

A fungibilidade entre medida cautelar e tutela antecipada: efeitos no processo do trabalho

*Paulo Henrique Tavares da Silva**

Cuidaremos nestas poucas linhas que enfrentar uma das mais sutis modificações efetivadas no Código de Processo Civil brasileiro, através da Lei n. 10.444/2002. Trata-se da inserção de um novo parágrafo ao artigo 273, com a seguinte redação:

“§ 7º. 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.”

Tal novidade vem causando certa perplexidade nos operadores do direito quanto a sua extensão. De fato, dentre as possíveis variáveis que podemos extrair da interpretação desse dispositivo, há uma que simplesmente esvazia a necessidade quanto ao ajuizamento de ações cautelares incidentais, o que acarretaria na caducidade de boa parte das normas alusivas ao procedimento cautelar. Essa idéia, ao mesmo tempo sedutora e perigosa, merece rechaço por parte de Marinoni & Arenhart (2003, p.265), eis que:

“O § 7º do art. 273 não supõe a identidade entre tutela cautelar e tutela antecipatória ou afirma que toda e qualquer tutela cautelar pode ser requerida no processo de conhecimento. Ao contrário, tal norma, partindo do pressuposto de que, em alguns casos, pode haver confusão entre as tutela cautelar e antecipatória, deseja apenas ressaltar a possibilidade de se conceder tutela urgente no processo de conhecimento nos casos em que houver dúvida fundada e razoável quanto à sua natureza (cautelar ou antecipatória)”.

Todavia, tendo em mira a própria novidade do mecanismo procedimental, que certamente poderá trazer debates forenses interessantes envolvendo a discricionariedade do juiz ao conceder ou negar tutelas de urgência em tais circunstâncias, sentimo-nos animados a advogar uma nova via interpretativa.

Em verdade, estamos diante da chamada “fungibilidade de meios”.

* O autor é Mestre em Direito e Juiz do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região

Derivada do verbo latino “fungor”, fungibilidade significa representar, desempenhar, substituir. No âmbito do direito processual civil, estamos acostumados a manejar esse conceito seja na teoria recursal ou no procedimento cautelar.

A fungibilidade recursal é elevada à condição de princípio, permitindo a inobservância da singularidade quando presentes três requisitos, genericamente considerados: dúvida objetiva a respeito do recurso cabível; inexistência de erro grosseiro na interposição do recurso e adequação do prazo para o recurso correto.

Há uma vertente que busca interpretar o parágrafo sétimo do art. 273 justamente à luz da pressupostos da fungibilidade recursal. Cite-se, para tanto, a opinião do professor Eduardo Talamini (2003, p.368), ao aduzir que “não poucas medidas encontram-se numa ‘zona cinzenta’, entre o terreno inequivocamente destinado à tutela conservativa e aquele atribuído à antecipação. Estabelece-se, em virtude disso, verdadeira ‘dúvida objetiva’ – semelhante à que autoriza, no campo dos recursos, a aplicação do princípio da fungibilidade”. Mais adiante, complementa:

“Em situações como essas, em que há disputa séria e objetivamente exteriorizada acerca da natureza da medida de urgência, parece ser o caso de o juiz, ainda que pessoalmente convencido de que a via adequada era a outra que não a adotada pelo requerente, relevar esse aspecto formal e passar à análise dos demais requisitos para a concessão da providência. Os princípios que norteiam tal solução são os mesmos que dão suporte à teoria da fungibilidade em matéria de recursos (efetividade da tutela, instrumentalidade das formas, economia processual, proteção à boa-fé). Desse modo, em certos casos, possibilitar-se-á a antecipação da tutela, apesar de ter sido requerida mediante a instauração de um autônomo processo cautelar, bem como, em situações excepcionais, será viável a concessão de tutela meramente conservativa no bojo do próprio processo principal, a despeito de não se tratar de uma das hipóteses em que isso é expressamente autorizado pela lei” (idem, p. 369-370).

Ocorre que não compartilhamos com a adoção de uma fungibilidade em limites ainda tão estreitos. Em verdade, devemos emprestar a tal noção uma dimensão bem maior. Aliás, o procedimento cautelar apresenta uma percepção da fungibilidade mais larga.

Posicionado nos artigos 805 e 807 do CPC, o princípio da fungibilidade no terreno das cautelares parte de uma pressuposição de que o autor possui um *direito genérico* à segurança, cabendo ao juiz precisar, no caso concreto, qual a medida que melhor se ajusta à proteção, dentro dos critérios de *adequação* e *suficiência*, podendo, para tanto, ser a tutela *substituída* ou *modificada*.

Note-se que a fungibilidade de que ora tratamos é decorrência de um fundamento maior, qual seja o *poder geral de cautela* (CPC, arts. 798 e 799), pelo qual o juiz, fazendo uso da discricionariedade, após adquirir convicção quanto a verossimilhança das alegações do autor, reveladoras da possibilidade ou probabilidade de um dano, elege qual o meio (nominado ou inominado) mais eficaz para fornecer a segurança invocada.

Ocorre que a doutrina sempre apontou que o meio idôneo à obtenção de medidas cautelares era a via da ação, que somente seria evitada em situações especialíssimas, como advertia Humberto Theodoro Júnior (1996, p. 397-398):

“Se se admitisse a cumulação, na mesma petição, e, conseqüentemente, nos mesmo autos, do procedimento principal e do cautelar, este último seria conduzido ao rito ordinário (art. 299, § 2º), o que redundaria em imediatos prejuízos para o requerente, caso não obtivesse a medida liminar, e, caso contrário, para o requerido, que só poderia obter o julgamento de sua defesa contra eventual irregularidade ou deficiência da medida preventiva, na sentença final da ação de mérito, de cujo recurso, nem autor, nem réu, conseguiria a força de efeito apenas devolutivo, como ocorre com a via recursal específica do processo cautelar (art. 520, n.º IV).

Como se vê, nada aconselha e tudo repele a cumulação de pedidos de mérito e de medidas cautelares. Cada processo tem campo, natureza, fundamentos, critérios e objetivos próprios, que não toleram a abordagem e solução simultâneas.

Essas exigências de autos próprios e autuação em apenso (art. 809), como é natural, só diz respeito às ações cautelares (nominadas ou inominadas), já que nada tem que ver com os casos de medidas cautelares ex officio, ou seja, aquelas que a lei, em casos excepcionais e mediante texto expreso, permite que o juiz tome até mesmo sem requerimento da parte (art. 797). Essas são, por sua própria natureza, diligências integrantes do processo principal, como simples incidentes. A elas não corresponde um processo e uma ação cautelares, dado que, como ensina Galeno Lacerda, não passam de providências ‘administrativas’ incidentais”.

Dentre as chamadas “providências administrativas” acima mencionadas, poderíamos citar o arresto em execução (CPC, art. 653), que dispensa qualquer ajuizamento incidental de pretensão pelo credor.

Uma leitura pouco atenta da novidade legislativa em pauta, poderia levar o intérprete à idéia de que o legislador estaria apenas ratificando uma prática judicial, na qual certas medidas cautelares poderiam ser deferidas nos autos principais, em nome do poder geral de cautela. Todavia, aí teríamos um absoluto contra-senso, pelo qual, práticas já consolidadas, inclusive em

dispositivos processuais específicos, receberiam uma reiteração da atenção do legislador, esvaziando não só a novidade, mas a própria efetividade do novo dispositivo.

Com efeito, é preciso estarmos atentos sempre à extensão do princípio do acesso à jurisdição, incrustado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Por tal mandamento, é preciso que o Estado, através das normas processuais, apresente mecanismos que tornem *efetiva* a tutela jurisdicional, e isso implica num *direito subjetivo público genérico de obter medidas liminares para o atendimento de situações de urgência*, como bem aponta Francisco Gérson Marques de Lima (2002, p. 181):

“[...] O Estado tem a obrigação, e não a faculdade, de tutelar os interesses do cidadão e assegurar seus direitos sempre que comprovadas sua existência e periclitância. É exatamente por esta razão que todas as decisões do Judiciário devem ser motivadas, fundamentadas (art. 93, IX, da CF). A questão tende a ser pacificada com o desenvolvimento do tema sob a ótica dos direitos e garantias fundamentais, em que se verifica ser direito constitucional do cidadão obter tutela (definitiva ou emergencial) que assegure seu direito levado à juízo. O capricho do magistrado não pode sobrepor-se ao direito fundamental de obtenção dessa tutela.”.

E é aí, no nosso entender, que reside aquilo que é mais formidável na inovação legislativa.

A princípio, quando da introdução em nosso sistema procedimental da tutela antecipada, houve um esforço grandioso por parte da doutrina e da jurisprudência no sentido de elaborar quais seriam os pontos de estranhamento entre provimentos antecipatórios e cautelares. Ao contrário da pretensão cautelar, historicamente concebida, segundo as lições de Carnelutti, para exercer funções auxiliar e subsidiária em relação ao processo principal, a tutela antecipada representaria autêntica possibilidade de julgamento antecipado da demanda, mediante uma cognição sumária.

Todavia, antes mesmo da reforma de 2002, vozes de peso na doutrina já apontavam as similitudes entre essas tutelas, a exemplo de Carreira Alvim, apontando que com a reforma de 1994 se deu uma indiscutível “consagração do poder geral de cautela do juiz” (1996, p. 103). Ainda mais expressiva é a observação da professora Tereza Arruda Alvim Wambier (Nery Jr.; Wambier, 2001, p.1096-1097), em ensaio intitulado *Fungibilidade de “meios”: uma outra dimensão do princípio da fungibilidade*, adiante transcrita:

“Cabe, então, perguntar-se se haveria certa margem de fungibilidade entre essas figuras todas, em que medida.

As questões que se colocam são muitas: será que, pleiteando a parte uma medida cautelar inominada, pode o juiz, se não presentes os pressupostos alistados no texto da lei, conceder outra, desta vez inominada, mas de idêntica significação no mundo empírico?

E o inverso?

Formulando a parte pedido de antecipação de tutela, pode o juiz conceder providência de índole cautelar? E vice-versa?

A resposta genérica que num primeiro momento se pode dar a estas perguntas é a de que razões de ordem formal não devem obstar que a parte obtenha a seu favor provimento cujo sentido e função sejam o de gerar condições à plena eficácia da providência jurisdicional pleiteada ou afinal, ou em outro processo, seja de conhecimento, seja de execução”.

É preciso sempre ter em mente que tanto as cautelares quanto os provimentos antecipatórios urgentes guardam carga de *satisfatividade*. Não a *satisfatividade* envolvida no julgamento do mérito do processo principal, na solução definitiva da lide, que potencialmente sofrerá os efeitos da coisa julgada material. Há, sim, a satisfação de uma *pretensão processual* calcada na *urgência*, com dois pressupostos gerais (o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*)¹. Nesse sentido, afigura-se plenamente factível a fungibilidade entre medida cautelar e a antecipação da tutela fundada no art. 273, I, do CPC. Aliás, lembra Joaquim Spadoni (2003, p. 80) que há uma identidade quanto ao *objeto mediato* dessas tutelas, que é a busca pela proteção de um mesmo bem de vida, o direito a um processo eficaz, estabelecendo-se a diferenciação apenas no *objeto imediato*, adotando-se a técnica cautelar ou a antecipatória.

Note-se que a aplicação dessa nova dimensão procedimental cai como uma luva no procedimento trabalhista. Lembremo-nos que a linha divisória entre as medidas cautelares e os provimentos antecipatórios nunca foi traçada nesse território com cor indelével, mesmo após a inclusão da tutela antecipada no ordenamento processual civil, a exemplo das “medidas liminares” obstativas de transferências abusivas e aquelas reintegratórias de função ou emprego (CLT, art. 659, IX e X).

¹ -“Em termos de objeto da cognição principal do juiz, na ação cautelar, vale dizer, do *mérito da ação cautelar*, do seu objeto litigioso, o elemento que desponta, além da ‘situação perigosa’, é o direito ou a pretensão material à cautela afirmada na inicial, e é em relação a ela que se formula o pedido de tutela cautelar. A relação jurídica material mais ampla em que, eventualmente, a pretensão deduzida se posiciona, virá ao processo apenas como causa de pedir remota”(Watanabe, 2000, p. 138). Ou seja, em tal dimensão, não é despropositado afirmarmos a existência de mérito nessas ações, embora diferenciado daquele presente na denominada “ação principal”.

Também merece nota a imprecisão de certos ritos, particularmente na fase recursal, o que implica num uso bem mais largo da idéia de fungibilidade daquela que é utilizada no processo civil.

Sabidamente, na seara processual trabalhista o princípio protetivo deve falar mais alto, sendo dever do magistrado estar mais atento à defesa dos justos interesses em jogo do que a observância de formas procedimentais rígidas.

Pois bem, feitas essas considerações, vejamos suas implicações práticas quando a parte requer²:

a) pretensão cautelar, embora nominada como antecipação de tutela: é a hipótese literalmente descrita no § 7º, do art. 273, do CPC. Desde que haja vínculo de conexão entre a tutela conservativa (ou de garantia) requerida e o pedido principal (mérito) e, preenchidos os requisitos genéricos à obtenção dessa providência (*fumus e periculum in mora*), outro caminho não há senão deferir o requerimento. Obviamente, trata-se de cumulação de pedidos e, como tal, há que se respeitar uma pertinência lógica entre ambos (art. 292, § 1º), de maneira que o pedido cautelar (erroneamente nominado) não crie embaraços ao desenlace da ação. Contudo, nada impede que o requerente possa fazer uso, para respaldar seu pleito, da justificação prévia, prevista no art. 804 do CPC.

Logo após a primeira onda renovatória do CPC (1994), presenciamos interessante caso, no qual um advogado patrocinando ações trabalhistas em face de uma grande entidade hospitalar local, já em fase pré-falimentar, perseguia, além do ressarcimento das parcelas rescisórias de seus clientes, antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, a fim de que fosse tornado indisponível o terreno onde estava edificado o nosocômio.

Nitidamente, tínhamos duas pretensões, na qual a “medida liminar” requerida visava a garantia dos créditos que ainda seriam constituídos, antecipando-se a um futuro arresto. Segundo a voz corrente da doutrina à época, o pedido cautelar deveria ser veiculado através de ação própria (incidental), em respeito aos requisitos insertos no art. 801 do CPC, até porque, a cognição a ser desenvolvida era de natureza distinta.

Todavia, à luz daquilo que já expusemos, tal separação não mais se justifica. Não se trata de decretar o óbito do procedimento cautelar. Pelo contrário, é o reconhecimento de sua integração ao processo de conhecimento, em nome do princípio constitucional do acesso à justiça. Claro que em situações preparatórias o procedimento cautelar ainda preserva sua plena autonomia,

² - É importante frisar que a divisão aqui noticiada é lançada para fins didáticos, haja vista que nem mesmo se revela obrigatório que a parte dê nome ao pedido de urgência que formula, o que importa é a exposição precisa da situação de periclitância em que se encontra, defluindo-se daí os demais requisitos legalmente exigidos para obter a tutela jurisdicional.

bem como, diante da complexidade da situação, abre-se ao requerente a possibilidade de manejar tutelas de urgências em caráter incidental, ou cumulada com o feito principal.

b) antecipação de tutela, embora rotulada como pedido cautelar: cuida-se aqui, tão-só, de reconhecermos a validade de uma hipótese de menor complexidade, logicamente abarcada no dispositivo em estudo. Se é possível o mais, o menos está aí incluído.

Porém, sob a ótica da fungibilidade de meios, agora expressamente abraçada pelo CPC, podemos ir mais além, posto que nada impede o uso de disposições do processo de conhecimento no seio do processo cautelar.

Houve, em verdade, a introdução no CPC de um sistema protetivo às tutelas de urgências, cujas peças podem ser cambiadas em função da efetividade do provimento jurisdicional. Como bem observa Eduardo Talamini (2003, p. 371), embora a lei não indique expressamente, a fungibilidade também se põe no sentido inverso (pedido de tutela antecipada sob as vestes de medida cautelar), não havendo sentido em dar tratamento diverso às duas hipóteses.

Insere-se ainda no tema o uso das denominadas “medidas de apoio”, onde quer que haja a necessidade de tutela de urgência. Sob a sistemática pretérita, eram estas reservadas apenas aos casos de ações cognitivas condenatórias em obrigações de fazer ou não fazer. Tinham elas serventia para efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, podendo o juiz, a requerimento da parte ou de ofício, determinar a imposição de multas, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, dentre outras (CPC, art. 461, § 5º). Com efeito, a Lei 10.444/02 transportou esse permissivo para outras modalidades de provimentos antecipatórios, haja vista a redação que emprestou ao § 3º do art. 273. Se assim o fez, o nivelamento do provimento antecipatório ao cautelar, operado no § 7º subsequente, acarreta igualmente na transposição do uso de tais medidas, inclusive acionadas por iniciativa oficial, tanto para o procedimento cautelar quanto, indo mais além, até mesmo na execução, graças ao permissivo contido no art. 598 daquele diploma legal.

c) formulação simultânea de pedido cautelar e de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional num mesmo procedimento: como vimos, os provimentos cautelares e os antecipatórios (fundados na existência de dano irreparável ou de difícil de reparação) integram o gênero das chamadas tutelas de urgência. Contudo, embora pertençam à mesma família, não são excludentes. Podem perfeitamente coexistir numa petição, na qual o requerente, de um lado, visa obter condições que garantam a eficácia do provimento jurisdicional futuro, seja ele total ou parcialmente considerado e, de outro lado, requeira a antecipação dos efeitos da decisão que toca à pretensão principal e autorize a execução.

Creemos ser possível, ante uma situação de urgência, que determinado autor requeira a antecipação tutelar de natureza ressarcitória (condenatória) e, mesmo podendo tal decisão autorizar a execução provisória, igualmente perseguir a indisponibilidade dos bens do devedor, sabedor que a decisão antecipatória se sujeita a recursos que inclusive podem retardar o início dos atos executivos. Note-se que aqui vemos a máxima da instrumentalidade, com vistas a emprestar plena eficácia aos provimentos judiciais, dispensando-se, dada a premência que o caso exige, o aforamento de uma ação cautelar incidental, bem como o pagamento das despesas processuais decorrentes (custas, emolumentos etc.).

Cabe acrescentar, a título de palavras finais, que esse permeio do processo cautelar, agora expressamente permitido na legislação processual comum, seja na fase cognitiva ou na execução, representa mais um passo na longa caminhada que a doutrina vem trilhando, no sentido de destruir o mito do formalismo no processo, elevando-o à sua missão maior, que é justamente propiciar ao cidadão, o consumidor dos serviços judiciários, provimentos que sejam manifestamente eficazes. Mas, para que essa realidade se concretize, afigura-se indispensável a sensibilização dos magistrados, particularmente aqueles que lidam com material de suprema importância como é o ressarcimento da força de trabalho, ainda mais num contexto em que diuturnamente são concebidas novas alternativas para burlar os créditos sociais. Como adverte Luiz Rodrigues Wambier (Nery Júnior; Wambier, 2001, p. 708), “de nada adiantaria se garantir o acesso à justiça se a essa possibilidade não correspondesse o direito de obter ‘sucesso’ com aquele provimento jurisdicional, isto é, de se obter um resultado que, se favorável, pudesse efetivamente representar a possibilidade de transformações no mundo real” .

Referências:

- ALVIM, J. E. Carreira. **Código de Processo Civil Reformado**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- FILHO, Manoel Antônio Teixeira. **As ações cautelares no processo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1991.
- JÚNIOR, Fredie Didier. Inovações na antecipação dos efeitos da tutela e a resolução parcial do mérito. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 28, n. 110, p. 225-251, abr./jun..2003.
- JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Fundamentos constitucionais do processo (sob a perspectiva da eficácia dos direitos e garantias fundamentais)**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NERY JÚNIOR; Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis**: e de outras formas de impugnação às decisões judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SPADONI, Joaquim Felipe. Fungibilidade das tutelas de urgência. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 28, n. 110, p. 72-94, abr./jun..2003.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer**. e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.