

MEDIDA CAUTELAR INOMINADA EM AÇÃO RESCISÓRIA

MANOEL ANTONIO TEIXEIRA FILHO

SUMÁRIO: I — Considerações Introdutórias. II — O Poder Geral da Cautela. III — Medida Cautelar Inominada em Ação Rescisória. IV — Conclusão Geral.

“É sem dúvida de mister consagrar a autoridade da coisa julgada, mas não é menos essencial consagrar o império da verdade e da justiça, quando se patenteia tal que não se pode dele duvidar.”

Pimenta Bueno

(“Apontamentos”, 3ª ed., pág. 256)

I — CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

O devido processo legal, enquanto traduz o método ou a técnica de que se utiliza o Estado para exercitar o poder — dever de solucionar os conflitos intersubjetivos de interesses submetidos à sua cognição jurisdicional, é substancialmente unitário, motivo por que o seu conceito deve trazer sempre o traço da homogeneidade.

O reconhecimento dessa unidade ontológica, entretanto, não impede que falemos de um processo “do trabalho” ou “civil”, na medida em que a expressão apenas põe em realce a “especialidade” processual, que se revela e se define segundo a natureza das lides a que é destinada a compor.

Sem perder de vista essa particularidade, a doutrina brasileira, fortemente influenciada pela italiana — e pondo à frente a espécie de provimento jurisdicional solicitado pela parte —, admite a existência de três classes de processo: a) de conhecimento; b) de execução e c) cautelar.

O atual CPC respeitou essa construção doutrinária ao dedicar um Livro para cada modalidade processual; e o fato de haver reservado, em particular, o Livro III para o processo cautelar, o coloca, reconhecidamente, na vanguarda das modernas codificações.

Convém lembrarmos que no Código de 1939 a matéria era tratada sob o título (inadequado, por certo), de “processos acessórios”, aos quais eram adjungidas “medidas preventivas”.

A nota característica do processo acautelatório é a pretensão à segurança, vez que a sua finalidade não é fazer atuar o direito material e sim assegurar a eficácia da providência jurisdicional definitiva; esta é que tem o escopo de garantir a atuação da norma jurídica substancial, quando for o caso.

A segurança pode ter como objeto: a) a prova; b) os bens ou c) a antecipação provisória da prestação jurisdicional de fundo.

a) A segurança quanto à prova visa antecipá-la sempre que houver risco de que não seja possível produzi-la, oportunamente, no curso do processo principal. Aqui se incluem, e. g., a produção antecipada de provas, propriamente dita, que compreende o interrogatório da parte, a inquirição de testemunhas e o exame pericial (CPC, art. 846); a exibição de documentos, coisas e escrita comercial (art. 844); a justificação, destinada à inquirição de testemunhas e à juntada de documentos (art. 884).

b) A garantia respeitante aos bens apresenta, em regra, a finalidade de assegurar a futura execução, daí porque uma tal providência acarreta certas medidas coercitivas, como o arresto, o seqüestro e a caução.

É sensato reconhecer, todavia, que em casos excepcionais a segurança de que estamos a nos ocupar se relaciona com a própria cognição, como ocorre, p. ex., quando se determina o seqüestro de coisa a fim de garantir a realização de exame pericial, que a terá por objeto.

c) Já a segurança por meio da antecipação provisória da prestação jurisdicional sói atender à necessidade de proteção a pessoas (alimentos, guarda de filhos, de incapazes) conquanto possa, em situações invulgares, referir-se a direitos.

Tem sido tradição doutrinária indicar como pressupostos do processo cautelar: a) a aparência de bom direito (*fumus boni iuris*) e b) o perigo na demora (*periculum in mora*).

a) Aparência de bom direito. Consoante a opinião comum dos doutos, para que a providência acautelatória seja concedida cumpre ao requerente demonstrar ao juiz a verossimilhança do direito material alegado, que é — ou será — objeto da ação principal, conforme se trate de procedimento cautelar incidental ou “preparatório” (CPC, art. 796).

Há, porém, um profundo equívoco nessa concepção, pois as cautelas têm como objeto a tutela do *direito ao processo*, e não do direito material.

Não se impõe ao solicitante da medida a prova de um seu direito líquido e certo, à feição do que se dá no plano do mandado de segurança (Lei n.º 1.533/51, art. 1.º, caput), e sim que propicie ao magistrado condições de realizar um mero juízo de *probabilidade* quanto à existência do direito invocado.

Daí a doutrina e a jurisprudência se referirem à “aparência” do (bom) direito.

Observa Piero Calamandrei, a propósito, que a declaração de certeza acerca da presença efetiva do direito constitui finalidade do pronunciamento jurisdicional de fundo, acrescentando que para a concessão da medida acauteladora é bastante que, segundo o cálculo das possibilidades, “se possa prever que a providência principal declarará o direito em sentido favorável àquele que solicita a medida cautelar” (“Introducción al estudio sistemático de las pruebas cautelares”, trad. de Sentis Meleno, Ed. Bibl. Argent., Buenos Aires, 1945, pág. 77).

Esse parecer de Calamandrei, como se percebe, está em harmonia com o seu entendimento de que a finalidade das medidas cautelares radica na antecipação dos efeitos da providência definitiva; mais que isso, contudo, representa uma perigosa infiltração, no campo das cautelares, da teoria *chiovendiana*, que condiciona o direito de ação à ocorrência de uma sentença favorável aos interesses do autor.

Data venia, a doutrina de Chiovenda fica a dever-nos uma explicação razoável diante dos casos concretos em que a sentença não reconhece o direito apontado pelo autor, ou seja, é desfavorável a ele. Qual teria sido, na hipótese, o poder ou a faculdade que a lei atribui ao autor para provocar o exercício da função jurisdicional do Estado — e movimentar, em consequência, as engrenagens da máquina judiciária — se não possuía o direito alegado?

Sabemos que o ato de ingressar em juízo, como direito subjetivo, prende-se unicamente a que a parte faça alusão a um interesse (CPC, art. 3º), próprio ou de terceiro (CPC, art. 6º), protegido de maneira abstrata e genérica pelo ordenamento jurídico, incumbindo ao Estado-juiz, a partir dessa provocação, exercer a função jurisdicional que lhe é privativa, ainda que seja para proferir sentença contrária às pretensões do solicitante. Por outros termos: o direito de ação não tem a sua existência subordinada ao resultado do provimento jurisdicional a respeito da *res in iudicio deducta*.

Assim o é porque a ação se encontra modernamente consagrada como um direito subjetivo público, elevado, em muitos países (como é o caso do Brasil), à categoria constitucional (Const. Fed., art. 153, § 4.º), sendo preexistente ao próprio processo e desvinculado de qualquer relação com o direito material que se destine a proteger. Adolfo Wach, aliás, já destacara a ação declaratória negativa como o mais expressivo argumento em prol do caráter abstrato do direito de agir em juízo, precisamente porque a pretensão do autor, aqui, é obter uma de-

claração jurisdicional quanto à *inexistência* do direito ou da relação jurídica (CPC, art. 4.º).

Esse argumento de WACH representou um eficiente golpe de morte na teoria *civilista* da ação, a que se haviam ligado SAVIGNY, MATTIROLO, FILOMUSI GUELFY e JOÃO MONTEIRO.

Daí vem que o pressuposto do *fumus boni iuris* não deve ser entendido como um acerto da lide (= mérito), mesmo que provisório, posto que o juiz, ao apreciar um pedido de acautelamento, não adentra no exame da pretensão de fundo, não se pronuncia sobre a verossimilhança do direito *material* indicado pelo requerente. Com isso, estamos sustentando, vez mais, de par com a melhor doutrina, que o escopo das providências cautelares é a tutela *do processo* e não do direito substancial, como se tem suposto.

Conforme ressalta Ronaldo Cunha Campos, “se o processo cautelar tem por fim tutelar o processo, o que se acerta no seu decorrer é a existência de ameaça ao direito da parte ao processo, isto é, ao direito de ação, que não se confunde de forma alguma com o direito subjetivo material” (“Estudos de Direito Processual”, Uberaba, 1.ª ed., 1974, págs. 128/129).

Estamos seguros de que essa é a única solução para compatibilizarmos o requisito do *fumus boni iuris* com a moderna teoria da ação como um direito *abstrato* de impetrar a tutela jurisdicional do Estado; fora disso, a aporia da harmonização mencionada haverá de resolver-se pelo abandono desse pressuposto, como providência necessária à preservação da doutrina supracitada.

b) Perigo na demora. É sabido que, eliminada a possibilidade de autotutela de direitos e transformada a jurisdição em atividade monopólica do Estado, o indivíduo adquiriu direito à tutela jurisdicional e a uma conseqüente prestação boa e rápida. Os fatos do cotidiano forense, porém, estão a demonstrar que, em concreto, esse desiderato de celeridade está reduzido a mero anseio, a um ideal quase inatingível, porquanto a solução dos conflitos de interesses é realizada, regra genérica, de modo irritantemente lento — circunstância que no plano da Justiça do Trabalho assume aspecto de autêntica *denegação de justiça*, para lembrarmos a prudente advertência formulada por José Arlas.

Essa morosidade resulta de fatores heterogêneos, que incluem a obsolescência das estruturas judiciárias, o reduzido número de órgãos jurisdicionais (máxime de primeiro grau), o mal aparelhamento desses organismos, além de vários arcaísmos comprometedores do próprio procedimento judicial; é de inteira justiça ressaltarmos, contudo, que para a formação

desse conhecido quadro de tardança na composição dos conflitos interindividuais *em nada têm contribuído os juízes*, que, até onde sabemos, vêm se dedicando responsabilmente — e com grande operosidade — ao exercício das funções que lhes são legalmente cometidas.

O quadro, ora descrito, autoriza-nos a afirmar que o alardeado princípio da celeridade do procedimento apresenta, na atualidade, indisfarçável caráter de *discurso retórico*, pois a prestação jurisdicional trabalhista, bem ao reverso, tem sido lenta, compassada, quanto mais se levamos em conta a necessária formação da coisa julgada como fenômeno imprescindível para ensejar a seqüente execução definitiva da sentença — execução que, quase sempre assinalada pela presença de um vasto elenco de incidentes, não raro se torna muito mais demorada do que o próprio processo de conhecimento, onde ainda era incerta a existência do direito invocado pelo autor.

Se, de um ponto, tal situação é sobremaneira preocupante, de outro, surge como o mais ponderoso argumento em favor da ampla adoção de medidas cautelares no processo do trabalho, que, se bem utilizadas, podem não apenas prestar bons serviços aos interesses das partes, mas contribuir, significativamente, para o revigoração da credibilidade popular no que concerne à Justiça do Trabalho como instituição.

A despeito das deficiências judiciárias denunciadas, o procedimento acautelatório deve ser rápido, livre de obstáculos, tendo como preocupação a sumariedade, porquanto não é concebível que tendo as medidas de cautela sido criadas para colocar os interesses individuais a salvo das conseqüências deletérias, que a morosidade do processo principal geralmente produz, o procedimento para obtê-los venha a ser tão — ou mais — lento do que este. A *summa cognitio* deve ser, pois, o princípio medular desse procedimento, em virtude do *periculum in mora* que justifica a sua exigência.

Considerando que no âmbito da Justiça do Trabalho (para cogitarmos apenas dela) constitui fato notório (CPC, art. 334, I) que, na maioria dos casos, a prestação jurisdicional é tardonha, o bom-senso recomenda dispensar-se o requerente de demonstrar o perigo na demora, como pressuposto para a emissão de medida cautelar.

O momento impele-nos a ponderar que determinadas providências acautelatórias dispensam a investigação judicial a respeito da presença do *fumus boni iuris* e até mesmo do *periculum in mora*; para que a nossa afirmação seja convenientemente entendida, faz-se imperioso lecionarmos que do ponto-de-vista doutrinário as medidas cautelares se separam em dois gru-

pos distintos, conforme seja a sua natureza (ou índole): a) jurisdicionais e b) administrativas.

Em que pese haja alguma cizânia a propósito do acerto e da utilidade dessa divisão dicotômica, antecipamo-nos em dizer que é acertada e útil; antes de revelarmos as razões que nos conduzem a esse parecer, deixemos dito que se inserem no elenco das jurisdicionais o arresto, o seqüestro, a caução, o atentado, a busca e apreensão, a exibição; no das administrativas, a produção antecipada de provas, a justificação, o protesto, a notificação, a interpelação — apenas para citarmos as que incidem, a nosso ver, no processo do trabalho.

A divisão das cautelares nas duas classes referidas é relevante não só para demonstrar que, em geral, apenas as jurisdicionais reclamam a presença dos requisitos da aparência do bom direito e do perigo na demora, como também que as administrativas, por sua índole natural: a) não se subordinam a todos os pressupostos estampados no art. 801, do CPC (e. g., a indicação da lide); b) não autorizam a expedição de liminares (CPC, art. 804); c) não implicam a caducidade, de que trata o art. 806, do CPC; d) não geram responsabilidade civil para o requerente (CPC, art. 811); e) não ensejam a condenação em honorários advocatícios; f) não provocam dependência em relação ao processo principal (CPC, art. 796); g) não têm eficácia preventiva da jurisdição (CPC, art. 106).

O não reconhecimento — embora inadvertido — de uma classe de medidas cautelares de natureza *administrativa* tem sido causa, na prática, de distorcidas interpretações das normas do CPC relativas à matéria.

II — O PODER GERAL DE CAUTELA

O CPC vigente, como vimos, dedicou o Livro III ao processo cautelar, tendo estabelecido, no Capítulo I (arts. 796 a 812), disposições gerais sobre o assunto e reservado o Capítulo II (arts. 813 a 887) para os procedimentos acauteladores específicos.

A rigor, os arts. 801 a 804 versam do procedimento cautelar comum.

Interessa-nos, em especial, dentro do Capítulo I, a regra inscrita no art. 798, cujo enunciado é o seguinte:

“Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as *medidas provisórias* que julgar adequadas, quando houver *fundado receio* de que *uma parte, antes do julgamento da lide* cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação” (grifamos).

Eis aí a sede legal do poder geral de cautela do juiz, de que tanto falam a doutrina e a jurisprudência.

Antes de analisarmos a natureza e o alcance desse poder, convém lançarmos alguns escólios — conquanto breves — pertinentes à redação do art. 798, do CPC, que reproduzimos.

O texto em questão colide com a melhor doutrina nos pontos em que utiliza as expressões “medidas provisórias”, “antes do julgamento” e “da lide”.

Com efeito, apesar de juristas de nomeada (Chiovenda, Calamandrei, Frederico Marques e outros) sustentarem que as medidas acautelatórias — do ponto-de-vista finalístico — são sempre provisórias e dependentes do processo principal (CPC, art. 796), sabemos que essa provisoriedade e essa dependência não podem ser atribuídas à generalidade das cautelares. Argumentemos com a *justificação*, procedimento cautelar específico, que segundo o próprio Código se destina a demonstrar a existência de fato ou de relação jurídica “*para simples documentação e sem caráter contencioso*” (grifamos) (art. 861). Onde, pois, a sua dependência a um hipotético “processo principal” quando é elementar que tal justificação representa um fim em si mesma? Idênticas razões podem ser aduzidas quanto aos protestos, notificações e interpelações, enfim, às cautelas de índole administrativa, eis que desvinculadas de qualquer processo futuro, principal.

Nada obstante o diploma processual civil em vigor se apresenta omissivo quanto à possibilidade de obtenção de medida cautelar *após* o julgamento da lide, a doutrina, com grande descortino, a admite. Ilustremos com um exemplo. Proferida a sentença, e sem que esta tenha transitado em julgado, o autor requer o arresto de bens do réu. Andará certo o juiz se indeferir o pedido, pois ausente o indispensável requisito da “prova literal de dívida líquida e certa”, exigido pelo art. 814, do CPC. Afinal, a sentença pode ser impugnada via recursal e reformada pelo acórdão. Caso, entretanto, o autor se valesse de um procedimento cautelar inominado (solicitando, digamos, a reserva de bens do réu, a fim de garantir a eventual execução), colocamo-nos em boa sombra para asseverar que o juiz, no regular exercício do seu poder geral de cautela, poderia conceder a medida — embora *posteriormente* ao julgamento da lide.

Incidu em erro, portanto, o Código ao dispor que a providência acautelatória inominada deva ser emitida (apenas) *antes* do pronunciamento jurisdicional acerca do mérito.

De resto, a referência do CPC à lide induz à pressuposição de que em todos os casos deva existir um processo principal, fato que nem sempre ocorre. Basta argumentarmos com as me-

didadas cautelares de natureza administrativa, que podem ter existência *autônoma*, dada a sua auto-suficiência teleológica.

Segue-se, que a petição inicial relativa a essa espécie de providência não precisa indicar “a lide e seu fundamento”, como está na dicção generalizante do inciso I do art. 801, do CPC.

O Código, aliás, está comprometedoramente impregnado de inúmeros outros deslizes técnicos no Livro que trata do processo cautelar; escapa ao objetivo deste trabalho, todavia, esmiuçá-los.

Voltemos, por isso, ao poder geral de cautela.

Nos arts. 798 e 799, do CPC, abriga-se não um dos tantos poderes ordinários que a lei, em regra, outorga ao juiz, na qualidade de reitor do processo; aí reside, em verdade, um poder extraordinário, amplo, quase irrestrito, comparável talvez ao do pretor romano “quando, no exercício do *imperium*, decretava os *interdicta*” (Galeno Lacerda, “Comentários ao Código de Processo Civil”, vol. VIII, Tomo I, Rio, Forense, 1981, pág. 136).

Não é despropositado afirmarmos que os artigos mencionados representam características *normas em branco*, que abrem largo espaço para a atuação tipicamente discricionária do magistrado; a concessão de providências acautelatórias inominadas subordina-se, em razão disso, apenas ao seu prudente arbítrio, conquanto *possa* o juiz, para evitar dano ao requerido, ordenar que o requerente preste caução, real ou fidejussória.

A caução, quando exigida, funciona como contracautela, motivo por que não deve ser confundida com a prevista no art. 805, do mesmo Código, cuja prestação fica a cargo do requerido e tem caráter *substitutivo*.

Tendo em conta a magnitude do poder geral de cautela, onde a discricção judicial é praticamente ilimitada; a relativa simplicidade do procedimento; a sua inespecificidade e a incontestável utilidade que propicia aos interesses das partes, animamo-nos a opinar que, *de lege ferenda*, o processo do trabalho deveria incorporar, sem hesitações, esse poder genérico, atribuindo-o expressamente ao juiz, que o exerceria singularmente para atender ao universo dos casos ocorrentes na prática; a extrema eficácia e a ampla incidência dos procedimentos cautelares inominados leva-nos a preconizar, até mesmo, o abandono dos procedimentos específicos, aos quais o CPC atual destinou boa parte das suas disposições.

É precisamente a relevância das providências cautelares inominadas que nos coloca duplamente surpresos: primeiro, pela falta de elaboração doutrinária mais intensa a respeito do assunto — fato que repercute na jurisprudência; segundo, pela escassa utilização dessas *provectas* medidas pelos advogados

trabalhistas. É razoável supor, todavia, que este último fato decorra do primeiro. Ou vice-versa.

Uma certa preocupação, de outra parte, nos toma de assalto diante da constatação de que a própria doutrina processual civil, que há vários lustros vem se dedicando ao estudo sistemático da disciplina, ainda não conseguiu uma uniformidade em suas conclusões; pelo quanto pudemos verificar, o que há, nesse plano, são inúmeros “arquipélagos doutrinários”, correntes isoladas de pensamento que se formam a partir das dissensões acerca do tema — mais que palpitante e desafiador, polidrico e movediço.

No processo do trabalho, o poder geral de cautela encontra harmoniosa ressonância no art. 765, da CLT, que concede aos juizes ampla liberdade da direção do processo; demais disso, reforça, sob certo aspecto, o entendimento corporificado na Conclusão LXIV do memorável Simpósio de Curitiba, realizado em 1975, no sentido de que “O juiz pode determinar de ofício medidas provisórias (sic) no curso do processo”.

III — MEDIDA CAUTELAR INOMINADA EM AÇÃO RESCISÓRIA

Já em 1981 encontrávamos oportunidade e argumentos para afirmar que as causas de rescindibilidade dos julgados trabalhistas deveriam ser as previstas no Código de Processo Civil vigente e não as relacionadas nos arts. 798 a 800 do Código de 1939, como estava a dispor, às canhas, o Prejulgado n.º 49, do TST — mais tarde convertido na Súmula n.º 169 (“Comentários às Súmulas Processuais do TST”, São Paulo, LTr, pág. 181).

Coincidência ou não, o Tribunal Superior do Trabalho, via Resolução n.º 02/84 (DOU de 26-10-84, pág. 18.050), alterou a redação da Súmula n.º 169, que passou a ser: “As ações rescisórias ajuizadas na Justiça do Trabalho serão admitidas, instruídas e julgadas conforme os arts. 485 *usque* 495 do Código de Processo Civil de 1973, sendo, porém, desnecessário o depósito prévio a que aludem os arts. 488, inciso II e 494 do mesmo Código” (grifamos).

Restabeleceu-se, com essa providência, a normalidade jurídica.

Registrado o fato e considerando o quanto até esta parte expusemos, chega o momento de verificarmos se o juiz, no regular exercício do seu poder geral de cautela, pode conceder medida cautelar tendente a suspender a execução definitiva da sentença contra a qual se dirige a rescisória.

O tema é, sem dúvida, fascinante e desafiador, embora a doutrina não lhe venha dedicando a atenção que merece, ao menos com a intensidade com que o faz relativamente a outros assuntos jurídicos.

Basicamente, dois expressivos obstáculos legais podem ser opostos à viabilidade de emissão de providências acautelatórias na hipótese suscitada. O primeiro está representado pelo art. 153, § 3.º, da Constituição Federal, que impõe à própria lei o respeito à coisa julgada; por mais forte razão — dir-se-á — esse acatamento deve ser exigido do Poder Judiciário, a quem incumbe não apenas aplicar a norma legal aos casos concretos, mas, acima de tudo, velar pela supremacia constitucional. O segundo reside no art. 489, do CPC, que estabelece não possuir a ação rescisória eficácia paralizante da sentença (ou acórdão) rescindenda.

Examinemos o alcance dessas normas.

O obstáculo, que possa estar nelas espelhado, em verdade é mais aparente do que real. A exata compreensão desta assertiva só é possível mediante a conscientização de que a *res iudicata* não é, como se tem difundido a mancheias, algo absolutamente intangível e imutável. Os que divergem desta opinião, em regra não se desvencilham da dificuldade de justificar o fato de o próprio texto constitucional — que impõe obediência à coisa julgada — fazer expressa referência à *ação rescisória*, como revelam, p. ex., os arts. 119, I, “m” e 122, I.

Ninguém, por certo, haverá de sentir-se a cavaleiro para sustentar que o art. 485, do CPC — onde a rescisória é disciplinada — seja contrastante com a letra da Constituição; bem ao contrário, a rescisória tem assento constitucional.

Logo, a autoridade da coisa julgada não é absoluta nem perpétua.

De outra parte, observe-se que o art. 489 do Código só se ocupa da *ação rescisória* para dizer que ela não suspende a execução da sentença exequenda; essa declaração legal, contudo, não alcança a ação cautelar inominada, com sua vocação zetética.

É também provável que se venha a objetar no sentido de que a concessão de medida cautelar destinada a suspender a execução definitiva da sentença equivaleria a atribuir preeminência a um simples *fumus boni iuris*, em confronto com a coisa julgada material; afinal, como se poderia, no procedimento acautelatório, reconhecer uma “aparência” de direito do autor se o réu possui, em seu benefício, a certeza do direito, consubstanciada no pronunciamento jurisdicional passado em julgado e, por isso mesmo, já transmutado em título executivo?

Um tal argumento, devemos admitir, é judicioso; mas não insuperável.

Sem embargo, é axiomático que: a) a *res iudicata*, por princípio, tem preeminência jurídica diante de qualquer ato (administrativo, jurisdicional, legislativo etc.) que a ela se contraponha; b) o fenômeno da coisa julgada encontra sua necessidade em razões de ordem política. Daí a eficácia, que se lhe tem atribuído, de transformar até mesmo o branco em negro e o quadrado em redondo (*facit de albo nigrum et de quadratum rotundum*, segundo o vetusto aforismo de origem romana).

Não menos verdadeira, entretanto, é a existência de exagerada exaltação da autoridade da coisa julgada, a ponto de conferir-lhe uma auréola algo sacrossanta, que tem sido responsável, em grande parte dos casos, pela atitude acentuadamente dogmática, reacionária, que se vem adotando em face do problema da emissão de medidas cautelares em ação rescisória.

Na penetrante advertência de Pimenta Bueno, “É sem dúvida de mister consagrar a autoridade da coisa julgada, mas não é menos essencial consagrar o império da verdade e da justiça, quando se patenteia tal que não se pode dele duvidar” (“Apontamentos”, 3.^a ed., pág. 256).

Vetar, com extremada intransigência, a *possibilidade* de utilização de medidas acauteladoras atípicas, voltadas para o sobrestamento da execução da sentença rescindenda, será, em determinadas situações, fazer imprudente abstração da realidade prática, além de negar as salutares razões finalísticas dessas providências.

É proveitoso lembrar que a ação rescisória pode suscitar não somente o juízo *rescindens*, pelo qual se obtém a desconstituição da coisa julgada e a conseqüente eliminação da sentença do mundo jurídico, mas também o *rescissorium*, que implica um novo julgamento da causa, do que decorre a eventualidade de o autor (na rescisória), outrora vencido na ação em que foi proferida a sentença rescindenda, tornar-se vencedor e munir-se, em decorrência disso, de um título executivo que o habilita a promover a correspondente execução.

Essa particularidade foi pinçada pela argúcia de Galeno Lacerda: “Portanto, se, no curso da ação rescisória, o réu, vencedor na ação originária, aliena ou destrói a “res” objeto da mesma ação originária, pratica ato lesivo que frustra o possível êxito do juízo rescisório. É quanto basta para o inegável cabimento e pertinência da ação cautelar, embora se trate de seqüestro ou arresto, ou medida inibitória inominada” (obra cit., pág. 66).

Não estamos, como seja de conjecturar-se, preconizando o emprego sistemático, indiscriminado e até abusivo das medidas cautelares como instrumento de investidas rebeldes contra a irrecusável autoridade da coisa julgada; o que está na base do nosso propósito é demonstrar a *possibilidade jurídica* de serem emitidas, *em certos casos*, providências dessa natureza com a finalidade de sobre-ser a execução da sentença rescindenda.

Com vistas a esse escopo, é importante realçarmos que o atual CPC ampliou, de maneira considerável, o campo de incidência da ação rescisória, fazendo-o “como compensação ao rigor com que semeou presunções, em especial na revelia, presunções que, como é notório, com acelerar a solução do litígio, propiciam, de outra parte, maior frequência no erro, na injustiça e na ilegalidade da sentença” (Galeno Lacerda, obra cit., pág. 63).

Isto significa, em termos objetivos, que o elastecimento das causas de rescisão dos julgados deve ser interpretado como uma espécie de contrapeso à prodigalidade com que o legislador deitou presunções ao longo do texto do CPC de 1973; por outra forma de expressão, esse fato representou, fundamentalmente, uma implícita redução do grau de autoridade da *res iudicata*, que agora se tornou suscetível de ataque mais amplo pelas vias rescisórias, na exata medida em que resultou alargada a probabilidade de ser produto de decisões injustas, ou mesmo ilegais.

Imaginemos uma sentença exequenda prolatada por juiz *manifestamente incompetente* (incompetência *ratione materiae*, *ratione personae*), que se visa a desconstituir: como negar a providência acautelatória solicitada quando tudo está a evidenciar que o sucesso da rescisória será inevitável (em virtude da causa em que se funda), fazendo, em conseqüência, com que desapareça o título executivo, vale dizer, a sentença exequenda? Idênticas razões poderiam, *mutatis mutandis*, ser utilizadas relativamente às decisões: a) proferidas por juiz impedido; b) provenientes de dolo da parte vencedora em detrimento da vencida, ou de colusão entre os litigantes, com o objetivo de fraudar a lei; c) dadas por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; d) que tenham perpetrado ofensa à coisa julgada; e) violado literal disposição de lei; f) baseadas em prova falsa.

Para quem pretenda afirmar que o deferimento de medidas cautelares inominadas, em ação rescisória, possa, em tese, contrariar os interesses dos trabalhadores, como classe, — e admitida a relevância que o argumento, em verdade, não possui —, redargüimos que em alguns casos a concessão dessas providências convém aos interesses dos empregados, em que pese as aparências possam conduzir a conclusão oposta.

É só pensar em uma rescisória “proposta” pelo empregador-executado, sob o judicioso fundamento de que a sentença foi emitida por juiz *manifestamente incompetente* (incompetência absoluta); negar-lhe a medida acauteladora inominada, em nome da autoridade da coisa julgada e das declarações inseridas nos arts. 489 e 587, do CPC, seria, de um lado, compeli-lo a presenciar virtual expropriação do seu patrimônio, por força da execução onde figura como devedor, e, de outro, tornar-lhe irreparável essa expropriação, pois é razoável imaginar que o trabalhador, quando definitivamente vencido na rescisória, já não teria meios para restituir o que recebera na execução. Ainda que os tivesse, isso não constituiria razão jurídica para obstar a adoção de providências cautelares, na hipótese que estamos a examinar.

Na situação há pouco aventada, aliás, a aparência de bom direito do autor (na cautelar) estaria perfeitamente configurada pela possibilidade de imediata constatação da incompetência absoluta do juiz proferidor da sentença rescindenda.

Verificado o *fumus boni iuris*, nada impede que o relator conceda a medida liminarmente, posto que aguardar o decurso dos prazos fixados para o procedimento acautelatório poderia conduzir à frustração da finalidade da medida, que é o urgente trancamento da execução.

A despeito de o princípio legal (CPC, art. 796) estabelecer que as providências cautelares podem ser requeridas tanto em caráter “preparatório” quanto incidental, a autoridade que se esplende da coisa julgada *recomenda* que sejam concedidas apenas incidentalmente. Sucede que a instauração do procedimento cautelar no curso da ação rescisória propiciará ao juiz — pela análise dos fatos e dos fundamentos jurídicos indigitados na inicial — melhores condições de verificar acerca da verossimilhança do direito alegado pelo requerente, o que nem sempre será viável quando a medida for solicitada *antes* do ajuizamento da rescisória. Neste último caso, pouco ou nenhuma convicção teria o relator para conceder a providência, seja porque ainda inexiste a ação principal (rescisória), seja em face da *res iudicata*, cujos efeitos não devem ser coarctados pela mera plausibilidade de um direito do solicitante da medida — direito que à míngua de elementos nos autos da cautelar, talvez não se possa aferir com a necessária segurança.

De qualquer forma, o deferimento, ou não (com ou sem liminar), de medida acautelatória destinada a suspender a execução da sentença rescindenda ficará, em cada caso, reservado ao prudente arbítrio do juiz, à discricionariedade que lhe é inerente no exercício do seu poder geral de cautela.

Caso delibere expedir a medida sem audiência da parte contrária, o relator poderá (logo, estamos diante de uma faculdade) exigir que o requerente preste caução, real ou fidejussória (CPC, arts. 797 e 799), embora entendamos ser essa contracautela, por princípio, incompatível com o processo do trabalho.

CONCLUSÃO GERAL

1. A autoridade da coisa julgada não é absoluta, nem intangível, como se tem proclamado; tanto isto é verdadeiro, que a própria Constituição Federal, que lhe assegura o respeito (art. 153, § 3.º), prevê a *ação rescisória* como via jurídica específica para desconstituí-la (arts. 119, I, “m” e 122, I).

2. Daí resulta que, presentes os pressupostos da aparência de bom direito e do perigo na demora, poderá o Tribunal conceder medida cautelar atípica, tendente a suspender a execução definitiva da sentença rescindenda, sem receio de ofensa à regra estampada no art. 489, do CPC. De igual modo, entra na faculdade do relator, no regular exercício de seu poder geral de cautela, emitir *liminarmente* a providência, sempre que necessária para evitar lesão grave e de difícil reparação a direito do solicitante (CPC, art. 804) — do qual *podrá* exigir contracautela (*ibidem*).

3. O fenômeno da coisa julgada, embora não iniba a emissão de providências acautelatórias com a finalidade precitada, *recomenda* que estas somente sejam deferidas em caráter *incidental*, pois neste caso o relator terá diante de si elementos mais concretos para convencer-se, ou não, quanto à verossimilhança do direito alegado pelo requerente.