



# A Súmula 405 e a fungibilidade das tutelas de urgência

10/01/2006

## Introdução

A recém-editada Súmula 405 do Tribunal Superior do Trabalho é fruto da conversão das Orientações Jurisprudenciais 1, 3 e 121 da SDI-2 — Seção de Dissídios Individuais II daquele Tribunal, consolidada na seguinte redação:

I – Em face do que dispõe a MP 1.984-22/00 e reedições e o artigo 273, parágrafo 7º, do CPC, é cabível o pedido liminar formulado na petição inicial de ação rescisória ou na fase recursal, visando a suspender a execução da decisão rescindenda.

II – O pedido de antecipação de tutela, formulado nas mesmas condições, será recebido como medida acautelatória em ação rescisória, por não se admitir tutela antecipada em sede de ação rescisória.

Trata a nova súmula da ação rescisória e da possibilidade de concessão de tutela de urgência — seja sob a forma de antecipação de tutela, seja sob o *nomen juris* de medida cautelar inominada — hábil a ensejar a suspensão da decisão rescindenda em liminar concedida antes de apreciada questão de fundo afeta ao corte rescisório.

À luz da jurisprudência maciça e iterativa do TST, o inciso II da Súmula 405 prescreve descaber tutela antecipada em ação rescisória, por não se poder desconstituir a coisa julgada com base em juízo de verossimilhança e tendo como norte assegurar as “*garantias especiais de que se reveste o pronunciamento estatal transitado em julgado*” (ex vi da ora convertida OJ 121 da SDI-2 do TST).

Por sua vez, o inciso I assegura, com base no artigo 273, parágrafo 7º do Código de Processo Civil, a possibilidade de suspensão da execução da decisão rescindenda como “*medida acautelatória*”.

Assim, no âmbito da aplicabilidade das tutelas de urgência em sede de ação rescisória, duas searas de controvérsia se erigem; sendo a primeira afeta à natureza do remédio cabível para

solucionar o conflito entre a intangibilidade da coisa julgada e a efetividade da função jurisdicional (tutela cautelar ou tutela antecipada) e a segunda pertinente ao exame da coerência do verbete sumular.

### **Pontos em comum e diferenças entre as tutelas cautelar e antecipatória**

No arcabouço legal, doutrinário e jurisprudencial da ação rescisória trabalhista, cumpre distinguir, pois, a tutela antecipada (vedada pela jurisprudência do TST) da providência de natureza cautelar (permitida), na medida em que o artigo 273, parágrafo 7º do Código de Processo Civil — expressamente mencionado na Súmula 405 do TST — preconiza o requerimento de providência de natureza cautelar “*a título de antecipação de tutela*”.

Em primeiro lugar, enquanto a tutela antecipada possui como requisitos a prova inequívoca e a verossimilhança das alegações, possuindo caráter satisfativo de realização do direito, antecipando-se total ou parcialmente os efeitos da sentença; as cautelares têm como requisitos o *fumus boni juris* (plausibilidade jurídica) e o *periculum in mora*, revestindo-se de caráter de acessoriedade e dependência a um processo principal pendente ou futuro, não satisfazendo a um direito pretendido de fundo.

Do cotejo dos requisitos inerentes a cada qual das espécies, *prima facie* verifica-se que os requisitos necessários à tutela cautelar são menos sólidos que os da tutela antecipada. A plausibilidade jurídica e o perigo da demora necessários à concessão da cautela são elementos de direito em tese. Já a verossimilhança e a prova inequívoca — ínsitos à tutela antecipatória — traduzem um comando que engessa esta antecipação. A cautelar não requer prova. A tutela antecipada reclama prova. E não basta a prova simples, porquanto deva ser necessariamente robusta, inequívoca.

As cautelares são meramente instrumentais, isto é, têm por escopo precípua assegurar — no magistério do festejado processualista André Luís Adoni — o resultado útil de um processo principal, “*evitando a ação deletéria do tempo sobre determinado direito que a parte visa resguardar, a fim de discuti-lo na demanda de conhecimento*”. Por isso, ao conceder uma medida cautelar, o juiz não examina o pedido de fundo, o direito alegado, limitando-se a conceder a medida que evite o perecimento de direito ou o dano irreparável. A satisfatividade “*não deve encartar-se na medida cautelar, porquanto inadmite a coincidência com o provimento final*”[1]. Os efeitos permanecem no curso do processo principal, na forma do artigo 807 do CPC, modificáveis ou revogáveis a qualquer tempo.

Tampouco o provimento de tutela antecipada será irreversível, mas sempre provisório e sujeito à revogação a qualquer tempo. Irreversíveis podem ser os efeitos, jamais o provimento de *per se*. Na antecipação de tutela, o juiz julga o direito deduzido à inicial, reconhece sua procedência e antecipa não o provimento do pedido, *mas sim os efeitos práticos, mais precisamente os atos materiais atinentes à prevenção do dano*.

Em apertada síntese, há mais pontos em comum do que distinções entre a tutela cautelar e a tutela antecipatória. Ambas possuem por escopo a ordem jurídica justa; ambas são provisórias e comportam, repita-se, revogação ou modificação a qualquer tempo; ambas são aferidas em cognição sumária e têm natureza instrumental e efeitos práticos de ordem processual.

## O Cabimento das Tutelas de Urgência e sua Fungibilidade em Ação Rescisória

Ante os termos peremptórios do artigo 89 do CPC, “A ação rescisória não suspende a execução da sentença rescindenda”, porquanto esteja tal *decisum* blindado pelo áureo manto da coisa julgada, prevista constitucionalmente (artigo 5º, XXXVI da CF).

A doutrina majoritária, porém, sensibiliza-se e pondera princípios para sopesar as garantias da *res judicata* com os mecanismos existentes no sistema com vistas a salvaguardar a utilidade e a efetividade da função jurisdicional (v.g., o artigo 798 do CPC). Nesse passo, propugna-se a harmonização das regras do respeito à coisa julgada e da efetividade do direito de ação, ambas alçadas ao *status* de garantias constitucionais pétreas.

Inconteste a dificuldade que surge quando, no caso concreto, a aplicação de uma regra implicar em desprestígio à outra, conforme verificar-se-á no curso da ação rescisória quando a execução da sentença rescindenda acarretar, nos dizeres de Teori Albino Zavascki[2], “*comprometimento irremediável ou de difícil reparabilidade ao direito que o autor da ação de rescisão afirma ter*”.

No quadro de dissenso doutrinário pátrio, a discussão ainda paira sobre o confronto da preservação absoluta da coisa julgada e dos seus efeitos em contraposição à suspensão dos efeitos executivos da sentença rescindenda, em nome da utilidade da função jurisdicional.

Com espeque no entendimento de Teresa Arruda Alvim, para quem a suspensão da execução da sentença rescindenda descarta a viabilidade de ação cautelar, reclamando o remédio mais célere do *writ*, Teori Zavascki[3], uma das referências nacionais sobre o tema, assevera que a suspensão da sentença rescindenda tem natureza antecipatória e que “*Sendo assim, o pedido de suspensão da sentença rescindenda não está sujeito a ação cautelar autônoma, devendo, isto sim, ser formulado na própria ação rescisória, com estrita observância do procedimento das medidas de antecipação de tutela*”.

Todavia, as Cortes Laborais parecem ter buscado inspiração no escol de Galeno Lacerda e Calmon de Passos[4].

O primeiro sustenta, em relação à ação rescisória enquanto lide nova, dotada do fim legal e constitucional de cassar a sentença viciada, que “*Se se revestir, desde logo de ‘fumus boni iuris’ e se houver ‘periculum in mora’, em virtude da execução atual ou virtual do julgado rescindendo, legitima-se, portanto, de modo inequívoco, o uso de outra ação, de outra função*

*jurisdicional, cuja finalidade consiste, precisamente, em tornar possível, útil e eficaz o resultado da ação rescisória*". Ainda para Lacerda, escapa da relação entre a ação cautelar e a demanda cuja eficácia ela visa a garantir — a própria ação rescisória — a homogeneidade e identidade de ação e de função necessárias à avocação do princípio *accessorium sequitur principale*.

Nessa hipótese, desnatura-se a acessoriedade da ação cautelar ajuizada com o fito de obter liminar e suspender a execução da decisão rescindenda, não funcionando aquela propriamente como acessória desta demanda principal (rescisória).

Calmon de Passos é enfático ao vaticinar que *"no tocante à rescisória inadmitir a cautelar invocando-se a coisa julgada da ação rescindenda vale zero, porquanto se esta coisa julgada está sub judice, o que passa a ser relevante é a probabilidade da futura sentença favorável ao autor da rescisória"*.

Nesse diapasão foi que, na seara trabalhista, de há muito o TST inclinou-se no sentido de que o manejo da tutela cautelar prefere ao da tutela antecipada em ação rescisória. Descaberia, por conseguinte, o instituto da antecipação de tutela prevista no artigo 273, inciso I, do CPC em sede de ação rescisória. Era a inteligência da Orientação Jurisprudencial número 121 da SBDI-2, agora convertida em súmula.

A questão, porém, não se pacificou no âmbito doméstico. Numa demonstração da prudência com que a matéria é tratada nos Regionais, o TRT mineiro (3ª Região)[5] já pendeu para o acatamento do aforamento "mesclado" de ambas as modalidades de tutela (cautelar e antecipada), vaticinando que *"(...) Só em situações excepcionais, em que se vislumbra a patente possibilidade de êxito no pleito rescisório - "fumus boni iuris" - e ocorra o perigo na demora de seu desate - "periculum in mora" - é que se tem admitido atribuir efeito suspensivo à execução, em face da lide rescisória, através, contudo, do manejo de medida cautelar incidental, apropriada a esse desiderato, dirigida ao mesmo juízo que aprecia a ação principal, ou, até mesmo, com certa liberalidade, fazendo uso do recente e inovador dispositivo atinente à antecipação de tutela (artigo 273, do CPC)"* (grifo nosso).

Dessa mescla decorre que a solução gravita em torno da fungibilidade das tutelas de urgência. Antecipação de tutela, de um lado; ações ou medidas cautelares, de outro.

Diante dos pontos de semelhança e frente às diferenças substanciais quanto à concessão das diferentes modalidades de tutela pelo magistrado, a indagação que se faz reside na "mão-dupla" do aviamento das medidas que visem os efeitos de uma sob o *nomen juris* de outra. Em outras palavras: poderia o juiz receber a cautelar quando necessária a tutela antecipada? Pode apreciar um pedido de antecipação de tutela quando apropriada a cautelar?

A doutrina se inclina, de forma esmagadora, para o acatamento da fungibilidade, a teor do próprio parágrafo 7º do artigo 273 do CPC, que prescreve o antídoto legal para o mal decorrente do manejo equivocado das tutelas de urgência.

Em consonância com o princípio da instrumentalidade da norma, a prioridade ultrapassa o dever da parte em pedir corretamente, albergando-se — ao reverso — na prova da existência dos pressupostos de concessão da medida hábil a remediar a situação posta ao juiz. *Iura novit curia. Da mihi factum, dabo tibi ius*. O que importa é a existência dos requisitos à concessão, não a forma como se requer essa concessão. À luz da instrumentalidade das formas, aqui os fins justificam os meios, para o bem do jurisdicionado que carece de remédio eficaz contra perecimento de direito.

Humberto Theodoro Júnior posiciona-se contra a fungibilidade, tendo em vista as distinções estruturais entre tutela cautelar, enquanto medida de caráter conservativo que visa assegurar o resultado útil do processo principal, e a tutela antecipada, em que se realiza o direito da parte em caráter de satisfatividade. O requerimento equivocado fadar-se-ia à extinção sem julgamento de mérito, por falta de interesse processual.

Entretanto, é esmagadoramente predominante o entendimento que sufraga a fungibilidade total das tutelas de urgência, na esteira do parágrafo 7º do artigo 273 do CPC, recaindo algum dissenso quanto à fungibilidade de “mão dupla”. Para alguns, apenas a tutela cautelar pode ser concedida no lugar da tutela antecipada, mas não o contrário.

*Primus*, a concessão de tutela cautelar no lugar de tutela antecipada afigura-se tranqüila, pois quem pode o mais pode o menos. Trata-se de corolário da profundidade mais rasteira dos requisitos necessários à concessão da primeira em relação à segunda. Resta claro que o pretenso reconhecimento de prova inequívoca e da verossimilhança da alegação (necessários à tutela antecipada) possa não se aperfeiçoar de todo, encerrando, “apenas”, indícios de *fumus boni juris* (sem prova, ou com prova “não inequívoca”) e *periculum in mora* típicos da cautelar.

*Secundus*, na visão de Arruda Alvim[6], o reverso é impossível. Entende que “(...) se a parte requerer uma medida cautelar, nominalmente, mas que, em tudo e por tudo, seja uma tutela antecipada, inclinamo-nos pela possibilidade do juiz vir a conceder essa tutela antecipada, como tal, dado que, em tal hipótese, o erro terá sido, única e exclusivamente, de nomenclatura. Deverá, em tal hipótese, observar o procedimento da tutela antecipada e não processar essa medida em separado. Se, todavia – e, aqui respondemos ao âmago da questão –, a parte requerer medida cautelar, propriamente dita, e, portanto, de envergadura menor do que aquilo que poderia ter sido pedido no bojo de uma tutela antecipada, o juiz não poderá hipertrofiar o pedido da parte, acentuar os pressupostos do pedido, acabando por conceder aquilo que a parte não desejou, ou, em relação ao que não expressou a sua vontade. Aqui o juiz estaria impedido de conceder uma proteção maior do que a que foi solicitada”.

Sem embargo do tecnicismo atrelado à forma, filiamo-nos à corrente que privilegia a fungibilidade agarrada à conquista instrumental. Não se pode olvidar do princípio da instrumentalidade das formas.

Perfilhamos o posicionamento do magistrado trabalhista Eduardo de Melo Mesquita[7], para quem *“Impõe-se uma atenuada interpretação dos novos institutos processuais, abrindo-se espaço à ‘fungibilidade’ dos instrumentos e suas formas para que não se comprometa o efetivo acesso à ordem jurídica justa e se obste substancialmente as pretensões apresentadas para solução jurisdicional”*. Cássio Scarpinella Bueno[8], citado pelo mesmo juiz do TRT da 11ª Região, arremata: *“O processo, pois, não pode ser obstáculo à realização do direito”*.

No sentido de acolher a fungibilidade — que ao nosso sentir, deve ser acatada no processo do trabalho com veemência ainda maior, em “mão dupla”, tanto para evitar o perecimento de direito que envolve prestação de natureza alimentar, quanto à luz dos critérios de simplicidade e celeridade que norteiam as ações envolvendo dívida de natureza alimentar –, o TST converteu, acertadamente, a ex-OJ 121 de sua SDI-2 na Súmula 405.

### A Coerência do Verbete Sumular

Não haveria contradição entre os incisos I e II da nova Súmula 405? Não estaria a jurisprudência do TST — ao permitir o requerimento de providência de natureza cautelar a título de antecipação de tutela — flexibilizando a inadmissibilidade da própria tutela antecipada em ação rescisória?

Ora, se a antecipação de tutela é vedada em ação rescisória, em nome da segurança jurídica — sendo não menos razoável a imediata suspensão da decisão rescindenda em casos de dano iminente (artigo 273, I CPC) e lesão irreparável — não estaria a menção ao parágrafo 7º do artigo 273 no inciso I da Súmula 405 induzindo contradição, abrindo margem à interposição de infundáveis recursos da parte contra a qual venha a ser concedida a cautelar a título de antecipação de tutela (ou vice-versa) argüindo dissenso pretoriano válido e específico em face do próprio entendimento sumulado?

É inegável que as tutelas de urgência (cautelar e antecipatória) envolvem por vezes contextos de dramaticidade frente ao risco de dano irreparável e não se deve pensar diferente quando se tratar de ação rescisória. Socorre-nos mais uma vez Teori Albino Zavascki, a quem *“a sentença da ação rescisória, como todas as demais sentenças, deve ser resguardada contra os riscos da ineficácia a que esteja eventualmente sujeita”*.

Exemplifique-se com uma ação rescisória ajuizada pelo empregador visando a desconstituir sentença que a condenou ao pagamento de horas extras com base em prova cuja falsidade possa ser comprovada no próprio juízo rescindendo (falsos cartões de ponto, *verbi gratia*), na hipótese de ação fundada artigo 485, inciso VI do CPC. Aforada a ação em meio à fase de

execução do processo de origem e requerendo, por hipótese, a suspensão da execução mediante pedido de antecipação de tutela na exordial da ação rescisória.

Ora, o indeferimento da suspensão da execução sob a premissa do descabimento da tutela antecipada em ação rescisória, além de sugerir formalismo incompatível com o processo do trabalho e o princípio da economia processual que o norteia, colide com o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho assente na também recém-editada Súmula 408. Este verbete indica a aplicação do princípio *iura novit curia* quando da capitulação errônea da ação rescisória, no que pertine à inexigência do enquadramento correto do caso concreto no rol de hipóteses previstas nos incisos do artigo 485 do CPC.

Nada mais razoável, portanto, do que receber o pedido de tutela antecipada aviado na ação rescisória descrita no exemplo retro propugnado e, por via da fungibilidade, conceder a medida liminar acautelatória para suspender o pagamento da execução até o julgamento da ação rescisória.

Se a máxima *iura novit curia* deve ser aplicada aos casos em que o enquadramento da ação rescisória não foi deduzido de modo tecnicamente correto, afigura-se imperiosa — num exercício de hermenêutica sistemática — a ponderação desse princípio com aqueles teleologicamente ligados à instrumentalidade (celeridade processual, devido processo legal, boa-fé processual) e, com isso, privilegiar-se o interesse de ordem pública consistente na coibição da fraude perpetrada (no exemplo proposto, por meio dos falsos cartões de ponto) para conceder medidas acautelatórias em pedido de antecipação de tutela.

## Conclusão

Não é à toa que a nova súmula 405 do TST decorre da seqüência invariável de julgados e do reiterado pronunciamento das Cortes trabalhistas acerca do tema. Deve, pois, o verbete ser estritamente observado, independentemente de força vinculante, com vistas à garantia da célere entrega da prestação jurisdicional.

A dissensão injustificada ao texto sumular, calcada no formalismo insensível de quem supervaloriza os meios (em injustificável apego ao formalismo processual) e não retira as traves dos olhos para vislumbrar os fins, apenas onera as partes e a própria Justiça, obrigando a interposição de recurso a fim de repor o direito segundo a súmula, implicando em quebra da celeridade processual; negando a jurisprudência enquanto fonte material do direito (o que a mera construção contrária não é); sem prejuízo da eventual violação regimental, porquanto seja a súmula prevista regimentalmente; e, acima de tudo, tolhendo o exercício do justo.

Andou bem, portanto, o TST ao consagrar a fungibilidade das tutelas de urgência em sede de ação rescisória por meio da Súmula 405, que deve nortear a prestação jurisdicional no juízo rescindendo trabalhista.



[1] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Da liberdade do juiz na concessão de liminares e tutela antecipatória, Aspectos polêmicos da antecipação de tutela, São Paulo, RT, 1997, p. 536-537.

[2] ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação de Tutela, Saraiva, 2ª edição, 1999, pg. 180.

[3] *Op. cit.*, pg.181/186/187.

[4] *Apud* ZAVASCKI, Teori Albino. *Op. cit*, pg. 182/183.

[5] TRT 3ª Região; AP 2812/98; Fonte DJMG 09/04/99, pg.07; Relator Juiz Paulo Roberto Sifuentes Costa.

[6] *Apud* GOMES, Victor André Liuzzi, in Fungibilidade entre Cautelaridade e Satisfatividade (o novo parágrafo 7º do artigo 273 do CPC), publicado no website [www.mundojuridico.adv.br](http://www.mundojuridico.adv.br) – acesso em 28/12/2005.

[7] MESQUITA, Eduardo Melo de. As Tutelas Cautelar e Antecipada. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003, p. 437

[8] *Op. cit*, p. 437.

Fonte: [https://conjur.jumps.com.br/2006-jan-10/sumula\\_405\\_fungibilidade\\_tutelas\\_urgencia/](https://conjur.jumps.com.br/2006-jan-10/sumula_405_fungibilidade_tutelas_urgencia/)