

## DOS PODERES DE CAUTELA DO JUIZ

**Antonieta Lúcia Maroja Arcoverde Nóbrega (\*)**

Remonta a 1939 a afirmação do autor Lopes da Costa de que o poder característico do juiz é o da decisão. Então, é de se deduzir que desde aquela época a atividade típica do juiz, atribuída pelo Estado por meio de ordenamento positivo, consistia na atividade jurisdicional, a qual representava o poder inerente ao Estado, de decidir os conflitos de interesse levados ao judiciário.

Contudo, a legislação, apesar de esclarecer poderes e deveres delimitados pelo legislador, não o faz à exaustão.

Tanto isso é verdade que a doutrina clássica especifica os poderes do juiz em dois grupos, quais sejam: os poderes jurisdicionais e os poderes de polícia, também chamados poderes administrativos.

Dentre os poderes jurisdicionais estão os atos praticados pelo juiz, desde o início do processo até a sentença final.

Os poderes de polícia, por sua vez, são aqueles considerados pela prática dos atos necessários a garantir a ordem e o equilíbrio da relação processual (art. 445 e 446, CPC).

Na verdade os poderes do juiz não se limitam aos previstos pela doutrina clássica mas envolvem, também, os decorrentes da própria função do juiz, em razão do moderno sistema e novo posicionamento que o processo ocupa no ordenamento jurídico.

É um poder discricionário já previsto por muitos estudiosos e criticado por outros. Não que seja uma 3ª classe de poder do juiz, mas subespécie agregada às demais.

Nosso CPC de 1973, especificou nos artigos 125-133 as regras de conduta aplicáveis à magistratura, sem esboçar uma classificação de tais poderes. Apenas, explicitou os deveres e responsabilidades advindos de sua irregular conduta.

Ressalte-se, por oportuno, que por causa de técnica legislativa, constata-se a existência de poderes outros atribuídos aos juízes, sem que tenham sido objeto de tratamento pelo direito positivo ou sem que tenham sido expressa e literalmente constado dos textos de lei a eles referentes.

**(\*) - Antonieta Lúcia Maroja Arcoverde Nóbrega é Assessora de Apoio Parlamentar do Gabinete Civil do Município de João Pessoa e Advogada.**

Muitos desses poderes, inclusive, podem ser extraídos pelo intérprete do próprio texto do CPC. Contudo, a atividade interpretativa pode ensejar confusões e diversidade de opinião, sobretudo no que diz respeito à elaboração de trabalho científico-doutrinário acerca da matéria.

Assim, os poderes do Juiz, no bojo do processo, podem mesmo se classificar em poderes de polícia e poderes jurisdicionais. O jurisdicional que efetiva a jurisdição e que se apresenta no ordenamento jurídico mais como um dever. Dever, sim, do Estado, na prestação da atividade jurisdicional que lhe compete, fazendo atuar a norma abstrata ao caso concreto. Os de Polícia abrangem os poderes exercidos pelo Juiz, não como autoridade judicante, mas simplesmente como autoridade, dado que ao Juiz, continuamente, são levados problemas oriundos dos trabalhos forenses (CPC, artigos 445/446).

Desde Pontes de Miranda, o entendimento é no sentido de que o Juiz não tem interesse próprio no processo. Por isso, deixa-se a seu critério atuar ou abster-se, em determinadas condições, de praticar certo ato que não é seu, mas, do Estado, com o conteúdo que convenha ao caso. A atividade do juiz é direcionada no sentido de que exerça o ato. Inclusive, a lei recomenda sua punição por parar, suspender ou retardar atos e diligências, explicitando-lhe horas certas, prazos estritos, chegando a privar-lhe de convicções individuais, levando-o a mover-se na sua atuação profissional, por entrelinhas que textos miúdos lhe traçam.

Os poderes jurisdicionais, como espécie do gênero poderes do juiz, abrangem outra classificação: a resultante do momento processual em que o ato do juiz é praticado e a decorrente da função que tal ato exerce na relação processual. Esses poderes se manifestam como poderes ordinatórios e poderes decisórios. O exercício desses poderes está alicerçado no CPC pelos artigos 126/131.

Tais dispositivos, exceto o artigo 131, traçam, rigidamente, a forma de atuação do juiz, consubstanciando limitações ao poder jurisdicional do magistrado. No artigo 131, em verdade, percebe-se a liberdade de atuação conferida ao juiz. Ali os limites de atuação do magistrado devem ser criados pelo seu intelecto e em conformidade com o desempenho de sua atividade subjetiva analítica daquilo que existe concretamente nos autos do processo. À vista de tal artigo o juiz não tem fronteiras delimitadas pelo legislador, ressaltando-se as normas explicitadas nos artigos 332/443 (CPC).

Do mesmo artigo 131, pode-se extrair o poder do livre convencimento do magistrado, o que, em verdade, representa mais do que o habitual poder jurisdicional que lhe é conferido. Daí, atuar o juiz a norma abstrata ao caso concreto, sendo que sua liberdade não tem limites, eis que as fronteiras não têm limites específicos, mais, genéricos, os quais se dispõem à frente do juiz, apenas, após "*já ter ele exercitado seu livre poder de escolha e definição da situação concreta existente no processo*". Assim, pode-se afirmar que o "*artigo 131 representa algo mais que o poder jurisdicional, é que tal norma atribui ao magistrado um poder discricionário, relacionado intimamente com o poder jurisdicional*", no entender de Marcos Vinicius de Abreu Sampaio.

Em suma, assevera-se que o poder discricionário tem íntima ligação com o poder geral de cautela, do qual deriva. Esta liberdade, todavia, não pode se confundir com o arbítrio. Certamente que o poder jurisdicional não se mostra incompatível com o poder discricionário. Eles não se contrapõem, apenas, se complementam. O "*poder discricionário do juiz não pode ser encarado, simplesmente, à luz desse mesmo poder no âmbito da Administração Pública. Isso porque a atividade jurisdicional tem sua função específica e diferenciada da do representante da Administração Pública executiva, o que nos leva à inarredável conclusão de que sob seus parâmetros é que deve ser encarado o poder discricionário do juiz*", de acordo com o jurista acima indicado.

O juiz não deve só aplicar a lei, mas, fazer justiça, eis que não é ele mero intérprete da lei, isto, contudo, sem sair dos parâmetros fixados pela própria lei, quando assim acontecer. A jurisdição serve à justiça e não meramente, para fazer atuar a lei.

É indiscutível que o processo oscila entre dois ideais, relevantes, mas diametralmente opostos.

De uma parte, a preocupação com a busca da verdade, com a apuração minuciosa dos fatos e com a adequada aplicação da lei, com vista à obtenção da Justiça buscada através de um processo e que se verifica, exatamente, quando solucionada acertadamente a questão.

De outra parte, tem-se que, para que o processo cumpra sua função, é preciso, não só o correto deslinde da controvérsia, mas, também, que isso se dê sem grande demora. A tardança, na verdade, pode corresponder à injustiça.

Assim, para se conciliar os dois ideais antinômicos e relevantes, ensejando uma rápida solução do deslinde da questão e, ao mesmo tempo, sem o comprometimento da qualidade da decisão, a fórmula encontrada é o processo cautelar, com prestação de tutela rápida, na qual, o acerto da decisão depende de indagação aprofundada em ação de conhecimento.

Em verdade, no processo cautelar prevalece o ideal da celeridade, enquanto no de conhecimento dá-se mais ênfase ao ideal da certeza. Isto, porém, não quer dizer que no processo cautelar se despreze o ideal de justa aplicação do direito nem no de conhecimento, se despreza a rapidez. Tudo isso é muito relativo.

O direito de acesso ao judiciário abstratamente, constitui garantia constitucional, prevista no artigo 5º, inciso XXXV. Isto não quer dizer que esteja assegurada a mera possibilidade de ajuizar a demanda, mas, de obter, em tempo razoável, provimento útil e eficaz. Realmente, a garantia não se traduz, apenas, no simples acesso formal ao Judiciário, porém, de observância de procedimentos que ensejem a tutela efetiva do direito violado ou ameaçado. Assim, o direito de ação abrange igualmente, o direito a uma decisão cujo cumprimento se dê em tempo razoável, o que equivale a dizer que o pedido de tutela jurisdicional corresponde, igualmente, a um pedido de tutela tempestiva. Se assim não fosse, a demora na solução do litígio ou a inadequação do procedimento obstariam a tutela do direito, deixando inócuo o significado prático da garantia de acesso ao judiciário.

Desta forma, tem-se que a previsão de medidas cautelares para tutela de direitos ameaçados de dano irreparável ou de difícil reparação se constitui em garantia constitucional de ação, não se submetendo, destarte, a limitação ou eliminação pelo legislador ordinário, quer em cautelares típicas ou atípicas.

As típicas dizem respeito àquelas tratadas pelo legislador, sujeitas a regulamentação e a pressupostos peculiares, para tutela de certas e determinadas situações, como o arresto, o seqüestro, a busca e apreensão, a exibição, a de alimentos provisionais, conforme previsão do CPC.

A tutela cautelar atípica, por sua vez, funda-se no poder geral de cautela e por isso mesmo pode levar a incertezas, hesitações, divergências e até injustiças. Isso acarreta, dependendo do pronunciamento, prejuízo da uniforme aplicação da lei.

Entregar ao poder geral de cautela, a tutela de tais situações é desejar regular o ordinário através da norma criada para dispor sobre o excepcional, o que denuncia a inadequação e desatualização do sistema processual. Em seus comentários Galeno Lacerda, citado por Humberto Theodoro Júnior, enfatiza que a discricção do juiz, nestes casos, assume proporções quase absolutas, deixando-nos em presença de autêntica norma em branco, que confere ao magistrado, dentro do estado de direito, um poder puro, idêntico ao do pretor romano, quando no exercício do imperium, decretava os interdita.

A natureza do poder geral de cautela, porém, é controvertida. Para alguns, está incluído na discricionabilidade judicial em face da sua dose de liberdade.

Para outros, apesar do conceito de discricionabilidade ser dos mais importantes e mais difíceis da teoria do direito, aceita-se como característica do poder discricionário, conferir-se poder à autoridade responsável pelo exercício da liberdade de decidir de acordo com o seu modo de ver e o próprio querer (Laun, Rudolf) ou conforme sua concepção pessoal (Jellinek, W) ou também, de acordo com sua valoração individual (English).

Para solucionar a questão, não se pense que o juiz pode decidir conforme seu entendimento pessoal ou sua própria vontade. Ao contrário, compete ao magistrado verificar se presentes estão os requisitos legais para deferir a providência ou para indeferi-la.

O poder de que dispõe o juiz ao exercitar o poder geral de cautela, nasce dos conceitos abertos facultados pelo legislador ao delimitar os pressupostos de tais medidas os quais fixam o campo de atuação do magistrado.

Segundo Estevão Mallet, *"é exatamente o que ocorre com os pressupostos e efeitos do poder geral de cautela, descritos de maneira aberta, dando, portanto, margem à atuação mais ampla, porém, não discricionária, do juiz"*.

O exercício do poder geral de cautela se encontra a mercê de algumas condições. Tal poder visa a tutela de situações não previstas pelo legislador ao disciplinar as medidas típicas. Por outro lado, não se admite o recurso à tutela cautelar inominada, quando havendo previsão de medida típica. Esta limitação é pacificamente aceita pela doutrina. Todavia cumpre ressaltar que tal restrição deve ser entendida em

seus devidos termos, isto, não preenchendo os elementos mínimos necessários à utilização da tutela nominada, mas, presentes os requisitos da tutela cautelar geral, que reveste de pleno cabimento, aquela medida inominada.

Em se tratando de tutela cautelar inominada, a situação é diferente, eis que o legislador não dispôs sobre o conteúdo ou características do pronunciamento a ser concretizado. Limitou-se a enfatizar que poder-se-ia autorizar ou vedar a prática de certos atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução, em conformidade com o artigo 799, do CPC. Tal relação é apenas exemplificativa, não tolhendo a adoção de outras providências consideradas mais adequadas ao caso concreto, para tutela do direito postulado.

No processo trabalhista, sobretudo, o poder geral de cautela ensejará a preservação dos efeitos condenatórios e executivos de decisão a ser prolatada posteriormente, uma vez que a tutela processual trabalhista, naturalmente, é prolatada por tal meio.

De todo o exposto, conclui-se, que inobstante a amplidão dos poderes atribuídos ao magistrado, convém que se esclareça que a discricionariedade jamais se confunde com a arbitrariedade. Assim, o poder de cautela não é ilimitado, já que a ele se impõem limites que devem ser sopesados pelo magistrado, que deverá observar, sempre, a proporção entre a providência atípica e a prestação que se vislumbra no processo de mérito.

#### BIBLIOGRAFIA REFERENCIAL:

**MALLET, Estevão. Estudo do Direito Processual Trabalhista, Civil e Penal - Poder Geral de Cautela no Processo do Trabalho. Brasília. Consulex. 1996.**

**MIRANDA, Pontes de. Comentários ao Código Processual Civil. Rio. Forense. 1974.**

**SAMPAIO, Marcos Vinicius de Abreu. O Poder Geral de Cautela do Juiz. São Paulo. Revistas dos Tribunais. 1993.**

**THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Vol. II. Rio de Janeiro. Editora Forense. 1987.**

## **PARTICIPAÇÃO DOS EMPREGADOS NOS LUCROS OU RESULTADOS E NA CO-GESTÃO DA EMPRESA**

**Paulo Antônio Maia (\*)**

Apesar de cristalizada na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 7º, XI, como norma programática, necessitando de regulamentação ordinária, a garantia ao

Revista do TRT da 13ª Região - João Pessoa (PB) - 1997

**PARTIDA DE OUTRO ARTIGO**