

Novas formas de atuação do Poder Judiciário

Cássio Ariel Moro

RESUMO

A constituição de um Estado democrático pluralista, policrático e participativo rompe com o tradicional e moderno direito processual, substanciado em um estado de direito onde este é codificado e a Constituição não passa de carta constitutiva do Estado e de intenções, sem qualquer efeito direto. Este rompimento exige que o Judiciário se inove, com o fim de se legitimar perante o povo, mormente porque sua legitimação não advém do voto popular, mas da sua atuação judicante.

Ademais, tem-se que o rápido crescimento populacional e desenvolvimento social, fatalmente massificado tornam a atividade legiferante clássica insuficiente para garantir a escorreita atuação dos cidadãos, sob a ótica do direito. Recai ao judiciário, através da jurisprudência, alçada à fonte primária do direito, pacificar controvérsias, redigindo o norte para o futuro da vida cotidiana com segurança jurídica.

O que dá condições de o judiciário atuar como órgão pacificador e formador de fonte primária do Direito, a par das leis (jurisprudência) são as chamadas cláusulas abertas de controle judicial. Por estas, ao judiciário cabe mais do que apenas aplicar a lei ao caso concreto. Deve atuar “criando o direito” e para a efetiva atuação do juiz, este dispõe de ferramentas imprescindíveis, em respeito ao devido processo legal.

Palavras-chave: Processo constitucional. Processo coletivo. Adequação. Cooperação. Ativismo judicial. Limites do magistrado.

The new ways to the Judiciary act

ABSTRACT

The establishment of a democratic, pluralistic, policrati and participatory state breaks with the traditional and modern procedural law, which is substantiated in a state of law which it is econded and the Constitution is only the constitutive state charter and intentions letter, without any direct effect. This disruption requires to the judiciary innovate himself, to give legitimacy before the people, especially because its legitimacy derives not from the popular vote, but from his role of judge.

Moreover, the fast population growth and social development, inevitably massified, become the classic law-creating activity insufficient to ensure smoother actions of citizens, from the perspective of law. The judiciary receive, by the jurisprudence, the role of pacify disputes, writing the north to the future of life with legal certainty.

Are the Statute Laws and the general clauses who give conditions for the judiciary to act as peacemaker and primary source of law. Because this, to the judiciary role is more than just applying the law. It must act “creating the right” and for the effective performance of the judge, he has the tools essential in regard to due process.

Keywords: Constitutional Process. Civil Actions. Adequacy. Cooperation. Judicial activism. Limits of the Judge.

Cássio Ariel Moro é Juiz do Trabalho no Estado do Espírito Santo. Mestrando em Direito Processual Civil da Universidade Federal do Espírito Santo.

1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

A ideia a ser exposta no presente trabalho se mostra pertinente como uma das facetas designadoras do novo processo devidamente reconhecido pela Constituição Federal de 1988.

Com efeito, a constituição de um estado democrático pluralista, participativo e policrático rompe com o tradicional e moderno direito processual, substanciado no direito codificado e infraconstitucional.

Tanto assim, em razão da mudança ideológica que se consubstancia com o implemento de um Estado que, além de buscar o equilíbrio entre a tradição liberal e a conjunção de políticas públicas para a confecção do bem-estar social, busca a participação popular como forma de legitimar os atos de poder, aumentando não só o controle sobre a divisão clássica de funções, que passa a não ser mais tão evidente,¹ como faz da atuação do Estado algo absolutamente efetivo em todas as suas vertentes. Com a esfumada divisão clássica de poderes (executivo, legislativo e judiciário), pode-se ter melhor definido o fato de que o poder é uno.²

Quanto aos poderes legislativo e executivo, seguindo a linha prevista no artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal, de que “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”, considerando a forma de eleições constitucionalmente definidas, por meio de participação popular direta, poucos são os óbices para justificar a legitimação da representação dada aos seus membros.

Por outro lado, a magistratura possui organização onde se privilegia a qualificação técnica (absolutamente necessária) e, por certo modo, segundo o paradigma tradicional, a mantém afastada, distanciada da política. Verifica-se tal assertiva pela escolha de seus membros de carreira por meio de concurso público prévio, que avalia o conhecimento técnico-científico do candidato (CRFB, artigo 93, I) de forma absolutamente impessoal, ou mesmo o ingresso às cortes superiores que, muito embora dispensem o concurso e decorram de decisão política, possuem como requisito o “notável saber jurídico”.³

Deste modo, pode-se concluir, *prima facie*, que a composição dos tribunais e escolha dos magistrados não são atos, por si sós, legitimadores do poder judiciário, negando-se, em princípio, a emanação de poder (judicante) pelo povo, como quer a Constituição Federal.

E não se pode negar a paridade de importância da função judicante com as demais esferas de poder, razão pela qual sua emanação também depende da participação popular.

¹ ZANETI JUNIOR, Hermes. *Processo constitucional – o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.119. “não faz nenhum sentido, não há mais lugar para uma separação rígida e estanque dos poderes. Essa “novidade” é a consequência direta da evolução do Estado de Direito para o Estado Democrático Constitucional. O povo fez-se o único poder e o Estado contraiu obrigações sociais, submetendo todas as suas funções ou poderes ao império e soberania da Constituição”.

² TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p.118. “Equivocam-se os que utilização a expressão ‘tripartição de poderes’. É que o poder é uma unidade”.

³ Como se observa nos requisitos apresentados pela Constituição Federal, para nomeação de Ministros do STF (artigo 101), Ministros do STJ (artigo 104, parágrafo único) e Ministros do TSE, oriundos da advocacia (artigo 119, II).

Atente-se que, embora qualquer do povo possa dizer o direito (até porque o direito é o norte de conduta do indivíduo), apenas o Judiciário pode dar a palavra final, em caráter de **definitividade** na aplicação do direito.⁴

É, portanto, na atividade típica do Poder Judiciário que se encontra seu substrato legitimador. A decisão judicial, como expressão de poder, nos termos do artigo 1º, parágrafo único da CRFB, deve emanar do povo. É neste momento que o Poder Judiciário legitima sua atuação, desde que permitindo a participação ativa do jurisdicionado.

Como bem salienta Alvaro de Oliveira,

...o problema do constitucionalismo moderno não é mais o de reivindicar uma posição formal de autonomia do cidadão nas suas relações com o Estado (...), mas sim de garantir-lhe a possibilidade de defender em concreto tais posições perante o Poder Público.⁵

Enfim, para que haja a efetiva participação do povo, como forma legitimadora da atividade jurisdicional, faz-se necessário o respeito ao **devido processo legal**. Tal respeito não significa, no atual estágio de constituição estatal, apenas o cumprimento de etapas procedimentais, com as devidas concessões de oportunidades às partes para falar no processo, mas a efetiva atuação do magistrado que, amparado na mencionada participação das partes (de forma argumentativa), busca a realização dos princípios fundamentais constitucionalmente garantidos, legitimando assim, sua atividade, devidamente decorrente e emanada do povo.⁶

O que se pretende dizer é que o atual modelo de direito processual, dentro da perspectiva de um “novo paradigma de real efetividade”⁷ não mais admite uma posição cômoda do magistrado, de índole tipicamente privatista. Não pode o magistrado simplesmente aguardar a constituição probatória e argumentativa decorrente apenas da vontade das partes e, ultrapassada tal etapa procedimental, proceder um julgamento subsidiado pelos elementos trazidos (ou não) pelas partes e pelos eventuais vícios e carências probatórias, aplicando, inclusive de imediato, a regra da distribuição do ônus da prova.

⁴ Como diz Temer, “Qualquer do povo, qualquer órgão público, qualquer tribunal administrativo poderá ‘dizer o direito’ que deve ser aplicado à dirimência de uma controvérsia. Não estará, contudo, exercendo a jurisdição no sentido rigorosamente científico que lhe empresta a Constituição, ao atribuí-la ao Poder Judiciário. É que tais decisões poderão ser levadas, sempre, ao Judiciário, para que ali, escoados os recursos, se opere a ‘definitividade’ da decisão”. (*Elementos de direito constitucional*, cit., p.168).

⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Teoria e prática da Tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 82.

⁶ Nas palavras do professor Dinamarco: “Ao conjunto de garantias destinadas a conferir ao processo esse perfil de instrumento justo, a Constituição e a doutrina dão a qualificação de devido processo legal (Const., art. 5º, inc. LIV) e o exercício do poder estatal no processo só será política e eticamente legítimo quando observada essa cláusula de aceitação geral no processo civil moderno. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. 1, 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.80).

⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro, cit., p.81.

Segundo Lúcio Grassi,

Não pode assim o magistrado, diante da prova colhida nos autos e ainda quando os fatos na lhe parecerem devidamente esclarecidos, adotar o cômodo entendimento de que se trata de um poder discricionário a ser ou não exercido por ele. Trata-se de poder-dever de esclarecer os fatos, se necessário determinando a produção de provas de ofício. Ultrapassada esta etapa, só então poderá aplicar o ônus da prova, que, geralmente, em relação aos fatos constitutivos caberá ao autor e aos fatos impeditivos, modificativos e extintivos, ao réu.⁸

O que se pretende, pois, no presente trabalho, é apresentar os elementos de mudança do processo civil, decorrentes da transformação do Estado brasileiro, justificando as novas formas de atuação do Poder Judiciário, como meios de legitimá-lo perante a soberania popular. Dentre eles, encontram-se a cooperação e a adequação, as quais serão explanadas a seguir, bem como a uma das maiores inovações constitucionais, a cláusula aberta de controle do judiciário, que aproxima o direito processual pátrio, de tradição romano-germânica, ao direito anglo-americano da *common law*.

2 O PROCESSO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Tivemos a ventura (se é que se pode chamar assim) de ser testemunhas oculares de duas mudanças de regime: da monarquia constitucional para a ditadura, da ditadura para a república democrática. Estamos em condições, portanto, de avaliar que provas deu a magistratura nessas crises e se essas mudanças pesaram sobre a independência dos juízes.⁹

Quando se fala em processo constitucional, quer-se dizer todo o processo devidamente estabelecido no ordenamento jurídico pátrio, sem qualquer especificação sobre órgão julgador, regras procedimentais, direito material a ser tutelado ou tipos de ações. O processo constitucional é tudo, o processo não constitucional não existe.

Nas palavras de Zaneti,

Todo processo é público. Todo processo é constitucional. (...) não há como afirmar a existência de um processo que não seja constitucional. Todos os direitos são fruto de uma herança genética que no Estado Constitucional os conforma e Justifica.

⁸ GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n.6, p.47-59, set. 2003.

⁹ CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juizes, vistos por um advogado*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.221.

(...)

Não há um direito processual da Constituição e um direito processual da lei. Esse é um falso paradoxo. Todo processo judicial ou de direito é processo constitucional.¹⁰

Quando se fala em processo constitucional, pode-se estar se referindo aos princípios constitucionais processuais, às ações constitucionais, à jurisdição constitucional ou até mesmo às regras constitucionais sobre a organização judiciária¹¹.

Considerando que a fórmula política de uma Constituição é a expressão ideológica que organiza a convivência social, segundo Guerra Filho

Essa circunstância, por si só, já justifica que se veja a Constituição como um processo (...). Também é importante a percepção de que a realização efetiva da organização política idealizada na Constituição depende de um engajamento maciço dos que dela fazem parte nesse processo, e um Estado Democrático de Direito seria, em primeiro lugar, aquele que se abre canais para essa participação.¹²

Delimitando o tema, o que pretendemos, no presente capítulo, é informar a respeito da importância das normas constitucionais processuais, que refletem em todo e qualquer tipo de processo de direito brasileiro, seja judicial ou administrativo, exercido pelo poder judiciário, executivo ou legislativo ou, até mesmo, onde couber, em soluções de conflito por particulares, sem a intervenção estatal.¹³

Até mesmo, despreziosamente, podemos afirmar que não existe um processo especificamente civil, um processo especificamente trabalhista, etc., ou mesmo um “processo do CPC” ou um “processo do CPP” ou como tais são comumente chamados. O que há é um processo constitucional que informa toda a atuação processual, enquanto que, em áreas específicas (civil, penal, trabalhista, legislativo, eleitoral, etc.) existem normas **procedimentais** infraconstitucionais a elas destinadas (procedimento civil, procedimento

¹⁰ ZANETI JUNIOR, Hermes. ob. cit. p.172.

¹¹ Ibidem, p.174.

¹² GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Introdução ao direito processual constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

¹³ Como exemplo, podemos citar a Lei 9.958/2000 que, acrescentando à Consolidação das Leis do Trabalho o artigo 625-D, criou as chamadas **Comissões de Conciliação Prévia**, órgãos de natureza intersindical que buscam a solução de conflitos individuais trabalhistas previamente, antes de possível ajuizamento de demanda. Havendo composição entre as partes, resolve-se o conflito no âmbito extrajudicial. Nas palavras de Giglio: “Embora não se trate de uma forma nova de processo judicial, posto que não se desenvolve perante organismos jurisdicionais, as comissões de conciliação prévia apresentam interesse, sob o aspecto prático, como procedimento tendente à resolução de conflitos trabalhistas. Sob o ponto de vista científico, somente diante das concepções mais abrangentes de processo, defendidas por Niceto Alcalá Zamora y Castiello, Mauro Cappelletti e seus adeptos, é que se poderia entender o procedimento espontâneo de autocomposição amigável extrajudicial como objeto da ciência processual” (GIGLIO, Wagner D.; CORRÊA, Claudia Giglio Veltri. *Direito Processual do Trabalho*. 15.ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p.211).

trabalhista, etc.), uma vez que, de um modo geral, as regras constantes em tais “códigos processuais” são embasadas em razões principiológicas da Constituição.¹⁴

Pois bem, o processo constitucional brasileiro decorre da constituição estatal definida pela carta magna. Sendo o Brasil hoje um Estado Democrático de Direito ou Estado Democrático Constitucional,¹⁵ pluralista e policrático, é informado por princípios que conduzem a uma efetiva participação do jurisdicionado no processo, bem como traz a este o direito de exigir uma atuação jurisdicional efetiva, segura, célere e justa.

Tal condição é recente, mormente porque o Brasil pode se considerar um Estado efetivamente democrático e pluralista apenas desde a conquista do voto direto (“diretas já”) e o estabelecimento da Constituição Federal de 1988. Com esta, tem-se como grande consequência e avanço democrático, que ultrapassa os limites do direito de votar e ser votado, ao amplo acesso à jurisdição e a proteção do cidadão (individual e coletivamente considerado) quanto à lesão ou ameaça de lesão a direito.

Entretanto, o que mais chama a atenção com o implemento do novo Estado Democrático Constitucional, é o surgimento de um novo direito processual, inspirado na *common law*, implementado em um país com profunda tradição de direito romano-germânico. Deste aparente conflito, surge no país um sistema híbrido.

Em um primeiro momento, tinha-se o direito como demonstração e o juiz um mero aplicador lógico do direito (da lei, fonte primária), sem qualquer criação. No direito “moderno”, codificado, bastava ao juiz aplicar a lei como premissa maior. Princípios eram vistos como fontes subsidiárias.¹⁶ Após o incremento do Estado Democrático Constitucional, com forte inspiração na *common law*, e com garantias sérias de participação democrática, o direito passa a ser visto como argumento e, em decorrência, a jurisprudência passa a ser fonte primária do direito e norte de segurança jurídica ao cidadão.

Neste aspecto, o processo, decorrente da posição ideológica da Constituição, tem como finalidade a consagração e defesa dos direitos e garantias fundamentais, previstos no Título II da CRFB.

É de se notar, contudo, que o próprio processo é tido como um direito fundamental. Assim, podemos distinguir os direitos fundamentais em dois planos: plano dos direitos fundamentais típicos, materiais, e o plano garantístico, de índole e natureza processual, servindo à garantia e cumprimento daqueles.

Como descreve Zaneti, os direitos fundamentais são “graus de aferição de democracia”. Existem, portanto, apenas em uma sociedade democrática¹⁷.

¹⁴ Considerando uma das funções dos princípios como razões *prima facie* que informam as regras e estas como razões definitivas. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, pp.106/107.

¹⁵ ZANETI JUNIOR, Hermes. ob. cit. p.50.

¹⁶ O artigo 4º do Decreto-Lei 4.657/1942 (Lei de Introdução ao Código Civil) assim dispõe: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. No mesmo sentido, o artigo 126 do atual CPC.

¹⁷ ZANETI JUNIOR, Hermes. Ob. cit. p.142.

Consequentemente, a sua existência tem a finalidade de garantir uma vida digna a todos os indivíduos, em um ambiente de pacificação social. Excede à mera ideologia liberal de garantir a liberdade, que acabava por garantir apenas a liberdade de propriedade e de manutenção do *status quo*, amplamente satisfatório à classe dominante.¹⁸

Buscando a participação popular na garantia dos direitos de todos os cidadãos, com uma adequada divisão de funções, todas exercidas por meio de legítima representação, imprescindível como mecanismo de segurança dos atos das pessoas, a existência do processo (hígido) a ponto de garantir os direitos subjetivos, bem como, a partir da jurisprudência, passar aos indivíduos uma situação consistente de segurança sobre o ordenamento jurídico.

Assim, o devido processo legal deve ser caracterizado pela presença do contraditório, com a efetiva participação dos interessados, dotado do fim maior que é a defesa dos direitos fundamentais (no primeiro plano acima mencionado), tratando-se também de um verdadeiro direito fundamental – “direito fundamental processual”.¹⁹

Em resumo, tem-se que o processo constitucional brasileiro decorre de um Estado Democrático Constitucional, cuja inspiração de *commom law*, aparentemente contraditória ao tradicional sistema romano germânico e codificado, cria um sistema híbrido, voltado para a garantia dos direitos fundamentais, somente podendo alcançar seu fim desde que o indivíduo participe do processo (respeito ao contraditório, como direito fundamental), o que legitima o poder judiciário, nos termos do artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal.

Assim, antes de o processo ser considerado um mero instrumento técnico para a realização de direito material, ele também é um instrumento ético, onde se busca a efetivação dos princípios fundamentais. O juiz tem o compromisso com a justiça, antes da lei. A injustiça nas decisões, no atual estágio processual, é de responsabilidade do magistrado e não do legislador (que criou leis injustas).²⁰

¹⁸ A respeito da democracia e da finalidade estatal, com a devida participação popular, Jhering assim dispunha: “o fim do Estado de uma parte (são os interesses da generalidade) e, para sua defesa, o poder público (o poder de todos); da outra parte o interesse particular, que acha o seu apoio na força privada. Mas a lógica d’essa oposição entre o poder de todos e a força individual, só é justa quando é um indivíduo ou uma minoria que põe em cheque o poder de todos; já não o é quando se trata de uma maioria que vai de encontro ao poder público. N’este último caso, efectivamente, se só o número decidisse do poder do Estado, a supremacia estaria forçosamente do seu lado e o poder público ficaria para sempre impotente diante de toda e qualquer maioria. Mas a experiência de todos os tempos ensina-nos que o poder público pode vencer a resistência e a oposição de uma população inteira. Portanto, o número só não é tudo, do contrario a força do Estado deveria residir sempre na maioria de momento, e a auctoridade publica estaria n’uni estado de perpetua indecisão” (JHERING, Rudolf Von. *A evolução do direito*. Tradução do francês para o português de Abel D’Azevedo. Lisboa: José Bastos e C. A. Editores, 1963, p.217. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetailheObraForm.do?select_action=&co_obra=61574>. Acesso em: 01.08.2008).

¹⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Ob. cit. p.27.

²⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. Ob. cit. p.79. E continua: “Existem ainda outros compromissos do juiz moderno, entrelaçados com os demais objetivos de sua própria função. Ele deve ter consciência das destinações políticas e culturais do sistema que opera, para que o exercício da jurisdição possa dar efetividade a certos valores relevantes para a sociedade como um todo – valores que se expressam nos chamados escopos do processo. O escopo social de educação para o exercício de direitos próprios e respeito aos direitos alheios aconselha o juiz a dispensar a tutela jurisdicional com a possível celeridade; o escopo político de preservação da moralidade administrativa há de estar presente na condução das ações populares; de um modo geral, o escopo também político de dar efetividade aos valores acatados pelo direito objetivo recomenda plena participação do juiz nos processos sob sua direção, tomando razoáveis iniciativas probatórias, dialogando racionalmente com os litigantes, dispondo medidas urgentes que evitem a consumação de males irremediáveis e capazes de frustrar o exercício útil da jurisdição, etc.”.

Como instrumentos para a realização do processo, dispõe o Poder Judiciário dos princípios da cooperação e adequação, além da cláusula aberta de controle, que serão expostas a seguir.

3 CLÁUSULA ABERTA DO CONTROLE JUDICIAL

3.1. Generalidades

Diz o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal: **“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”**. A doutrina tradicional, ainda atrelada à visão liberal e privatística de que o direito emana da lei, esta como fonte primária exclusiva, como premissa da **inafastabilidade da jurisdição**, reporta-se, pelo referido inciso XXXV, ao princípio da **legalidade**. Nas palavras de Celso Bastos,

o princípio da legalidade garante o particular contra os possíveis desmandos do Executivo e do próprio Judiciário. Instaura-se, em consequência, uma mecânica entre os Poderes do Estado, da qual resulta ser lícito apenas a um deles, qual seja, o Legislativo, obrigar os particulares.²¹

Contudo, o sentido do inciso XXXV do quinto artigo da Constituição Federal possui alcance mais abrangente, não se limitando à singela vontade da lei. Considerando o atual estágio de configuração do Estado, de índole constitucional e participativa, com inspirações oriundas da *common law*, não se pode esperar a atuação do Poder Judiciário apenas no estrito cumprimento de leis elaboradas pelo Legislativo, como se o ordenamento legal abarcasse todas as possíveis situações da vida, tendo este como premissa maior, devida e harmoniosamente preestabelecido. No atual estágio, estamos diante de uma Constituição de princípios, estes como norma primária, pareados com as regras constitucionais, e acima da legislação infraconstitucional, com o escopo de garantir indenos os direitos fundamentais. Para Zaneti, a disposição em destaque chama-se **cláusula abertas de controle judicial**

por tratar-se de norma que não contem uma determinação específica de suporte fático nem uma consequência jurídica expressamente prevista no texto, portanto

²¹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p.186. É bem verdade que a justificativa apresentada pelo nobre constitucionalista era a mais alta e atual expressão do momento de sua publicação, especialmente se considerar que à época já estava em sua 19ª edição. O estudo balizado à época se mostrava importante especialmente no direito brasileiro, cuja sociedade recém saíra de ditadura militar e presente uma carência democrática. Nesse sentido, descreve Bastos a respeito do princípio da legalidade: “A sua significação é dúplice. De um lado representa o marco avançado do Estado de Direito, que procura jugular os comportamentos, quer individuais, quer dos órgãos estatais, às normas jurídicas das quais as leis são a suprema expressão. Nesse sentido, o princípio da legalidade é de transcendental importância para vincar as distinções entre o Estado constitucional e o absolutista, este último de antes da Revolução Francesa. Aqui havia lugar para o arbítrio. Com o primado da lei cessa o privilégio da vontade caprichosa do detentor do poder em benefício da lei, que se presume ser a expressão da vontade coletiva” (p.186).

voltada à consecução dos objetivos de controle de poder no Estado Democrático de Direito.²²

Deste modo, não basta a singela aplicação da lei ao caso concreto, devendo-se mitigar a máxima “*naha mihi factum dabo tibi jus*”. Há muito mais do que isso, uma real possibilidade de se efetivar os valores constitucionais em qualquer situação conflituosa, mesmo que não haja “direito” (lei) a ser tomado como premissa maior. E neste caso, é o Poder Judiciário, e não o Legislativo, quem “cria” o direito.²³ É o conceito do *judge-made law*.

Necessária, pois, a ideia de que direito não corresponde somente à lei, mas à todo rol de garantias estatais ao cidadão, individual ou coletivamente considerado, fundadas nos princípios que garantem a própria existência do Estado Democrático de Direito e que se exteriorizarão apenas diante de um caso concreto.

Neste aspecto, a inafastabilidade da jurisdição, prevista no artigo XXXV não se limita apenas ao princípio da legalidade, em sentido estrito. Ou seja, não pode o Judiciário se abster de cumprir com seu papel sob a alegação de inexistir regra disciplinadora de determinada matéria. A referida cláusula concede ao magistrado poderes para exercer suas funções sem depender, necessariamente, da atuação do Poder Legislativo. Para Alexandre de Moraes,

Importante, igualmente, salientar que o Poder Judiciário, desde que haja plausibilidade da ameaça ao direito, é obrigado a efetivar o pedido de prestação judicial requerido pela parte de forma regular, pois a indeclinabilidade de prestação judicial é princípio básico que rege a jurisdição (RTJ 99/790), uma vez que a toda violação de um direito responde uma ação correlativa, independentemente de lei especial que a outorgue.²⁴

Outro fato relevante, dentro do conceito de *judge-made law*, além daquele mencionado de ausência de norma a respeito, é o de existir norma a respeito de algum tema e controvérsia a ser decidido, porém que não se compatibiliza com a atual realidade, ainda que tal norma seja destinada exatamente ao caso concreto em análise. Também neste caso, o magistrado deverá se pautar pelos princípios legais, com a devida argumentação das partes, na busca de uma decisão justa. E nisso, o ordenamento jurídico brasileiro possui

²² ZANETI JUNIOR, Hermes. Ob. cit. p.40.

²³ Como exemplo prático, no processo trabalhista nº 01134.2008.151.17.00-1, original da Vara do Trabalho de Guarapari/ES, houve o reconhecimento e a condenação da empresa ao pagamento de férias ao diretor administrativo desta, mesmo que inexistente qualquer lei que garantisse tal direito, senão para trabalhadores com vínculo empregatício, o que não era o caso. O fundamento se deu com base no direito ao lazer, previsto no artigo 6º da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.trtes.jus.br/index.aspx?pg=acompanhaNumX.ascx&tl=AcOmpanhamento+Processual&seq_Proc=01134&ano_Proc=2008&cod_Junta=151>. Acesso em 14/08/2008.

²⁴ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005, p.293.

grande vantagem e pioneirismo, ao permitir o controle difuso de constitucionalidade. A cláusula aberta se torna, diante das possibilidades expostas, instrumento hábil para que o processo atinja sua finalidade de produzir uma decisão justa e útil.²⁵

Também não se pode deixar de mencionar a tutela de urgência consagrada pelo inciso XXXV do artigo 5º constitucional. Com efeito, **“garantir a efetividade da prestação jurisdicional apenas ao final significaria subjugar o direito do demandante”**.²⁶

De fato, imprescindível para a busca de plena eficácia do direito é a garantia preventiva de que o direito será preservado, antes mesmo de sua violação. O caráter preventivo mantém a ordem jurídica e assenta o Judiciário como poder efetivamente legítimo e garantidor do Estado Democrático de Direito. O contrário o tornaria um mero agente reparador, atividade que, sem maiores digressões, nem sempre consegue retornar a situação à perfeita integridade existente antes da violação ao direito. É o caso, por exemplo, da reparação por danos morais. A reparação não “repara”, ameniza o sofrimento, no máximo, punindo o infrator. Pode-se citar, também, a ação de trabalhador buscando o pagamento de adicional de insalubridade. Mais efetiva, e possível, era a ação prévia buscando medidas urgentes para que seu empregador eliminasse o ambiente insalubre.

De se notar, por fim, que as cláusulas abertas não defendem apenas direitos individuais, mas também atuam na esfera de direitos coletivos.²⁷ Deste modo, o alcance do poder judiciário se amplia fortemente, trazendo aos cidadãos importante mecanismo de defesa e garantia.

Por fim, em razão da forte estrutura que a cláusula aberta dá ao Poder Judiciário, a jurisprudência passa a ser reconhecida como fonte primária do direito. Assim, tendente a tutelar os atos jurídicos, como norte de segurança jurídica, o Judiciário se torna ainda mais comprometido com os valores democráticos na aplicação do direito.

3.2 Cláusulas abertas e dissídios coletivos

Um bom exemplo externado pela constituição, de processo que envolve cláusulas abertas de controle judicial, concedendo ao magistrado amplos poderes de decisão, sem se reportar a um “Direito” preestabelecido é o dissídio coletivo para a pacificação de reclames sociais propostos por categorias profissionais de trabalhadores e empregadores.

²⁵ Sobre o tema: “Todo processo deve dar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter. Essa máxima de nobre linhagem doutrinária constitui verdadeiro slogan dos modernos movimentos em prol da efetividade do processo e deve servir de alerta contra tomadas de posição que tornem acanhadas ou mesmo inúteis as medidas judiciais, deixando resíduos de injustiça” (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 14.ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p.35).

²⁶ ZANETI JUNIOR, Hermes. Ob. cit. p.48.

²⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado*. 4.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.90.

A redação original do artigo 114, 2º, da Constituição Federal assim dispunha

Recusando-se qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissídio coletivo, podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho.

Em profunda alteração dada pela EC nº 45/2004, passou o referido texto à seguinte redação

Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente. (Destaque nosso)

Antes de adentrar propriamente na análise do dissídio coletivo como instrumento de aplicação de cláusula aberta de controle judicial, imprescindível breve análise sobre a natureza do instituto e das significativas alterações dadas pela EC 45/2004.

Em primeiro lugar, importante ressaltar que existe forte entendimento de que o dissídio coletivo antes de ser considerado um processo judicial, trata-se de um poder normativo. Isto porque, justificam os defensores desta tese, o que o Judiciário está fazendo em um dissídio coletivo não é atividade judicante, pois não aprecia uma lesão a direito ou violação à direta da lei, mas atua como órgão legiferante, ao criar normas que implementam as condições de trabalho e as adequam a uma específica realidade, limitada a uma categoria profissional e sua contraparte, a categoria econômica correspondente.²⁸

Tal posicionamento, contudo, parece-nos equivocada e, como visto em tópico anterior, decorre de posição ideológica ultrapassada, de que o direito somente existe com a lei vigorante, e que esta lei não seja inconstitucional, além de ser capaz de regular todos os atos da vida. Todavia, como já dissemos, é prescindível a existência uma regra definindo quais são os direitos de determinado indivíduo, para haver lesão. Havendo descumprimento dos direitos fundamentais, há lesão ao direito, a uma ordem jurídica justa, a um Estado Constitucional Democrático.

Descendo ao plano fático, quando há um conflito coletivo, onde não foi possível uma solução pacífica extrajudicial, como uma composição criadora de uma Convenção

²⁸ "O exercício do poder normativo pela Justiça do Trabalho não se presta a julgar lesão ou ameaça a direito. Visa, isso sim, a criar normas e condições de trabalho satisfazendo interesses econômicos e sociais da categoria profissional" (SILVA, Edson Braz. *Aspectos processuais e materiais do dissídio coletivo frente à Emenda Constitucional n. 45/2004*. Revista LTR, nº 69-09, pp.1.040-1.041, set. 2005).

Coletiva de Trabalho, nem uma solução por meio de arbitragem, conclui-se, no mínimo, que há insatisfação dos trabalhadores (ou dos empregadores, embora seja raro), com grandes probabilidades de se existir violação aos princípios da dignidade humana, dos direitos ao trabalho saudável e melhoria de sua condição social (artigos 6º e 7º da CRFB).

Devemos lembrar que o objeto pelo qual o processo atual como instrumento de garantia, na esfera trabalhista (o direito do trabalho), possui natureza indisponível, de modo a não se poder reduzi-lo a mero interesse econômico e patrimonial.

Havendo uma provável lesão a princípios constitucionais para se resolver, ainda que não haja lei específica violada, não se pode falar que o dissídio coletivo esteja tão somente destinado à criação de normas, ou que tenha como norte a satisfação de interesses meramente econômicos. E mais, uma lei tem caráter abstrato e impessoal. Um dissídio coletivo, ainda que não individualize seus destinatários, limita-se a uma categoria específica, em uma situação absolutamente peculiar.

Por tais razões, a solução de um dissídio coletivo, para nós, é atividade judicante, absolutamente compatível com o conceito *judge-made law*, e, no mínimo, mais próximo desta que da atividade legiferante típica.

Uma segunda questão, mais periférica a este trabalho, porém não de menor importância, é a relativa às questionáveis alterações dadas aos dissídios coletivos pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que impôs, como exigência ao ajuizamento do dissídio, o **comum acordo**²⁹ das partes, após frustradas as tentativas conciliatórias pacíficas e extrajudiciais.

Em resumo, caso se considere o dissídio coletivo típico processo constitucional, de atividade tipicamente judicante, o que é o caso, como delineamos acima, encontrar-se-á inconstitucionalidade na disposição elaborada pelo constituinte derivado, ao limitar o direito de ação.³⁰

Pois bem, no caso do dissídio coletivo, a corte apreciará eventual lesão e ameaça de lesão a direito, pois tratará de questões passadas e, especialmente, futuras, tendo como mérito as condições de trabalho adequadas a uma determinada categoria, de acordo com os princípios fundamentais e direitos sociais constitucionalmente garantidos.

Tratará, neste aspecto, da criação de obrigações recíprocas, não meramente econômicas, como piso salarial e adicional de horas extras, mas também de questões sociais (v.g. concessão de creches às trabalhadoras mães, aumento de folgas em razão de

²⁹ "A expressão 'comum acordo' (assim como 'acordo mútuo') ainda que esteja no gosto geral, traduz injustificável pleonasma vicioso, pois não se conhece acordo (comunhão de vontades) que não seja 'comum'; acordo de um só, ou acordo contra a vontade da outra parte podem significar qualquer outra coisa, exceto convergência de manifestações volitivas. Se o legislador houvesse referido, apenas, o substantivo acordo, não só teria feito entender, como prestado homenagem à acribologia (não à acibrologia)" (TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *A justiça do trabalho e a Emenda Constitucional n.45/2004*. Revista LTr, nº 69-01, p. 21, jan. 2005).

³⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *A questão do dissídio coletivo "de comum acordo"*. Revista LTr, nº 70-06, pp.647-656, jun. 2006.

gala ou nojo, etc.), questões ambientais (v.g. proibição de contato dos trabalhadores com produtos tóxicos e limitação de tempo de exposição em ambiente insalubre), etc.

Defende-se, portanto, que os dissídios coletivos são típicas ações constitucionais com cláusulas abertas, em perfeita sintonia com o estabelecido no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.

4 PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO PROCEDIMENTAL

É bem verdade que o código de processo civil (e demais legislação processual) se preocupa em tornar o processo compatível e adequado à tutela pretendida³¹. É por esta razão que existem a divisão de competência, os procedimentos ordinário, sumaríssimo, especiais, etc.

Contudo, da mesma forma que os códigos não dão conta de prever todas as situações da vida possíveis, notadamente em relação às peculiaridades de cada caso concreto, também são insuficientes para conformar adequadamente a prestação jurisdicional às necessidades de uma demanda relativa à busca de recomposição de um direito material violado.

Por esta razão, o princípio da adequação do procedimento vai mais além do que informar o processo legislativo, no momento de se prever as necessidades de um processo devidamente adequado às realidades sociais e políticas de uma época.

É possível, portanto, a luz do princípio da adequação, que o juiz, no caso concreto, tome as medidas efetivas, ainda que não previstas em lei, para possibilitar a efetiva prestação da tutela jurisdicional.

Apontando os dois momentos distintos (pré-jurídico e processual), Didier os nomeia diversamente,³² considerando princípio da adequação aquele voltado à atividade legislativa, abstrata e prévia, e princípio da “adaptabilidade”, aquele voltado ao caso concreto.³³ Segundo o autor, a este respeito,

Nada impede, entretanto, antes aconselha, que se possa previamente conferir ao magistrado, como diretor do processo, poderes para conformar o procedimento às peculiaridades do caso concreto, tudo como meio de mais bem tutelar o direito material. Também se deve permitir ao magistrado que corrija o procedimento se revele inconstitucional, por ferir um direito fundamental processual, como o

³¹ “é necessário evitar, tanto quanto o possível, que as formas sejam um embaraço e um obstáculo à plena consecução do escopo do processo; é necessário impedir que a cega observância da forma sufoque a substância do direito”. LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manual de direito processual civil*. V.1, p.225, apud GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental*. São Paulo: Atlas, 2008, p.133.

³² No mesmo sentido, Gajardoni distingue o princípio da adequação com o princípio da adaptabilidade, sendo aquele dirigido ao legislador, para construir modelos de procedimentos mais céleres e este último dirigido ao juiz para flexibilizar o procedimento, tornando-o mais adequado às peculiaridades de cada causa. Ob. Cit. pp.134-135.

³³ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 9.ed. Salvador: Jus Podivm, 2008, p.51.

contraditório (se um procedimento não previr o contraditório, deve o magistrado determiná-lo, até mesmo ex officio, como forma de efetivação desse direito fundamental. Eis que aparece o princípio da adaptabilidade, elasticidade ou adequação judicial do procedimento: cabe ao órgão jurisdicional prosseguir na empresa da adequação do processo, iniciada pelo legislador, mas que, em razão da natural abstração do texto normativo, pode ignorar peculiaridades de situações concretas somente constatáveis caso a caso.³⁴

Define Didier que o princípio da adequação possui dois planos de atuação. O primeiro de **conformar** o procedimento às peculiaridades do caso concreto, ou seja, como acima dito, adequar a fórmula geral do procedimento às necessidades do caso concreto. O segundo, também de extrema importância e necessidade, trata-se do controle de constitucionalidade procedimental difuso, evitando-se que a fórmula geral macule os direitos fundamentais constitucionalmente garantidos.³⁵

Alvaro de Oliveira indica que o juízo de adequação da tutela jurisdicional deve ser utilizado como forma de realizar eficazmente o prometido pelo direito material. Para tanto, deve o julgador ponderar no caso concreto entre efetividade e segurança possíveis,³⁶ a fim de adequar devidamente o processo.³⁷

5 PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO JUDICIAL

Diante da atual perspectiva processual constitucional, o magistrado não pode mais atuar como mero fiscal do processo, aprovando ou rejeitando a produção de provas pelas partes para, ao final, independentemente da qualidade de atuação destas, surpreendê-las com uma sentença que pouco se importou com a aplicação da justiça.

Enfim, na busca por uma prestação jurisdicional rápida, porém eficiente, é importante que as partes tenham ampla participação, inclusive o juiz. Assim, devem aquelas cooperar

³⁴ *Ibidem*, pp.53-54.

³⁵ Um exemplo recentemente debatido aconteceu em sessão do STF. Uma das partes de determinado caso solicitou que fosse intimado previamente para comparecimento à sessão de decisão de preliminar de incompetência. O Ministro relator, Carlos Ayres Brito, não fez a intimação, alegando que questão de ordem pode ser levada a plenário a qualquer tempo, inexistindo qualquer norma que obrigue a intimação. Discordante, o Ministro Marco Aurélio informou que caberia intimação mesmo nesses casos, afirm de preservar o direito da parte, bem como permitir sua plena participação no processo. (Notícias STF, disponível em < <http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=94518>>. Acesso em: 15/08/2008).

³⁶ Para Humberto Ávila, "A adequação exige uma relação empírica entre o meio e o fim: o meio deve levar à realização do fim. Isso exige que o administrador utilize um meio cuja eficácia (e não o meio, ele próprio) possa contribuir para a promoção gradual do fim. A compreensão da relação entre meio e fim exige respostas a três perguntas fundamentais: O que significa um meio ser adequado à realização de um fim? Como deve ser analisada a relação de adequação? Qual deve ser a intensidade de controle das decisões adotadas pelo Poder Público?" (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.165).

³⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*. São Paulo: Forense, 2008, pp.136-137.

com o julgador e este com as partes.³⁸ Neste plano, o julgamento conforme as regras de distribuição do ônus da prova somente pode ser aceito quando não tenha sido possível a devida produção das provas necessárias.

O que se quer dizer é que o processo não pode ser visto como um jogo de cartas, as quais cada jogador deve escondê-las na manga para mostrar quando for conveniente. O juiz, no caso, as mostrará na sentença, surpreendendo as partes com uma decisão imprevisível.

O princípio da cooperação impõe que todas as cartas devem ser mostradas durante o curso da instrução. No caso de vícios existentes, estes devem ser informados e, quando possível, corrigidos. Devem as partes demonstrar que nem todas as provas foram produzidas, quando for o caso, oportunizando a devida produção (respeitadas, é claro, as normas procedimentais a respeito da preclusão, prazos, etc.). Deste modo, ao se encerrar a instrução probatória, as partes terão a certeza de que fizeram todo o possível para se revelar o mais próximo da verdade e da defesa de seu direito, estando o processo devidamente apto para julgamento.

A finalidade desta **transparência processual**, conseguida apenas com a cooperação das partes e do magistrado, tem como norte a busca pela verdade real (ainda que provável), que implica no estabelecimento de uma premissa o mais verdadeira possível, para que resulte em um julgamento justo e previsível.

Quando se fala em julgamento previsível, não se fala em prejulgamento, mas em julgamento conforme o direito e a segurança jurídica. Quando se fala em julgamento justo, significa que foram respeitadas as normas constitucionais do devido processo legal e a decisão se coaduna com os direitos fundamentais.

Grassi, inspirado no direito processual civil português, desdobra o princípio da cooperação em quatro diferentes tipos de atuação, a saber: a) dever de esclarecimento; b) dever de prevenção; c) dever de consultar as partes; e d) dever de auxiliar as partes.³⁹

O dever de esclarecimento é aquele dever que tem o juiz de esclarecer às partes quanto a eventuais dúvidas sobre suas alegações, pedidos ou posições em juízo, com o fim de se evitar uma distorção de entendimento que possa desvirtuar a instrução processual ou mesmo a interpretação jurídica do fato alegado.

O dever de prevenção exige que o juiz previna as partes sobre os eventuais vícios em suas alegações ou pedidos. É, enfim, a busca de se evitar a inépcia da peça antes da instrução, com o fim de manter a instrução processual hígida e não surpreender a parte com uma decisão de extinção do processo sem julgamento do mérito, por inépcia da petição.

³⁸ Segundo Carnelutti, a parte não pode ver aplicada a lei sem o juízo, mas o juízo também não pode aplicá-la sem provocação da parte, o que quer dizer que o método judiciário, diferentemente do método legislativo e do administrativo, é caracterizado pela colaboração entre o ente privado e a autoridade. (GRASSO, Eduardo. *La collaborazione nel processo civile. Rivista di Diritto Processuale*, n.21, p.580-609, 1966).

³⁹ GOUVEIA, Lúcio Grassi de. *Ob. cit.*, pp.50-58.

O dever de consultar as partes, talvez como desmembramento que melhor expresse a participação efetiva das partes no processo, como mecanismo de legitimação da atuação do Poder Judiciário, implica no dever do julgador de consultar as partes, sempre que pretenda conhecer a matéria de fato ou direito sobre o qual aquelas não tenham tido a possibilidade de se pronunciarem.

É o caso, por exemplo, de dialogar com as partes sobre a existência de um entendimento pacificado adotado pelo tribunal, que é diverso daquele postulado, evitando-se, assim, a decisão **surpresa**.

Por fim, o dever de auxiliar as partes, longe de parecer ato de parcialidade do juiz, tem como finalidade evitar óbices injustos na obtenção da prova de seu direito, independentemente de se tratar de autor ou réu. É o caso, exemplificativamente, de dificuldade comprovada de uma parte em obter determinado documento em mãos da parte adversa ou de terceiros, imprescindível para assegurar seu direito. Neste caso, o magistrado pode determinar que a parte ou terceiro, apresente o referido documento, sob pena de se configurar crime de desobediência, além da aplicação de multa diária.

Tais deveres do magistrado, no entanto, no Brasil, vêm previstos legalmente como poderes que, em tese, poderiam ou não ser usados pelo juiz, como ato de sua discricionariedade. Contudo, diante do atual estágio do processo civil pátrio, entende Grassi tratarem de efetivos “poderes-deveres”, até porque o papel do juiz, no processo, tem em vista a exigência constitucional de motivar suas decisões, não economizando esforços na busca pela verdade real.⁴⁰

6 LIMITES À ATUAÇÃO DO MAGISTRADO

Evidente que, ao se reportar à entrega de poder ao magistrado para que este possa “criar” o direito, dentro do conceito de *judge-made law*, não se está querendo dizer que se deve desprezar todo o avanço adquirido pelo Estado Liberal, ao se livrar das amarras do absolutismo e do despotismo, através das garantias asseguradas pela lei. Não se está, pois, transferindo parcela do Poder Legislativo ao Poder Judiciário, criando desequilíbrio no sistema de pesos e contrapesos. Ao contrário, o que se busca é, justamente, uma melhor adequação na divisão de funções, para que se permita um melhor equilíbrio, relativamente ao atual estágio de desenvolvimento social do Estado brasileiro.

O princípio da legalidade permanece, porém, mitigado. A lei mantém profunda importância, como integrante do ordenamento jurídico e da consagração do Estado Democrático de Direito, e o magistrado deve se atentar ao seu cumprimento, sempre que o texto infraconstitucional for recepcionado pela Constituição Federal.

Mesmo quando se trata de normas abertas ao controle do judiciário, existem limites estabelecidos, implícita e explicitamente. Dentre estas, por exemplo, destaca-

⁴⁰ *Ibidem*, p.59.

se, a apreciação de dissídios coletivos, onde a própria Constituição Federal limitou a atividade judiciária, ao dispor que o magistrado deve respeitar “as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente” (CRFB, art. 114, §2º, parte final).

Quanto aos limites implícitos, decorrem da própria condição de existência do processo. Este deve ser visto como um processo célere, seguro e justo.⁴¹ Na busca destes fins, o “devido processo legal” traz não só o alcance na atuação do órgão julgador, como também seus limites.⁴²

O juiz, antes de tudo, deve fundamentar sua decisão (princípio do livre convencimento motivado⁴³), atentando-se para o real equilíbrio principiológico ao analisar um caso concreto, bem como deve sempre ter em mente a segurança jurídica. Assim, evita-se o autoritarismo e o abuso pelo Judiciário. Um controle efetivo para tanto é a adoção de súmulas vinculantes, como bem fez o constituinte derivado, com a edição da Emenda Constitucional nº 45/2004, ao alterar o §2º do artigo 102 da CRFB, estendendo os efeitos vinculantes das Ações Declaratórias de Constitucionalidade também às Ações Diretas de Inconstitucionalidade.⁴⁴

⁴¹ O angolano radicado em Portugal Oliveira Ascensão descreve com propriedade o conflito existente entre segurança e justiça: “Também a segurança é um valor, e também ela nos aparece como objetivo do direito. É referida de longa data, mas não tem provocado uma elaboração tão grande como a justiça; em parte porque não necessita, em parte porque se sente que a segurança é um valor menos nobre que a justiça. Mas isso não quer dizer que seja dispensável. Quando falamos em ordem social, falamos implicitamente em justiça e em segurança. Sem segurança a ordem não existe ou é imperfeita, o que inquina a possibilidade de realização total dos fins da sociedade e das pessoas que a compõem” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral – uma perspectiva luso-brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p.157).

⁴² Chiovenda, analisando a questão, dispõe o seguinte: “A tendência do processo a dar quanto é possível dar ao credor encontra naturalmente limites: limites de direito, limites de fato; os limites jurídicos patenteiam-se particularmente na possibilidade ou admissibilidade dos meios executivos. Em verdade, alguns meios executivos, e precisamente os que importam em limitações da liberdade pessoal, como o arresto de pessoa, ou do direito de propriedade, como sequestro de natureza coercitiva, ou que têm caráter penal ainda que atenuado, como as multas judiciais, só são possíveis se formalmente admitidas pela lei”. (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições do Direito Processual Civil*. Vol. I. 2.ed. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998, p.68).

⁴³ Como bem salientam Marinoni e Arenhart, ao fundamentar, o juiz deve referir-se não só ao resultado da prova obtida, mas também à sua valoração. Do mesmo modo, “inconcebível que o juiz julgue, ainda que com fundamentação (evidentemente inadequada), baseado em um fato que conhece, mas que não está demonstrado através de prova que está nos autos”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 4.ed., rev. e ampl. São Paulo: RT, 2005, p.402. Quanto à atividade probatória, Ovidio Baptista descreve a possibilidade de se buscar a verdade, ainda que hajam limitações legais para isso: “A oralidade, em seu sentido contemporâneo, portanto, pressupõe, além dos outros, a faculdade reconhecida ao julgador de livre e ampla apreciação da prova, sem peias que o ordenamento processual lhe possa criar por meio de princípios limitadores de sua ampla investigação e conhecimento” (SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. Vol. 1, 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.67).

⁴⁴ Como bem salienta Alvaro de Oliveira, “Nos sistemas do Common law, porém, mostra-se bem maior a liberdade do juiz, pois deve decidir como caracterizar o problema jurídico trazido a sua consideração, que princípios jurídicos aplicar ao problema e como aplicá-los para obter o resultado. Demais disso, escolhidos os princípios na legislação (no statutory law) ou em sentenças anteriores, somente encontram significado substantivo no contexto de um específico problema, e a conclusão daí decorrente é necessariamente aquela querida pelo órgão judicial. Impõe-se ressaltar, todavia, um aspecto interessante: mesmo encontrando guardida no sistema o conceito de judge-made law, o órgão judicial não pode prescindir de fatores objetivos e da experiência judicial anterior. Por outro lado, embora o juiz americano esteja ainda menos vinculado do que seu colega inglês à força da decisão anterior, não pode igualmente criar ao seu alvedrio a lei reguladora do caso concreto, jungido a certos critérios de natureza imperativa”. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.81).

Mais a mais, o respeito às regras constitucionais atinentes ao processo, evita o arbítrio e a injustiça, de modo a manter o processo hígido e, acima de tudo, justo.

7 CONCLUSÕES

Do que se expôs no presente trabalho, pode-se concluir que o atual estágio de desenvolvimento social permite – e exige – uma maior participação popular na atividade jurisdicional. Tal participação se apresenta, primeiramente, com maior acesso à justiça e, conseqüentemente, com maior diálogo entre as partes processuais.

Isto decorre não somente da necessidade de legitimação da atividade judicante, como forma de garantia e equilíbrio da forma republicana brasileira, mas com preservação dos direitos fundamentais.

Dada a galopante mutação das necessidades sociais, correntes na presente sociedade de massa, o poder legislativo não consegue atingir sua meta, de regular todas as situações da vida moderna, por meio de processo legislativo típico. A lei, portanto, deixa de ser a única fonte primária de direitos. Com vistas à Constituição Federal, a jurisprudência se parecia à lei, como instrumento pacificador das ações humanas.

O poder legislativo passa a atuar como órgão legiferante de princípios. O juiz, via de conseqüência, passa a apreciar as questões que lhe são postas, sob o prisma principiológico. Deixa de ser apenas “a boca da lei”. Aumentada sua responsabilidade, passa a adquirir instrumentos hábeis para garantir a eficaz prestação jurisprudencial atual. Discorreremos sobre a cooperação judicial e a adequação procedimental.

A primeira, atuante como poder-dever, coloca o magistrado como órgão atuante, comprometido com a justiça, o que o faz não apenas buscar a verdade provável, o mais próximo do real, como o faz dialogar com as partes, tornando o processo menos formal, mas sempre em respeito ao *due process of law*.

A segunda, como sectário da cláusula aberta, permite ao magistrado adequar os procedimentos conforme as necessidades de cada caso. Opta-se por um formalismo valorativo, ao invés de regras estáticas estanques que, muito embora levem a um resultado pacificador da controvérsia, com uma sentença devidamente proferida, nem sempre levam a um resultado justo.

Por fim, observou-se que a maior destinação de responsabilidade ao magistrado não importa em autoritarismo ou uso arbitrário do direito. Existem limites à atuação do magistrado. As ferramentas demonstradas, em verdade, apenas dão condições ao judiciário para exercer sua atividade de acordo com as expectativas sociais. Havendo limites, o sistema se fixa como apropriado às atuais necessidades, em uma constante evolução para a melhor prestação jurisdicional e, por sua vez, ao mais próximo possível da tão almejada justiça.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral – uma perspectiva luso-brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7ª Edição, São Paulo: Malheiros, 2007.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições do Direito Processual Civil*. Vol. I. 2.ed. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 9.ed. Salvador: Jus Podivm, 2008.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I, 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental*. São Paulo: Atlas, 2008.
- GIGLIO, Wagner D., CORRÊA, Claudia Giglio Veltri. *Direito Processual do Trabalho*. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Cognition processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n.6, p.47-59, set. 2003.
- GRASSO, Eduardo. *La collaborazione nel processo civile*. *Rivista di Diritto Processuale*, n.21, p.580-609, 1966.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Introdução ao direito processual constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- JHERING, Rudolf Von. *A evolução do direito*. Tradução do francês para o português de Abel D’Azevedo. Lisboa: José Bastos e C. A. Editores, 1963, p; 217, disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=61574>. Acesso em: 01/08/2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 4.ed., rev. e ampl, São Paulo: RT, 2005.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. A questão do dissídio coletivo “de comum acordo”. *Revista LTr*, n.70-06, pp.647-656, jun. 2006.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. *Teoria e prática da Tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- SILVA, Edson Braz. Aspectos processuais e materiais do dissídio coletivo frente à Emenda Constitucional n. 45/2004. *Revista LTr*, n.69-09, pp.1.038-1.047, set. 2005.
- SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. Vol. 1, 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.67.
- TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. A justiça do trabalho e a Emenda Constitucional n. 45/2004. *Revista LTr*, n.69-01, pp.5-29, jan. 2005.
- TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- ZANETTI JUNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.