autonomia da vontade. Assim, esses Códigos não revelam nenhuma preocupação com o problema social.⁷

Voltando ao processo e sua função, fica fácil concluir que o processo serve como instrumento de efetivação do direito material, ou seja, o Processo Civil tem como principal finalidade assegurar o cumprimento do Direito Civil, da mesma forma que o Processo do Trabalho tem por objetivo central assegurar o cumprimento do Direito do Trabalho.

⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12 ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 84-86.

⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 26 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p 49.

O artigo 769 da CLT traz o consagrado Princípio da Subsidiariedade que, em síntese, disciplina que o Processo Civil será fonte subsidiária do Processo do Trabalho. Como se disse, o Direito Civil tutela basicamente direitos individuais e patrimoniais, compatíveis com a lógica do Estado Liberal. Ao contrário, o Direito do Trabalho busca a efetivação de direitos sociais e coletivos, os quais são perseguidos pelo Estado Social. Assim, ao aplicarmos o Princípio da Subsidiariedade, devemos ter essa diferenciação em mente, a fim de que o Processo do Trabalho possa cumprir a função a qual se propõe, que é efetivar o Direito do Trabalho.

A desigualdade material existente entre empregado e empregador autoriza que o segundo tenha a chamada “autotutela”, isto é, o empregador tem o poder de impor ao empregado determinados resultados fático-jurídicos, tutelando seus interesses unilateralmente. Como exemplo, tem-se o desconto de salário em caso de falta ao trabalho. Percebe-se, então, que não é necessária a tutela estatal para que o empregador satisfaça as suas pretensões, diferentemente do que ocorre com o empregado. Assim, o Processo do Trabalho deve ser visto como instrumento de efetivação dos direitos trabalhistas, sendo uma via de acesso à consagração das promessas do Estado Social.⁸

Porém, as diferenças entre esses dois ramos não terminam aqui. Enquanto o Processo Civil possui, por exemplo, prazos mais dilatados, possibilidade de interpor recurso contra decisões interlocutórias e maior formalismo, o procedimento na Justiça do Trabalho foi planejado de modo diverso, buscando a simplicidade, a celeridade, a oralidade e a resolução de seus conflitos por meio de uma audiência contínua. Importante lembrar que os conceitos de processo e procedimento não se confundem, pois

O processo constitui-se de um conjunto de atos processuais que vão se sucedendo de forma coordenada dentro da relação processual, até atingir a coisa julgada. Já o procedimento, ou rito, é a forma, o modo, a maneira como os atos processuais vão se projetando e se desenvolvendo dentro da relação jurídica processual.⁹

Pode-se dizer que dentre as principais características da jurisdição trabalhista, que as diferenciam do direito processual comum, estão: a especialidade, os dissídios coletivos e as sentenças normativas, a simplificação dos atos processuais, a irrecorribilidade das decisões interlocutórias, a finalidade específica do agravo de instrumento e a maior utilização da

⁸ MAIOR, Jorge Luiz Souto. Relação entre o Processo Civil e o Processo do Trabalho. In: Miessa, Elisson. **O Novo Código de Processo Civil e seus Reflexos no Processo do Trabalho**. Bahia: Editora Jus Podivm, 2015. p. 159-164.

⁹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Manual de Processo do Trabalho**. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 185.

conciliação.¹⁰

Desse modo, o Processo do Trabalho apresenta-se mais simples e menos formalista em relação ao Processo Civil, tendo em vista que, na Justiça do Trabalho, é possível que as próprias partes proponham e acompanhem suas reclamações trabalhistas, sem a necessidade de advogado. Conforme será abordado, trata-se do chamado *Ius Postulandi*, possibilidade trazida pelo artigo 791 da CLT. Essa iniciativa foi copiada pelo Processo Civil que, através da Lei 9.099/1995, instituiu os Juizados Especiais, autorizando o *ius postulandi* para as causas de menor complexidade, sendo que esse procedimento orienta-se “pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação”¹¹.

Apesar de os procedimentos trabalhistas mostrarem-se mais informais do que os procedimentos utilizados no direito processual civil, isso não significa que não existem formalidades a serem seguidas, apenas quer dizer que o procedimento na Justiça Laboral preocupa-se menos com a forma do que com a efetividade do processo. A informalidade é relativa, considerando que o princípio constitucional do devido processo legal não pode ser ignorado, pois traz segurança jurídica às partes.

Além disso, embora o Princípio da Celeridade tenha tornando-se constitucional somente a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, vigora na Justiça do Trabalho desde sua origem. Isso porque existe uma maior preocupação em dar uma resposta tempestiva ao empregado, considerando que a maioria das reclamações trabalhistas envolvem créditos de natureza alimentar, sendo essencial que o processo mostre-se efetivo.

A oralidade característica dos procedimentos trabalhistas, apesar de não ser exclusiva desse ramo do direito, ganha maior relevância, estando ligada aos citados princípios da simplicidade, da informalidade e da celeridade. Esse princípio possibilita que, por exemplo, as reclamações e as defesas sejam apresentadas de forma oral, bem como estimula a conciliação e permite uma maior proximidade entre as partes e o juiz.

No Processo do Trabalho, a audiência é, sem dúvida, o ato central do procedimento, devendo ser contínua, de acordo com o artigo 849 da CLT. Durante a audiência, será tentada a conciliação, o réu apresentará a sua defesa, serão ouvidos os depoimentos pessoais das partes, bem como os depoimentos das testemunhas e dos peritos, as razões finais serão apresentadas

¹⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro; MASCARO, Sônia Mascaro. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 29 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 142.

¹¹ BRASIL. **Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm Acesso em: 22 out.2015

oralmente, sendo que, após, será realizada uma nova tentativa de conciliação e, caso essa seja inexitosa, será proferida a sentença. Percebe-se, então, que a dinâmica do Processo do Trabalho apresenta diferenças marcantes em relação ao processo comum, justificando seus princípios.

Sintetizando, o processo trabalhista possui institutos que

Têm fisionomia própria ou assumem características que os distinguem das figuras do direito processual civil ou comercial, bastando os exemplos a seguir mostrados: maior concentração de atos em audiência e decisões interlocutórias irrecorríveis; a ausência do reclamante na audiência inicial importa em arquivamento do processo, e só a ausência na audiência para depoimento pessoal implica confissão quanto à matéria de fato; recursos, como regra geral, dotados de efeito não suspensivo; conciliação mais perseguida e contestação verbal, embora práticas escritas sejam toleradas em todas as Varas; o número de testemunhas é menor, três para cada parte; ônus da prova com inversão por iniciativa da doutrina e da jurisprudência, embora ainda persista, por força de lei, a regra de que o ônus da prova incumbe a quem alega; sentenças normativas e revisões; execução por impulso do juiz caso as partes não o façam ou mesmo se o juiz quiser antecipar-se às partes¹².

Assim, apesar de possuírem características em comum, sendo o Processo Civil, inclusive, aplicado subsidiariamente ao Processo do Trabalho por força do artigo 769 da CLT, as peculiaridades do procedimento trabalhista não podem ser ignoradas, devendo a elas estarmos sempre atentos a fim de que seja alcançado o escopo social perseguido por esse ramo do Direito.

1.2 Princípio da Efetividade do Processo

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, instituiu o Estado Democrático de Direito, também chamado de Estado Constitucional, Estado Pós-Social ou Estado Pós-Moderno, o qual possui como finalidade, dentre outras, garantir o exercício dos direitos sociais e individuais, a igualdade e a justiça. O Estado passa, então, a ter como obrigação não apenas prever, mas também assegurar e efetivar os direitos, assumindo o Poder Judiciário, por esse motivo, papel fundamental na sua concretização.

Nesse sentido, a Constituição Federal consagrou, em seu artigo 5º, inciso XXXV, o

¹² NASCIMENTO, Amauri Mascaro; MASCARO, Sônia Mascaro. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 29 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 144.

Princípio da Efetividade do Processo, o qual informa que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”¹³. Primeiramente, devemos nos questionar: mas o que é um princípio?

Segundo Celso Ribeiro Bastos

Os princípios constituem ideias gerais e abstratas, que expressam em maior ou menor escala todas as normas que compõe a seara do direito. Poderíamos mesmo dizer que cada área do direito não é senão a concretização de certo número de princípios, que constituem seu núcleo central, já que possuem uma força que permeia todo o campo dentro de seu alcance.¹⁴

Pode-se dizer que os princípios, além de cumprirem importante papel no momento de elaboração da regra, assumem sua função principal no momento da interpretação das mesmas, ditando as diretrizes básicas a serem seguidas pelo intérprete, a fim de que sua aplicação ocorra em conformidade com o sistema jurídico vigente.

No sistema jurídico brasileiro, a Constituição Federal possui não só supremacia formal, mas também supremacia material em relação às demais normas do ordenamento. Assim, toda a legislação infraconstitucional deve ser elaborada e interpretada de acordo com as regras e princípios ditados pela Carta Magna. É a constitucionalização do Direito.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, afirma que consolidou-se, na teoria do Direito, a ideia de que as normas jurídicas são um gênero que abrangem duas grandes espécies: as normas e os princípios. Tal classificação mostra-se essencial para o pensamento jurídico contemporâneo, pois atribui normatividade aos princípios, os quais são a porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico. Atualmente os princípios estão no centro do sistema jurídico, deixando de ser uma mera fonte secundária ou subsidiária do Direito, balizando toda a aplicação e interpretação das normas jurídicas.¹⁵

Para melhor explicar a função exercida pelos princípios, pode-se analisar a sua atuação sob duas fases: a Fase Pré-Jurídica ou Política e a Fase Jurídica. A primeira é voltada à construção das regras e dos institutos do Direito, sendo que nela os princípios funcionam como proposições fundamentais que orientam o legislador na construção das regras jurídicas, atuando como verdadeiras fontes materiais do Direito. Nessa fase, os princípios possuem

¹³ BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm Acesso em: 22 out.2015

¹⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 59.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção de um Novo Modelo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 112-113.

papel menos relevante, haja vista que as principais fontes materiais do direito encontram-se fora do sistema jurídico. Já na Fase Jurídica cumprem seu papel fundamental, classificando-se conforme a função específica assumida. Assim, tem-se: a) os Princípios Descritivos ou Informativos, que atuam no auxílio à interpretação da norma; b) os Princípios Normativos Subsidiários, os quais cumprem papel de fontes normativas subsidiárias, relacionando-se à integração jurídica e; c) os Princípios Normativos Concorrentes, que atuam com natureza de norma jurídica.¹⁶

O Princípio da Efetividade do Processo foi eleito pelo poder constituinte como direito e garantia fundamental do cidadão, devendo ser observado em qualquer processo, independente do ramo a que o direito tutelado pertença. Feitas essas considerações preliminares, podemos investigar qual o real significado desse princípio.

Sobre o conceito de efetividade, pode dizer que

A efetividade da lei consiste em sua plena eficácia, ou seja, norma efetiva é aquela que pode ser imediatamente aplicada e produzir todos os efeitos que dela se espera. No que concerne à lei processual haverá efetividade quando o processo tiver aptidão para alcançar a sua finalidade de pacificação social e de garantia de soluções jurídicas e legítimas.

Tal finalidade poderá ser realizada se o processo promove uma justiça social em que os procedimentos se mostram ineficazes para garantir a proteção do direito material. Portanto, a efetividade compreende o direito a um processo rápido e eficaz que assegure às partes uma tutela jurisdicional adequada.¹⁷

Jaqueline Mielke Silva, ao comentar o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, afirma que

Tal direito não poderia deixar de ser pensado como fundamental, uma vez que o direito à prestação jurisdicional efetiva é decorrência da própria existência dos direitos e, assim, a contrapartida da proibição da autotutela. O direito à prestação jurisdicional é fundamental para a própria efetividade dos direitos, uma vez que esses últimos, diante das situações de ameaça ou agressão, sempre restam na dependência da sua plena realização.¹⁸

Como se sabe, a mera existência do direito material nem sempre é suficiente para garantir a sua efetivação. Justamente por esse motivo surgiu o processo, para assegurar a tutela do direito, garantindo a paz e a justiça social. Ocorre que a regra, no direito brasileiro, é

¹⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12 ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 181.

¹⁷ FREIRE, Anderson Ricardo Fernandes. **O Princípio da Efetividade do Processo**. Interface, v.4 n.2 jul./dez. 2007, p. 95-106. Disponível em:

https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CBwQFjAAahUKEwjtqN_H1tjIAhXFf5AKHXiUCNc&url=http%3A%2F%2Fwww.spell.org.br%2Fdocumentos%2Fdo_wnload%2F21264&usq=AFQjCNFGLHurAzlJQiLO77JTo5aCOhTIYA&bvm=bv.105841590,d.Y2I Acesso em: 23 out.2015

¹⁸ SILVA, Jaqueline Mielke. **A Tutela Provisória no Novo Código de Processo Civil: Tutela de Urgência e Tutela de Evidência**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015, p. 223.

o procedimento ordinário, com cognição exauriente e prévio contraditório, pois acredita-se que, somente através dele, pode-se chegar a um verdadeiro juízo de certeza.

Ovídio Baptista da Silva atribui a escolha do procedimento ordinário como procedimento padrão no processo civil brasileiro ao paradigma racionalista, aliado à doutrina política da “separação de poderes”, que vem de Thomas Hobbes, a qual reduziu o Poder Judiciário a uma função de mero reproduzidor das palavras da lei. Nesse sistema, o juiz não deve demonstrar qualquer parcela volitiva, devendo limitar-se a revelar a vontade “concreta da lei”. Ainda, o contraditório prévio foi eleito como única forma legítima, sendo eliminadas as formas de contraditório diferido e eventual.¹⁹

Contudo, o procedimento ordinário, por si só, demanda tempo. No Brasil, esse tempo torna-se ainda maior devido a uma série de problemas estruturais que enfrenta o Poder Judiciário, sendo um dos maiores entraves o número insuficiente de juízes e auxiliares da justiça. Além disso, a cultura de judicialização dos conflitos e a resistência dos brasileiros em submeterem suas demandas aos meios alternativos de resolução faz com que o número de processos se multiplique a cada ano.

A reforma legislativa, promovida por meio da Lei nº 8.951, de 13 de dezembro de 1994, trouxe a possibilidade da antecipação de tutela no procedimento ordinário, buscando minimizar os efeitos danosos que a demora no processo pode trazer à parte. Quando preenchidos os requisitos, os quais serão analisados posteriormente, o demandante poderá, no início ou no curso do procedimento, obter uma tutela satisfativa que antecipe os efeitos do mérito. Essa foi, portanto, uma tentativa de dar maior efetividade ao processo, já que muitas vezes a espera pela cognição exauriente pode resultar em grave dano ao direito que se busca tutelar.

Essa medida veio para atender não só aos anseios da sociedade, mas também aos ditames do Estado Democrático de Direito que resultou na constitucionalização do processo, dando um novo sentido à prestação da tutela jurisdicional. Perceba-se que o Poder Judiciário tem o dever de, além de processar a lesão, evitar que o dano ocorra, repelindo a ameaça ao direito.

Processo efetivo, então,

É aquele que, observado o equilíbrio entre os valores *segurança* e *celeridade*, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material. Pretende-se aprimorar o instrumento estatal destinado a fornecer a tutela jurisdicional. Mas

¹⁹ DA SILVA, Ovídio A. **Processo e Ideologia**: O Paradigma Racionalista. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 92-112.

constitui perigosa ilusão pensar que simplesmente conferir-lhe celeridade é suficiente para alcançar a tão almejada efetividade. Não se nega a necessidade de reduzir a demora, mas não se pode fazê-lo em detrimento do mínimo de segurança, valor também essencial ao processo justo.

Em princípio, não há efetividade sem contraditório e ampla defesa. A celeridade é apenas mais uma das garantias que compõe a ideia do devido processo legal, não a única. A morosidade excessiva não pode servir de desculpa para o sacrifício de valores também fundamentais, pois ligados à segurança do processo²⁰

Através do conceito atribuído por José Roberto dos Santos Bedaque, nota-se que ele relaciona a efetividade do processo a outros princípios, também assegurados constitucionalmente, quais sejam, a segurança e a celeridade. O artigo 5º da Constituição Federal, em seus incisos LV e LXXVIII, dispõe respectivamente que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”²¹ e que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”²².

Assim, é preciso achar o equilíbrio entre o devido processo legal e a razoável duração do processo, a fim de que se sacrifique o mínimo possível de cada um dos princípios e consiga-se atender ao escopo principal da jurisdição que é a efetivação dos direitos.

O devido processo legal possui como corolários o contraditório e a ampla defesa, os quais devem ser assegurados aos litigantes. Ampla defesa significa assegurar ao réu condições de trazer ao processo todos os elementos que possam esclarecer a verdade ou, até mesmo, omitir-se e calar-se, caso entenda ser a melhor opção. Já o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, pois ao ato produzido pelo demandante caberá igual direito ao demandado de opor-se, dar a sua versão ou apresentar uma interpretação jurídica diversa.²³

Por sua vez, o Princípio da Celeridade Processual foi trazido pela Emenda Constitucional 45/2004, apesar de já ser admitido muito antes pela doutrina, haja vista sua previsão no artigo 8º, 1 do Pacto de San José da Costa Rica. A concretização desse princípio depende em muito do Poder Judiciário, mas também está relacionada à atuação do Poder Legislativo, encarregado de formular leis processuais que desburocratizem e simplifiquem os procedimentos, fazendo com que a tutela jurisdicional seja eficaz e tempestiva.²⁴

²⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. 3 ed. São Paulo: Malheiros editores, 2010, p. 49.

²¹ BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm Acesso em: 23 out.2015

²² BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm Acesso em: 23 out.2015.

²³ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 18 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005, p.93.

²⁴ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 1137-

Apesar de o Princípio da Efetividade do Processo estar ligado aos Princípios do Devido Processo Legal e da Celeridade Processual, nem sempre a tarefa de equilibrá-los é simples. Haverá vezes em que o juiz irá se deparar com o conflito entre esses dois princípios e, para resolver a questão, terá que analisar o caso concreto, a fim de escolher qual deverá prevalecer para que a prestação jurisdicional mostre-se adequada. Ocorrerá, neste caso, uma colisão de princípios de igual natureza jurídica e de mesma hierarquia constitucional.

Gilmar Mendes, ao discorrer sobre o assunto, afirma que nesses casos não existe uma única solução correta e justa, exigindo os princípios convivência e conciliação com outros princípios que podem até mesmo oferecer soluções em sentido diverso. É o que ele chama de complexo *jogo concertado* de complementações e restrições recíprocas. Exemplifica citando decisão paradigmática do Supremo Tribunal Federal que autorizou o Estado a regular, por via legislativa, a política de preços de bens e serviços, quando o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros for abusivo. Essa decisão buscou conciliar o fundamento da livre iniciativa e da livre concorrência com os princípios da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, valores que, se analisados em sentido absoluto ou abstrato, parecem inconciliáveis.²⁵

No capítulo seguinte, teceremos alguns comentários acerca das tutelas de urgência, quais sejam, a tutela cautelar e a tutela antecipada, procedimentos criados para assegurar e satisfazer antecipadamente o direito, respectivamente. Essas medidas visam a dar efetividade ao processo, protegendo o direito que corre risco de dano para que, ao fim do procedimento ordinário, o provimento jurisdicional ainda seja útil. Contudo, essas medidas são a exceção e só devem ser concedidas pelo magistrado caso preenchidos todos os requisitos legalmente exigidos.

A questão sobre adequação das tutelas de urgência para assegurar a efetividade do processo ainda não está pacificada na doutrina brasileira. Há quem defenda que a cognição não pode ser sumarizada, pois os princípios da efetividade e da celeridade,

Embora não sejam institutivos do processo, foram inseridos em um bloco de garantidas do cidadão contra o exercício abusivo da função jurisdicional pelo Estado-Juiz, qual seja, o princípio do devido processo legal. Portanto, a aplicabilidade deles não pode preponderar sobre os princípios autocrítico-discursivos da processualidade democrática, isto é, o contraditório, a ampla defesa e a isonomia, sob consequência de se estar legitimando o mito da urgenciabilidade na aplicação dos conteúdos da lei por uma jurisdição relâmpago e salvadora da comunidade jurídica. Em uma cognição plenária, essa é a única técnica jurídico-

1138.

²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 56-57.

processual capaz de permitir que as questões de fato e de direito controvertidas em Juízo sejam efetivamente definidas, porquanto é impossível afastar a estrutura normativa procedimental do modelo constitucional de processo que lhe deve ser inerente.²⁶

Por outro lado, existem juristas que defendem a importância das tutelas de urgência como instrumento eficaz para garantir a efetividade e a razoável duração do processo, pois são institutos capazes de distribuir o ônus do tempo do processo de forma igual entre os litigantes. Isso porque atualmente não se pode mais ver o tempo como fator neutro, sendo certo que o tempo está contra o autor da demanda, que visa a transformar a situação posta, e a favor do réu, o qual deseja manter o *status quo* pelo maior tempo possível.²⁷

Pelo exposto, é possível perceber que o tema da efetividade do processo é um assunto complexo, dependendo da análise de outros princípios de natureza constitucional e infraconstitucional, devendo-se considerar diversos fatores e ponderar qual a melhor escolha de acordo com o caso concreto.

Desde já, nos posicionamos no sentido de que as tutelas de urgência constituem importante instrumento para dar efetividade ao processo, em especial ao Processo do Trabalho, considerando o direito material tutelado que geralmente consiste em direito do empregado. O reclamante (em regra, o trabalhador), conforme será melhor explorado, é a parte hipossuficiente da relação jurídica, buscando receber créditos que, em sua maioria, possuem natureza alimentar. Do outro lado, está o empregador, detentor do capital, que não raro busca desfazer-se de seu patrimônio com o intuito de frustrar uma possível futura execução trabalhista.

Diante desse cenário, não podemos fechar nossos olhos e continuar aceitando e reproduzindo o paradigma racionalista que impera no direito processual brasileiro, em especial no Processo Civil, o qual é aplicado subsidiariamente ao Processo do Trabalho. No estágio atual em que o processo se encontra, não há mais espaço para o juiz “boca da lei”, que busca julgar de acordo com a vontade do legislador. A complexidade das relações sociais

²⁶ SOUZA, Isabella Saldanha de; GOMES, Mario Federici. **A efetividade do processo e a celeridade do procedimento em detrimento dos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e da isonomia: o mito da urgencialidade.** Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/isabella_saldanha_de_sousa.pdf Acesso em: 23 out.2015

²⁷ AMORIM, Theodoro Sozzo; ANGELUCI, Cleber Affonso. **O Princípio da Efetividade do Processo e as Tutelas de Urgência.** Disponível em: https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CBwQFjAAahUKEwiztJqSutvIAhXDGh4KHeBWBBy8&url=http%3A%2F%2Fwww.fai.com.br%2Fportal%2Ffojs%2Findex.php%2Fomniahumanas%2Farticle%2Fdownload%2F244%2Fpdf&usg=AFQjCNGvDO92_e6tKpVgkV-CHgVWn-Ry5w&bvm=bv.105841590,d.dmo Acesso em 24 out.2015

origina problemas também complexos que não podem ser pensados com a mentalidade do século XVIII, sob pena de cometer-se sérias injustiças.

De sumo relevo a advertência feita pelo ilustre Professor Ovídio Baptista da Silva sobre a “cegueira ideológica” que ofusca os processualistas. Define esse fenômeno como a “impossibilidade absoluta de que pessoas que trabalhem em paradigmas diferentes entendam-se e possam manter um diálogo produtivo”²⁸. Esse é um dos fatores que colabora para a resistência de muitos doutrinadores em admitir uma tutela preventiva, baseada apenas em cognição sumária.

Acreditamos nas tutelas de urgência, cautelar e antecipada, como institutos capazes de colaborar com a efetividade do processo, desde que sejam utilizados como exceção, e não como regra, devendo o magistrado observar com rigor a presença dos requisitos necessários para sua concessão, sob pena de banalizar esse instrumento, cometendo injustiças e causando insegurança nas relações jurídicas.

²⁸ DA SILVA, Ovídio A. **Processo e Ideologia**: O Paradigma Racionalista. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 101.

2. AS TUTELAS DE URGÊNCIA

2.1 Tutela Cautelar

À época do Estado Liberal Clássico, o processo civil preocupava-se apenas com a tutela ressarcitória, pois todos deveriam ser tratados da mesma forma a fim de garantir a igualdade. A igualdade aqui perseguida era a formal, em muito originada da liberdade de mercado vigente naquele tempo. A tutela preventiva era inconcebível porque entendida como uma intervenção indevida do Estado na esfera da autonomia do particular.

Com o tempo a sociedade foi se transformando, assim como o próprio Direito, fazendo com que surgisse o chamado Estado Constitucional e resultando na constitucionalização do processo civil. A tutela dos direitos fundamentais, muitos deles de cunho não patrimonial, trouxe a necessidade de criação de uma tutela preventiva, apta a evitar a sua violação ante o perigo de dano. Como exemplo podemos citar o direito ao meio ambiente que, quando violado, pode trazer consequências irreversíveis, não sendo a tutela ressarcitória suficiente para garanti-lo.

Além disso, a rapidez com que se processam as relações na sociedade contemporânea trouxe a necessidade de uma tutela baseada na urgência, pois esperar pelo fim do processo, com cognição exauriente, pode muitas vezes fazer com que o direito se perca. Desse modo, tendo em vista a necessidade de assegurar o direito material, surgiu a tutela cautelar.

Contudo, essa tutela também possui inconvenientes, sendo que com ela surgiu a dúvida sobre qual seria a melhor opção: deixar de lado, em um primeiro momento, a segurança jurídica e proteger o provável direito que está sob ameaça, com base apenas em cognição sumária, ou prezar pelo procedimento legal e aguardar a tramitação regular do processo, que resultará em uma sentença dotada de certeza, podendo o direito tutelado perecer no decorrer desse tempo.

Como podemos observar, as duas opções têm suas vantagens e desvantagens. Adotando-se a primeira alternativa, corremos o risco de a parte que teve a tutela cautelar concedida não ter o seu direito reconhecido ao final do processo, podendo causar grave dano à parte contrária. Já se prezarmos pela segurança jurídica, pode ser que, após a cognição exauriente do processo, a parte seja reconhecida como real detentora do direito, mostrando-se,

contudo, sua proteção inútil e ineficaz.

Buscando conceituar a matéria, a doutrina clássica, que inclui autores como Piero Calamandrei e Giuseppe Chiovenda, defende que a tutela cautelar busca dar efetividade à jurisdição e ao processo²⁹. Essa ideia decorre do entendimento de que o fim da jurisdição é atuar a vontade da lei, e não dar tutela ao direito material³⁰. Referido posicionamento foi adotado tendo como fundamento o caráter público do processo, bem como a autonomia deste em relação ao direito material tutelado.

Entretanto, dentre os grandes processualistas brasileiros, temos o entendimento do gaúcho Ovídio Baptista da Silva, que diverge da noção trazida pela doutrina tradicional. Para ele, a tutela cautelar tem como finalidade principal a proteção do direito aparente sob perigo de dano, ou seja, sua função seria a de assegurar o direito (e não satisfazer o direito, o que é feito pela tutela antecipada, conforme será abordado). Afirma que:

A tutela cautelar faz parte do gênero *tutela preventiva* e tem por fim dar proteção jurisdicional ao direito subjetivo ou a outros interesses reconhecidos pela ordem jurídica como legítimos, mas que não se identificam com os denominados direitos subjetivos. Na verdade, a tutela cautelar tem por fim proteger não apenas direitos subjetivos, mas igualmente e, poderíamos dizer até, preponderantemente, proteger pretensões de direito material, ações e exceções, quando seus respectivos titulares aleguem que tais interesses, reconhecidos e protegidos pelo direito, encontrem-se sob ameaça de dano irreparável.³¹

Na mesma linha, temos a ideia defendida por Luiz Guilherme Marinoni:

Deixe-se claro, porém, que, além de não ser possível aceitar a teoria que enxerga na função cautelar a tutela do processo, é preciso frisar que a tutela cautelar não se destina a inibir o ilícito (tutela inibitória) e a remover os efeitos concretos do ilícito (tutela de remoção do ilícito), e, portanto, não constitui uma genuína tutela preventiva. A tutela cautelar assegura a *tutela* de um direito *violado* ou, em outro caso, assegura uma situação jurídica tutelável, ou seja, uma situação jurídica a ser tutelada através do chamado processo principal.³²

O entendimento clássico sustenta que a tutela cautelar é um direito do Estado e não da parte, pois o processo apresenta caráter público, tendo a jurisdição por finalidade atuar a vontade da lei. Esse é outro ponto de divergência, pois Ovídio e Marinoni defendem que a tutela cautelar é sim direito da parte, estando ela intimamente ligada ao direito à tutela do

²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo Cautelar**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 19.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ DA SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de Processo Civil**. v. 3. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 17.

³² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *opus citatum. cit.*, p. 23.

direito. Nesse sentido, “a tutela cautelar não pode ser vista como dirigida a assegurar a utilidade do processo. Como é evidente, a única tutela que o autor almeja quando vai a juízo é a tutela do direito material”³³.

Para a concessão da tutela cautelar pelo juiz, são necessários dois requisitos específicos: o *periculum in mora* e o *fumus boni juris*. O primeiro seria o perigo de dano, irreparável ou de difícil reparação, que poderia ocorrer se a parte tivesse que esperar por uma cognição exauriente do processo. O *periculum in mora* deve ser demonstrado de forma objetiva, deixando clara a probabilidade do dano afirmado. Já o *fumus boni juris* é a demonstração de que a tutela do direito material é verossímil, não sendo, nesse caso, necessária a certeza do magistrado, mas sim o seu convencimento de que, ao fim do processo, provavelmente será concedida à parte a tutela ao direito.

A tutela cautelar, através do *periculum in mora*, chamado por Ovídio Baptista da Silva de perigo de dano iminente e irreparável³⁴, objetiva assegurar a realização do direito, e não meramente assegurar a sua existência, como defendem os doutrinadores clássicos. Assim, essa satisfação prática do direito liga-se ao mundo fático e ao seu aspecto dinâmico. Ainda que o credor não consiga arrestar bens do devedor e esse se desfaça de todo o seu patrimônio, tornando-se insolvente, o direito de crédito continuará existindo, contudo, não será satisfeito.

Em relação ao *fumus boni iuris*, trata-se da probabilidade de que o direito exista, bastando sua aparência. Não se exige que esse direito mostre-se indiscutível para o juiz, até mesmo porque, em decorrência da urgência, não é possível esperar até o fim do procedimento ordinário para protegê-lo. A cognição exauriente é incompatível com a jurisdição cautelar. Além disso, caso esse direito mostre-se evidente, merece uma tutela satisfativa, e não apenas assecuratória.

Cabe referir brevemente as características da tutela cautelar apontadas pela doutrina tradicional, quais sejam, preventividade, provisoriedade, autonomia, cognição sumária, instrumentalidade, fungibilidade, referibilidade, revogabilidade e não satisfatividade. Nesse aspecto, faremos uma sucinta análise dessas características, bem como comentários pontuais sobre as divergências trazidas por alguns autores, considerando a falta de consenso sobre o assunto.

A *preventividade* tem por finalidade evitar a ocorrência do dano irreparável ou de difícil reparação, ou seja, essa característica estaria intrinsecamente ligada ao requisito do

³³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo Cautelar**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 24.

³⁴ DA SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de Processo Civil**. v. 3. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 41.

periculum in mora e à ideia de urgência do provimento. Assim, “a tutela jurisdicional a ser obtida no âmbito do ‘processo cautelar’ pretende evitar o dano, imunizando, destarte, a ameaça de uma afirmação de direito, impedindo que ela seja convertida em lesão”.³⁵

Contudo, esse conceito não é unânime. Luiz Guilherme Marinoni afirma que o correto seria chamar essa característica de cautelaridade, pois a tutela cautelar é uma tutela de outra tutela, diferentemente da tutela inibitória ou destinada a impedir a violação do direito, que é a tutela do direito ameaçado de violação³⁶.

A *provisoriedade* seria decorrente do fato de que a tutela cautelar é destinada a assegurar a efetividade do processo principal, de assegurar a sua utilidade, sendo essa característica relacionada à instrumentalidade. Esta ideia tem como um de seus fundamentos o entendimento de que essa é uma tutela a serviço do Estado, o qual deve tutelar a jurisdição, devendo dar segurança ao processo.

Ovídio Batista da Silva chama essa característica de temporariedade, pois as medidas cautelares deverão durar enquanto permaneça a situação de perigo, independentemente da sentença que as substitua. Ainda, deverão consistir em forma de tutela jurisdicional diferente da tutela satisfativa do direito, que não crie uma situação fática definitiva, sendo temporários os seus efeitos³⁷.

Por sua vez, a *autonomia* deriva da própria organização do atual Código de Processo Civil brasileiro, o qual destinou o seu Livro III ao Processo Cautelar, trazendo um procedimento próprio, ao lado do processo de conhecimento, do processo de execução e dos procedimentos especiais. A procedência do processo cautelar independe do resultado do processo principal, ou seja, pode a parte vencedora no processo cautelar sucumbir no processo principal e vice-versa. Essa afirmação pode ser corroborada pela leitura do artigo 810 do CPC, que assim dispõe: “O indeferimento da medida não obsta a que a parte intente a ação, nem influi no julgamento desta, salvo se o juiz, no procedimento cautelar, acolher a alegação de decadência ou prescrição do direito do autor”³⁸.

O perigo de dano faz com que a tutela cautelar exija somente a demonstração da probabilidade da ocorrência do fato afirmado; sendo, portanto, incompatível com a cognição exauriente. A urgência em proteger o direito autoriza que o juiz decida baseado apenas em

³⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. v. 4. 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 162.

³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo Cautelar**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 39.

³⁷ DA SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de Processo Civil**. v.3. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 55-57.

³⁸ BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm Acesso em: 04 out.2015

cognição sumária, pois ele não adentra no que seria o mérito da causa principal, isto é, no direito material de que a parte afirma ser titular.

O artigo 796 do CPC traz a *instrumentalidade* da tutela cautelar ao assim dispor: “O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente”³⁹. Aqui tem-se a clássica visão de que a tutela cautelar serve de instrumento ao processo principal, tendo a finalidade de assegurar-lhe a efetividade, ou seja, é o “instrumento do instrumento”.

Mais uma vez, não podemos deixar de mencionar o posicionamento divergente de Luiz Guilherme Marinoni, baseado nas ideias de Ovídio Batista da Silva, que esclarece:

A tutela cautelar é caracterizada pela instrumentalidade, mas em um sentido bastante divergente daquele que lhe foi atribuído pela doutrina clássica. A tutela cautelar não é um instrumento do instrumento, ou seja, um instrumento do processo que presta a tutela jurisdicional do direito, satisfazendo ou realizando o direito material. A tutela cautelar é um instrumento vocacionado a dar segurança à tutela do direito desejada, ou que pode vir a ser ambicionada, no processo principal. Exemplificando: o arresto não é instrumento do processo, mas sim instrumento destinado a garantir a frutuosidade da tutela ressarcitória pelo equivalente.⁴⁰

Já a *fungibilidade* é trazida pelo artigo 805 do CPC ao prescrever que “a medida cautelar poderá ser substituída, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pela prestação de caução ou outra garantia menos gravosa para o requerido, sempre que adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente”⁴¹. Em síntese, este dispositivo assegura a possibilidade de o juiz substituir uma medida cautelar por outra garantia, desde que seja suficiente para assegurar a tutela ao direito tutelado. Ainda, é possível que o magistrado conceda medida diversa da requerida pelo autor, considerando a idoneidade da mesma e as restrições que traz à esfera jurídica do réu.

Seguindo na breve análise das características, a *referibilidade* está ligada ao fato de a tutela cautelar fazer referência à tutela de um direito ou a uma situação tutelável. Assim,

A tutela cautelar é meio de preservação de outro direito, o direito acautelado, objeto da tutela satisfativa. A tutela cautelar é, necessariamente, uma tutela que se refere a outro direito, distinto do direito à própria cautelar. Há o direito à cautela e o direito que se acautela. O direito à cautela é o direito à tutela cautelar; o direito que se acautela, ou direito acautelado, é o direito sobre que recai a tutela cautelar. Essa

³⁹ BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm Acesso em: 04 out.2015

⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo Cautelar**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 39.

⁴¹ BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm Acesso em: 04 out.2015

referibilidade é essencial. 42

A cognição sumária, que faz com que o juiz decida com base em um juízo de probabilidade, traz como uma de suas consequências a *revogabilidade* da medida, também chamada de modificabilidade. O magistrado pode inicialmente deferir uma medida cautelar que, com o passar do tempo, mostre-se inadequada ou mesmo menos adequada do que outra medida. Assim, o juiz, autorizado pelo artigo 807 do CPC, pode revogá-las ou modificá-las a qualquer tempo, de acordo com a sua adequação ao caso concreto.

Por fim, a *não satisfatividade* significa que a tutela cautelar não tem por finalidade satisfazer o direito material, mas sim assegurá-lo, tendo em vista a presença do perigo de dano, para que possa ser efetivado em um momento posterior. Desse modo, a decisão proferida em processo cautelar não é apta a gerar coisa julgada material.

Depois da análise acerca das características da tutela cautelar, convém traçarmos algumas considerações gerais sobre seu procedimento, trazidas pelos artigos 796 a 812 do CPC.

O artigo 796 abre o Título III do CPC trazendo a possibilidade de o procedimento cautelar ser instaurando antes ou durante o processo principal, sendo deste dependente. Esse dispositivo não ofende a característica anteriormente mencionada da autonomia, pois os procedimentos são independentes, sendo a dependência da tutela cautelar ligada à tutela do direito material buscada, ou seja, à referibilidade.

Em relação à competência, a ação cautelar deve ser proposta perante o juiz da causa, quando incidental, ou perante o juiz competente para processar a ação principal, quando preparatória. Em caso de interposição de recurso, a tutela cautelar deverá ser interposta e processada perante o Tribunal competente para julgá-lo, sendo irrelevante o fato de o recurso ainda estar perante o juízo *a quo*.

O artigo 801 do CPC traz a exigência de que a petição inicial seja escrita, bem como seus requisitos. Os incisos I, II e V trazem requisitos gerais, como a autoridade judiciária a que é dirigida, a qualificação das partes e a indicação das provas a serem produzidas. Já os incisos III e IV trazem requisitos específicos das ações cautelares, quais sejam, a indicação da lide e de seu fundamento e a exposição sumária do direito ameaçado e o receio de lesão, respectivamente. A primeira exigência, que trata sobre a referência pelo autor do direito material o qual pretende ver satisfeito, somente é exigida nas cautelares preparatórias. Já o

⁴² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA; Rafael Alexandre de. **Curso de Processo Civil**. v. 2. 10 ed. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2015, p. 562-263.

inciso IV exige a demonstração do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, é o que Cássio Scarpinella Bueno chama de “mérito da cautelar” e explica:

A “exposição sumária do direito ameaçado” corresponde à consagrada expressão latina *fumus boni iuris* – textualmente, “fumaça do bom direito” –, que deve ser entendida como a suficiência, para fins do Livro III do Código de Processo Civil, de que o magistrado convença-se *sumariamente* da existência do direito e das consequências jurídicas pretendidas pelo autor para a concessão da tutela jurisdicional.

(...)

O “receio de lesão” é explicativo suficiente da outra expressão latina geralmente associada ao tema das “tutelas de urgência”, o *periculum in mora*, o perigo na demora da prestação jurisdicional, a compreensão de que, em alguns casos, impõe-se a pronta atuação do Estado-juiz para evitar que o *tempo* inerente à prestação da tutela jurisdicional seja obstáculo à fruição plena do direito que se afirma na iminência de ser lesionado.⁴³

Após a efetivada a citação do demandado, o mesmo terá o prazo de cinco dias para apresentar sua contestação, bem como indicar as provas que pretende produzir, sendo que referido prazo será contado da juntada do mandado de citação devidamente cumprido ou da execução da medida cautelar, a depender do caso. Cabe referir que o que é sumária é a cognição, e não o direito de defesa do réu. Ainda, caso seja necessária a produção de provas, o juiz designará audiência de instrução e julgamento.

Entretanto, trouxe o legislador a possibilidade de o juiz, sem a oitiva prévia do demandado, conceder liminarmente ou após justificação prévia a tutela cautelar. É o que prescreve o Código de Processo Civil em seu artigo 804, o qual traz também as condições em que isso ocorrerá: quando o magistrado verificar que o réu, sendo citado, poderá tornar a medida cautelar ineficaz. Importante frisar que a concessão de medida cautelar sem a oitiva do réu é medida excepcional, e não a regra, pois consiste em restrição ao direito de defesa do demandado.

Nesse caso, poderá o juiz exigir a prestação pelo autor de caução real ou fidejussória, apta a ressarcir eventuais danos que o réu venha a sofrer. Também deve o autor promover a citação do demandado, dentro do prazo de cinco dias, quando concedida a medida cautelar liminarmente, sob pena de responder pelos prejuízos que a execução desta causar ao requerido, nos termos do artigo 811, inciso III.

O artigo 806 do CPC é objetivo ao dispor que “cabe à parte propor a ação, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida

⁴³ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. v. 4. 6 ed. São Pulo: Editora Saraiva, 2014, p. 206.

em procedimento preparatório”⁴⁴. Caso a tutela cautelar já tenha sido concedida, não sendo a ação principal proposta no prazo, ela perderá a sua eficácia. Em não sendo concedida, em nada influi na propositura e no julgamento da ação principal.

Quando deferida a medida cautelar, sua eficácia cessará em três situações, as quais são trazidas pelo artigo 808 do CPC. São elas: quando a parte autora não propuser a ação principal no prazo de trinta dias, quando a medida cautelar deferida não for executada no prazo de trinta dias e quando o juiz declarar, com ou sem o julgamento do mérito, extinto o processo principal.

2.2 Tutela Antecipada

A reforma legislativa, concretizada através da Lei 8.951, de 13 de dezembro de 1994, trouxe a possibilidade da antecipação de tutela no processo ordinário, ou seja, nos processos de cognição exauriente. Essa reforma foi uma “tentativa de superação do ideal racionalista que contaminou o processo no último século”⁴⁵.

O Código Buzaid (como é chamado o Código de Processo Civil vigente de 1973 até 1994) foi escrito sob influências liberais, fruto da Revolução Francesa, que concedeu ao juiz apenas a função de aplicar/dizer a lei (*bouche de la loi*), sem interpretá-la⁴⁶. Entendia-se que,

Tal procedimento, ao não permitir ao juiz, através de liminar, qualquer interferência no conflito de interesses, não só mantém a postura de “neutralidade” que era esperada do magistrado, como também faz valer a hipótese de que o juiz não pode julgar com base em verossimilhança. O julgamento com base em verossimilhança era incompatível com um julgador que se esperava “neutro”, o que evidencia uma nítida relação entre “busca da verdade” e neutralidade. É fácil perceber, portanto, que os juízos de verossimilhança eram temidos exatamente à medida que abriam margem ao “subjetivismo” do julgador⁴⁷.

Entretanto, a transformação da sociedade trouxe uma maior rapidez no processamento das relações jurídicas, mostrando-se o procedimento ordinário clássico ineficiente e insuficiente para suprir as necessidades dos jurisdicionados. A ação cautelar, pensada sob a

⁴⁴ BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm Acesso em: 04 out.2015

⁴⁵ SILVA, Jaqueline Mielke. **A Tutela Provisória no Novo Código de Processo Civil: Tutela de Urgência e Tutela de Evidência**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015, p. 109.

⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Da tutela cautelar à tutela antecipatória**. Disponível em:

https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CCQQFjAAahUKEwj_78GJ2YHJAhUISCYKHVgBBZM&url=http%3A%2F%2Fwww.marinoni.adv.br%2Ffiles_%2FDA%2520TUTELA%2520CAUTELAR%2520%25C3%2580%2520TUTELA%2520ANTECIPAT%25C3%2593RIA.doc&usq=AFQjCNHXNRQyqra8JvID1tfcOItzno2Ppw Acesso em: 05 out.2015

⁴⁷ *Ibidem*.

forma de cognição sumária e com finalidade meramente assecuratória do direito, passou a ser insuficiente para garantir a sua tutela efetiva.

Ainda assim, até o ano de 1994, a tutela cautelar teve seu objetivo original desvirtuado em uma tentativa de combater a inefetividade trazida pelo procedimento ordinário. Isso ocorria devido à redação do atual artigo 798 do CPC, o qual autoriza que, quando houver fundado receio de que uma parte possa causar lesão grave ou de difícil reparação à parte contrária, o juiz determine as medidas provisórias que entenda adequadas, antes do julgamento da lide.

Esse dispositivo, que institui as cautelares inominadas, passou a ser usado indistintamente, surgindo a chamada “ação cautelar satisfativa”⁴⁸. Assim, a tutela cautelar, por falta de outro instrumento mais adequado, passou a ser utilizada para satisfazer o direito, e não mais apenas para assegurá-lo.

Apesar de, no início, essa forma de utilização da ação cautelar não ter grande aceitação na jurisprudência, com o passar do tempo, seu uso começou a ser admitido pelos juízes brasileiros. A necessidade de uma nova forma de tutela urgente dos direitos, em muito oriunda do advento da Constituição da República Federativa do Brasil e da consequente constitucionalização do processo, fez com que a impropriedade da técnica processual fosse desprezada, priorizando-se a prestação jurisdicional efetiva e adequada àqueles que se socorrem do Poder Judiciário⁴⁹.

No entanto, parte da doutrina e da jurisprudência continuava a não aceitar a aplicação imprópria da ação cautelar. Sua utilização para realizar o próprio direito, ao invés de assegurá-lo, tornando-a CPC, introduzido pela Lei nº 8.951, de 13 de dezembro de 1994.

Após esse breve histórico, é preciso que inicialmente se faça alguns apontamentos acerca do conceito de satisfatividade, considerando ser fundamental para diferenciar a tutela cautelar da tutela antecipada. Nesse aspecto, convém citar a sempre esclarecedora lição de Ovídio Bapstista da Silva: “Nosso entendimento do que seja a *satisfação* de um direito toma esse conceito como equivalente à sua *realização* concreta e objetiva. Satisfazer um direito,

⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Da tutela cautelar à tutela antecipatória**. Disponível em: https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CCQFjAAahUKEwj_78GJ2YHJAhUISCYKHVgBBZM&url=http%3A%2F%2Fwww.marinoni.adv.br%2Ffiles_%2FDA%2520TUTELA%2520CAUTELAR%2520%25C3%2580%2520TUTELA%2520ANTECIPAT%25C3%2593RIA.doc&usq=AFQjCNHXNRQyqra8JvID1tfcoItzno2Ppw Acesso em: 05 out.2015

⁴⁹ ROCHA, Paula de Borba. **A antecipação da tutela fundada na evidência: um estudo sobre o inciso II do artigo 273 do Código de Processo Civil**. Porto Alegre: UFRGS, 2012. 85 p. Monografia - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/67364> Acesso em: 05 out.2015

para nós, é realizá-lo concretamente no plano das relações humanas”⁵⁰.

Desse modo, para ocorrer a satisfação de um direito, não basta que esse direito se concretize no campo normativo, sendo necessária sua realização no plano social. O processualista citado muito bem exemplifica esse conceito através do exemplo dos alimentos provisionais. Segundo ele, o credor que logre receber alimentos sob a forma de provisionais está tendo sua pretensão satisfeita, ainda que provisoriamente, pois o uso que fará dos alimentos será o mesmo. Pode-se, então, concluir que os alimentos provisionais são satisfativos da pretensão alimentar, satisfazendo o credor sob condição provisória⁵¹.

A maior parte da doutrina, porém, entende que a satisfação do direito dá-se com a declaração de sua existência, sendo os alimentos provisionais vistos como cautelares. Assim, somente a sentença final é tida como verdadeira decisão, não sendo admitida uma decisão que antecipe o mérito.

Outra característica utilizada para diferenciar as duas medidas é a referibilidade. Ela está relacionada ao fato de que a ação cautelar apenas assegura a pretensão; se, ao contrário, satisfizesse o direito, a referibilidade deixaria de existir. Em suma, percebemos que essas duas características estão intrinsecamente ligadas, podendo-se concluir que a referibilidade é indicativa da cautelaridade, sendo que a não-referibilidade aponta para a tutela sumária satisfativa⁵².

Apesar de adotarmos o critério de diferenciação acima exposto, cabe referir o entendimento exposto pelo doutrinador italiano Piero Calamandrei. Ele defende que não pode haver execução sem título (*nulla executio sine titulo*), sendo que somente haveria um critério seguro para diferenciar a execução satisfativa da execução cautelar. Esse critério seria o momento em que os atos executivos se realizam: se antes da declaração de certeza do direito a ser satisfeito, a execução seria cautelar, já se os atos são praticados após essa declaração, a execução seria satisfativa⁵³.

O jurista paranaense Luiz Guilherme Marinoni, contesta essa ideia, argumentando que:

⁵⁰ DA SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de Processo Civil**. v. 3. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 17.

⁵¹ *Ibidem*, p. 32.

⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. Da tutela cautelar à tutela antecipatória. MARINONI, Luiz Guilherme. **Da tutela cautelar à tutela antecipatória**. Disponível em: https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CCQQFjAAahUKEwj_78GJ2YHJAhUISCYKHVgBBZM&url=http%3A%2F%2Fwww.marinoni.adv.br%2Ffiles_%2FDA%2520TUTELA%2520CAUTELAR%2520%25C3%2580%2520TUTELA%2520ANTECIPAT%25C3%2593RIA.doc&usq=AFQjCNHXNRQyqra8JvID1tfcoItzno2Ppw Acesso em: 05 out.2015

⁵³ *Ibidem*

Concluir que a tutela anterior ao trânsito em julgado não confere satisfação jurídica, mas apenas fática, e supor que a satisfação jurídica apenas pode ser encontrada quando da formação da coisa julgada material, é não perceber a superação da relação entre “tutela do direito” e coisa julgada material e caminhar no sentido contrário ao pensamento da doutrina que está preocupada com a efetividade da tutela dos direitos⁵⁴.

Feita essa introdução, podemos passar às considerações referentes ao artigo 273 do CPC. Iniciaremos pelo *caput* e seus dois incisos, os quais trazem os requisitos necessários para o deferimento da medida:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu⁵⁵.

Para melhor sistematizar esse dispositivo, utilizaremos a classificação referida por Cassio Scarpinella Bueno. Segundo ele, os requisitos legais para a concessão da tutela antecipada pelo magistrado são de duas ordens: a) necessários e b) cumulativo-alternativos. Assim, a “prova inequívoca” e a “verossimilhança da alegação” a que se refere o *caput* do artigo 273 são sempre necessários. Já o “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação” e “o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu”, trazidos pelos incisos I e II do citado artigo, são cumulativo-alternativos. São alternativos porque é necessária a presença de apenas uma das situações descritas nos incisos I e II para o deferimento da medida. Por outro lado, são cumulativos devido ao fato de que deve estar presente a prova inequívoca capaz de convencer o juiz da verossimilhança da alegação. Assim, conclui-se que os requisitos exigidos pelo *caput* sempre devem estar presentes (são necessários), sendo que, em relação aos incisos, basta que esteja presente a situação descrita no inciso I ou a situação descrita no inciso II (são alternativos)⁵⁶.

Após realizada a sistematização dos requisitos necessários para a concessão da tutela antecipada, cabe referi-los sucintamente a fim de facilitar a diferenciação entre a tutela ora em

⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Da tutela cautelar à tutela antecipatória. MARINONI, Luiz Guilherme. **Da tutela cautelar à tutela antecipatória**. Disponível em: https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CCQQFjAAahUKEwj_78GJ2YHJAhUISCYKHVgBBZM&url=http%3A%2F%2Fwww.marinoni.adv.br%2Ffiles_%2FDA%2520TUTELA%2520CAUTELAR%2520%25C3%2580%2520TUTELA%2520ANTECIPAT%25C3%2593RIA.doc&usg=AFQjCNHXNRQyqra8JvID1tfcoItzno2Ppw Acesso em: 05 out.2015.

⁵⁵ BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm Acesso em: 11 out.2015

⁵⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. v. 4. 6 ed. São Pulo: Editora Saraiva, 2014, p. 40.

comento e a tutela cautelar, tornando mais fácil identificar as situações em que devam ser utilizadas.

Iniciaremos pela prova inequívoca, a qual significa prova robusta, que dê ao magistrado certo grau de segurança para deferir a tutela antecipada, fazendo-o crer que o alegado pela parte possivelmente é verdadeiro. Destaca-se que a prova não precisa ser necessariamente documental, sendo válida qualquer prova admitida em direito, observado o artigo 5º, inciso LVI, da Constituição da República Federativa do Brasil. No entanto, observa-se que

Nenhuma prova é inequívoca, o que nos faz concluir que o legislador foi infeliz no emprego da expressão contida no caput do art. 273. Mesmo um teste de DNA, que reconhece a paternidade num grau de probabilidade superior a 99% (noventa e nove por cento), pode ser visto como prova inequívoca. Entendemos que a interpretação da lei deve partir da premissa da exigência de uma prova robusta da existência do direito afirmado pelo autor, não uma mera fumaça de bom direito, como na ação cautelar (*fumus boni iuris*)⁵⁷.

Como exposto, a tutela antecipada busca satisfazer o direito, antecipando os efeitos da sentença, diferentemente da tutela cautelar que busca apenas assegurar o direito. Desse modo, fica claro que a prova inequívoca é uma prova mais forte do que o mero *fumus boni iuris* exigido na ação cautelar, porém não tão forte a ponto de dotar o juiz de certeza, haja vista que esta somente poderia ser obtida ao final do procedimento, após cognição exauriente.

O segundo requisito necessário trazido pelo *caput* do artigo 273 é a verossimilhança da alegação, a qual está intimamente ligada à prova inequívoca, pois é através da segunda que o magistrado convence-se da primeira. Verossimilhante no sentido de que o que foi narrado e provado é aparentemente verdadeiro, “não que o seja, e nem precisa sê-lo; mas é fundamental que a alegação tenha *aparência* de ser verdadeira”⁵⁸.

A verossimilhança, além de referir-se à matéria de fato, refere-se também à plausibilidade da subsunção dos fatos à norma invocada, levando aos efeitos desejados. O juiz deve analisar a probabilidade de acontecimento dos fatos narrados e quais as chances que o autor possui de vencer a demanda.⁵⁹

O perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, ao contrário do que ocorre com o *fumus boni iuris*, pode ser comparado com o *periculum in mora* exigido pela ação cautelar.

⁵⁷ MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 3. 10 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 25.

⁵⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. v. 4. 6 ed. São Pulo: Editora Saraiva, 2014, p. 42.

⁵⁹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA; Rafael Alexandre de. **Curso de Processo Civil**. VOLUME 2. 9 ed. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2014, p. 494.

Aqui apresenta-se a urgência na concessão da medida, pois o perigo na demora da prestação jurisdicional pode acarretar lesão ao próprio direito.

Em relação ao deferimento liminar da antecipação de tutela, a análise deve ser feita com base no caso concreto, a fim de apreciar-se a real necessidade da medida. O entendimento predominante é no sentido de que, se o direito corre risco de tal modo que a prévia citação do réu possa causar-lhe dano irreparável ou de difícil reparação, a tutela antecipada pode ser concedida liminarmente sem que se ofenda aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Nesse caso, conforme explicamos no primeiro capítulo, o magistrado deve confrontar esses princípios com o princípio da efetividade do processo, o qual também é tutelado constitucionalmente.

O inciso II do artigo traz o segundo requisito cumulativo-alternativo, qual seja, o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu. Essas situações podem manifestar-se das mais diversas formas, sendo necessário que o juiz considere a situação concreta que se apresenta no processo em análise. Nesse caso, não há necessidade da demonstração de urgência.

Além dos requisitos mencionados, os parágrafos do artigo 273 do CPC trazem outras disposições que devem ser observadas para possibilitar a concessão da tutela antecipada.

O parágrafo primeiro dispõe sobre a necessidade de fundamentação da decisão de forma clara e concisa, seja ela no sentido de deferir ou não a medida. A mera afirmação de que a parte cumpriu os requisitos exigidos para o deferimento da tutela não é fundamentação válida, podendo ensejar, inclusive, a nulidade da decisão.

De acordo com o parágrafo segundo do artigo 273, é preciso que o provimento antecipado seja reversível. Interpretando-se literalmente este dispositivo, toda vez que a medida pleiteada seja irreversível, o juiz deve indeferi-la. Surge, então, uma difícil questão: deve-se interpretar essa disposição literalmente, ainda que os bens juridicamente tutelados sejam de diferentes valores?

Exploraremos o posicionamento que defende a possibilidade de concessão da medida cautelar, ainda que irreversível. Justificamos nossa escolha com base no fato de o presente estudo estar ligado ao Processo do Trabalho, o qual tutela direitos de natureza constitucional, de inegável e importante valor jurídico.

Como brilhantemente expõe Cássio Scarpinella Bueno, não se trata de defender um processo do autor, a tutela antecipada, mesmo em casos de irreversibilidade da medida, trata-se de decorrência lógica desde o “modelo constitucional do processo civil”, sendo que esse risco foi assumido e concretizado pelo legislador. Essa é a razão pela qual existe a

necessidade da presença de cada um dos requisitos autorizadores da antecipação de tutela e o magistrado concede a antecipação dessa tutela justamente porque ficou convencido, por meio da prova inequívoca, da verossimilhança da alegação. Assim, decorre da própria Constituição Federal e de seus princípios essa preponderância de valores, a ser analisada pelo juiz da causa.⁶⁰

O parágrafo terceiro do artigo 273 trata da forma de efetivação da medida quando deferida a tutela antecipada. Simplificadamente podemos dizer que essa efetivação se dará conforme a natureza da obrigação. Segundo esse dispositivo, devem ser observadas as normas previstas nos artigos 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A, todos do CPC.

O artigo 588 foi revogado pela Lei no 11.232, de 22 de dezembro de 2005, utilizando-se em seu lugar o artigo 475-O do CPC, que trata sobre a execução provisória. O artigo 461, por sua vez, regula as obrigações de fazer e não fazer. Por fim, o artigo 461-A rege as obrigações que tenham por finalidade a entrega de coisa certa.

É possível, segundo dispõe o parágrafo quarto, que o juiz revogue ou modifique a tutela antecipada, através de decisão fundamentada. Para isso, é necessário que ocorra alguma alteração na situação fática ou que surja nova prova, tornando-se ausente um dos requisitos necessários para a concessão da tutela antecipada.

O parágrafo quinto diz que “concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento”⁶¹. Essa disposição explica-se tendo em vista que a tutela antecipada, apesar de possuir caráter satisfativo, apenas adianta os prováveis efeitos da sentença, sendo que essa tutela pode ser concedida e, durante a instrução processual, o magistrado convencer-se de que o autor não é titular do direito postulado em juízo, prolatando sentença de improcedência e revogando a tutela antecipada. Da mesma forma, plenamente possível a ocorrência de situação inversa.

A Lei nº 10.444/2002 introduziu o parágrafo sexto do artigo 273, o qual autoriza a concessão da tutela antecipada nos casos em que o pedido mostrar-se incontroverso. Incontroverso é o pedido que já foi suficientemente comprovado⁶². Existe uma discussão doutrinária sobre se esse dispositivo seria uma nova forma de antecipação de tutela, juntamente com os incisos I e II, ou se trata-se de uma forma de julgamento antecipado da lide. Não iremos nos ater a esta questão pelo fato de não ser esse o objetivo principal do

⁶⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. v. 4. 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 51.

⁶¹ BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm Acesso em: 11 out.2015

⁶² BUENO, Cassio Scarpinella, *opus citatum* p. 106.

presente estudo, contudo, entendemos relevante transcrever a inspiração que deu origem ao acréscimo desse parágrafo, o qual teve por base os estudos de Luiz Guilherme Marinoni que

Sempre sustentou que o inciso II do art. 273 permitira interpretação ampla para que de toda situação de contumácia ou inércia processual do réu fosse possível, diante da presença dos demais pressupostos positivos, a antecipação da tutela. Em seu entendimento, dada a revelia ou omissão equivalente, a defesa do réu tenderia a ser protelatória ou abusiva ou, de forma mais ampla, voltada à teleologia do inciso II do art. 273, não poderia ser óbice a que o autor, desde logo, se beneficiasse dos efeitos da tutela jurisdicional que motivaram seu ingresso em juízo. Ademais, se a mera verossimilhança da alegação já é elemento condutor para que a tutela seja antecipada em favor do autor, mais ainda quando, pelas regras do exercício do próprio direito de defesa, cria-se, com a ação ou com a omissão do réu, uma situação de presunção de veracidade das alegações do autor, permitindo o aprofundamento na cognição jurisdicional. Assim, não seria justo que o réu se valesse do tempo inerente ao exercício da ampla defesa e do contraditório para frustrar ou empecer o início da eficácia de uma decisão que, por todos os ângulos que o sistema oferece para que a questão seja analisada, tende a ser favorável ao autor⁶³.

Por fim, a fungibilidade entre tutela antecipada e tutela cautelar vem esculpida no parágrafo sétimo do artigo 273, redigido da seguinte forma: “se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”⁶⁴.

O Princípio da Fungibilidade foi aceito pela legislação brasileira em decorrência da dificuldade de precisar qual tutela deveria ser utilizada em algumas situações. Aqui fica clara a opção do legislador em primar pela efetividade processual, ao invés do formalismo e da técnica. Entretanto, segundo entendimento majoritário, a fungibilidade somente será possível quando houver dúvida sobre qual tutela de urgência utilizar e quando inexistir erro grosseiro.⁶⁵

Em relação ao momento processual do requerimento, apesar de a tutela antecipada ser geralmente requerida na petição inicial, nada obsta que o pedido seja realizado em qualquer outra fase do processo. Além disso, o indeferimento do pedido feito na exordial não impede que novo requerimento seja feito, desde que surjam provas de novos fatos, os quais demonstrem o preenchimento dos requisitos exigidos pelo artigo 273 do CPC.

⁶³ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. v. 4. 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 104.

⁶⁴ BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm Acesso em: 11 out.2015

⁶⁵ MORAES, Maria Lúcia Baptista. **As tutelas de urgência e as de evidência: especificidades e efeitos**. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CBwQFjAAahUKEwjUwvTC34HJAhUK6CYKHRcCAjw&url=http%3A%2F%2Fwww.agu.gov.br%2Fpage%2Fdownload%2Findex%2Fid%2F6064407&usq=AFQjCNEz3AhgGOG3QYAEYdyA6j3t2LLCA&bvm=bv.106923889,d.eWE> Acesso em: 11 out.2015

2.3 As Tutelas de Urgência no Processo do Trabalho

O estudo dos institutos das tutelas cautelar e antecipada anteriormente realizado, institutos estes disciplinados pelo Código de Processo Civil, justifica-se em decorrência do Princípio da Subsidiariedade.

Esse Princípio refere-se à legislação que será aplicada subsidiariamente ao Processo do Trabalho no caso do preenchimento de dois requisitos cumulativos, quais sejam: a) a omissão da Consolidação das Leis do Trabalho em relação à matéria e b) a existência de compatibilidade de princípios e regras entre a legislação a ser aplicada e o Processo do Trabalho.

De acordo com o artigo 769 da CLT, “nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título”⁶⁶ (o Título aqui referido é o Título X, que trata sobre o Processo Judiciário do Trabalho). Este dispositivo refere-se à fase de conhecimento, sendo aplicável à fase de execução o artigo 889 da CLT, o qual determina a aplicação subsidiária da Lei de Execução Fiscal (Lei nº 6.830/1980).

Quanto à omissão da Consolidação das Leis do Trabalho, as lacunas por ela apresentada classificam-se em: a) lacunas normativas, que ocorrem quando inexistente norma regulamentadora do caso concreto; b) lacunas ontológicas, quando, apesar de existir norma que regule o caso concreto, a mesma encontrar-se desatualizada; e c) lacunas axiológicas, caso em que também existe norma reguladora, porém ela não resolve a situação satisfatoriamente.⁶⁷

Acerca da aplicação do artigo 769 da CLT, a doutrina e a jurisprudência dividem-se em duas correntes⁶⁸: 1) Teoria Tradicional ou Restritiva, a qual entende que somente em caso de lacuna normativa é que seria autorizada a aplicação subsidiária da legislação processual civil e 2) Teoria Moderna, Evolutiva, Ampliativa ou Sistemática, que admite a aplicação subsidiária do Direito Processual Civil na existência de lacuna normativa, ontológica e axiológica.

Nos filiaremos à segunda corrente, por entendermos que é a que melhor atende aos princípios que regem o Direito Processual do Trabalho, como muito bem expõe Leone Pereira:

⁶⁶ BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm Acesso em: 11 out.2015

⁶⁷ PEREIRA, Leone. **Manual de Processo do Trabalho**. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 67-68.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 68.

Devemos adotar a aplicação subsidiária do Processo Civil ao Processo do Trabalho (diálogo das fontes), com base na efetividade do processo, melhoria do Processo Laboral e acesso real e efetivo do trabalhador à Justiça Obreira, sem esquecimento dos princípios do devido processo legal e da segurança jurídica.

Os princípios da ponderação de interesses, da razoabilidade, da proporcionalidade e da equidade deverão pautar a atuação do juiz do Trabalho na aplicação subsidiária das normas do Processo Civil ao Processo do Trabalho.

Também os princípios constitucionais do processo e os valores de direitos humanos fundamentais deverão ser observados, em uma interpretação sistemática e teleológica dos sistemas processuais.⁶⁹

Os fundamentos que justificam a aplicação das tutelas cautelar e antecipada ao Processo do Trabalho, bem como seus procedimentos, são basicamente os mesmos já explorados ao longo dos tópicos 2.1 e 2.2 do presente estudo. Por essa razão, cumpre-nos apenas destacar alguns pontos específicos a fim de adequá-los ao Processo do Trabalho.

Em relação à aplicação da tutela cautelar ao Processo Laboral, expõe Amauri Mascaro Nascimento, citando Galeno Lacerda, que não resta a menor dúvida acerca da vigência das normas do processo civil ao processo trabalhista, em relação à matéria cautelar, em decorrência do artigo 769 da CLT e da omissão da mesma a respeito do tema⁷⁰.

A legislação trabalhista prevê expressamente apenas duas hipóteses de deferimento de liminares, estando elas disciplinadas no artigo 659, incisos IX e X, que tratam respectivamente da reintegração de empregado transferido irregularmente e da reintegração de dirigente sindical afastado, suspenso ou dispensado pelo empregador. Nas outras situações, necessária a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil.

Segundo Carlos Henrique Bezerra Leite,

O grande desafio para a aplicação das normas do CPC respeitantes às ações cautelares no âmbito da Justiça do Trabalho diz respeito ao procedimento que deve ser adotado, mormente em função dos princípios da concentração dos atos em audiência não fragmentada, da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias, do predomínio da palavra falada sobre a escrita, da simplicidade etc.⁷¹

Conforme dissemos no primeiro capítulo, a origem dos Processos Civil e do Trabalho é distinta, sendo eles planejados de forma diversa. O primeiro consagrou-se pela ordinariedade, pela primazia da forma e da técnica. Já o segundo originou-se basicamente para atender as demandas dos trabalhadores, sendo caracterizado pela simplicidade, oralidade, celeridade e pelo *ius postulandi*. Assim, ao aplicar-se subsidiariamente as tutelas cautelar e antecipada ao

⁶⁹ PEREIRA, Leone. **Manual de Processo do Trabalho**. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 72.

⁷⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 29 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 908.

⁷¹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Manual de Processo do Trabalho**. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 502.

Processo Laboral é preciso ter grande cuidado para que os princípios que regem seus procedimentos não sejam atingidos.

Em relação à irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias na Justiça do Trabalho, cumpre-nos fazer uma breve referência. Essa regra é trazida pelo artigo 893, parágrafo primeiro, da CLT, que assim dispõe: “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”⁷².

Aqui também nos utilizamos do Código de Processo Civil, aplicado subsidiariamente ao Processo do Trabalho por força do artigo 769 da CLT, que em seu artigo 162, parágrafo segundo, conceitua decisão interlocutória como sendo “o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente”⁷³.

Através deste conceito, pode-se concluir que as decisões proferidas pelos Juízes do Trabalho que deferem ou não as tutelas cautelar e antecipada são classificadas como decisões interlocutórias, sendo, portanto, em regra, irrecorríveis de imediato. Frisa-se que, no Processo Civil, as decisões interlocutórias são atacadas por meio de Agravo de Instrumento (o qual, no Processo Laboral, é utilizado apenas para destrancar outros recursos).

Os requisitos para concessão de medidas cautelares no Processo do Trabalho, são os mesmos já explorados anteriormente, quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Quanto à competência para processar e julgar as ações cautelares, dissemos que a ação cautelar deve ser proposta perante o juiz da causa, quando incidentais, ou perante o juiz competente para processar a ação principal, quando preparatórias. A observação que fizemos nesse ponto é que a competência territorial no Processo do Trabalho é regida pelo artigo 651 da CLT, tendo como regra a localidade da prestação dos serviços.

O artigo 801 do CPC traz os requisitos exigidos para a petição inicial da ação cautelar. Destaca-se aqui outro ponto de fundamental importância em relação à adaptação do procedimento às normas trabalhistas. O *ius postulandi*, que será melhor explorado a seguir, é uma das principais características do Processo do Trabalho, referindo-se ele à possibilidade de as próprias partes postularem e acompanharem suas reclamações trabalhistas perante a Justiça Laboral.

⁷² BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm Acesso em: 12 out.2015

⁷³ BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm Acesso em: 12 out.2015

Ocorre que a Súmula 425⁷⁴, do Tribunal Superior do Trabalho, dispõe que o artigo 791 da CLT, o qual trata do *ius postulandi*, não alcança a ação cautelar. Assim, é preciso adaptar o artigo 801 do CPC ao artigo 840, parágrafo primeiro, da CLT (que traz os requisitos da petição escrita), no que couber. Nesse caso, a petição inicial da ação cautelar, a ser interposta na Justiça do Trabalho, deve ser escrita e proposta através de procurador, sendo que os demais requisitos trazidos pelo dispositivo devem estar presentes, quais sejam, “a designação do Presidente da Junta, ou do juiz de direito a quem for dirigida, a qualificação do reclamante e do reclamado, uma breve exposição dos fatos de que resulte o dissídio, o pedido, a data e a assinatura do reclamante ou de seu representante”⁷⁵ (apenas observa-se que, com a Emenda Constitucional nº 45/2004, as Juntas de Conciliação e Julgamento transformaram-se em Varas do Trabalho).

Ainda, ao lado dos requisitos trazidos pelo artigo 840 da CLT, a petição inicial deve preencher as demais exigências trazidas pelo artigo 801 do CPC. Os incisos I e II do artigo 801 do CPC coincidem com o exigido pelo parágrafo primeiro do artigo 840 da CLT. O inciso III, por sua vez, trata das cautelares preparatórias, quando será necessário tratar da lide e de seu fundamento. O inciso IV exige o preenchimento dos requisitos específicos da ação cautelar (exposição do direito ameaçado e do perigo de lesão). Por fim, o inciso V exige a especificação das provas a serem produzidas, o que entendemos não ser necessário, ante a dinâmica do procedimento trabalhista, no qual as provas podem ser requeridas em audiência.

Também o artigo 802 do CPC, que trata da defesa do réu, deve ser adaptado ao Processo Laboral. Assim, a defesa do reclamado deverá ser apresentada em audiência, após a tentativa de conciliação, nos termos do artigo 847 da CLT, sendo que, após a apresentação das razões finais, caso inexitosa a segunda tentativa de conciliação, o juiz proferirá sentença⁷⁶.

Em relação à possibilidade de o juiz exigir caução para a concessão da tutela cautelar, trazida pelo artigo 804 do CPC, entende-se que ela “só tem cabimento no processo do trabalho se tiver como requerente o empregador. Mas, com a ampliação da Justiça do Trabalho (CF, art. 114, I), outras hipóteses poderão permitir a caução requerida pelo prestador do serviço, como o trabalhador autônomo”⁷⁷.

⁷⁴ BRASIL. **Superior Tribunal do Trabalho**. Súmula nº 425. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-425 Acesso em: 12 out. 2015

⁷⁵ BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm Acesso em: 12 out. 2015

⁷⁶ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Manual de Processo do Trabalho**. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 503.

⁷⁷ *Ibidem*. p. 504.

Passando-se à tutela antecipada, sua aplicação ao Processo do Trabalho é indiscutível, primeiramente porque há omissão e existe compatibilidade com a legislação trabalhista. Em segundo lugar, essa tutela busca antecipar os efeitos da sentença, através de uma tutela satisfativa (ainda que provisória), indo ao encontro da celeridade e da efetividade buscadas pela Justiça do Trabalho a fim de proteger o empregado hipossuficiente. Sobre o tema, o Desembargador Carlos Henrique Bezerra Leite explica que:

É seguramente no processo do trabalho, dado o seu escopo social de tornar realizável o direito material do trabalho, que o instituto da antecipação da tutela se torna instrumento não apenas útil, mas, sobretudo, indispensável. Ainda mais quando os pedidos veiculados nas iniciais trabalhistas são, via de regra, relativos a salários, ou seja, parcelas com nítida natureza alimentícia.

De tal arte, cremos ser perfeitamente aplicável a antecipação da tutela nos domínios do processo do trabalho, seja por omissão da CLT quanto ao aspecto genérico aqui enfocado, seja pela ausência de incompatibilidade com a principiologia que informa esse setor especializado do direito processual (CLT, art. 769)⁷⁸.

Nesse aspecto, a observação que temos a fazer refere-se ao parágrafo terceiro do artigo 273 do CPC, que trata da forma de efetivação da medida quando deferida a tutela antecipada, a qual depende da natureza da obrigação, devendo ser observadas as normas previstas nos artigos 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A, todos também do CPC.

Como já mencionado, o artigo 588 foi revogado pela Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005, aplicando-se atualmente o artigo 475-O, que trata sobre a execução provisória. O inciso III deste artigo dispõe que “o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos”⁷⁹.

Aqui faz-se comentário semelhante ao realizado quando mencionamos o artigo 804 do CPC. Como, em regra, a tutela antecipada é pleiteada pelo empregado, o qual é hipossuficiente também no aspecto econômico, entende-se incabível a exigência de caução pelo Juiz do Trabalho para a concessão da medida.

No mais, aplicam-se as disposições já exploradas no tópico 2.2. Além disso, a controversa questão sobre a possibilidade de concessão de tutela antecipada e tutela cautelar de ofício pelo juiz será discutida no capítulo seguinte.

⁷⁸ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Manual de Processo do Trabalho**. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 199.

⁷⁹ BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm Acesso em: 12 out.2015

2.4 As Tutelas de Urgência nos Processos Civil e do Trabalho com o advento do Novo CPC

Através da Lei nº 13.105/2015, foi instituído o Novo Código de Processo Civil (NCPC), ordenamento jurídico que traz diversas alterações à matéria com o intuito de alinhar o Processo Civil aos ditames da Constituição Federal, atendendo principalmente aos princípios da efetividade, da celeridade e da simplicidade.

Nesse tópico, buscaremos compilar toda a matéria já discutida no presente capítulo, comparando a legislação ora em vigor com a que vigorará em março de 2016, bem como frisando algumas diferenças de aplicação procedimental no Processo Civil e no Processo do Trabalho.

Iniciaremos nossos comentários pelo artigo 15 do NCPC, o qual traz regra nova, sem precedentes no CPC atual, assim dispendo: “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”⁸⁰.

Para bem compreendermos este dispositivo legal, devemos saber distinguir norma subsidiária e norma supletiva. Pela sua leitura, pode-se perceber que, para ambos os casos, o primeiro requisito é a omissão, pois deixa claro que as regras do Novo Código de Processo Civil serão aplicadas em caso de ausência de normas que regulem o processo do trabalho. A diferença entre elas é que, no primeiro caso, a omissão é integral e, no segundo, a omissão é parcial.

Desse modo, a regra subsidiária tem por finalidade preencher a lacuna integral do conjunto normativo (omissão absoluta), ou seja, supre-se a ausência de regra. Por sua vez, a regra supletiva objetiva complementar o que já está regulado, porém de modo incompleto (omissão parcial), ou seja, complementa a regra que não esgotou a matéria.⁸¹

Feita essa distinção, passe-se à seguinte questão: O artigo 15 do NCPC revogou o artigo 769 da CLT?

⁸⁰ BRASIL. **Lei 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm Acesso em: 14 out.2015

⁸¹ MEIRELES, Edilton. O novo CPC e sua aplicação supletiva e subsidiária no processo do trabalho. In: Miessa, Elisson. **O Novo Código de Processo Civil e seus Reflexos no Processo do Trabalho**. Bahia: Editora Jus Podivm, 2015. p. 31-54.

O Pós-Doutor Edilton Meireles defende que a norma trabalhista estaria revogada, com base no que dispõe o artigo 2º, parágrafo primeiro, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (“a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei ANTERIOR”⁸²). Assim, o artigo 769 da CLT estaria revogado, devido ao fato de o artigo 15 do NCPC tratar da mesma matéria; contudo, ainda assim seria necessária a compatibilização das normas subsidiárias e supletivas com o sistema legal trabalhista. Já o artigo 889 da CLT continuaria em vigor, por se tratar de norma mais especial em relação à regra da subsidiariedade.⁸³

Em sentido contrário, argumenta o Juiz Danilo Gonçalves Gaspar. Segundo ele, o artigo 15 do NCPC, além de não possuir o condão de revogar o artigo 769 da CLT, não ofenderia a autonomia do direito processual do trabalho. Assim, permaneceria a necessidade de dois requisitos para aplicação das normas processuais civis, quais sejam, a omissão da legislação trabalhista e a compatibilidade entre os dispositivos. A grande contribuição do NCPC seria a possibilidade da aplicação supletiva das normas do Processo Civil ao Processo do Trabalho.⁸⁴

A mesma posição é adotada pelo Juiz Mauro Schiavi ao afirmar que, apesar de o artigo 15 e as demais disposições do NCPC exercerem influência no Processo do Trabalho, trazendo alterações na doutrina e na jurisprudência, ele não revogou a CLT, considerando que seus artigos 769 e 889 são normas específicas do Processo do Trabalho, sendo o CPC apenas norma geral. Assim, as normas gerais não derogam as especiais, tendo em vista o princípio da especialidade⁸⁵.

Entendemos ser essa a posição mais adequada, pois o artigo 15 do NCPC veio para contribuir com a ampliação do Processo do Trabalho, não atingindo sua autonomia e permitindo que ele se utilize subsidiária e supletivamente de instrumentos processuais importantes para dar maior efetividade a seus procedimentos.

Passaremos, então, a analisar as normas que dispõem acerca da tutela provisória de urgência, fazendo uma exposição de como ela foi regulada pelo NCPC e tecendo algumas observações sobre sua aplicação no Processo do Trabalho.

⁸² BRASIL. **Decreto-Lei 4.657 de 4 de setembro de 2015**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm Acesso em: 14 out.2015

⁸³ MEIRELES, Edilton. *opus citatum*. p. 31-54.

⁸⁴ GASPAR, Danilo Gonçalves. Noções conceituais sobre a tutela provisória no novo CPC e suas implicações no Processo do Trabalho. In: Miessa, Elisson. **O Novo Código de Processo Civil e seus Reflexos no Processo do Trabalho**. Bahia: Editora Jus Podivm, 2015. p. 385-405.

⁸⁵ SCHIAVI, Mauro. A aplicação supletiva e subsidiária do Código de Processo Civil ao Processo do Trabalho. In: Miessa, Elisson. **O Novo Código de Processo Civil e seus Reflexos no Processo do Trabalho**. Bahia: Editora Jus Podivm, 2015. p. 55-64.

O NCPC inovou na sistemática ao dispor sobre esse assunto. Os dispositivos esparsos (como o artigo 273 do CPC/73, por exemplo) e a tutela cautelar (tratada no Livro III do CPC/73), passarão a ser tratados no Livro V. Iniciando o assunto, o artigo 294, *caput*, do NCPC, dividiu a tutela provisória em tutela de urgência e tutela de evidência. A tutela de urgência, assunto objeto do presente estudo, pode ser classificada em tutela provisória de urgência cautelar e tutela provisória de urgência antecipada. Apesar dessa nova divisão e nomenclaturas, os institutos seguem basicamente os mesmos princípios e requisitos já analisados.

A tutela provisória de urgência pode ser requerida em caráter antecedente ou incidente (artigo 294, parágrafo único, do NCPC). Será antecedente quando requerida anteriormente ao processo em que se pedirá a tutela definitiva e incidental quando requerida juntamente ou posteriormente à ação em que se pleiteia a tutela definitiva. Em sendo antecedente, importante observar o artigo 299 do NCPC, o qual faz uma releitura adaptada do artigo 800 do CPC/73, ao tratar do juízo competente para apreciar o pedido:

Art. 299. A tutela provisória será requerida ao juízo da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal.

Parágrafo único. Ressalvada disposição especial, na ação de competência originária de tribunal e nos recursos a tutela provisória será requerida ao órgão jurisdicional competente para apreciar o mérito.⁸⁶

O artigo 295 do NCPC, por sua vez, dispõe que não será necessário o pagamento de custas no caso de tutela provisória requerida incidentalmente. Essa norma não apresenta relevância para o Processo do Trabalho, considerando que, conforme o artigo 789, parágrafo primeiro, da CLT, as custas serão pagas pelo vencido, após trânsito em julgado ou, no caso de recurso, seu recolhimento deverá ser feito dentro do prazo recursal.

O artigo 296 do NCPC repete a matéria tratada pelo artigo 273, parágrafo quarto e artigo 807, ambos do CPC/73, ao tratar sobre a possibilidade de revogação ou modificação da decisão que concedeu a tutela.

Quanto à adoção de medidas para a efetivação da tutela provisória, segundo o artigo 297 do NCPC, o juiz poderá determinar aquelas que considerar mais adequada, obedecendo as regras que disciplinam o cumprimento provisório de sentença. Cumpre salientar que norma semelhante já existe no CPC ora em vigor, em seu artigo 461, parágrafo quinto.

A necessidade de fundamentação da decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória encontra-se esculpida no artigo 298 do NCPC, que busca fazer com que o juiz justifique “as razões de seu convencimento de modo claro e preciso, certamente como

⁸⁶ BRASIL. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm Acesso em: 14 out.2015

fora de evitar que o Juiz defira uma tutela provisória dizendo tão somente que 'presentes os requisitos do artigo (...) defiro (...)’⁸⁷. Tal regra complementa o disposto no artigo 93, IX, da Constituição Federal, que traz a necessidade de fundamentação das decisões judiciais.

As disposições comentadas até aqui (artigo 294 a 299, do NCPC) referem-se ao Título I, que trata tanto da tutela de urgência como da tutela de evidência. Agora analisaremos o Título II, o qual refere-se somente à tutela de urgência, que é a tutela que, por ora, mais nos interessa.

O artigo 300 do NCPC dispõe que: “A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”⁸⁸. Ou seja, o requisito que exige a demonstração da probabilidade do direito é o que antes chamamos de *fumus boni iuris*, já o segundo requisito corresponde ao *periculum in mora*.

Percebe-se, assim, que “a redação do art. 300, caput, superou a distinção entre os requisitos da concessão para a tutela cautelar e para a tutela satisfativa de urgência, erigindo a probabilidade e o perigo na demora a requisitos comuns para a prestação de ambas as tutelas de forma antecipada”⁸⁹.

Observe-se que a prova inequívoca não é mais requisito para a concessão da tutela antecipada, o que certamente facilitará o seu deferimento. Nesse aspecto, o novo diploma legal apresentou um significativo avanço, considerando que a prova inequívoca é compatível com juízos de cognição plenária, ao contrário do que ocorre no caso da tutela provisória.⁹⁰

Quanto à prestação de caução, a qual poderia ser determinada pelo juiz com o intuito de ressarcir eventuais danos sofridos pelo requerido, o NCPC trouxe novidades. Apesar de o artigo 300, parágrafo primeiro, facultar ao juiz a exigência de caução real ou fidejussória, ele também autoriza que o magistrado dispense a parte economicamente hipossuficiente de prestar caução, caso não tenha condições de oferecê-la. Essa disposição se amolda com perfeição ao Processo do Trabalho, pois geralmente é o empregado, ou seja, a parte hipossuficiente, que requer a concessão da tutela de urgência.

⁸⁷ GASPAR, Danilo Gonçalves. Noções conceituais sobre a tutela provisória no novo CPC e suas implicações no Processo do Trabalho. In: Miessa, Elisson. **O Novo Código de Processo Civil e seus Reflexos no Processo do Trabalho**. Bahia: Editora Jus Podivm, 2015. p. 385-405.

⁸⁸ BRASIL. **Lei 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm Acesso em: 16 out.2015

⁸⁹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA; Rafael Alexandre de. **Curso de Processo Civil**. VOLUME 2. 10 ed. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2015, p. 594.

⁹⁰ SILVA, Jaqueline Mielke. **A Tutela Provisória no Novo Código de Processo Civil: Tutela de Urgência e Tutela de Evidência**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015, p. 77.

Ainda, de acordo com o parágrafo segundo, do artigo 300, a tutela de urgência requerida pode ser concedida liminarmente ou mediante justificação prévia. Situação semelhante foi prevista pelo legislador de 1973, estando expressa no artigo 804, primeira parte, do CPC. Sobre o assunto, importante frisar que decisão liminar é aquela concedida *in limine litis*, ou seja, no início do processo, antes da oitiva da parte contrária, utilizando-se para sua caracterização o conceito tipicamente cronológico⁹¹. Já a audiência de justificação prévia será designada quando, para concessão da tutela provisória, for necessária a oitiva de testemunhas. Acerca do comparecimento do réu nessa audiência,

Parece-nos que o réu não precisará ser convocado para participar da audiência de justificação prévia, na exata medida em que é possível a concessão inaudita altera parte. Todavia, se o mesmo tomar conhecimento por outros meios, ou mesmo tiver sido convocado, não há como lhe negar a participação. Entendemos que sua participação deve ser restrita: poderá inquirir as testemunhas do autor e contraditárias, não podendo levar testemunhas, tendo em vista que a audiência de justificação prévia é para o autor obter a liminar⁹².

Jaqueline Mielke da Silva traz, ainda, mais uma possibilidade de deferimento dos provimentos urgentes: mediante a oitiva da parte contrária. Apesar de essa possibilidade não estar expressa no NCPC, ela é possível e não apresenta maiores problemas, pois garante o contraditório.⁹³

Conforme já explorado, a tutela antecipada possui caráter satisfativo. Por esse motivo, o parágrafo terceiro, do artigo 300, exige que, para a concessão da tutela provisória de urgência antecipada, os efeitos da decisão sejam reversíveis, mesmo comando trazido pelo atual Código em seu artigo 273, parágrafo segundo. Antiga também é a discussão sobre a possibilidade de concessão da tutela de urgência antecipada, mesmo quando a decisão seja irreversível. Nesse caso, existe um conflito de interesses, sendo que,

Em razão da urgência e da probabilidade do direito da parte/requerente, é imprescindível que se conceda a tutela provisória satisfativa (antecipada), entregando-lhe, de imediato, o bem da vida, de forma a resguardar seu direito fundamental à efetividade da jurisdição.

Diante desses direitos fundamentais em choque - efetividade versus segurança -, deve-se invocar a proporcionalidade, para que sejam devidamente compatibilizados⁹⁴.

⁹¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA; Rafael Alexandre de. **Curso de Processo Civil**. VOLUME 2. 10 ed. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2015, p. 594.

⁹² SILVA, Jaqueline Mielke. **A Tutela Provisória no Novo Código de Processo Civil: Tutela de Urgência e Tutela de Evidência**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015, p. 96.

⁹³ *Ibidem*, p. 77.

⁹⁴ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA; Rafael Alexandre de. *opus citatum*, p. 578.

O artigo 301 do NCPC está relacionado ao já citado artigo 299 do mesmo diploma legal, pois trata da efetivação da tutela cautelar. Apesar de citar algumas medidas, como arresto, sequestro, arrolamento de bens e registro de protesto contra alienação de bem, autoriza que o magistrado se utilize de qualquer outra medida idônea capaz de assegurar o direito. Desse modo, pode-se concluir que o rol trazido por esse artigo é meramente exemplificativo, possuindo o juiz certa liberdade para conceder a medida que entenda mais adequada à proteção do direito.

Sobre a responsabilidade do requerente pelos prejuízos causados ao requerido, assim dispõe o artigo 302 do NCPC:

Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela causar à parte adversa, se:

- I - a sentença lhe for desfavorável;
- II – obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias;
- III – ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal;
- IV – o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor⁹⁵.

Pela leitura desse dispositivo, percebe-se que a responsabilidade do demandante pelos prejuízos da efetivação da tutela é objetiva, isto é, independe da demonstração de culpa. Essa norma não inovou na legislação processual civil, haja vista que o Código em vigor traz disposição semelhante em seu artigo 811, porém trata apenas da tutela cautelar. Já o NCPC traz esta disposição em seu Título II, Capítulo I (Das Disposições Gerais), o qual regula a tutela provisória de urgência cautelar e a tutela de provisória de urgência antecipada (ou satisfativa).

Sobre o assunto, citamos o posicionamento de Wagner D. Giglio que, ao tratar do procedimento cautelar, entende ser inaplicável ao Processo Laboral o artigo 811 do CPC/73, pois essa norma seria incompatível com a gratuidade dos procedimentos na Justiça do Trabalho⁹⁶.

Em relação ao procedimento, o NCPC distingue o procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente do procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente.

O procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente é tratado pelos artigos 303 e 304 do NCPC. Analisando esses dispositivos, parece evidente que

⁹⁵ BRASIL. **Lei 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm Acesso em: 17 out.2015

⁹⁶ GIGLIO, Wagner D.; CORRÊA, Cláudia Giglio Veltri. **Direito Processual do Trabalho**. 16 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 413. Disponível em: <http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788502112933/page/413> Acesso em: 17 out.2015

O legislador introduziu em nosso sistema antecipações de mérito, que implicam em satisfação, diferentemente do que ocorre com as medidas cautelares, que tem por finalidade tutelar a simples aparência do direito posto em estado de risco de dano eminente⁹⁷.

No caso da tutela antecipada, o artigo 303, *caput*, do NCPC, autoriza que o autor apresente a inicial constando apenas o “requerimento da tutela antecipada e a indicação do pedido final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo”⁹⁸. Além dos requisitos citados pelo *caput*, o parágrafo quarto exige também que seja indicado o valor da causa, levando-se em consideração o pedido de tutela final. Quanto ao valor da causa, apesar de não constar no artigo 840, parágrafo primeiro, da CLT, entende-se que deve ser aplicado ao processo laboral como forma de fixar o rito sob o qual se processará a ação, haja vista a existência do procedimento sumaríssimo (Lei nº 9.957/2000)⁹⁹.

Também é necessário que o autor indique, na petição inicial, que pretende valer-se do benefício da tutela antecipada, conforme o que dispõe o parágrafo quinto do artigo 303. No processo do trabalho, esse dispositivo causará divergências, pois há posições no sentido de que o juiz pode conceder a tutela antecipada de ofício, conforme veremos no Capítulo seguinte.

O parágrafo primeiro do artigo 303 disciplina o procedimento em caso de concessão da tutela antecipada antecedente. Segundo seu inciso I, o autor terá o prazo de 15 (quinze) dias, ou outro prazo maior fixado pelo juiz, para aditar a petição inicial, complementando a sua argumentação, juntando novos documentos e confirmando o pedido de tutela final. Apesar desse prazo ser maior do que os prazos geralmente trazidos pela CLT, não vislumbramos prejuízo à celeridade processual, considerando que essa disposição destina-se ao autor, que poderá cumprir com as determinações em menor espaço de tempo.

Segundo, o inciso II do mesmo artigo dispõe sobre a citação e intimação do réu para a audiência de conciliação e mediação, que deverá ocorrer na forma do artigo 334 (“o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta)

⁹⁷ SILVA, Jaqueline Mielke. **A Tutela Provisória no Novo Código de Processo Civil: Tutela de Urgência e Tutela de Evidência**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015, p. 113.

⁹⁸ BRASIL. **Lei 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm Acesso em: 17 out.2015

⁹⁹ GASPAR, Danilo Gonçalves. Noções conceituais sobre a tutela provisória no novo CPC e suas implicações no Processo do Trabalho. In: Miessa, Elisson. **O Novo Código de Processo Civil e seus Reflexos no Processo do Trabalho**. Bahia: Editora Jus Podivm, 2015. p. 385-405.

dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência”¹⁰⁰). Nesse ponto, acreditamos não ser aplicável referido inciso, pois não existe omissão na CLT, devendo, portanto, prevalecer o disposto em seu artigo 841. Desse modo, deve o magistrado, após conceder a tutela provisória de urgência antecipada, remeter os autos ao escrivão ou secretário que, dentro de 48 (quarenta e oito) horas, promoverá a notificação do reclamado para comparecer à audiência, a qual será a primeira desimpedida após 5 (cinco) dias.

Em relação ao inciso III, o qual disciplina o prazo da contestação, que será de 15 (quinze) dias, em não havendo autocomposição, também entendemos ser inaplicável. Os motivos são os mesmos referidos acima, considerando que a CLT não é omissa nessa matéria, devendo o reclamado apresentar sua defesa em audiência.

Caso não seja realizado o aditamento da petição inicial, o processo será extinto sem resolução do mérito (artigo 303, parágrafo terceiro, NCPC). Nesse aspecto, lembramos a existência do Princípio do *Ius Postulandi* na Justiça do Trabalho, sendo que, por esse motivo, não seria cabível a extinção do processo, caso o reclamado não complemente a sua argumentação, deixe de juntar novos documentos ou confirme o pedido de tutela final.

Por outro lado, de acordo com o parágrafo terceiro do artigo 303, o aditamento se dará nos mesmos autos e, por isto, não haverá a incidência novas custas processuais. Relembramos a observação feita anteriormente, ao comentarmos o artigo 295, considerando que o recolhimento das custas no processo do trabalho ocorre apenas no final do processo ou quando da interposição do recurso, sendo tal disposição irrelevante.

Finalizando o artigo 303, o parágrafo sexto disciplina que, em não sendo concedida a tutela antecipada, será determinada a emenda da petição inicial em até 5 (cinco) dias, sob pena de indeferimento da mesma e consequente extinção sem resolução de mérito. Repete-se aqui o comentário feito em relação ao parágrafo terceiro do citado artigo, devendo esse dispositivo ser analisado com cuidado pelo magistrado.

O artigo 304 do NCPC regula a matéria de forma inédita, considerando não existir, no Código de Processo Civil de 1973, disposição equivalente. Assim dispõe:

Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

§ 1º No caso previsto no caput, o processo será extinto.

§ 2º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do caput.

§ 3º A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2º.

¹⁰⁰ BRASIL. **Lei 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm Acesso em: 17 out.2015

§ 4º Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2º, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida.

§ 5º O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1º.

§ 6º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo.¹⁰¹

Desse modo, caso não interposto recurso da decisão que concedeu a tutela antecipada, ela se tornará estável, isto é, o processo será extinto através de sentença. Assim, seria caso de extinção com resolução de mérito, sendo a sentença de procedência, não obstante, não ocorre a formação de coisa julgada material em decorrência de o julgamento ser prolatado com base em juízo de verossimilhança. Justamente por não transitar em julgado materialmente é que existe a possibilidade de propor a ação trazida pelo parágrafo segundo.¹⁰²

Jaqueline Mielke Silva lista quatro pressupostos para que essa estabilização ocorra: a) a tutela antecipada deve ser requerida em caráter antecedente; b) o autor não poderá manifestar, na petição inicial, a sua intenção de dar prosseguimento ao processo após a obtenção da tutela antecipada; c) a decisão concessiva deve ser em caráter antecedente; e c) o réu deve permanecer inerte diante da decisão que concede a tutela antecipada.¹⁰³

No Processo do Trabalho, o recurso de que trata o *caput*, é o mandado de segurança, conforme a redação da súmula 414¹⁰⁴, II, do Tribunal Superior do Trabalho. Contudo, ele é cabível apenas nos casos de concessão da tutela antecipada antes da sentença. Em sendo a tutela concedida na sentença, segundo essa mesma súmula, em seu inciso II, não será cabível mandado de segurança, mas sim a impugnação deverá ser feita através do recurso ordinário e a ação cautelar deve ser proposta a fim de obter-se efeito suspensivo ao recurso. Com o advento do NCPC, não existirá mais a ação cautelar propriamente dita, o que ele traz é a tutela cautelar, que não será mais pleiteada através de ação autônoma. Assim, a tendência é que em breve o Tribunal Superior do Trabalho atualize a redação da súmula 414, inciso II. Diante da nova sistemática, acreditamos que a tutela cautelar deverá ser pleiteada nas razões do Recurso Ordinário, a fim de possibilitar a concessão de efeito suspensivo. Por fim, os parágrafos do

¹⁰¹ BRASIL. **Lei 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm Acesso em: 17 out.2015

¹⁰² SILVA, Jaqueline Mielke. **A Tutela Provisória no Novo Código de Processo Civil: Tutela de Urgência e Tutela de Evidência**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015, p. 123

¹⁰³ *Ibidem*, p. 26-27.

¹⁰⁴ BRASIL. **Superior Tribunal do Trabalho**. Súmula nº 414. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-414 Acesso em: 17 out. 2015

artigo 304, quando compatibilizados com o Processo do Trabalho, também podem ser aplicados.

O Capítulo III, do Título I, pertencente ao Livro V do NCPC, trata sobre o procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente. Iniciando pelo artigo 305, *caput*, são citados os requisitos da petição inicial, quais sejam, “a indicação da lide e seus fundamentos, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo¹⁰⁵”. Pela sua leitura, percebe-se que os requisitos são basicamente os mesmos exigidos para a tutela antecipada (*fumus boni iuris e periculum in mora*), entretanto, existe uma diferença fundamental: enquanto o artigo 303 usa a expressão “realizar o direito”, o artigo 305 utiliza a expressão “assegurar o direito”. Isto deixa evidente o caráter satisfativo da tutela antecipada, bem como o caráter assecuratório da tutela cautelar.

Em relação à concessão das liminares cautelares, as possibilidades de concessão são as mesmas já citadas anteriormente, quais sejam: inaudita altera parte, após audiência de justificação prévia e após ouvida a parte contrária.

O parágrafo único do artigo 305 repete a matéria já tratada no CPC/73 ao referir-se ao princípio da fungibilidade, prevendo a possibilidade de o magistrado observar o artigo 303, caso entenda tratar-se de tutela antecipada.

Os artigos 306 a 308 dispõem sobre o procedimento a ser observado, o qual em muito se parece com o procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, comentado anteriormente.

Art. 306. O réu será citado para, no prazo de 5 (cinco) dias, contestar o pedido e indicar as provas que pretende produzir.

Art. 307. Não sendo contestado o pedido, os fatos alegados pelo autor presumir-se-ão aceitos pelo réu como ocorridos, caso em que o juiz decidirá dentro de 5 (cinco) dias.

Parágrafo único. Contestado o pedido no prazo legal, observar-se-á o procedimento comum.

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

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

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

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

¹⁰⁵ BRASIL. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm Acesso em: 17 out.2015

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

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

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

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

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

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

Art. 310. O indeferimento da tutela cautelar não obsta a que a parte formule o pedido principal, nem influi no julgamento desse, salvo se o motivo do indeferimento for o reconhecimento de decadência ou de prescrição.¹⁰⁶

Em relação ao artigo 308, com base na posição defendida por Ovídio Baptista da Silva, que entendia ser a ação cautelar prescindível de uma ação/pedido principal, Jaqueline Mielke Silva, critica o legislador, pois

O NCPC mais uma vez não reconhece a autonomia cautelar, na exata medida em que vincula a ação onde se pretender a prestação da tutela cautelar ao pedido principal, a ser realizado no prazo de 30 (trinta) dias a contar da efetivação da medida. Ou seja, aquela “velha ideia” de que a tutela cautelar não tem autonomia própria, mas que protege uma lide principal, onde é deduzida uma pretensão de natureza satisfativa, foi mais uma vez repetida no NCPC, consoante se depreende do art. 308. Tivemos a oportunidade de evoluir, e mais uma vez houve a reprodução do “velho” modelo que contempla a instrumentalidade da tutela cautelar.¹⁰⁷

No artigo 309 são disciplinadas as causas que ensejam a cessação da eficácia da tutela concedida em caráter antecedente. Isso ocorrerá em três hipóteses: 1) quando o autor não formular o pedido principal no prazo de 30 (trinta dias); 2) quando a medida não for efetivada no prazo de 30 (trinta) dias e quando o juiz julgar improcedente o pedido principal ou extinguir o processo sem resolução de mérito.

Por fim, cabe referir que, mesmo sendo indeferida a medida cautelar, a parte poderá formular o pedido principal, sendo que o indeferimento não influenciará no seu julgamento, exceto nos casos de reconhecimento de prescrição ou de decadência, conforme prescrito pelo artigo 110.

Apesar de não ser o foco do presente trabalho, mencionaremos alguns aspectos que consideramos pertinentes a respeito da sistemática da tutela provisória de evidência, a qual é disciplinada pelo artigo 311 e seguintes do NCPC, sendo considerada, para sua concessão,

¹⁰⁶ BRASIL. **Lei 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm Acesso em: 17 out.2015

¹⁰⁷ SILVA, Jaqueline Mielke. **A Tutela Provisória no Novo Código de Processo Civil: Tutela de Urgência e Tutela de Evidência**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015, p. 133-134.

apenas a alta probabilidade de êxito em relação à tutela definitiva, mostrando-se irrelevante o perigo de dano ou de resultado útil ao processo.

O inciso I do artigo 311 do NCPC é basicamente uma repetição do artigo 273, inciso II, do CPC/73, diferenciando-se apenas pelo fato de autorizar a concessão de tutela de evidência a qualquer das partes, e não somente ao réu, quando ficar caracterizado o abuso de defesa ou o manifesto propósito protelatório tanto do demandado como do demandante.

Já os incisos II, III e IV trazem disposições inovadoras, ao autorizarem a concessão de tutela de evidência quando:

- II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;
- III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;
- IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável¹⁰⁸.

Para a aplicação do inciso II exige-se

Dois requisitos: a) direito baseado em alegações de fato que podem ser comprovadas apenas documentalmente e; b) houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante.

Essa segunda hipótese possui, desde já, total consonância com o processo trabalhista, sobretudo a partir da entrada em vigência da Lei n. 13.015/2014 que, alterando a sistemática recursal trabalhista passou a prever expressamente a aplicação, aos recursos de revista, da sistemática relativa aos julgamentos dos recursos extraordinário e especial repetitivos (art.896-B da CLT)¹⁰⁹.

O inciso III provavelmente será de rara aplicação no Processo do Trabalho, contudo, será possível em face do disposto no artigo 114, I, da Constituição Federal, que aumentou a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar as ações oriundas das relações de trabalho. Essa hipótese será cabível quando uma parte reivindica a posse ou a propriedade sobre uma coisa. Por fim, o inciso IV busca trazer maior efetividade ao processo, em

¹⁰⁸ BRASIL. **Lei 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm Acesso em: 17 out.2015

¹⁰⁹ GASPAR, Danilo Gonçalves. Noções conceituais sobre a tutela provisória no novo CPC e suas implicações no Processo do Trabalho. In: Miessa, Elisson. **O Novo Código de Processo Civil e seus Reflexos no Processo do Trabalho**. Bahia: Editora Jus Podivm, 2015. p. 385-405.

situações que evidenciem a inexistência de dúvidas referentes a fatos extintivos, impeditivos ou modificativos do direito do autor.¹¹⁰

¹¹⁰ GASPAR, Danilo Gonçalves. Noções conceituais sobre a tutela provisória no novo CPC e suas implicações no Processo do Trabalho. In: Miessa, Elisson. **O Novo Código de Processo Civil e seus Reflexos no Processo do Trabalho**. Bahia: Editora Jus Podivm, 2015. p. 385-405.

3. AS TUTELAS DE URGÊNCIA COMO INSTRUMENTO PARA ASSEGURAR A EFETIVIDADE DO PROCESSO DO TRABALHO

[...] justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade. Os juízes tardinheiros são culpados, que a lassidão comum vai tolerando. Mas sua culpa tresdobra com a terrível agravante de que o lesado não tem meio de reagir contra o delinqüente poderoso, em cujas mãos jaz a sorte do litígio pendente."
Rui Barbosa¹¹¹

3.1 Princípios aplicáveis ao Direito do Trabalho e ao Processo do Trabalho

O objetivo principal do presente estudo é analisar a possibilidade de o Juiz do Trabalho conceder, *ex officio*, as tutelas de urgência. Para resolver tal questão, não se pode ignorar o fato de que o Processo do Trabalho possui princípios próprios, que o diferenciam do Processo Civil. Conforme mencionamos diversas vezes, a possibilidade de aplicação dos institutos da tutela cautelar e antecipada ao processo trabalhista é autorizada pelo chamado Princípio da Subsidiariedade, trazido pelo artigo 769 da CLT, sendo necessária a existência de omissão e compatibilidade.

O processo trabalhista tem como finalidade essencial dar efetividade aos direitos do trabalhador, devendo as normas procedimentais do processo civil serem usadas sempre de modo a atingir esse objetivo. Para isso, deve-se aplicar ao Processo do Trabalho os princípios que orientam o direito material desse ramo, reconhecendo-se a desigualdade material existente entre as partes que formam a relação jurídica. Não conferir ao trabalhador essa racionalidade protetiva seria o mesmo que negar aos direitos trabalhistas a possibilidade de realização

completa

112

¹¹¹ BARBOSA, Rui. Trecho do discurso de paraninfo "Oração aos Moços". Disponível em:

<http://www.casaruibarbosa.gov.br/scripts/scripts/ruimostrefrasesrui.idc?CodFrase=1086> Acesso em: 24 out.2015

¹¹² MAIOR, Jorge Luiz Souto. Relação entre o Processo Civil e o Processo do Trabalho. In: Miessa, Elisson. **O Novo Código de Processo Civil e seus Reflexos no Processo do Trabalho**. Bahia: Editora Jus Podivm, 2015. p. 159-164.

Assim, comentaremos alguns princípios de Direito e Processo do Trabalho que consideramos de suma relevância para subsidiar nossas conclusões a respeito do tema em análise. Iniciaremos pelo Princípio da Proteção ao Trabalhador, o qual é princípio base do Direito do Trabalho.

O Princípio da Proteção ao Trabalhador origina-se da acentuada intervenção estatal na relação entre empregado e empregador e visa essencialmente a dar proteção jurídica ao trabalhador, considerando o flagrante desequilíbrio existente entre as partes que formam o contrato de trabalho. É reconhecida a existência de uma desigualdade material entre as partes, sendo assegurada uma proteção especial ao empregado, considerado hipossuficiente, a fim de atenuar o desequilíbrio existente no mundo fático. Américo Plá Rodriguez afirma que o Princípio da Proteção ao Trabalhador é subdividido em outros três princípios, quais sejam: Princípio do *in dubio pro operario*, Princípio da norma mais favorável e Princípio da condição mais benéfica¹¹³.

O Princípio do *in dubio pro operario* orienta o intérprete a adotar a interpretação que mais beneficie o trabalhador, quando houver dúvidas em relação ao sentido e alcance de um texto jurídico. Já o Princípio da norma mais favorável significa que, em havendo duas ou mais normas dispendo sobre a mesma matéria, deverá ser aplicada a que for mais favorável ao empregado. Por fim, o Princípio da condição mais benéfica objetiva resguardar as vantagens do trabalhador nos casos em que mudanças prejudiciais poderiam afetá-lo, sendo análogo ao princípio do direito adquirido utilizado pelo direito comum.¹¹⁴

Em relação à aplicação do Princípio da Proteção ao Trabalhador,

A doutrina processual trabalhista é majoritária no sentido de considerar o princípio da proteção aplicável ao Processo do Trabalho: entende-se que a hipossuficiência do trabalhador também repercute no plano processual, razão pela qual diversas normas processuais da CLT atribuem ao empregador encargos diferenciados (notadamente em relação ao ônus da prova) e ao magistrado deveres de zelo pelo alcance da igualdade real entre os litigantes assimétricos, o que somente se faz por meio do tratamento diferenciado aos desiguais.¹¹⁵

Maurício Godinho Delgado afirma que esse princípio não daria origem apenas aos Princípios do *in dubio pro operario*, da condição mais benéfica e da norma mais favorável, mas sim seria “inspirador amplo de todo o complexo de regras, princípios e institutos que

¹¹³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 26 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 455.

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ DELGADO, Gabriela Neves; DUTRA, Renata Queiroz. A aplicação das convenções processuais do novo CPC ao Processo do Trabalho na perspectiva dos direitos fundamentais. In: Miessa, Elisson. **O Novo Código de Processo Civil e seus Reflexos no Processo do Trabalho**. Bahia: Editora Jus Podivm, 2015. p. 189-201.

compõem esse ramo jurídico especializado”¹¹⁶. Assim, apesar de ser estudado como um princípio de direito individual do trabalho, é de suma importância considerar o Princípio da Proteção também no direito processual do trabalho, lembrando que, também nessa relação, o empregado mostra-se parte hipossuficiente, merecendo proteção especial a fim de buscar-se a igualdade material.

O novo CPC trará novidades em relação ao procedimento, pois dará maior autonomia às partes para que convençionem sobre a realização de certos atos. Como exemplo, podemos citar os artigos 190 e 191 que assim dispõem:

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso¹¹⁷.

Percebe-se, então, que o novo CPC dá maior liberdade às partes, ao autorizá-las a acordar acerca da prática de alguns atos. Isso ocorre devido ao entendimento de que autor e réu possuem as mesmas condições, havendo igualdade material e não existindo, portanto, uma parte que seja hipossuficiente em relação a outra. Por outro lado, no processo trabalhista, não existe esse equilíbrio entre empregado e empregador, o que existe é uma desproporção entre trabalho e capital, sendo, por isso, aplicável o Princípio da Proteção.

Mauro Schiavi chama esse princípio de Protecionismo Temperado ao Trabalhador e defende que não se trata do mesmo princípio da proteção do direito material do trabalho, mas sim uma intensidade protetiva ao trabalhador, que deve ser vista como instrumento para lhe assegurar algumas prerrogativas processuais, compensando eventuais dificuldades que o mesmo encontra ao buscar a Justiça do Trabalho, em razão da sua hipossuficiência econômica e da dificuldade em provar suas alegações.¹¹⁸

Outro princípio tipicamente de direito material aplicável também ao Processo do Trabalho é o da imperatividade das normas trabalhistas. Segundo ele, nas relações trabalhistas, deve prevalecer o domínio das regras jurídicas obrigatórias, em detrimento das regras apenas

¹¹⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12 ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 191.

¹¹⁷ BRASIL. **Lei 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm Acesso em: 28 out.2015

¹¹⁸ SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 2 ed. São Paulo: Editora Ltr, 2009, p.91.

dispositivas. Ou seja, as regras trabalhistas são essencialmente imperativas, não podendo ser afastadas por simples manifestação da vontade das partes, de modo que prevalece a restrição à autonomia no contrato trabalhista.¹¹⁹

O Princípio da Imperatividade das Normas Trabalhistas, por sua vez, está intrinsecamente ligado ao Princípio da Indisponibilidade ou da Irrenunciabilidade dos Direitos Trabalhistas, pois, justamente pelo fato de as normas trabalhistas serem de ordem pública, ou seja, imperativas, é que o trabalhador em regra não poderá renunciar aos seus direitos. Perceba-se que a indisponibilidade refere-se somente aos direitos do empregado, considerando que o objetivo maior desse princípio é igualar juridicamente os sujeitos da relação de trabalho. Busca-se evitar que o trabalhador disponha/renuncie a seus direitos por sua simples manifestação de vontade, o que, em grande parte dos casos, ocorreria em decorrência de eventual intimidação realizada pelo empregador ou por mero temor de ser dispensado.

Mauricio Godinho Delgado explica que prefere chamar esse Princípio da Indisponibilidade dos Direitos Trabalhistas porque renúncia é ato unilateral e esse princípio também veda a prática de atos bilaterais de disposição dos direitos, ou seja, veda a transação quando ela cause prejuízo ao trabalhador¹²⁰. Esse entendimento é corroborado pela Súmula 418 do Tribunal Superior do Trabalho¹²¹ que afirma não ser cabível mandado de segurança para atacar decisão que não homologa acordo, tendo em vista que a homologação trata-se de faculdade do juiz. Desse modo, entendendo o magistrado que a transação é prejudicial aos direitos do empregado, não só pode, como deve, não homologar o acordo, em respeito ao Princípio da Indisponibilidade.

Assim, enquanto no Direito Civil privilegia-se a autonomia das partes, no Direito do Trabalho ocorre o oposto. Em consequência, como o processo nada mais é do que um instrumento que busca efetivar o direito material, o Princípio da Proteção ao Trabalhador, entendido em seu sentido amplo, deve ser aplicado também ao Processo do Trabalho, a fim de que sejam asseguradas as garantias fundamentais ao empregado hipossuficiente.

Ainda, tendo em vista o já referido Princípio da Subsidiariedade, os artigos 190 e 191 do NCPC, bem como outros que disponham da matéria de forma semelhante, não podem ser aplicados ao processo trabalhista, considerando a inexistência de compatibilidade.

¹¹⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12 ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 193.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 194.

¹²¹ BRASIL. **Superior Tribunal do Trabalho**. Súmula nº 414. Disponível em:

http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-414 Acesso em: 17 out. 2015

Conclui-se, então, que, ao aplicarmos o Princípio da Proteção ao processo do trabalho, devemos entender válidas as seguintes proposições:

(a) da adequação, em que as normas processuais de trabalho devem ser adequadas à finalidade do direito material do trabalho; (b) do tratamento desigual, em que, tendo em vista a desigualdade processual entre empregados e empregador, deve haver tratamento desigual de pessoas que se encontram em desigualdade de condições; (c) teleológico, da finalidade social específica, em que o objetivo é impedir efeitos violentos da questão social, mediante regras constitucionais de competência da Justiça do Trabalho, determinando a existência de normas processuais próprias; (d) normatividade jurisdicional, que caracteriza o processo coletivo do trabalho no Brasil¹²².

Passando-se aos princípios tipicamente processuais, temos o *Princípio do Ius Postulandi* como um dos mais marcantes e característicos da Justiça do Trabalho.

Ius postulandi ou capacidade postulatória é a faculdade de requerer e praticar atos processuais. No Processo Civil, em regra, a capacidade postulatória compete ao advogado, o qual representará a parte em juízo, devendo estar em pleno gozo de suas prerrogativas profissionais e possuir mandato que lhe outorgue poderes para tanto¹²³. Segundo o artigo 1º, inciso I, do Estatuto da OAB¹²⁴, a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos Juizados Especiais é atividade privativa de advogado.

Assim, no direito processual comum, esse é um requisito de validade do ato praticado, sendo nulo o ato praticado por sujeito que não possua capacidade postulatória. Ainda, caso a representação do autor esteja irregular e ele, sendo intimado para regularizar, não o faça, o processo será extinto sem a resolução do mérito. A regra, então, é que a capacidade postulatória seja exercida por advogado, sendo exceção os casos em que a parte pode postular diretamente em juízo, o que é autorizado nos Juizados Especiais. No caso dos Juizados Especiais Cíveis, por exemplo, é facultado as partes comparecerem pessoalmente nas causas de valor até vinte salários mínimos, de acordo com o disposto no artigo 9º, da Lei 9.099/95.

Na Justiça do Trabalho, o Princípio do *Ius Postulandi* é trazido pelo artigo 791 da CLT, ao dispor que “os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final”¹²⁵. Justamente pelo fato de

¹²² JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito Processual do Trabalho**. 5 ed. São paulo: Editora Atlas, 2012, p. 93.

¹²³ *Ibidem*, p. 454.

¹²⁴ BRASIL. Lei 8.906 de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o **Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm Acesso em 29 out.2015

¹²⁵ BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm Acesso em: 29 out.2015

as partes poderem postular diretamente, sem assistência técnica de um advogado, é que o processo do trabalho rege-se pelos princípios da simplicidade, oralidade e informalidade.

A Justiça do Trabalho consagrou o Princípio do *Ius Postulandi* devido a seu objetivo maior, qual seja, dar efetividade aos direitos dos trabalhadores, ainda que seja aplicável tanto a empregados como a empregadores. Apesar de o ordenamento jurídico brasileiro ter avançado muito no aspecto da assistência jurídica gratuita, sabe-se que antigamente o acesso à justiça era apenas para aqueles que tivessem razoáveis condições financeiras, o que evidentemente não é o caso do empregado, pois apresenta-se, em regra, hipossuficiente econômica e socialmente em relação ao seu empregador.

Observa-se que, após a Emenda Constitucional n. 45/2004, a qual ampliou a competência material da Justiça do Trabalho para processar e julgar qualquer lide que envolva relação de trabalho, há entendimento no sentido de que o *ius postulandi* não se aplica às demandas referentes às relações de trabalho, devendo as partes serem acompanhadas por advogado.¹²⁶

Entretanto, mesmo no caso de relação de emprego, o *ius postulandi* não é admitido em todas as situações. A Súmula 425 do Tribunal Superior do Trabalho traz algumas restrições ao limitá-lo às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho¹²⁷, só permitindo que o ajuizamento de ação rescisória, ação cautelar, mandado de segurança e recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho seja feito por meio de advogado. Desse modo, o *ius postulandi* limita-se às instâncias ordinárias, o que é razoável se considerarmos que os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho possuem natureza eminentemente técnica.

Feitas todas essas considerações, estamos aptos a tratar sobre a possibilidade de o Juiz do Trabalho conceder, *ex officio*, as tutelas provisórias de urgência cautelar e antecipada, analisando a importância dessa medida para garantir os direitos do empregado e trazer maior efetividade ao Processo do Trabalho.

¹²⁶ SARAIVA, Renato; MANFREDINI, Aryanna. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 12 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 41.

¹²⁷ BRASIL. **Superior Tribunal do Trabalho**. Súmula nº 425. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-425 Acesso em: 29 out. 2015

3.2 Possibilidade de concessão das tutelas de urgência *ex officio* na Justiça do Trabalho

Tudo que vimos até aqui tem por objetivo nos ajudar a refletir e responder a seguinte pergunta: é possível o Juiz do Trabalho conceder a tutela de urgência, ainda que não haja requerimento expresso da parte interessada?

Na doutrina, não há unanimidade sobre o assunto. Enquanto autores como Wagner D. Giglio¹²⁸ entendem que o juiz não está autorizado a conceder a antecipação de tutela *ex officio*, outra parte da doutrina, como Carlos Henrique Bezerra Leite¹²⁹, defende que, apesar da literalidade do *caput* do artigo 273 do CPC/73, a medida pode ser concedida mesmo sem o requerimento da parte.

Primeiramente, cabe definir o método que utilizaremos. Devido ao fato de estarmos em uma fase de transição, na qual ainda estamos sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, analisaremos a possibilidade de concessão da tutela cautelar e da tutela antecipada de ofício para, então, passarmos à tutela de urgência no Novo Código de Processo Civil, que entrará em vigor em março de 2016.

Em relação às medidas cautelares, a discussão gira em torno do artigo 797 do CPC/73, que assim dispõe: “Só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes”¹³⁰. Parece-nos que aqui não há muito espaço para dúvidas, tendo em vista que, por meio de simples interpretação gramatical, poderíamos concluir que o juiz pode, excepcionalmente, determinar medidas cautelares *ex officio*. Isso porque esse artigo diz que as medidas podem ser determinadas “sem a audiência das partes”, ou seja, traz a expressão no plural, indicando que o juiz não precisa ouvir nem autor nem réu.

Ovídio Baptista da Silva explica a gênese das medidas cautelares *ex officio*, sustentadas por Calamandrei. O jurista italiano entendia a tutela cautelar inominada como uma técnica desenvolvida para suprir os inconvenientes causados pela morosidade do procedimento ordinário, contudo, além de reintroduzir as demandas sumárias, ele buscava também dar mais autoridade ao magistrado, libertando-o da submissão ao interesse exclusivo das partes. Assim, seus dois objetivos principais eram dar celeridade à prestação jurisdicional e defender a jurisdição, publicizando-a. Para isso, equiparou as providências cautelares ao

¹²⁸ GIGLIO, Wagner D.; CORRÊA, Claudia Giglio Veltri. **Direito Processual do Trabalho**. 16 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 327.

¹²⁹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Manual de Processo do Trabalho**. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 200.

¹³⁰ BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm Acesso em: 01 nov.2015

instituto anglo-americano do Contempt of Court (medidas contra o desrespeito ao Tribunal). Depois, essas medidas cautelares destinadas a resguardar o império da jurisdição deram lugar às cautelares *ex officio*.¹³¹

A discussão nesse ponto está em que situações o juiz poderá conceder de ofício a tutela cautelar, considerando que o artigo 797 do CPC/73 diz que isso ocorrerá “só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei”. Luiz Guilherme Marinoni entende que há hipóteses em que o juiz está autorizado por lei a conceder a tutela cautelar de ofício, sendo que autorizado quer dizer não impedido, ao contrário de quando existir lei, situação em que o magistrado tem o dever de conceder a tutela cautelar, se presentes os requisitos¹³². A outra hipótese seria quando o juiz se deparasse com casos excepcionais, sendo que

Para concretizar o significado de *casos excepcionais*, é preciso deixar claro, de início, que, havendo situação capaz de pôr em risco a efetividade da tutela do direito material, o juiz deverá, *quando possível*, mandar que as partes se pronunciem, permitindo-lhes chegar a uma solução de consenso capaz de colocar fim à situação de perigo, ou, até mesmo, abrindo à parte que pode ser prejudicada oportunidade para o requerimento da tutela cautelar.

Apenas quando não houver tempo para o juiz ouvir as partes é que se apresentará a primeira característica de “caso excepcional”. Existindo situação de perigo capaz de colocar em risco a efetividade da tutela do direito, e não havendo tempo para o juiz ouvir os litigantes, a tutela cautelar pode ser concedida sem requerimento da parte.¹³³

Dentre os autores que defendem a possibilidade da concessão *ex officio* da medida cautelar, todos concordam que ela somente poderá dar-se incidentalmente, ou seja, quando já existir processo instaurado. Admitir o contrário, a concessão da tutela cautelar de ofício antes da instauração da ação, seria afrontar o Princípio Dispositivo, o qual somente autoriza a prestação da tutela jurisdicional quando requerida pela parte.

Quanto à aplicação do artigo 797 do CPC/73 ao Processo do Trabalho, adotamos o posicionamento de Amauri Mascaro Nascimento que, ao citar Galeno Lacerda, entende ser faculdade do juiz decretar medidas cautelares de ofício, tendo em vista a prevalência do interesse social indisponível, tanto que o magistrado está autorizado pelo artigo 878 da CLT a promover de ofício a execução, aproximando-se esse processo mais do inquisitório¹³⁴.

¹³¹ DA SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de Processo Civil**. v. 3. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 93-95.

¹³² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo Cautelar**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 106.

¹³³ *Ibidem*, p. 107.

¹³⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 29 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 908.

Mais controvertida é a questão sobre a possibilidade de concessão da tutela antecipada *ex officio*. Essa discussão ocorre devido ao *caput* do artigo 273 do CPC/73 trazer expressamente em seu texto que “o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial”¹³⁵. A primeira impressão que temos ao fazer a leitura desse dispositivo é que a tutela antecipada somente pode ser concedida quando requerida expressamente pela parte que a pretende.

Desde já, esclarecemos que nossa discussão girará apenas em torno do inciso I, do artigo 273, pois o inciso II não exige a demonstração de urgência para a concessão da tutela antecipada, sendo essa medida deferida nos casos em que houver abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu. Justamente por isso, o Novo Código de Processo Civil passou a tratar essas hipóteses como casos para a concessão de tutela provisória de evidência, e não de urgência.

Para aceitarmos a concessão de ofício da tutela antecipada pelo magistrado, é necessário fazermos uma interpretação mais complexa do que a mera interpretação gramatical. Desde já, adiantamos que nos posicionamos favoravelmente à concessão *ex officio* da tutela antecipada na Justiça do Trabalho e aqui nos deteremos somente ao Processo do Trabalho, o qual constitui nosso objeto central de estudo. Passemos, então, aos motivos.

O Processo do Trabalho não é um fim em si mesmo, mas sim tem como função principal ser um instrumento de efetivação do direito material. E o direito material trabalhista visa basicamente a assegurar os direitos do empregado hipossuficiente, possuindo escopo predominantemente social. Tanto na relação material, quanto na relação processual, não existe igualdade entre empregado e empregador, sendo esse o motivo pelo qual o direito brasileiro busca proteger o trabalhador, na tentativa de minimizar esse desequilíbrio.

Os créditos buscados pelo reclamante, que, na grande maioria das vezes, é o empregado, são em regra créditos de natureza alimentar. O empregado trabalha o mês inteiro para, somente depois, receber seu salário, destinado basicamente a garantir a sua sobrevivência e de sua família, é submetido durante toda a vigência do contrato de trabalho aos poderes do empregador e, por vezes, ainda é dispensado sem receber as verbas rescisórias que lhe são de direito. Desse modo, por ser hipossuficiente social e economicamente, o Estado criou regras que lhe dão maior proteção.

¹³⁵ BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm Acesso em: 01 nov.2015

Assim, de nada adianta a prestação jurisdicional do Estado ocorrer quando o direito não mostrar-se mais útil ao trabalhador. Acesso à justiça não significa apenas propor uma ação, significa ver seu direito satisfeito tempestivamente.

Roberto Eurico Schmidt Junior afirma que o ordenamento jurídico brasileiro não veda a antecipação de ofício, ainda que pela leitura do artigo 273 do CPC/73 essa possibilidade pareça ser excluída. Exemplifica citando o artigo 4º da Lei nº 5.478/68, que determina que o juiz fixe alimentos provisórios, salvo se o credor expressamente declarar que deles não necessita. Assim, nem sempre a concessão da tutela antecipada depende de requerimento da parte.¹³⁶

De fato, se fizermos uma interpretação estritamente gramatical ou literal do artigo 273 do CPC/73, concluiremos pela impossibilidade de o juiz do trabalho conceder de ofício a tutela antecipada. No entanto, essa posição mostra-se inadequada e insuficiente para atender as atuais necessidades daqueles que buscam a tutela jurisdicional. Além da interpretação gramatical, também precisamos utilizar outras espécies de interpretação, a fim de entender o real alcance dessa norma.

Com base na lição de Glauco Barreira Magalhães Filho explicaremos, de forma sucinta, as outras espécies de interpretação que consideramos relevantes para a presente discussão. A interpretação lógica está ligada à vontade do legislador ao criar a norma, a interpretação sistemática busca dar unidade e coerência ao ordenamento jurídico, a interpretação histórica propõe que se reporte ao momento histórico da criação da norma e às causas de sua criação, teleológica ou finalística é a interpretação da norma a partir do fim social a que se destina e, por fim, a interpretação sociológica, que possui os objetivos de conferir aplicabilidade à norma em relação aos fatos sociais por ela previstos, permitir que ela se atualize para abranger novas situações não previstas pelo legislador e possibilitar o acompanhamento das transformações da sociedade, atendendo às exigências do bem comum.¹³⁷

Utilizando-se esses outros tipos de interpretação, a possibilidade da concessão da tutela antecipada *ex officio* na Justiça do Trabalho parece coerente. Isso porque a antecipação de tutela foi criada justamente para dar maior efetividade ao processo, evitando que o direito perecesse durante o desenrolar do procedimento que, em geral, é ordinário. Também não se pode deixar de lado a finalidade primordial do Processo do Trabalho, que é realizar os direitos

¹³⁶ SCHMIDT JUNIOR, Roberto Eurico. **Tutela Antecipada de Ofício: À luz do art. 273, I, do Código de Processo Civil.** Curitiba: Juruá, 2007, p. 51-52.

¹³⁷ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Curso de hermenêutica jurídica.** 4 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 56-67.

do trabalhador, garantindo os direitos sociais que lhe são assegurados, inclusive, constitucionalmente.

Poder-se-ia, então, argumentar que, ao conceder a tutela antecipada de ofício, o juiz afrontaria os Princípios Dispositivo e da Demanda. Muitos juristas entendem que esse Princípio pode ser chamado de Princípio Dispositivo ou da Demanda, possuindo o mesmo significado. No entanto, Ovídio Baptista da Silva traz a seguinte diferenciação:

Enquanto o *princípio dispositivo* diz respeito aos poderes das partes *em relação à uma causa determinada*, posta sob julgamento, o *princípio de demanda* refere-se ao alcance da própria atividade jurisdicional. O primeiro corresponde à delimitação dos limites dentro dos quais há de mover o juiz, para o cumprimento de sua função jurisdicional, e até que ponto há de ficar na dependência da iniciativa das partes na condução da causa e na busca do direito formador de seu convencimento; ao contrário, o *princípio de demanda* baseia-se no pressuposto da disponibilidade não da causa posta sob julgamento, mas do próprio direito subjetivo das partes, segundo a regra básica de que ao titular do direito caberá decidir livremente se o exercerá ou se deixará de exercê-lo.¹³⁸

Seja qual for a posição adotada, entendendo-se o Princípio Dispositivo e da Demanda como sinônimos ou não, não visualizamos qualquer atentado a sua disciplina. Isso porque o juiz não inicia o processo, apenas concedendo a tutela antecipada incidentalmente, em processo já em andamento, regularmente proposto pelo reclamante. Além disso, o magistrado concede a antecipação de tutela com base no pedido feito pela parte, ou seja, apenas adianta a satisfação do direito pretendido, não extrapolando os limites da lide.

O processo possui caráter instrumental e, em sendo o direito tutelado indisponível, a noção de impulso oficial deve ter uma interpretação diferente daquela realizada quando se trata de direitos disponíveis. O Estado deve estar preocupado em oferecer uma justiça eficaz, por isso, o juiz deve, ao proferir uma sentença, preocupar-se com a eficácia da mesma a fim de atingir-se uma justiça “justa”. Desse modo, além do magistrado possuir os poderes de cognição e de execução, poderes tradicionalmente referidos pela doutrina, ele deve também possuir o poder de prevenção.¹³⁹

Ainda, importante lembrar que o processo laboral é regido pelos princípios da oralidade, da simplicidade, da celeridade e da informalidade, autorizando o artigo 791 da CLT o *ius postulandi*. Além disso, tem relevante aplicação o princípio da proteção ao trabalhador. Então,

¹³⁸ DA SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de Processo Civil**. v. 1. 7 ed. São Paulo: Editora Forense, 2005, p. 50.

¹³⁹ SCHMIDT JUNIOR, Roberto Eurico. **Tutela Antecipada de Ofício**: À luz do art. 273, I, do Código de Processo Civil. Curitiba: Juruá, 2007, p. 127.

como exigir que a parte que reclama pessoalmente na Justiça do Trabalho requeira ao juiz a concessão de tutela antecipada?

Talvez o *ius postulandi* e a natureza dos direitos tutelados pelo Processo do Trabalho tenham feito com que o legislador concedesse ao juiz maior poder para conduzir o processo. Nesse sentido o artigo 765 da CLT disciplina que: “os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas”¹⁴⁰.

O artigo 878 da CLT, ao autorizar que o juiz inicie de ofício a execução, também corrobora a ideia da existência do princípio da majoração dos poderes do juiz do trabalho na condução do processo. Ainda, a doutrina moderna defende que o magistrado deve buscar a verdade real, o que demanda uma postura mais ativa do mesmo, que possui mais liberdade para traçar os rumos do processo, podendo determinar as diligências que entenda necessárias para solucionar o conflito, a fim de possibilitar uma sentença mais justa.¹⁴¹

Segundo Amauri Mascaro Nascimento, o juiz é o intérprete final do direito no processo, tendo como principal função decidir¹⁴². Ele entende que interpretação, integração e aplicação são fases de um mesmo procedimento, pois, para aplicar a norma, é preciso interpretá-la e, não sendo ela adequada ao caso concreto, deve ser integrada, tornando essa função do juiz ainda mais relevante no processo do trabalho, tendo em vista a existência de muitos tipos de normas no direito do trabalho¹⁴³.

Certamente o magistrado, ao analisar a possibilidade de concessão das tutelas provisórias de urgência, irá deparar-se com valores constitucionais conflitantes, sendo que

A questão da natureza constitucional da tutela provisória (de urgência e de evidência) deve ser resolvida à luz das garantias da efetividade do processo e da cognição adequada que compõe o devido processo legal, informado pelo contraditório equilibrado e ampla defesa.

Muitas vezes, direitos fundamentais, amparados em sede constitucional, apresentam-se antagônicos em determinada situação concreta. Eventual colisão ou conflito de direitos revela a possibilidade de ocorrerem fenômenos de tensão, a serem solucionados no plano legislativo ou judicial. De qualquer sorte o correto equacionamento dessa questão requer sejam ponderados os bens e valores em conflito, a fim de se dar preferência àquele que, ao ver do intérprete, seja superior e mereça prevalecer.¹⁴⁴

¹⁴⁰ BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm Acesso em: 01 nov.2015

¹⁴¹ PEREIRA, Leone. **Manual de Processo do Trabalho**. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 74.

¹⁴² NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 29 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 241.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 245-246.

¹⁴⁴ SILVA, Jaqueline Mielke. **A Tutela Provisória no Novo Código de Processo Civil: Tutela de Urgência e**

Ao analisarmos a jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, observamos que há entendimento tanto no sentido de que não é possível a concessão da antecipação de tutela *ex officio* pelo juiz, como no sentido de admitir essa possibilidade.

A desembargadora Dra. Denise Pacheco, ao atuar como relatora da ação cautelar de nº 0020032-68.2015.5.04.0000, afirmou que não é dado ao juiz conceder de ofício a antecipação de tutela, pois o artigo 273 do CPC exige o requerimento da parte. Assim, considerou *extra petita* a sentença que deferiu a antecipação de tutela *ex officio*, pois teria extrapolado os limites da lide e afrontado os artigos 128 e 460 do CPC.¹⁴⁵

No mesmo sentido, a decisão do Recurso Ordinário de nº 0020910-12.2014.5.04.0005, na qual os desembargadores entenderam, por unanimidade, que não é possível determinar a antecipação de tutela sem que haja requerimento da parte, sendo a sentença que a concedeu *ultra petita*. Os julgadores defenderam que apenas o estabelecimento de multa diária por atraso no cumprimento de obrigação de fazer, ou seja, o estabelecimento de astreinte, é possível de ofício.¹⁴⁶

Por outro lado, a desembargadora Tânia Regina Silva Reckziegel, ao analisar mandado de segurança contra ato do Juiz da 3ª Vara do Trabalho de Caxias do Sul, que determinou, antes da realização da audiência inicial e sem que houvesse pedido de antecipação dos efeitos da tutela, a reintegração de autora gestante no emprego, entendeu não haver ilegalidade ou abusividade na decisão atacada. Justificou sua posição com base no fato de que, estando presente verossimilhança suficiente, bem como risco de ineficácia da tutela, caso somente concedida na sentença, a antecipação de tutela pode ser concedida, reportando-se aos argumentos do juiz de primeiro grau, que assim fundamentou sua decisão:

Tutela de Evidência. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015, p. 177.

¹⁴⁵ RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região.** Ação cautelar para deferimento de efeito suspensivo ao recurso julgada procedente. Processo nº 0020032-68.2015.5.04.0000. Banco Daycoval/SA e Sindicato dos empregados em estabelecimentos bancários de Caxias do Sul. Relatora: Denise Pacheco. 19 de março de 2015. Disponível em: http://gsa6.trt4.jus.br/search?q=cache:6kQMqh-Su-vkJ:jbintra.trt4.jus.br:8080/pje_2grau_helper/jurisp%3Fo%3Dd%26c%3D1461927%26v%3D2923854+antecipacao%3%A7%C3%A3o+de+tutela+e+de+of%3DADcio+inmeta:DATA_DOCUMENTO:2014-11-06..2015-11-06++&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8 Acesso em 06 nov.2015

¹⁴⁶ RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região.** Manutenção do padrão remuneratório de empregado reabilitado. Processo nº 0020910-12.2014.5.04.0005. Empresa Brasileira de Correio e Telégrafos e Alexandre Barbosa Rodrigues. Relatora: Maria Helena Lisot. 17 de abril de 2015. Disponível em: http://gsa6.trt4.jus.br/search?q=cache:pj3NOxjE-IwJ:jbintra.trt4.jus.br:8080/pje_2grau_helper/jurisp%3Fo%3Dd%26c%3D1626682%26v%3D3253364+antecipacao%3%A7%C3%A3o+de+tutela+e+de+of%3DADcio+inmeta:DATA_DOCUMENTO:2014-11-06..2015-11-06++&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8 Acesso em 06 nov.2015

No caso específico, a autoridade dita coatora, a vista dos documentos acostados aos autos, constatou que, à data da despedida, a reclamante estava grávida, portanto, ao abrigo do direito à manutenção do contrato de trabalho, e que a demora na entrega da prestação jurisdicional poderia acarretar prejuízos irreparáveis à trabalhadora.

Entendo que a decisão atacada atende os princípios constitucionais da celeridade e da razoável duração do processo - art. 5º, LXXVIII, da CF, não sendo a ausência de pedido expresso de antecipação da tutela óbice à sua concessão. Observo, por oportuno, que na petição inicial da ação subjacente, a reclamante, ainda que não formule, expressamente, pedido de antecipação da tutela, postula a anulação da dispensa e a conseqüente reintegração no emprego.

Neste sentido os ensinamentos de Carlos Henrique Bezerra Leite:

“Não obstante a literalidade do caput do art. 273 do CPC, parece-nos que no processo do trabalho é factível a antecipação de tutela de ofício pelo próprio Juiz, independentemente de requerimento da parte. Ora, se estamos diante de um ato judicial com característica de provimento mandamental e executivo lato sensu e se o juiz do trabalho está autorizado a promover a execução *ex officio* (CLT, art. 878), então não seria legalmente proibido ao juiz determinar, de ofício, a antecipação dos efeitos da tutela de mérito, desde que presentes os demais requisitos autorizadores [...] (LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito processual do trabalho. 6. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 482) ”.

Nesse contexto, encontram-se atendidos os requisitos necessários à antecipação dos efeitos da tutela, nos termos do art. 273 do CPC, quais sejam: a prova inequívoca do fato, a verossimilhança da alegação e a possibilidade de danos irreparáveis, decorrentes da despedida sem justa causa de empregada gestante, o que dispensa a cognição exauriente.¹⁴⁷

Assim, ao realizar pesquisa jurisprudencial no Tribunal gaúcho, percebeu-se que, além de não existirem muitos julgados tratando sobre o assunto, a matéria é controvertida também dentre os julgadores dessa Corte. Ficamos com o segundo entendimento, por acreditarmos que está em consonância com os princípios que regem o Processo do Trabalho, bem como com os ditames estabelecidos pela nossa Carta Magna.

A relutância em aceitar a concessão *ex officio* da tutela de urgência demonstra que, apesar vivermos na era da constitucionalização do processo, os traços do racionalismo ainda apresentam-se fortes nos juristas brasileiros. A preocupação com a segurança jurídica, demonstrada nos dois primeiros julgados citados, supera a preocupação com a efetividade do processo, tornando difícil a aceitação de medidas satisfativas, concedidas com base em cognição sumária.

¹⁴⁷ RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região**. Julgamento de mandado de segurança. Processo nº 0021680-20.2014.5.04.0000. Unylaser – Empresa Metalúrgica LTDA e Juiz do trabalho da 3ª vara de Caxias do Sul-RS. Relatora: Tânia Regina Silva Reckziegel. 27 de fevereiro de 2015. Disponível em: http://gsa6.trt4.jus.br/search?q=cache:PDueeqWuMOgJ:jb intra.trt4.jus.br:8080/pje_2grau_helper/jurisp%3Fo%3Dd%26c%3D1331614%26v%3D2663228+antecipa%C3%A7%C3%A3o+de+tutela+e+de+of%C3%ADcio+inmeta:DATA_DOCUMENTO:2014-11-06..2015-11-06++&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8 Acesso em 06 nov.2015

Ovídio Baptista da Silva critica o normativismo moderno, que fez com que o estudo de “casos” fosse suprimido da doutrina e das universidades. Preocupa-se apenas com a “norma”, eliminando-se os “fatos”, postura que tem suas raízes no racionalismo do século XVII, o que resulta na construção do Direito como uma ciência demonstrativa, e não de compreensão. Para que o Direito torne-se um instrumento democrático é preciso discutir “casos práticos”, abandonando o dogmatismo.¹⁴⁸

A concessão de tutela antecipada e cautelar de ofício pelo juiz exige do mesmo exatamente isso: a análise do caso concreto. Percebendo o magistrado que os requisitos legais exigidos estão preenchidos e que o direito em voga corre risco de não ser efetivado tempestivamente, caso se espere por uma cognição exauriente, deve ter a sensibilidade de conceder a tutela, ainda que não haja requerimento da parte.

Como se pode observar (...), exige-se do juiz muito mais do que a mera aplicação da lei ao caso concreto: exigisse-lhe a aplicação do *direito* ao caso concreto. Não é mais suficiente o juiz com excessivo apego a fórmulas preestabelecidas, cuja função se resume a dizer quem melhor preenche os requisitos da letra fria da lei.¹⁴⁹

Importante esclarecer que referir a existência de maiores poderes do juiz na condução do processo trabalhista não significa dizer que o juiz deva ser discricionário ou arbitrário. Lenio Luiz Streck critica o *poder discricionário* dos juízes que por vezes deixam claro que estão julgando “de acordo com a sua consciência” ou “seu entendimento pessoal sobre o sentido da lei”¹⁵⁰. O Procurador de Justiça gaúcho esclarece que sua crítica à discricionariedade judicial não é uma “proibição de interpretar”, pelo contrário, pois os textos jurídicos contêm vaguezas e ambiguidades que demandam interpretação, o problema está no fato de a discricionariedade transformar juízes em legisladores¹⁵¹.

Concordamos com esse posicionamento, pois, ainda que sejamos favoráveis à concessão *ex officio* das tutelas antecipada e cautelar, entendemos que essa situação somente poderá ocorrer quando presentes os requisitos legais. O juiz deve buscar ao máximo a imparcialidade e deve estar sempre atento ao disposto pela norma jurídica, pois, do contrário, corre o risco de tornar-se discricionário.

¹⁴⁸ DA SILVA, Ovídio A. **Processo e Ideologia: O paradigma Racionalista**. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 36-37.

¹⁴⁹ SCHMIDT JUNIOR, Roberto Eurico. **Tutela Antecipada de Ofício: À luz do art. 273, I, do Código de Processo Civil**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 138.

¹⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme a minha consciência?**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 20.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 95.

Por esse motivo, acreditamos que

Não obstante a literalidade do caput do art. 273 do CPC, parece-nos que, no processo do trabalho, é factível a antecipação da tutela de ofício pelo próprio juiz, independentemente de requerimento da parte. Ora, se estamos diante de um ato judicial com característica de provimento mandamental e executivo lato sensu e se o juiz do trabalho está autorizado a promover a execução *ex officio* (CLT, art. 878), então, não seria vedado ao juiz determinar, de ofício, a antecipação dos efeitos da tutela de mérito, desde que presentes os demais requisitos autorizadores¹⁵².

Essa é nossa posição tendo em vista o Código de Processo Civil de 1973, ora em vigor. Em relação à matéria no Novo Código de Processo Civil, publicado em março do corrente ano, necessários alguns apontamentos.

Conforme explorado anteriormente, o NCPC aboliu o Livro III que trata do Processo Cautelar. Com o novo Código, teremos o Livro V que se destina à Tutela Provisória, a qual foi dividida em tutela provisória de urgência e tutela provisória de evidência. Nos interessa a primeira que, por sua vez, pode ser antecipada ou cautelar.

Percebe-se, então, uma mudança significativa na sistemática trazida pelo NCPC, apesar de a essência desses institutos ser a mesma da tutela antecipada e da tutela cautelar, já disciplinadas pelo CPC/73.

O artigo 299 do NCPC dispõe que “a tutela provisória será requerida ao juízo da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal”¹⁵³. Fazendo-se uma interpretação gramatical desse dispositivo, parece-nos que a conclusão seria semelhante àquela feita quando do estudo do artigo 273 do CPC/73, ou seja, a concessão da tutela provisória, nesse caso, da tutela provisória de urgência, apenas poderá ocorrer quando for requerida por qualquer das partes.

Já o artigo 300, *caput*, do NCPC, ao tratar da tutela de urgência (tanto cautelar como antecipada), afirma, em resumo, que a tutela de urgência será concedida quando preenchidos os requisitos legais, não trazendo nenhuma exigência de que essa tutela seja requerida por uma das partes.

¹⁵² LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Manual de Processo do Trabalho. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 200. Disponível em: <http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788522488858/page/200> Acesso em: 01 nov.2015

¹⁵³ BRASIL. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm Acesso em: 01 nov.2015

Na mesma linha do artigo 299 citado, o artigo 303, *caput*, do NCPC, afirma que, quando “a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo”¹⁵⁴. Assim, para a concessão da tutela antecipada antecedente, o artigo parece trazer a necessidade de requerimento na petição inicial. Reforça essa ideia o parágrafo quinto desse artigo ao exigir que o autor indique na petição inicial, ainda, que pretende valer-se do benefício previsto no *caput*, qual seja, a tutela antecipada.

Consideramos que esses são os dispositivos relevantes para responder a nossa pergunta: de acordo com o disposto no NCPC, é possível que o Juiz do Trabalho conceda a tutela de urgência *ex officio*?

Ainda que os artigos 299, *caput*, 303, *caput* e 303, parágrafo quinto, todos no NCPC, tragam a ideia de que a tutela de urgência somente pode ser concedida quando requerida por uma das partes, mantemos nosso posicionamento no sentido de que é possível essa concessão *ex officio* pelo Juiz do Trabalho. Os motivos que justificam nossa opinião também já foram expostos anteriormente e, a fim de evitar tautologia, não iremos repeti-los, apenas sintetizá-los.

Creemos, então, que, com a vigência do NCPC, as tutelas de urgência cautelar e antecipada possam ser concedidas sem requerimento do reclamante, considerando-se as características peculiares que o Processo do Trabalho possui, em especial a possibilidade do *ius postulandi*. Não se pode exigir que o trabalhador, ao comparecer à Justiça do Trabalho com intuito de propor sua reclamação trabalhista pessoalmente, requeira lhe seja concedida “tutela provisória de urgência antecipada” ou “tutela provisória de urgência cautelar”.

Tal exigência vai de encontro ao escopo social buscado pelo Processo do Trabalho, bem como dificulta a efetivação dos direitos assegurados constitucional e infraconstitucionalmente ao trabalhador. É preciso fazermos uma interpretação da norma processual civil compatível com o processo trabalhista, conforme exigido pelo artigo 769 da CLT.

Não estamos aqui a defender que os juízes devam despir-se de sua imparcialidade e adotar posições discricionárias para fazer valer os direitos do trabalhador. Acreditamos que a concessão da tutela *ex officio* na Justiça do Trabalho é possível, no entanto, apenas quando

¹⁵⁴ BRASIL. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm
Acesso em: 01 nov.2015

preenchidos os requisitos legalmente exigidos. Defendemos, portanto, que a jurisdição realmente cumpra seu papel, proporcionando ao trabalhador uma tutela jurisdicional útil e efetiva, de acordo com o preconizado pela Constituição da República Federativa do Brasil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo de formação do Direito do Trabalho iniciou a partir da Revolução Industrial, durante o século XVII, a qual transformou drasticamente os meios de produção. Foi uma resposta do Estado à luta dos trabalhadores, que buscavam melhores e mais dignas condições de trabalho à classe operária.

Entretanto, quando do seu surgimento, esse ramo do Direito sofreu grandes influências do Direito Civil, pois entendia-se o contrato de trabalho como uma espécie contratual com as mesmas características dos demais contratos presentes no Direito das Obrigações.

A diferença mais marcante entre os contratos típicos do direito civil e o contrato de trabalho é em relação à igualdade das partes. O Direito Civil pressupõe equilíbrio e autonomia das partes ao formarem a relação jurídica. Ao contrário, no Direito do Trabalho, as partes apresentam-se desiguais material e formalmente, sendo o empregado hipossuficiente na relação formada com o empregador. Esse é o principal motivo pelo qual, tanto no direito como no processo trabalhista, impera o Princípio da Proteção ao Trabalhador.

Assim como ocorre no âmbito do direito material, o Processo do Trabalho possui grande ligação com o Processo Civil, pois dele é derivado. Além disso, o processo trabalhista ainda sofre grandes influências do Processo Civil, sendo as normas do direito processual comum a ele aplicadas, quando houver omissão e compatibilidade com a legislação laboral, por força do artigo 769 da CLT.

O Processo do Trabalho, então, tem como escopo central ser instrumento de efetivação dos direitos sociais proclamados pelo Direito Obreiro. Como a regra é que o reclamante seja o empregado e que o objeto da ação sejam verbas de natureza alimentar, a Justiça do Trabalho tem como princípios norteadores a simplicidade, a oralidade, a informalidade e a celeridade. Esses princípios tornam-se ainda mais importantes quando lembramos que é autorizado o *ius postulandi* na Justiça Laboral.

Em 1988, o advento da Constituição da República Federativa do Brasil e as demais reformas realizadas nos anos subsequentes pelas emendas constitucionais, resultaram na constitucionalização do processo. A efetividade, o devido processo legal e a celeridade processual foram eleitos direitos fundamentais do cidadão.

Também na busca pela garantia da efetividade do processo, a reforma legislativa, promovida no Código de Processo Civil por meio da Lei 8.951, de 13 de dezembro de 1994,

trouxe a possibilidade da antecipação de tutela no procedimento ordinário. Desse modo, o juiz foi autorizado a antecipar os efeitos do provimento que antes seria alcançado somente após o fim do procedimento. Ao lado do processo cautelar, já há muito disciplinado e que tem por finalidade assegurar o direito material, esse novo instrumento passou a ser uma opção para minimizar os danos de uma cognição processual exauriente.

Então, em março de 2015, foi publicado o Novo Código de Processo Civil, que será aplicado a partir de março de 2016, alterando a sistemática do Código ora vigente. As tutelas cautelar e antecipada continuarão a existir, ainda que com algumas diferenças, porém serão chamadas de tutela provisória de urgência cautelar e tutela provisória de urgência antecipada. Apesar de sistematizadas de modo diferente, ambas continuam basicamente com as mesmas características que apresentam atualmente.

As tutelas cautelar e antecipada disciplinadas no CPC/73 são aplicadas subsidiariamente ao Processo do Trabalho com base no artigo 769 da CLT. Por sua vez, as tutelas de urgência presentes do NCPC continuarão a ser aplicadas em decorrência do Princípio da Subsidiariedade, contudo ganharam ainda mais força com a disciplina do artigo 15 trazido pela nova legislação.

A partir dessas considerações, surge a discussão sobre a possibilidade de concessão da tutela de urgência *ex officio* na Justiça do Trabalho. Primeiramente, analisamos a matéria sob a ótica do atual Código de Processo Civil para, posteriormente, fazermos as conclusões referentes à disciplina trazida pelo Novo Código.

Em relação à tutela cautelar, parece não haver maiores discussões, considerando a redação do artigo 797 do CPC/73, que parece autorizar o magistrado a determinar medidas cautelares de ofício, quando esteja autorizado por lei e em casos excepcionais. Chegamos a essa conclusão a partir da mera leitura do dispositivo e através de simples interpretação gramatical.

Por outro lado, ao tratarmos da tutela antecipada, o artigo 273, *caput*, do CPC/73, enseja maiores divergências. Isso decorre do fato de esse dispositivo trazer a expressão "a requerimento da parte", dando a impressão de que essa é uma das condições para a concessão da medida.

Nos detemos na análise do inciso I, do artigo 273, pois ele exige o requisito da urgência, enquanto o inciso II disciplina os casos de abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, sendo tratado pelo NCPC como tutela de evidência.

Para defendermos a possibilidade da antecipação de tutela *ex officio* na Justiça do Trabalho, precisamos fazer um exercício mais complexo de raciocínio. Se adotássemos a

interpretação gramatical, concordar com a concessão da medida de ofício seria incoerente. Assim, necessário que se faça uma interpretação utilizando outras espécies de interpretação, em especial, a sistemática e a teleológica.

Também entendemos que, ao conceder a tutela antecipada *ex officio*, não há qualquer atentado aos Princípios Dispositivo e da Demanda, pois o juiz não inicia o processo, apenas concedendo a medida incidentalmente, em processo já em andamento, regularmente proposto pelo reclamante. Ainda, a antecipação de tutela é concedida pelo magistrado com base no pedido feito pela parte, ou seja, apenas adianta-se a satisfação do direito pretendido, não se extrapolando os limites da lide.

Em relação à disciplina no NCPC, que trouxe as tutelas cautelar e antecipada como tutelas de urgência, os artigos 299, *caput*, 303, *caput* e 303, parágrafo quinto, parecem trazer a mesma ideia do artigo 273, *caput*, do CPC/73, qual seja, que a tutela de urgência somente pode ser concedida quando requerida por uma das partes. Apesar disso, continuamos a crer na possibilidade da concessão dessas medidas *ex officio* na Justiça Laboral.

Ademais, inegável que o Juiz do Trabalho possui papel de diretor do processo, sendo-lhe atribuído pelo artigo 765 da CLT ampla liberdade na condução do processo trabalhista e o dever de zelar pela rápida resolução do litígio. Outro dispositivo que demonstra a postura mais ativa que o magistrado da Justiça Trabalhista deve assumir é o artigo 878 da CLT, o qual autoriza que ele inicie de ofício a execução.

Para que o juiz possa cumprir de forma satisfatória a sua função, qual seja, decidir de forma justa, é necessário despir-se das ideias racionalistas do século XVII. O juiz "boca da lei" não tem espaço na sociedade contemporânea, que demanda respostas cada vez mais rápidas e complexas da jurisdição.

Lembramos que postura ativa não possui o mesmo significado de discricionariedade judicial, por isso, somos favoráveis à concessão *ex officio* das tutelas de urgência apenas quando preenchidos os pressupostos legalmente exigidos, sendo que a imparcialidade nunca deve ser deixada de lado.

Reconhecemos e entendemos todos os problemas estruturais pelos quais passa a Justiça brasileira, com número insuficiente de magistrados e auxiliares da justiça para acompanhar o vertiginoso crescimento do número de processos. Também não ignoramos os problemas enfrentados na esfera trabalhista, que vê muitos empregadores apenas cumprirem suas obrigações após serem demandados judicialmente.

Isso, no entanto, não pode servir de desculpa para uma prestação jurisdicional

deficiente. O trabalhador, que na imensa maioria dos casos, depende de seu salário para sustentar a si e a sua família, não pode esperar por anos para ter seus créditos de natureza alimentar satisfeitos. Ou pior, não receber seus créditos, pois, em decorrência da demora do procedimento, o empregador desfez-se de todos seus bens ou até mesmo faliu.

Desse modo, ao encontro do que preconiza a Constituição da República Federativa do Brasil, a Justiça do Trabalho, por meio do juiz, deve proporcionar ao trabalhador uma tutela jurisdicional útil e tempestiva, utilizando-se, se necessário, da concessão das tutelas de urgência *ex officio* a fim de garantir a efetividade do processo trabalhista.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil Introdução**. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

AMORIM, Theodoro Sozzo; ANGELUCI, Cleber Affonso. **O Princípio da Efetividade do Processo e as Tutelas de Urgência**. Disponível em:

https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CBwQFjAAahUKEwiztJqSutvIAhXDGH4KHeBWBy8&url=http%3A%2F%2Fwww.fai.com.br%2Fportal%2Fojs%2Findex.php%2Fomniahumanas%2Farticle%2Fdownload%2F244%2Fpdf&usg=AFQjCNGvDO92_e6tKpVgkV-CHgVWn-Ry5w&bvm=bv.105841590,d.dmo Acesso em 24 out.2015

SARAIVA, Renato; MANFREDINI, Aryanna. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 12 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 41.

BARBOSA, Rui. Trecho do discurso de paraninfo "Oração aos Moços". Disponível em:

<http://www.casaruibarbosa.gov.br/scripts/scripts/rui/mostrafrasesrui.idc?CodFrase=1086>
Acesso em: 24 out.2015

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. 3 ed. São Paulo: Malheiros editores, 2010.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm Acesso em: 11 out.2015

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm

BRASIL. **Decreto-Lei 4.657 de 4 de setembro de 2015**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm Acesso em: 14 out.2015

BRASIL. Lei 8.906 de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o **Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm Acesso em 29 out.2015

BRASIL. **Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm

BRASIL. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm

BRASIL. **Superior Tribunal do Trabalho**. Súmula nº 414. Disponível em:

http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-414 Acesso em: 17 out. 2015

BRASIL. **Superior Tribunal do Trabalho**. Súmula nº 425. Disponível em:

http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-425 Acesso em: 17 out. 2015

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. v. 4. 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 162.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p.59.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

DA SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de Processo Civil**. v. 1. 7 ed. São Paulo: Editora Forense, 2005

DA SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de Processo Civil**. v. 3. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

DA SILVA, Ovídio A. **Processo e Ideologia: O paradigma Racionalista**. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. **Curso de Processo Civil**. v. 2. 10 ed. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2015.

DUARTE, Bento Herculano; OLIVEIRA JUNIOR; Zulmar Duarte de. **Princípios do Processo Civil: Funções Fundamentais**. São Paulo: Editora Método, 2012.

DELGADO, Gabriela Neves; DUTRA, Renata Queiroz. A aplicação das convenções processuais do novo CPC ao Processo do Trabalho na perspectiva dos direitos fundamentais. In: Miessa, Elisson. **O Novo Código de Processo Civil e seus Reflexos no Processo do Trabalho**. Bahia: Editora Jus Podivm, 2015. p. 189-201

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12 ed. São Paulo: LTr, 2013.

DIDIER JR., Fredier. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1. 14 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012.

FREIRE, Anderson Ricardo Fernandes. **O Princípio da Efetividade do Processo**. Interface, v.4 n.2 jul./dez. 2007, p. 95-106. Disponível em:
https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CBwQFjAAahUKEwjtgN_H1tjIAhXFf5AKHXiUCNc&url=http%3A%2F%2Fwww.spell.org.br%2Fdocumentos%2Fdownload%2F21264&usg=AFQjCNFGLHurAzlJQiLO77JTo5aCOhTIYA&bvm=bv.105841590,d.Y2I Acesso em: 23 out.2015

GASPAR, Danilo Gonçalves. Noções conceituais sobre a tutela provisória no novo CPC e suas implicações no Processo do Trabalho. In: Miessa, Elisson. **O Novo Código de Processo Civil e seus Reflexos no Processo do Trabalho**. Bahia: Editora Jus Podivm, 2015. p. 385-405.

GIGLIO, Wagner D.; CORRÊA, Cláudia Giglio Veltri. **Direito Processual do Trabalho**. 16 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito Processual do Trabalho**. 5 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, 93.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Manual de Processo do Trabalho**. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Curso de hermenêutica jurídica**. 4 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 56-67.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Relação entre o Processo Civil e o Processo do Trabalho. In: Miessa, Elisson. **O Novo Código de Processo Civil e seus Reflexos no Processo do Trabalho**. Bahia: Editora Jus Podivm, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Da tutela cautelar à tutela antecipatória**. Disponível em: https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CCQOFjAAahUKEwj_78GJ2YHJAhUISCYKHVgBBZM&url=http%3A%2F%2Fwww.marinoni.adv.br%2Ffiles_%2FDA%2520TUTELA%2520CAUTELAR%2520%25C3%2580%2520TUTELA%2520ANTECIPAT%25C3%2593RIA.doc&usg=AFQjCNHXNRQyqr a8JvID1tfcoItzno2Ppw Acesso em: 05 out.2015

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo Cautelar**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
MEIRELES, Edilton. O novo CPC e sua aplicação supletiva e subsidiária no processo do trabalho. In: Miessa, Elisson. **O Novo Código de Processo Civil e seus Reflexos no Processo do Trabalho**. Bahia: Editora Jus Podivm, 2015. p. 31-54.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

MITIDIERO, Daniel. **Tendências em Matéria de Tutela Sumária: Da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória**. Disponível em: http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130430095138.pdf Acesso em: 11 out.2015

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 3. 10 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 18 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

MORAES, Maria Lúcia Baptista. **As tutelas de urgência e as de evidência: especificidades e efeitos**. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CBwQFjAAahUKEwjUwvTC34HJAhUK6CYKHRcCAjw&url=http%3A%2F%2Fwww.agu.gov.br%2Fpage%2Fdownload%2Findex%2Fid%2F6064407&usg=AFQjCNEz3AhgGOG3QYAEYdyA6j3tLLCA&bvm=bv.106923889,d.eWE> Acesso em: 11 out.2015

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 26 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; MASCARO, Sônia Mascaro. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 29 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

PEREIRA, Leone. **Manual de Processo do Trabalho**. 3 ed. São Pulo: Editora Saraiva, 2014.

ROCHA, Paula de Borba. **A antecipação da tutela fundada na evidência: um estudo sobre o inciso II do artigo 273 do Código de Processo Civil**. Porto Alegre: UFRGS, 2012. 85 p. Monografia - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/67364> Acesso em: 05 out.2015

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do trabalho da 4ª Região. **Ação cautelar para deferimento de efeito suspensivo ao recurso julgada procedente**. Processo nº 0020032-68.2015.5.04.0000. Banco Daycoval/SA e Sindicato dos empregados em estabelecimentos bancários de Caxias do Sul. Relatora: Denise Pacheco. 19 de março de 2015. Disponível em: http://gsa6.trt4.jus.br/search?q=cache:6kQMqh-SuvkJ:jbintra.trt4.jus.br:8080/pje_2grau_helper/jurisp%3Fo%3Dd%26c%3D1461927%26v%3D2923854+antecipa%C3%A7%C3%A3o+de+tutela+e+de+of%C3%ADcio+inmeta:DATA_DOCUMENTO:2014-11-06..2015-11-06++&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8 Acesso em 06 nov.2015

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do trabalho da 4ª Região. **Julgamento de mandado de segurança**. Processo nº 0021680-20.2014.5.04.0000. Unylaser – Empresa Metalúrgica LTDA e Juiz do trabalho da 3ª vara de Caxias do Sul-RS. Relatora: Tânia Regina Silva Reckziegel. 27 de fevereiro de 2015. Disponível em: http://gsa6.trt4.jus.br/search?q=cache:PDueeqWuMOgJ:jbintra.trt4.jus.br:8080/pje_2grau_helper/jurisp%3Fo%3Dd%26c%3D1331614%26v%3D2663228+antecipa%C3%A7%C3%A3o+de+tutela+e+de+of%C3%ADcio+inmeta:DATA_DOCUMENTO:2014-11-06..2015-11-06++&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8 Acesso em 06 nov.2015

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do trabalho da 4ª Região. **Manutenção do padrão remuneratório de empregado reabilitado**. Processo nº 0020910-12.2014.5.04.0005. Empresa Brasileira de Correio e Telégrafos e Alexandre Barbosa Rodrigues. Relatora: Maria Helena Lisot. 17 de abril de 2015. Disponível em: http://gsa6.trt4.jus.br/search?q=cache:pj3NOxjE-IwJ:jbintra.trt4.jus.br:8080/pje_2grau_helper/jurisp%3Fo%3Dd%26c%3D1626682%26v%3D3253364+antecipa%C3%A7%C3%A3o+de+tutela+e+de+of%C3%ADcio+inmeta:DATA_DOCUMENTO:2014-11-06..2015-11-06++&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8 Acesso em 06 nov.2015

SCHIAVI, Mauro. A aplicação supletiva e subsidiária do Código de Processo Civil ao Processo do Trabalho. In: Miessa, Elisson. **O Novo Código de Processo Civil e seus Reflexos no Processo do Trabalho**. Bahia: Editora Jus Podivm, 2015. p. 55-64.

SCHMIDT JUNIOR, Roberto Eurico. **Tutela Antecipada de Ofício**: À luz do art. 273, I, do Código de Processo Civil. Curitiba: Juruá, 2007, p. 51-52.

SILVA, Jaqueline Mielke. **A Tutela Provisória no Novo Código de Processo Civil: Tutela de Urgência e Tutela de Evidência**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme a minha consciência?**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

SOUZA, Isabella Saldanha de; GOMES, Mario Federici. **A efetividade do processo e a celeridade do procedimento em detrimento dos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e da isonomia: o mito da urgencialidade**. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/isabella_saldanha_de_sousa.pdf Acesso em: 23 out.2015