

LAURIVAL RIBEIRO DA SILVA FILHO
Juiz Presidente do Tribunal

ISSN 1679-8694

PODER JUDICIÁRIO

JUSTIÇA DO TRABALHO

**REVISTA DO TRIBUNAL
REGIONAL DO TRABALHO
DA DÉCIMA QUINTA REGIÃO**

**DIREÇÃO E COORDENAÇÃO DA
ESCOLA DA MAGISTRATURA**

ÓRGÃO OFICIAL DO TRT DA 15ª REGIÃO

Fonte Oficial de Publicação de Julgados
(TST, RI, art. 331, § 3º)

2004 — N. 25

A FUNGIBILIDADE E A TUTELA ANTECIPADA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRABALHISTA: TONALIDADE INOVADORA DA LEI N. 10.444/2002

DAYSE COELHO DE ALMEIDA(*)

*"Justiça tardia não é justiça,
mas injustiça. E injustiça
qualificada." Rui Barbosa.*

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O bom funcionamento da Justiça é de interesse público difuso, eis que afeta os cidadãos em sua totalidade. Em razão disto, o Poder Judiciário deve ser dinâmico e ágil porque através destas características constrói-se uma sociedade justa e igualitária, protegendo a democracia e o Estado de Direito. No processo do trabalho, por se tratar de interesses sociais amparados constitucionalmente, torna-se imprescindível a existência do processo célere, utilizando-se de todos os instrumentos que potencializem a rápida satisfação dos efeitos da tutela pretendida pelo trabalhador.

O atual processo civil encontra-se em profunda crise, necessitando urgentemente de modificações, que estão sendo, paulatinamente, introduzidas em nosso ordenamento, através de reformas pontuais que, se analisadas em conjunto, conferem nova feição ao direito processual. O processo do trabalho, por subsidiariamente acatar as regras do processo civil, também se beneficia destas reformulações, aproveitando, no que for cabível, o avanço do direito processual civil.

Tanto o processo civil, como o trabalhista encontram empecilhos para a solução rápida das demandas. Mesmo o processo trabalhista não é tão célere quanto o texto de lei previu que seria, de forma que os trabalhadores sofrem prejuízos com a demora processual, mormente por se tratar de somas destinadas à subsistência básica dos mesmos. Desta situação emerge a busca de meios para agilitação do processo, repelindo as causas da mora processual. Estes meios são as tutelas emergenciais ou de urgência,

(*) Acadêmica do 10º período de Direito da Universidade Tiradentes.

instrumentos que se socorre o cidadão quando sente a ameaça de dano iminente. E destes instrumentos pode e deve o processo trabalhista utilizar-se para bem alcançar suas finalidades, especialmente o bem-estar do trabalhador.

2. AS TUTELAS DE URGÊNCIA: SATISFATIVAS E ACAUTELATÓRIAS

Do direito romano adveio o processo cautelar, defendido pela maioria da doutrina como processo autônomo, por ter características e autos próprios; além de outras peculiaridades afins. Admitido como instrumento preventivo, até mesmo na exposição de motivos do nosso código processual, o processo cautelar é meio de remediar possíveis prejuízos em razão do fator temporal que o processo de conhecimento guarda em seu âmago.

O procedimento cautelar tem função preventiva, tendo como objetivo jurídico específico garantir o resultado útil do processo cognitivo, de modo que não influí na decisão de mérito final da lide, que ocorre no processo principal.

A principal característica das tutelas acautelatórias é a instrumentalidade, ou seja, a obrigatória referência a um processo principal e dele dependente diretamente, porque é processo acessório, não subsistindo de maneira solitária.

A doutrina majoritária acata a cautelar como uma ação autônoma, porque tem pressupostos próprios e deve respeito a todos os ditames processuais. Em sentido inverso, a antecipação da tutela é um incidente processual, que se resolve por decisão interlocutória. Os pressupostos da cautelar são o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, fumaça do bom direito e perigo de dano pela demora na solução do litígio, respectivamente.

A natureza da cautelar deve ser diversa da tutela pretendida no processo principal, assim como o objeto pretendido, para que não haja confusão com a antecipação de tutela. E a tutela antecipada é satisfativa, ou seja, realiza de imediato a pretensão resistida, indo além da medida cautelar porque não se limita a assegurar a viabilidade de realização do direito.

A tutela antecipada guarda alguns pontos de semelhança com a cautelar. Em razão da provisoriedade e do fato de ambas fundarem-se na cognição sumária, além da semelhança de pressupostos (*fumus boni juris* e *periculum in mora*), a tutela antecipada foi e ainda é muito confundida com a tutela cautelar, o que originou uma certa celeuma sobre as hipóteses de cabimento, ainda mais porque ambas tem a finalidade de contornar a falta de efetividade jurisdicional. E a tutela antecipada, na visão de *Mallet* (1998, p. 26) "é o instrumento para permitir a busca desse equilíbrio, entre a necessidade da rapidez e a perfeição da tutela jurisdicional".

A medida antecipatória exige a probabilidade quase inatacável de existência do direito pleiteado, exigindo amplo grau de verossimilhança ou de certeza. O juízo deve estar convicto de que a medida antecipatória deferida é conversível para não prejudicar uma das partes. Ainda pode ser deferida quando ficar configurado abuso do direito de defesa ou intenção protelatória, independentemente do perigo da demora na solução da lide. Pelo seu caráter satisfativo é concedida apenas a requerimento da parte, em contraposição à medida cautelar que pode ser concedida de ofício ou a requerimento da parte interessada.

A antecipação da tutela tem a mesma natureza e o objeto da decisão definitiva, podendo incidir no todo ou em parte incontroversa da demanda (alteração da Lei n. 10.444/2002).

Tanto a tutela antecipada quanto a medida cautelar são meios de agilização do processo. *Baur* (1985, p. 18) entende que:

"procuram no procedimento da medida cautelar uma decisão rápida, já que, com razão, lhes cabe argüir que um processo ordinário demasiadamente moroso pode levar a periclitação e, até mesmo, ao aniquilamento de sua posição jurídica".

Esta compreensão da medida cautelar parece encontrar o cerne de sua criação e seu objetivo na seara jurídica brasileira.

A negativa da prestação jurisdicional adequada pode também ser encontrada na decisão de mérito tardia e, portanto, ineficaz. No dizer dos populares o cidadão "ganha, mas não leva", é esta a situação fática que precisa a todo custo ser evitada, porque é forma de aviltamento do Poder Judiciário, levando-o à descrença popular e conseqüente secundarização axiológica na esfera dos três poderes.

Esse problema também ocorre na seara trabalhista, onde a execução é o principal entrave para a solução dos litígios, principalmente os resolvidos nas Juntas de Conciliação e Julgamento.

3. APLICABILIDADE DA TUTELA ANTECIPADA NO PROCESSO TRABALHISTA

O Direito Processual Trabalhista não prevê a existência da tutela antecipada, sendo esta instituto peculiar ao processo civil. Entretanto, aplica-se os dispositivos processuais civis subsidiariamente ao processo do trabalho, como forma de suprir as lacunas existentes e dar maior mobilidade ao processo laboral, garantindo-lhe maior efetividade. Essa aplicação decorre do art. 769 da CLT — Consolidação das Leis do Trabalho, *in verbis*: "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". (Grifo nosso)

O perigo na demora no processo do trabalho é real, principalmente diante da inferioridade econômica do trabalhador frente ao empregador, que possui todos os meios jurídicos e fáticos para suportar a mora processual. Sobre outra ótica, a experiência prática informa a inferioridade, na maioria dos casos, cultural e psicológica do empregado, que geralmente vai a juízo na situação de desempregado, quando não em situação de miserabilidade.

A natureza das contendas trabalhistas guarda em seu âmago a urgência, por se tratarem de lides envolvendo créditos de natureza alimentar. A solução rápida é o objetivo da Justiça do Trabalho, pautada pela conciliação, informalidade, celeridade, *jus postulandi* e oralidade. O prejuízo irreparável pela não satisfação célere dos direitos trabalhistas é evidenciado pela hipossuficiência do trabalhador. Neste aspecto, podemos inferir pela ampla aplicabilidade da tutela antecipada no processo trabalhista, tanto nos dissídios individuais quanto nos coletivos.

Não há razão para dúvida quanto a aplicabilidade no dissídio coletivo uma vez que também é forma de processo do trabalho, igualmente ao dissídio individual. Não tem reflexo o argumento de a decisão do dissídio coletivo ter natureza normativa, uma vez que não é fator impeditivo de aplicabilidade da tutela antecipada a discussão da lei em tese.

A legitimidade ativa para requerer a tutela antecipada nos é informada pelo *caput* do art. 273 do CPC, *in verbis*: "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 [...]". Então, infere-se que a parte autora da ação é a legítima para peticionar a tutela antecipada, porque é a parte autora que realiza o pedido inicial. A parte autora tanto pode ser o empregado, como o empregador. Fica então demonstrado que o empregado também é parte legítima, desde que figure no pólo de requerente, para utilizar-se da tutela antecipada.

No processo civil há proibição da aplicação *ex officio* da tutela antecipada pelo princípio da inércia da jurisdição. Porém acreditamos que no processo laboral, em virtude do *jus postulandi*, o juiz pode conceder de ofício a medida, desde que motive sua decisão e demonstre onde encontrou fulcro para conceder a medida. O trabalhador é a parte hipossuficiente, não pode aguardar nem tem preparo processual, próprio dos advogados para requerer tutela antecipada, devendo o juiz adequar o procedimento ao *jus postulandi*, tornando possível ao empregado obter os efeitos que necessita no processo trabalhista.

Pode-se afirmar que a tutela antecipada é mais necessária no processo trabalhista que no civil. Isso ocorre pela plausibilidade do direito pleiteado, de essencial importância para ficar a espera *ad eternum* do processo ordinário.

Embora no processo do trabalho a audiência seja uma, sabemos que por vezes a sessão é interrompida e podem haver outras audiências, continuações da primeira é verdade, mas marcadas em datas posteriores e a depender da pauta, podem durar até anos. Nesse sentido, o argumento de que a tutela antecipada não é necessária cai por terra.

4. FUNGIBILIDADE ADMITIDA NO § 7º, ART. 273, DO CPC

É princípio do Estado Democrático de Direito, instituído pela Carta Magna de 1988, o direito e garantia de ter assegurada a análise do Judiciário a toda lesão ou ameaça a direito, evidenciado pelo princípio da segurança judiciária que implica na promoção da prestação jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva.

O legislador deve então empreender formas processuais para garantir a efetiva dinamização dos princípios elencados explicita e implicitamente, promovendo instrumentos processuais próprios para tanto. Essas formas processuais seriam, por via reflexa, as tutelas de urgência.

Silva (1993, p. 336) nos fornece a significação jurídica de fungibilidade como "a substituição de uma coisa por outra". A fungibilidade é a possibilidade de conhecer de um instrumento jurídico proposto erradamente tal qual fosse o adequado, advindo de permissão legal expressa. Em nosso direito processual, antes da reforma oriunda da Lei n. 10.444/2002, nunca houve previsão de fungibilidade entre as ações. Havia previsões específicas como nas ações possessórias e nos recursos em geral. Por conseguinte, é inovador esse aspecto da reforma que instituiu o § 7º, no art. 273, do Código de Processo Civil.

A fungibilidade é um princípio processual implícito, decorre do princípio da instrumentalidade das formas e dos atos processuais, como pode ser observado na análise do art. 244 do Código de Processo Civil, *in verbis*: "o ato só se considera nulo e sem efeito se, além de inobservância da forma legal, não tiver alcançado a sua finalidade". A intenção legislativa é cristalina, no sentido de pugnar pelo objetivo do ato e não pelo ato e si mesmo.

O princípio da instrumentalidade dos atos e formas processuais apregoa a informalidade, a flexibilidade quando o ato atingir sua finalidade, tudo visando a maior celeridade processual, diminuindo os gastos processuais a bem do Estado. Este princípio parece ser totalmente aplicável no processo do trabalho, no qual por excelência visa a rapidez na solução dos litígios, primando pela proteção do trabalhador através de uma satisfação rápida e eficaz.

Nosso Código de Processo abraçou o sistema da legalidade das formas, como forma de garantir ao cidadão uma ordem processual evitando a confusão, a incerteza no curso processual, e é para isso que as formalida-

des procedimentais servem para garantir a ordem no processo. No entanto, o apego extremista ao formalismo atenta contra a própria segurança, à medida que afronta a eficiência da prestação jurisdicional, porque ela é o âmago da ordem que se busca garantir.

Diante dessa realidade, o princípio da instrumentalidade das formas e dos atos processuais conduz o operador do direito à lógica do sistema, à racionalidade a fim de se evitar que a finalidade do ato seja substituída pela formalidade do mesmo, o que *per se* é um desvio de valores. A fungibilidade seria um desdobramento do princípio da instrumentalidade das formas e dos atos processuais, porque tem como objetivo manter o ato, que em seu conteúdo, atingiu a finalidade esperada. Então, podemos concluir pela total aplicabilidade do princípio implícito da fungibilidade, desde que os requisitos sejam satisfeitos, no âmbito processual.

Porém, não é o princípio da fungibilidade a panacéia para todos os erros cometidos no curso processual, não sendo prestável para corrigir proposições absurdas, nem atenuar efeitos preclusivos no processo. Por isso, há limites para a aplicação do princípio em tela como forma de coibir abusos.

O primeiro limite é a existência de dúvida objetiva acerca da tutela de urgência aplicável ao caso, e esta dúvida somente ocorre quando a doutrina ou a jurisprudência divergem sobre qual a tutela emergencial aplicável, e não do mero "palpite" do jurisdicionado. A análise reserva-se a observar, apenas, se há reais motivos para dúvida sobre a tutela aplicável ao caso do ponto de vista doutrinário e jurisprudencial, não devendo ser levado em consideração critérios subjetivos.

O segundo critério é a incoerência de erro crasso e a tempestividade da medida, de modo a se evitar que a má-fé ocorra, prejudicando a parte de boa-fé no processo.

O terceiro critério é que a lei permita a aplicação da fungibilidade, prevendo-a e a regulando, de modo a coibir as tentativas de tumulto processual por pedidos de aplicação da fungibilidade e a proposição de recursos (agravo de instrumento) sem o menor cabimento para o caso prático.

A regra da infungibilidade prejudica apenas aos jurisdicionados que terão, através de seus procuradores, que intentar novamente o mesmo pedido, com as mesmas características e peculiaridades, apenas alterando o *nomen juris* do pleito. O formalismo excessivo nada advém de positivo para a prestação jurisdicional, tendo como única consequência, *in casu*, a demora na solução dos litígios.

A orientação para a fungibilidade recursal funda-se na análise, muito complexa, da possibilidade de haver erro grosseiro ou má-fé. O erro grosseiro era advindo do aplicador do direito, por desconhecimento ou descuido, a má-fé é substanciada na intenção de errar o instrumento de

maneira intencional com fins espúrios, almejando tumultuar o processo ou procrastinar.

Portanto, as alterações trazidas pela Lei n. 10.444/2002 não devem ser entendidas, tão-somente, como mera faculdade legislativa, mas como efetivação de um direito constitucionalmente garantido, de natureza cogente. Porque satisfeitas as características é dever do magistrado aplicar a fungibilidade.

O princípio da fungibilidade já é admitido no Direito Processual Civil brasileiro nos recursos e nas ações possessórias, sendo agora observado na hipótese consubstanciada no § 7º, art. 273, do Código de Processo Civil. Esse parágrafo redimensiona a fungibilidade, colocando-a como característica do princípio da economia processual e do devido processo legal, de forma a propiciar um efetivo avanço no âmbito processual. Esta alteração também é importante para o processo trabalhista, porque permite ao magistrado, no exercício de suas funções, corrigir o erro no requerimento do trabalhador, de forma a garantir-lhe uma tutela jurisdicional eficaz para sua situação jurídica, protegendo-o da mora processual.

Ferreira (2003, p. 213) analisa a reforma como "representação da desburocratização dos meios, extensão da instrumentalidade do processo a serviço de sua efetividade". Seria então possível entender a fungibilidade como avanço no direito processual, sobretudo na submissão aos princípios processuais, os quais pugnam pela correta prestação jurisdicional. O autor ainda pontua a fungibilidade dos meios como forma de não prejudicar o requerente em casos em que há dúvida *objetiva* sobre a natureza cautelar ou antecipatória do pedido.

A fungibilidade, mais que um princípio jurídico é forma de cidadania e de acesso efetivo ao Judiciário, tornando realidade o desejo do legislador originário. Definições acadêmicas são essenciais para o pleno desenvolvimento da ciência jurídica, porém o apego formalista é a desnaturação do objetivo da ciência que é, em todos os ramos, o aperfeiçoamento do ser humano, seu bem estar e por último sua felicidade.

Vejamos o que nos informa o texto legal do art. 273, § 7º, do Código de Processo Civil, que possibilita a aplicação do princípio da fungibilidade na tutela antecipatória:

§ 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.

O primeiro aspecto do parágrafo em comento é o direcionamento literal que o legislador conferiu ao artigo, exibindo o caso em que permite a fungibilidade, demarcando a área de atuação do dispositivo legal sem deixar lacunas. O parágrafo exige que a providência seja requerida a título de

antecipação de tutela, ou seja, inadmitida está à hipótese de requerimento sobre quaisquer outros títulos, o que nos parece correto, em razão da manutenção da ordem processual.

O segundo aspecto é que a medida requerida a título de antecipatória de tutela deve possuir natureza cautelar, ou seja, deve evidenciar que a finalidade do requerimento é cautelar e, é este aspecto que se embasa o pedido. Cabe salientar que não basta apenas que o caso em concreto seja de natureza cautelar, devem estar evidenciados no petítório os requisitos da tutela cautelar, de forma a embasar seu deferimento. Nesse sentido, *Ferreira* (*Op. cit.*, p. 212) afirma:

Obviamente, caso haja a conversão do pedido de tutela antecipada para de natureza cautelar, a decisão do juiz deverá ser proferida à luz dos requisitos específicos da medida cautelar (*focos bobine júris e periculum in mora*) e não da tutela antecipada, que são inclusive mais rigorosos quanto à probabilidade do direito afirmado pelo autor. (grifo nosso)

A fumaça do bom direito e o perigo na demora são requisitos das medidas cautelares e visam assegurar a utilidade do provimento final, diferentemente dos requisitos da tutela antecipatória, mais profundos e de difícil demonstração, haja vista as exigências legais anteriormente demonstradas. Podemos afirmar com razoável segurança que é possível identificar os requisitos necessários para o deferimento de uma medida cautelar em uma petição de antecipação de tutela, porém o inverso parece-nos forçoso, haja vista a complexidade superior da verossimilhança e prova inequívoca, sem mencionar os outros requisitos (alternativos e negativo) exigidos para a concessão da antecipação de tutela.

O terceiro aspecto é a exigência da satisfação dos requisitos, porque aplicar a fungibilidade, significa "trocar um instituto pelo outro". Essa troca significa submissão aos requisitos, ou seja, deve a medida antecipada erroneamente requerida adequar-se à medida cautelar, cedendo aos seus requisitos, satisfazendo-os plenamente, tal qual fosse a medida cautelar (a correta para o caso concreto). A Lição de *Figueira Júnior* (2003, p. 120) parece oportuna:

"Repousa a configuração, no caso em concreto, dos elementos hábeis à concessão de proteção de natureza assecurativa e não de caráter satisfativo, pois a denominação do pedido, formulado erroneamente, em nada influencia o resultado prático e jurídico pretendidos."

A fungibilidade tem caráter excepcional, prestando-se à correção de distorções da ordem jurídica. Por ser medida de caráter excepcional a interpretação deve ser restritiva ou estrita, porque não cabe ao hermenêuta dar mais alcance à norma de exceção do que o legislador conferiu. Nesse contexto, é imperiosa a citação de *Maximiliano* (1998, p. 224):

"Estriba-se a regra numa razão geral, a exceção, numa particular; aquela se baseia mais na justiça, esta, na utilidade social, local, ou particular.

As duas proposições devem abranger coisas da mesma natureza; a que mais abarca, há de constituir-se a regra; a outra, a exceção."

Após o ensinamento de *Maximiliano*, fica claro que a fungibilidade é exceção e, também o é a própria tutela antecipada, dentro do ramo processual, haja vista que se aplica somente a casos específicos e que o processo ordinário é a regra, sem o incidente processual da tutela antecipada. Diante disto, só resta concluir que a tutela antecipada deve ser interpretada restritivamente ou estritamente, bem como todos os regramentos do artigo 273, por consequência lógica.

Para solidificar ainda mais a tese de excepcionalidade da tutela antecipatória citamos ainda *Maximiliano* (*Op. cit.*, p. 225) que esclarece as raízes das normas de exceção:

"O princípio da interpretação estrita das exceções (*Exceptiones sunt strictissimae interpretationis*) entronca nos institutos jurídicos de Roma, que proibiam estender disposições excepcionais, e assim denominavam Direito Exorbitante, anormal ou anômalo, isto é, os preceitos estabelecidos contra a razão de Direito; limitava-lhes o alcance, por serem um mal, embora mal necessário."

Do ponto de vista jurídico, realmente a tutela antecipada é um "mal necessário" haja vista as situações que são por ela amparadas. A tutela antecipada encontra respaldo no brocardo jurídico: *quae propter necessitatem recepta sunt non debent in argumentum trahi* – o que é admitido sob o império da necessidade, não deve estender-se aos casos semelhantes, de fato a tutela antecipatória é concedida sob a ocorrência da extrema necessidade, sob pena de imprestabilidade do provimento final.

Superada a questão da forma de interpretação, fica saliente que não pode haver hermenêutica tendenciosa que amplie as situações permissivas de aplicação da fungibilidade, a despeito da vontade legislativa. "A lei é presumidamente perfeita, contendo todas as palavras que o legislador quis inserir, e estas devem ser entendidas como escritas adrede para influir no sentido da frase respectiva", *Maximiliano* (*Op. cit.*, p. 110). Todavia, cabe a prova em contrário acerca da perfeição da lei, devendo o intérprete demonstrar a inexatidão e a causa da mesma, sob pena de ser viciosa a interpretação, como tem sido em muitos compêndios jurídicos.

"A interpretação deve ser objetiva, desapaixonada, equilibrada, às vezes audaciosa, porém não revolucionária, aguda, sempre atenta respeitadora da lei", nos dizeres de *Maximiliano* (*Op. cit.*, p. 103). O que deve ser evitado, e parece-nos que muitos incorreram nesse equívoco, é querer em proveito da sociedade, através de normas processuais mais flexíveis e da sumarização de procedimentos, inculir no artigo conteúdo diverso ao que o legislador oferece, hipotetizando sem nenhum amparo hermenêutico ou jurídico. O legislador *quis* dizer o que fora escrito no artigo, ou seja, que a

medida cautelar proposta erroneamente, não poderia ensejar acatamento como antecipatória, estando afastada a hipótese de fungibilidade inversa ou de mão dupla.

Ademais, conceber a aplicação de interpretação que beneficie a sociedade, em detrimento de regras anteriormente firmadas é campo perigoso, de sorte que todo tipo de abusos poderiam ocorrer, legitimados pela defesa dos interesses sociais, instaurando a insegurança jurídica. Dessa sorte, não pode ser acatada interpretação que vise criar outra norma sobre a já existente. O jurista *Maximiliano* (*Op. cit.*, p. 111) cinge-nos com mais um foco de iluminação sobre a questão:

[...] os escritos têm como objetivo despertar no leitor o mesmo pensamento do escritor do texto analisado, de forma que se presume que o legislador se esmerou em escolher expressões claras e precisas, com a preocupação meditada e firme de ser bem compreendido e fielmente obedecido. Por isso, não havendo elementos de convicção em sentido diverso, atém-se o intérprete à letra do texto[...].

A regressividade ou mão única é a via possível de aplicação da fungibilidade, ou seja, só pode haver fungibilidade da medida antecipada para a cautelar e nunca o inverso. Em que pese grande parte da doutrina afirmar que há possibilidade de mão dupla, o faz apenas com a afirmação de que esta interpretação seria benéfica aos jurisdicionados, sanando as dúvidas objetivas existentes ou então explicitando casos em que a urgência não pode aguardar.

Do mesmo modo, parece-nos que não há como encontrar num pedido cautelar os pressupostos da tutela antecipada, porque os requisitos são diametralmente opostos, ou seja, a fumaça do bom direito de uma é diversa da outra, não havendo espaço para confusão. Poder-se-ia dizer que os requisitos da cautelar estão contidos na tutela antecipada, porém os requisitos da tutela antecipada não estão contidos na tutela cautelar.

Oportuno mencionar que a fungibilidade não pode ser de mão dupla porque isto prejudicaria o réu diretamente, porque a concessão de medida cautelar é mais simples que a da antecipação de tutela, em razão dos requisitos processuais. A instauração da desigualdade processual e a ofensa à ampla defesa e ao contraditório seriam flagrantes. Converter uma medida em outra é fazer suportar todas as exigências e condicionamentos, o que seria impossível de configuração.

A única conclusão logicamente razoável seria a defesa do réu ser fungível, podendo ele apresentar defesa para pedido cautelar e pedido antecipatório, dando ao juiz a faculdade de receber o que melhor convier. De outro modo, não haveria contraditório assegurado, dado que para haver defesa é preciso que se conheça anteriormente as alegações. Acreditamos que essa situação causaria um tumulto processual de difícil solução, causando embaraço procedimental.

A fungibilidade aplicada de acordo e estritamente com o conteúdo do § 7º, do art. 273 do CPC não abarca maiores complicações, porque na prática, o requerimento de tutela antecipada é complexo, de difícil configuração, possibilitando nele encontrar todos os requisitos que justificariam uma concessão de medida cautelar, e a defesa do réu seria plenamente útil, vez que iria além do que é exigido para a defesa da cautelar, explorando ainda mais o caso trazido a juízo, fornecendo ao magistrado mais elementos para formação de sua convicção plena.

Já foi demonstrado que a medida cautelar e a tutela antecipada são tutelas de urgência, porém em muito se diferem, ficando claro quando cada uma delas tem sua utilidade, e seus requisitos próprios, prestando-se a finalidades diversas. A tutela antecipatória é instrumento de satisfação, porque antecipa os efeitos de uma sentença de mérito favorável, exigindo para tanto requisitos rígidos para fundamentar uma decisão dessa importância. A medida cautelar é instrumento assecurativo, ou seja, visa a acautelar o objeto da lide para que no momento da sentença de mérito final, a parte vitoriosa possa receber utilmente os resultados, aproveitando-os. *Figueira Júnior (Op. cit., p. 121)* aborda o assunto com esmero, vejamos:

“Significa dizer que o novo parágrafo não servirá para igualar, mesclar ou confundir os dois institutos (tutela acautelatória e tutela antecipatória), pois essa não é a vontade da lei ou do legislador. Ao contrário, o seu intuito é meramente pragmático, voltado à resolução de problemas que a prática forense não raramente se defronta, buscando evitar dano ou perecimento de direito, muitas vezes decorrentes do apego do juiz ao formalismo excessivo ou por interpretação diversa dos fatos quando cotejados com a compreensão formulada pelo procurador do autor, em razão da questão posta encontrar-se em zona limítrofe entre a cautelaridade e a antecipação dos efeitos da sentença de procedência, chancelada pela urgência da medida perseguida.

De outro modo, quando o legislador omite-se sobre alguma situação, infere-se que esta omissão foi proposital, de modo a demonstrar o verdadeiro intento legislativo. Dessa forma, o intento do legislador foi, tão-somente, tornar possível a fungibilidade da medida antecipada para a medida cautelar e não o inverso, porque sobre esta questão teria havido omissão legislativa intencional, no sentido de vedação implícita.”

A aplicação do princípio da fungibilidade em sede de tutelas jurisdicionais abraça um conjunto de princípios constitucionais, mormente o do acesso à jurisdição, significando uma adequação do pedido de acordo com a ordem jurídica justa, haja vista a flexibilização dos requerimentos. Essa flexibilização permite que o juiz afaste-se um pouco dos rigores processuais e das formalidades, podendo aproximar-se da finalidade do processo, evidenciada pela instrumentalidade das formas e atos processuais, pela economia processual e celeridade.

5. CONCLUSÕES

A antecipação de tutela é um instituto dos mais revolucionários existentes em nosso sistema processual. A importância da antecipação dos efeitos da tutela pretendida é essencial para a correta prestação jurisdicional, sob pena de imprestabilidade do provimento em razão da demora na solução do litígio. Apesar de algumas referências à antecipação de tutela esparsas na CLT, de há muito o processo trabalhista necessitava de uma previsão mais genérica, que veio em 1994, quando o legislador inseriu em nosso CPC o art. 273. Após estes 8 anos de experiência, o instituto foi apreciado na prática, de modo que eventuais falhas estão sendo sanadas com as últimas reformas processuais, inclusive pela Lei n. 10.444/2002. Estas reformulações do instituto também aproveitam ao processo trabalhista, uma vez que dinamizaram o instituto, tornando-o ainda mais efetivo.

No processo do trabalho o interesse em discussão diz respeito à sobrevivência do trabalhador, por força de lei considerado hipossuficiente. Neste contexto é premente a utilização de todas as formas possíveis de agilização da decisão judicial, porque o obreiro não pode suportar o ônus da mora. A única conclusão que na prática é possível é a necessidade extrema da tutela antecipada no processo trabalhista. Se no processo civil, onde na maioria dos casos discute-se patrimônio, a tutela antecipada é de suma importância, o que se dirá no processo laboral, onde os interesses são axiologicamente superiores.

A própria Lei de Introdução ao Código Civil imprime no magistrado o dever de atender aos fins sociais da lei, visando o bem comum. E é justamente isto que se espera do magistrado trabalhista quando da apreciação da tutela antecipada, a finalidade social do seu provimento. Neste diapasão, devemos compreender o real intento da lei que é fazer justiça. A justiça só é alcançada com uma prestação jurisdicional útil, prestável.

Por último, deve o magistrado compreender que as normas processuais civis são aplicadas se forem adequadas à realidade trabalhista. Desse modo, pode o juiz mitigar sua aplicabilidade, encontrando saídas jurídicas que se coadunem com as necessidades processuais trabalhistas, suprimindo lacunas, interpretando sempre em favor do obreiro, buscando a finalidade social da norma. E nisto, a antecipação de tutela mostra-se útil, principalmente no *jus postulandi* do obreiro, desconhecedor das malícias processuais, alvo fácil de um sistema processual lento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAUR, Fritz. *Estudos sobre a tutela jurídica mediante medidas cautelares*. Porto Alegre: Fabris, 1985.

COUTURE, Eduardo. *Introdução ao estudo do processo civil*. Tradução de Mozart Victor Russomano. 3ª ed., Rio de Janeiro: José Konfino, 1998.

FERREIRA, William Santos. *Aspectos polêmicos e práticos da nova reforma processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Comentários à Novíssima Reforma do CPC*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

IHERING, Rudolf von. *A luta pelo Direito*. Questões e estudos de Direito. Bahia: Livraria Progresso Editora, 1955.

MALLET, Estevão. *Antecipação da Tutela no Processo do Trabalho*. São Paulo: Forense, 1998.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito Processual do Trabalho*. 18ª ed., São Paulo: Atlas, 2002.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 18. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995.