

A AÇÃO CAUTELAR E OS EFEITOS DA LEI N. 7.788, DE 03.07.89

Marcelo Pimentel(*)

Não se pode confundir os efeitos da Lei n. 7.788, de 3.7.89, cujo art. 7º dispôs que "em qualquer circunstância, não se dará efeito suspensivo aos recursos interpostos em processo de dissídio coletivo", com o escopo da ação cautelar, que visa obter providência urgente e provisória, tendente a assegurar os efeitos de uma decisão judicial pendente de recurso, que o seu titular acredita favorável e que está em perigo, em face de eventual demora.

Com efeito, a ação cautelar é, assim, um terceiro gênero de ação, situada entre a ação de conhecimento e a ação de execução. Por via de consequência, a tutela jurisdicional se exercitará, igualmente, por um processo autônomo, denominado processo cautelar.

Para **José Frederico Marques** ("Manual de Direito Processual Civil", vol. IV, São Paulo, 1976, pág. 332), o conflito que o processo cautelar procura compor é diverso daquele do processo principal, porquanto a pretensão insatisfeita, que qualifica a lide cautelar, diz respeito à garantia que o autor exige, a fim de afastar, do resultado do processo principal, os riscos da dilação processual.

A propósito, **Piero Calamandrei**, em obra clássica, intitulada "Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari", Padova, 1936, XIV, pág. 21, leciona:

"A função dos provimentos cautelares nasce, pois, da relação que se passa entre esses dois termos, a necessidade de que o provimento seja eficaz e a inaptidão do processo ordinário a criar, sem demora, o provimento definitivo.

Os provimentos cautelares representam uma conciliação entre as duas exigências geralmente contrastantes na Justiça, ou seja: a da celeridade e a da ponderação: entre fazer logo porém mal e fazer bem mas tardiamente, os provimentos cautelares visam, sobretudo, fazer logo, deixando que o problema do bem e do mal, isto é, da justiça intrínseca do

(*) O autor é Ministro Togado do TST.

provimento, seja resolvido mais tarde com a necessária ponderação, nas necessárias formas do processo ordinário”.

Assim, o objeto da ação cautelar, sobretudo o chamado **objeto imediato**, é distinto daquele da ação principal. O processo cautelar caracteriza-se pela sua instrumentalidade em relação ao outro processo, incoado da ação principal. É a denominada **instrumentalidade de segundo grau** ou **instrumentalidade ao quadrado**, que, para o mestre da “*Università di Firenze*”, significa dizer que “há nos provimentos cautelares, mais que o escopo de atuar o direito, o escopo imediato de assegurar a eficácia prática do provimento definitivo que servirá, por sua vez, para atuar um direito. A tutela cautelar é, perante o direito substancial, uma tutelar mediata: mais que a fazer justificar, destina-se ao eficaz funcionamento da Justiça” (cf. **Piero Calamandrei**, *op. cit.*, pág. 21).

Em face da mencionada autonomia da ação cautelar, que tem objeto próprio, e do processo cautelar, cujo escopo é caracterizado pela instrumentalidade, não se pode confundir a finalidade da Lei n. 7.788, art. 7º, com o alcance da ação cautelar interposta. E isto porque, a par da distinção de objetos já comprovada, a hipótese legal tem por objetivo restringir um dos efeitos do recurso – o suspensivo, ao passo que a ação cautelar é um direito subjetivo público, abstrato, **per se** (independente de qualquer outro direito subjetivo), **que instaura uma relação processual nova**.

Ademais, na medida que se tem como pacificamente aceita, em teoria geral do processo, a idéia de que a ação cautelar, como toda e qualquer ação, é pretensão à tutela jurisdicional do Estado (**Rechtsschutzanprush**, na expressiva lição de **Adolph Wach**, inobstante sua concepção concretista da ação). Aliás, a ciência processual, nascida da revisão por que passou a disciplina jurídica, na segunda metade do século passado, na Alemanha, distribui a prestação jurisdicional invocada (ação de conhecimento, ação de execução e ação cautelar), em três tipos distintos de processo (de conhecimento, de execução e cautelar), cada qual mantendo seus próprios pressupostos processuais, consoante o histórico ensinamento de **Oscar Von Bulow**, reproduzida por **Giuseppe Chiovenda**. Desse modo, a moderna ciência processual considera o processo cautelar como classe autônoma, colocando-se ao lado do processo de conhecimento, pelo qual se busca dos órgãos jurisdicionais uma tutela declaratória (meramente declaratória, condenatória ou constitutiva) e do processo de execução, quando se pretende uma tutela satisfativa, como um **tertius genus**.

É indiscutível, pois, a aplicação subsidiária do processo comum, em matéria cautelar, à Justiça do Trabalho, a teor do disposto no art. 769, consolidado. A propósito, corroborando a assertiva feita, na linha de raciocínio que aqui se desenvolve, são os escólios de festejado **Amauri Mascaro Nascimento**, *in verbis*:

“É estranha a reduzida utilização de medidas cautelares no processo trabalhista quando também nele existe a necessidade de providências jurisdicionais antecedentes ou paralelas com o desenvolvimento do litígio, imprescindíveis diante da demora na solução da demanda, tanto maior

quanto mais densa a população trabalhista de uma área demográfica. Assim, exatamente nos grandes centros, e com o número elevado de processos, e expectativa da solução do caso trabalhista é frustrado por um desdobramento do processo, que transfere para bem longe a entrega da prestação jurisdicional reclamada pelo empregado. Não basta a correção monetária para reparar economicamente a demora com a atualização do valor da condenação porque o problema da justa garantia de direito é mais amplo. O Juiz do Trabalho, às vezes, precisa também conhecer sumária e previamente, fatos que podem fundamentar a demanda futura e que sem a pronta atuação judicial desaparecem, como os fatos relativos às condições e ao ambiente de trabalho, daí sentir a falta de instrumentos cautelares de puro conhecimento. Não só a garantia da prova mas também do objeto da lide se faz indispensável, como a expedição de ordens que assegurem o trabalhador contra a dilapidação do patrimônio do empregador: o patrimônio do empregador é a garantia do empregado. Assim, medidas de tutela da propriedade ou do crédito, destinadas a possibilitar a reparação, têm que ser antecipadas ainda que provisoriamente. Outras vezes, medidas cautelares negativas são fundamentais para impedir a modificação de um estado ou situação existente ao tempo da petição inicial e evitar o dano que se tornaria inevitável com a demora do pronunciamento judicial, como a contra-ordem de transferência abusiva do empregado. Só a valorização das medidas cautelares no processo trabalhista pode contribuir para a redução de problemas dessa natureza" (cf. "Curso de Direito do Trabalho", 9ª ed., São Paulo, 1988, págs. 294/295).

Verifica-se que a Lei n. 7.788/89, ao contrário do que pretende a doutrina não dominante, não proíbe que a parte ameaçada de grave lesão de seu direito invoque a prestação jurisdicional, apenas impede que os recursos tenham, nos dissídios coletivos, em qualquer hipótese, efeito suspensivo. Em verdade, o escopo da Lei é impedir que, na relação processual, em curso, sejam obstados os efeitos da sentença normativa, não trânsita em julgado.

Sustentar que a mencionada Lei alcança relação processual futura, oriunda, por exemplo, de uma ação cautelar, significaria equiparar o recurso, que é um direito processual subjetivo, com o direito de ação, que é um direito subjetivo público *per se* (teoria da ação como direito abstrato de agir, dominante no direito nacional e alienígena, desenvolvida por **Alfredo Rocco**).

Oportuna, a respeito, é a opinião de **Sérgio Bermudes**, assim expressa:

"A ação é direito de invocar a função jurisdicional, quando ainda não se inaugurou a relação processual, ao passo que o recurso é, apenas, o direito de provocar o reexame da lide, quando a relação processual já existe, havendo, inclusive, sido oferecida uma prestação jurisdicional, contida na decisão de que se recorre.

Interposto o recurso prolonga-se a situação de pendência e o processo continua em seu movimento, através de novos atos processuais. Não nasce, assim, com a interposição do recurso uma nova instância, mas,

somente, o procedimento recursal, pois a possibilidade dos recursos apresenta-nos o fenômeno de uma pluralidade de procedimentos dentro de uma só relação processual.

(Aliás, esses argumentos levam, também, à rejeição da tese que enquadra os recursos na categoria de processos especiais). Contra a equiparação do recurso à ação pode-se opor, ainda, a arguta observação de que a causa da ação é o julgamento de um pedido, enquanto a finalidade do recurso é um **novo julgamento**" (cf. "Comentários ao Código de Processo Civil", vol. VII, São Paulo, 1975, págs. 20/21).

Pretender, igualmente, seja descabida a cautelar, **in casu**, em face da "expressão teológica-normativa do art. 7º, da Lei n. 7.788/89", sob o fundamento da coincidência de objetos, é puro sofisma.

Preliminarmente, invocar o velho adagio-exceptiones sunt strictissimae interpretationes, não é despiciendo, pois, reafirme-se, a Lei n. 7.788/89 não proíbe, nem pode proibir, em face da teoria da ação como direito abstrato de agir, que a parte, ameaçada de grave lesão de seu direito, invoque a prestação jurisdicional cautelar, apenas impede que se dê "em qualquer circunstância"... "efeito suspensivo aos recursos interpostos em processo de dissídio coletivo". Obviamente, o escopo da Lei foi o de impedir que, no curso da relação processual, em face de recurso, sejam obstados os efeitos da sentença normativa, não trânsita em julgado.

É irrefutável serem diferentes os objetos da ação cautelar e da ação principal, pois, a primeira visa assegurar o resultado útil do processo (esse é o seu objeto), ao passo que a outra objetiva ao bem material controvertido, que jamais seria prejudicado pela outorga da cautela pleiteada.