

ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

TUTELA DE EMERGÊNCIA E ANTECIPADA

Amauri Mascaro Nascimento¹

A interatividade entre processo civil e processo do trabalho opera em dupla via, a do trabalho para o cível com simplificação dos procedimentos, como rito sumário, citação por via postal, penhora *on-line*, a coletivização das ações, a função social do processo, e do cível para o trabalho com a observância, no processo do trabalho, das instituições tradicionais que fundamentam o processo, a substituição processual, a defesa coletiva dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos e a tutela de emergência.

A CLT no art. 659, IX e X autoriza o Juiz a “conceder medida liminar, até decisão final do processo, em reclamações trabalhistas que visem a tornar sem efeito transferência disciplinada pelos parágrafos do art. 469 desta Consolidação” (L.6.203, de 1975) e “conceder medida liminar, até decisão final do processo, em reclamações trabalhistas que visem reintegrar no emprego dirigente sindical afastado, suspensão ou dispensado pelo empregador”. (L.n.9270, 1996).

O CPC (arts. 273 e 461) rege: a) medida cautelar que exigem *periculum in mora* e *fumus boni iuris*; b) antecipação de tutela (CPC 273 e 461); c) medida liminar (ex. MS).

Assim, o processo trabalhista é compatível com provimentos de urgência, sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, quando será lícito ao juiz, mediante requerimento da parte, conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, podendo ser, a liminar, revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada. O juiz pode, na liminar ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito. Poderá, ainda, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva, bem como providenciar a imediata execução da quantia já vencida.

Poderá, também, para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial e ordem de cessação de prática de ato anti-sindical.

A idéia de tutela jurisdicional diferenciada, que ganha maior espaço, embora não o suficiente, no processo do trabalho, tem por fundamento a necessidade de criar mecanismos que possibilitem a dedução, em Juízo, de medidas de ordem processual que se mostrem aptas para dar atendimento a situações específicas que se mostram durante ou antes dos conflitos coletivos e que não podem, pela sua natureza, aguardar os trâmites regulares de um processo comum, sob pena de se tornarem ineficazes, nesse ponto tendo muito das medidas cautelares que se justificam como meios para assegurar o futuro desfecho final da lide.

Abrangem essas medidas, embora as ultrapassem, mas nas mesmas encontram uma diversidade de meios necessários para a obtenção dos seus objetivos.

1. Ex-Magistrado da Justiça Trabalhista, Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, autor de vasta e valiosa produção científica na área do Direito do Trabalho.

Justificam-se, plenamente, os valiosos estudos sobre as mesmas, desenvolvidos na esfera processual trabalhista, dos quais destaquem-se os de Alcione Niederauer Correa (*Das ações cautelares no processo do trabalho*, São Paulo, LTr, 1977), que em judiciosas ponderações afirma: “a utilização do processo cautelar, dadas as suas finalidades e características, é de grande interesse no processo do trabalho, mesmo quando se tem em conta a celeridade que a Justiça do Trabalho procurava imprimir às causas levadas ao seu julgamento. É que nem sempre esta celeridade pode atender amplamente ao desejo de segurança da parte e, em certas circunstâncias, é indispensável atingir-se o escopo da segurança, quer para a garantia da realização da prova, quer para a manutenção do estado de fato, antes mesmo da propositura de qualquer ação, visando à chamada cognição ou à execução”; de Modestino Martins Netto (*Medidas cautelares no processo do trabalho*, Rio de Janeiro, Ed. Trabalhistas, 1980), que as justifica “no perigo da demora da sentença a ser proferida ou do ato executório reclamado no processo principal”; e de Manoel Antonio Teixeira Filho (*As ações cautelares no processo do trabalho*, São Paulo, LTr, 1988).

Destinadas, que são, a resguardar o direito objeto da ação principal, tanto podem ser determinadas na fase de conhecimento como no processo de execução, sempre visando, como sua finalidade, *preservar a satisfação do resultado final*, em todas as suas variadas formas, preparatórias, sempre que destinadas a armar de elementos o interessado (ex.: produção antecipada de provas), ou incidentes, quando determinadas no curso do processo (ex.: habilitação); com audiência ou sem audiência da outra parte nos casos urgentes; específicas, quando enumeradas pela lei ou inespecíficas, quando inominadas, não previstas, mas determináveis quando houver receio de que uma parte cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação, embora não enquadradas em nenhum modelo do Código; requeridas em primeira instância ou requeridas perante os tribunais, ao relator do recurso, em qualquer caso necessária a observância dos seus pressupostos, o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, aquele a probabilidade de perecimento ou evanescência do direito pela demora na prestação jurisdicional, sem a providência cautelar, cujo fim é, portanto, impedir exatamente que o futuro exercício da jurisdição não venha a ser inócuo, e cuja apreciação, no dizer de Liebman, envolve um juízo de probabilidade sobre a possibilidade de dano ao provável direito pedido em via principal, e que na lição de Willard de Castro Villar (*Ação cautelar inominada*, Rio de Janeiro, Forense, 1986, p. 17) não é um perigo genérico de dano jurídico, mas, especificamente, o perigo de dano posterior, derivante do retardamento da medida definitiva.; e o *fumus boni iuris* (fumo do bom direito) é a probabilidade ou possibilidade da existência do direito invocado pelo autor da ação cautelar e que justifica a sua proteção, ainda que em caráter hipotético, pressuposto que tem por fim evitar a concessão de medidas quando nenhuma é a probabilidade ou possibilidade de sucesso, aferição, dessa probabilidade, na qual não se examina o conflito de interesses em profundidade, mas em cognição superficial e sumária, em razão mesmo da provisoriedade da medida.

Liminares satisfativas, que também se enquadram no gênero que estamos examinando, nem sempre são autorizadas. Há jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho segundo a qual não são admissíveis liminar e cautelar satisfativas (TST, SDI, MS 485/90, rel. Min. Ney Doyle, *DJ*, 25 jan. 1991, p. 15118; TST, SDI, RO-MS 2.746/91, rel. Min. Hermes Pedro Pedrassani, *DJ*, 19 dez. 1991, p. 1888; TST, SDI, REO 7.858/90, rel. Min. Ursulino Santos, *DJ*, 13 mar. 1992, p. 2992; TST, SDI, REO 38.235/91, rel. Min. Hylo Gurgel, *DJ*, 5 jun. 1992, p. 8494; TST, SDI, RO-AR 530/89, rel. Min. José Luiz Vasconcelos, *DJ*, 3 ago. 1990, p. 7295).

A CLT, como já se mencionou, prevê *sustação liminar de transferência de*

empregado (art. 659, IX), destinada a sustar, em caráter prévio e provisório, a remoção ilegal do trabalhador para outra localidade, quando a transferência contraria as disposições de garantia estabelecida pela legislação trabalhista, produzindo efeitos desde logo e que permanecem até a sentença que incorporará a questão, julgando definitivamente o que a liminar o fez em caráter não final.

A *tutela antecipada*, tema estudado no processo do trabalho por autores como Sérgio Pinto Martins, em *Tutela antecipada e tutela específica no processo do trabalho*, e que a conceitua como uma espécie de tutela que tem por objetivo julgar antecipadamente o mérito da pretensão do autor, geralmente no início do processo, de maneira total ou parcial, desde que haja motivo convincente para tanto (Alice Monteiro de Barros, em *Tutela antecipada no processo do trabalho*, *Genesis*, n. 40), e outros, poder conferido ao juiz para proferir decisão definitiva sobre a pretensão deduzida em juízo, antes do momento previsto para a decisão final do processo, consistindo, portanto, na prestação jurisdicional prévia à fase do procedimento determinada para o seu normal exercício, não tem merecido a devida aceitação em segundo grau, embora concedida, até com certa facilidade, em primeiro grau.

Não por falta de consistência legal, o CPC, art. 273, segundo o qual o juiz pode, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, talvez tendo em vista a relativa complexidade dos seus pressupostos, a prova inequívoca e convencimento do juiz da verossimilhança da alegação, o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou a caracterização do abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Não é *medida cautelar*, não se confundindo com esse tipo de provimento. A diferença entre ambas está na finalidade, que na ação cautelar é assegurar condições para que a decisão de mérito, quando proferida, tenha aplicabilidade, enquanto na tutela antecipada é a própria decisão de mérito desde logo prestada à parte independentemente de qualquer provimento cautelar prévio e acessório, razão pela qual a decisão proferida em medida cautelar não afeta o mérito nem é exauriente deste, enquanto na antecipação da tutela é a própria decisão de mérito e final que está sendo antecipada. Se coincide a decisão final com a antecipação da tutela, desta não se há de cogitar, porque nesse caso o que existe é tão-somente decisão definitiva e final não antecipada.

Distinguem-se tutela antecipada e *liminar*, embora ambas tenham alguns pontos comuns. Na decisão que antecipa a tutela o juiz julga a questão ou parte dela enquanto ao conceder liminar não a está decidindo, pois terá de o fazer, apesar da liminar concedida. Difere da liminar em processo sobre obrigação de fazer ou não fazer prevista pelo CPC, art. 461, § 3º, que o juiz pode conceder, porque, como está expresso na lei, essa medida tem a natureza de liminar, com o que cabem as mesmas observações anteriores pertinentes à diferença entre antecipação da tutela e concessão de liminar. É sentença. Apenas antecipada, mas sentença. O que o juiz antecipa é a própria decisão. É prévia prestação jurisdicional nos casos que a comportam. O juiz julga desde logo os temas que decidiria na fase final do processo.

É requisito de concessão a irreversibilidade da medida, aspecto que, para alguns, oferece dificuldade insuperável nos processos de obrigação de pagar, uma vez que, antecipados pagamentos de natureza salarial e se a sentença vem a ser reformada, não há como obter a devolução dos valores respectivos diante da impenhorabilidade dos salários e da hipossuficiência do trabalhador. Nos pedidos antecipados de reintegração do estável ilegalmente despedido, a nulidade da dispensa milita a favor da legitimidade da antecipação. O problema da reversibilidade ou não pode ser examinado sob dois diferentes prismas. Para alguns, a reintegração gera uma situação irreversível porque,

se a sentença final não confirma o direito à reintegração e esta foi efetivada por antecipação, os seus efeitos, embora indevidos, já estão definitivamente implementados, uma vez que não há como devolver às partes o estado anterior à reintegração. Para outros, a reversibilidade ou não deve ser focalizada sob outro aspecto, que mostra o seu cabimento. A reintegração antecipada, anterior à decisão final, tem por finalidade exatamente impedir a desconstituição e promover a imediata reconstituição de um vínculo existente e que foi desfeito por força de um desligamento ilegal. Esta última interpretação esbarra na dificuldade de ser desde logo definida a ilegalidade da dispensa, uma vez que somente a sentença final é que pode, definitivamente, decidir sobre a ilegalidade ou não daquela.

Tem aplicabilidade no processo trabalhista o disposto no CPC, art. 461, segundo o qual, na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concede a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determina providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

O fundamento da aplicação está na subsidiariedade do direito processual comum, na lacuna da CLT e na inexistência de incompatibilidade com o processo trabalhista. Ao contrário, a celeridade deste pressupõe a ampliação dos mecanismos processuais destinados a tornar efetiva a jurisdição.

Obrigações de fazer ou não fazer podem ser objeto de processos trabalhistas, como a concessão de intervalos que a empresa, ilegalmente, não observa, a sustação de ordens ilegais do empregador e que põem em risco a vida, a saúde ou a integridade física do empregado ou até mesmo a reintegração no emprego, que é uma obrigação de não fazer, deixar de despedir o empregado, ou de fazer, reconduzi-lo ao emprego.

A reintegração no emprego, que vinha sendo postulada desde logo mediante providências cautelares, e que deixou de sê-lo diante da jurisprudência do TST, que considera inviáveis cautelares satisfativas, pode, agora, ser requerida, desde logo, por pedidos de liminares fundadas no novo dispositivo do CPC.

Todavia, as mesmas razões que levaram a jurisprudência a desautorizar cautelares reintegrativas podem prevalecer quanto à reintegração liminar caso se entenda que essas providências, em vez de assecuratórias do resultado prático, são, na verdade, antecipatórias desse mesmo resultado e, nessa qualidade, submetidas às regras pertinentes à antecipação da tutela, dentre as quais a reversibilidade ou não da reintegração como pressuposto da concessão. Observe-se que a tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer depende não só da relevância do pedido mas do fundado receio de que sem esta haja ineficácia do provimento final (CPC, art. 461, § 3º), aspectos nem sempre facilmente identificáveis no caso.

Todas as medidas referidas, além de outras que o poder cautelar inominado pode criar, justificam-se no processo moderno que tem absoluta necessidade de agilizar as soluções reclamadas pela sociedade, preocupação dos processualistas com o problema da falta de efetividade do processo, assim entendida a sua concreta repercussão sobre a vida social, de modo a atuar como meio capaz de dar atendimento às necessidades inerentes à dinâmica dos interesses conflitantes entre pessoas e entre grupos, que se manifesta de modo evidente, nem sempre em correlação com o mundo isolado do processo judicial, problema que é visível na jurisdição trabalhista, demonstrado não só pela litigiosidade contida de trabalhadores, que deixam de exigir a prestação judicial para não pôr em risco o emprego, para não se submeterem a uma demora kafkaniana e interminável de diversos anos de disputa legal que pode esvaziar por completo o interesse.

O processo, como ensina Dinamarco com o princípio da instrumentalidade do processo, não é um fim em si mesmo, e o formalismo excessivo pode trazer graves

conseqüências ao prestígio da jurisdição; todavia, é inafastável a necessidade de maior eficácia das decisões judiciais, no interesse da segurança jurídica, o que é possível na medida em que possam traduzir a justa composição da lide sem o afastamento dos quadros do direito, mas com a interpretação das suas normas em sentido prospectivo, porém não derogatório das regras em vigor, tarefa que exige equilíbrio e sabedoria do julgador, postura metodológica que nos parece a melhor.

Ilustrativo é o seguinte acórdão:

(TST 12 2003 , ROMS - 39-2002-909-09-00 , SDI 2 - DJ: 06-02-2004, Rel. IVES Gandra Filho: “1. A Reclamante apresentava sintomas de doença osteomuscular desde 19/01/99, em tratamento contínuo com antiinflamatórios, e fisioterapia. 2. Mesmo que os exames médicos periódicos da Reclamante a considerassem apta para o serviço, não há como se deixar de reconhecer o agravamento do quadro clínico, razão do atestado médico apresentado em 07/08/01. 3. Diante do quadro clínico da situação de saúde da Reclamante, seu Sindicato classe recusou-se a homologar a dispensa em 01/08/01, sendo que posteriormente a realização de exame junto ao CEMAST (Centro Metropolitano de Apoio à Saúde do Trabalhador) em 24/08/01, para verificação do nexo causal, em que se constatou que a “neurite do plexo braquial” não é conseqüência de malformação neurológica congênita, já que decorre do “pinçamento de raízes nervosas cervicais por herniações discais”, o Sindicato emitiu a - CAT -em 04/09/01, no curso do aviso prévio. 4. O ato impugnado, que determinou, em tutela antecipada, a reintegração da Reclamante, não decidiu pela estabilidade do art. 118 da Lei nº 8.213/91, mas, sim, pela garantia do emprego, com base nos arts.1º, III, 3º, IV, e 5º da CF e 168 da CLT, pois considerou-se que, “havendo ou não nexo entre a doença e o trabalho, o trabalhador impossibilitado de prestar serviço não pode ser despedido, mesmo porque o contrato de trabalho deveria, por lei, estar interrompido ou suspenso (Consolidação das Leis do Trabalho, arts. 471 e 476)”. Recurso ordinário desprovido.