

**UNIVERSIDADE METODISTA DE PIRACICABA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO**

ANDERSON RELVA ROSA

**O DIREITO FUNDAMENTAL À DECISÃO JUDICIAL MOTIVADA COMO
ELEMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA NO PROCESSO DO TRABALHO**

**PIRACICABA
2016**

ANDERSON RELVA ROSA

**O DIREITO FUNDAMENTAL À DECISÃO JUDICIAL MOTIVADA COMO
ELEMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA NO PROCESSO DO TRABALHO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Metodista de Piracicaba, como parte dos requisitos para obtenção do título de Mestre em Direito.

Campo de Conhecimento:
Direitos Fundamentais Coletivos e Difusos

Orientadora:
Profa. Dra. Mirta Gladys Lerena Manzo de Misailidis

PIRACICABA

2016

ANDERSON RELVA ROSA

**O DIREITO FUNDAMENTAL À DECISÃO JUDICIAL MOTIVADA COMO
ELEMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA NO PROCESSO DO TRABALHO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Metodista de Piracicaba, como parte dos requisitos para obtenção do título de Mestre em Direito.

Campo de Conhecimento:
Direitos Fundamentais Coletivos e Difusos

Orientadora:
Profa. Dra. Mirta Gladys Lerena Manzo de Misailidis

Data de aprovação: ___/___/___

Banca Examinadora:

Profa. Dra. Mirta Gladys Lerena Manzo de Misailidis (orientadora)
Universidade Metodista de Piracicaba

Prof. Dr. João Miguel da Luz Rivero
Universidade Metodista de Piracicaba

Prof. Dr. Jair Aparecido Cardoso
Faculdade de Direito de Ribeirão Preto –
Universidade de São Paulo

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, **Francisco** e **Sônia**, pelos primeiros ensinamentos da vida, os quais possibilitaram todas as minhas conquistas.

À minha esposa, **Karla**, pelo apoio incondicional em todos os passos desta caminhada, que chega à fase final com o melhor presente que a vida poderia nos dar, o pequeno Murilo.

À professora **Mirta**, pela forma serena e compreensiva com que conduziu a orientação, tornando possível a finalização deste trabalho.

Aos professores **João Miguel** e **Jair**, por terem aceitado participar da banca de defesa desta dissertação e pelas valiosas contribuições.

RESUMO

No Estado Democrático de Direito Constitucional, os Direitos Fundamentais possuem importância diferenciada e a efetivação e ampliação deles constituem uma das principais razões de ser do próprio Estado. Em um país democrático, o Judiciário atua com liberdade e vigora com força a doutrina da separação de Poderes. No entanto, é preciso compreender a forma como se expressa esse Poder e qual o limite de liberdade do magistrado na hora de decidir. Se o Judiciário protege o cidadão que procura obter justiça quando seus direitos são violados arbitrariamente, a decisão judicial também se limita à aplicação do direito e dos princípios constitucionais, sob pena de padecer do mesmo mal. Para compreender essa temática, analisou-se a evolução dos modelos de Estado partindo do absolutista e passando pelas concepções de Estado tipicamente liberal, pelas aspirações socialistas e pelo modelo buscado com a Constituição Federal de 1988. Ao analisar a jurisdição na atualidade, realizou-se importante avaliação das tradições do *civil law* e do *common law*. Tratou-se também do alargamento da importância dos precedentes judiciais em todas as áreas do direito, inclusive na Justiça do Trabalho, especialmente em razão da vigência do Código de Processo Civil. Após contextualizar o modelo de Estado e avançar no sentido de que o liberalismo clássico com subsunção do fato à norma não foi suficiente para resolver o problema jurídico, adentrou-se na questão da interpretação do direito, o que se fez pelo estudo das técnicas de hermenêutica clássica e da Teoria da Argumentação Jurídica. Realizou-se levantamento bibliográfico e avaliou-se aspectos históricos, constitucionais, filosóficos e processuais a respeito do tema seguindo a linha crítico-metodológica, em busca de adentrar nas técnicas de interpretação do direito para obter meios de como se agir diante do problema da motivação das decisões judiciais. Conseguir uma decisão corretamente fundamentada é de grande importância, tanto que se analisou e se concluiu pelo enquadramento da motivação como direito de natureza fundamental. Igualmente concluiu-se pela relevância da motivação na efetivação do acesso à justiça. Não basta viabilizar o ajuizamento da demanda judicial, é preciso que o cidadão tenha uma resposta célere, adequada e de acordo com o direito vigente. A decisão judicial motivada é um Direito Fundamental, e a jurisdição tem como dever aplicar as normas jurídicas editadas pelo Estado com vistas à efetivação de princípios constitucionais que representam o modelo de Estado projetado pela Carta Magna vigente.

Palavras-chave: Decisão judicial. Motivação judicial. Celeridade processual. Acesso à justiça. Argumentação jurídica.

ABSTRACT

In the state of constitutional law, fundamental rights are important and its effectiveness and expansion is one of the main reasons that justify the State itself. In a democratic country, the Judiciary works with freedom and the separation of powers prevails. However, we need to fully understand how to express this power and what are the limits of freedom when the magistrate decides. If the Judiciary protects citizens that are trying to obtain Justice when their rights are arbitrarily violated, the court decision is also limited by the law and constitutional principles, or else will suffer of the same evil. To understand this issue, we have analyzed the evolution of the state models, from Absolutism to the model pursued by the Federal Constitution of 1988, passing through the typically liberal State Conceptions and the socialist aspirations. To analyze today's judicial decisions, we cannot forget the civil law and the common law traditions, specially when considering the recent Civil Procedure Code and growing importance of judicial precedents in all areas, including in the Labor Courts. After contextualizing the state model and considering the classical liberalism assumption that the fact should subsumption to the standards, we conclude that this model is not enough, and perhaps never was enough to solve the legal problem. We felt the need to analyze the issue of law's interpretation, which was made by the study of classical hermeneutic techniques and the legal argument theory. We carried out a bibliographical survey and evaluated historical, constitutional, philosophical and procedural aspects regarding the subject, following the critical methodological line seeking to penetrate the techniques of interpretation of the law to obtain the means of how to act before the problem of motivation of the judicial decisions. It is very important to get a properly reasoned decision, that's why we analyzed the motivation as a fundamental right and its relevance to the issue of the access to Justice. Facilitating the litigation is not enough. It is necessary that the citizens have an adequate state response, in accordance to the existing law. The motivated court decision is a fundamental right. The jurisdiction has a duty to apply the legal rules issued by the State in order to effecting constitutional principles that represent the state model designed by the current Magna Letter.

Keywords: Judicial decision. Judicial motivation. Celerity. Access to justice. Legal arguments.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CPC	Código de Processo Civil
CF	Constituição Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO I	
A EVOLUÇÃO DO ESTADO E A FUNÇÃO JURISDICIONAL	14
1.1 O Estado Absolutista	14
1.2 O Estado Liberal	18
1.3 O modelo de Estado Socialista como crítica ao liberalismo e o Estado Social	24
1.4 O modelo de Estado Democrático de direito definido na Constituição de 1988	29
CAPÍTULO II	
A JURISDIÇÃO NOS SISTEMAS <i>COMMON LAW</i> E <i>CIVIL LAW</i>	35
2.1 Sobre a jurisdição	35
2.2 Sistemas <i>common law</i> e <i>civil law</i>	41
2.3 Legitimidade dos juízes	51
CAPÍTULO III	
OS LIMITES DA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO NA DECISÃO JUDICIAL	56
3.1 Celeridade processual	56
3.2 Hermenêutica	60
3.3 Teoria da Argumentação Jurídica	66
3.4 Os precedentes e o Código de Processo Civil	75
3.5 Hermenêutica, argumentação e decisão judicial	82
3.6 Papel do magistrado no contexto atual da interpretação e aplicação das normas jurídicas	83
CAPÍTULO IV	
O DIREITO FUNDAMENTAL À DECISÃO JUDICIAL MOTIVADA COMO ELEMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA	89
4.1 Decisão judicial como Direito Fundamental	89
4.2 O direito de acesso à justiça	92
4.3 Decisão judicial motivada no processo do trabalho	96
4.4 Artigo 489, § 1º, do Código de Processo Civil e sua aplicação supletiva ao processo do trabalho	103
CONSIDERAÇÕES FINAIS	110
REFERÊNCIAS	123

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a motivação das decisões judiciais, as características dela e os diversos fatores que influem em sua elaboração. O enfoque dado é na natureza de Direito Fundamental do conteúdo das decisões judiciais diante da importância da jurisdição no contexto atual da efetivação dos Direitos Fundamentais e no acesso à justiça. Apesar de partirmos de conceitos universais levando em consideração o caráter unitário da jurisdição, existe o intuito de tratarmos especificamente do processo do trabalho, seja pela necessidade de delimitar o objeto da pesquisa, seja em razão de nossa proximidade com essa ramificação do direito. Para tanto dividiremos o trabalho em quatro partes.

A análise feita no primeiro capítulo restringe-se aos aspectos históricos da evolução do Estado e sua função jurisdicional nos modelos absolutista, liberal, social e democrático de direito ou constitucional. Outro motivo para a avaliação específica do estudo no contexto do processo do trabalho são as características específicas do Direito do Trabalho e da jurisdição trabalhista.

A compreensão dos modelos de Estado mostra-se de grande importância para que possamos traçar antecedentes da jurisdição e a fundamentação das decisões judiciais. O modo como se presta a jurisdição e conseqüentemente como se aplica o direito nas sentenças se altera de acordo com as características próprias do Judiciário que será mais ou menos livre, mais ou menos republicano, conforme o modelo de Estado que esse Poder compõe.

Partimos de conceitos gerais de Estado Absolutista, Liberal, Social e Democrático para apenas ao final tratarmos do modelo previsto na Constituição Federal de 1988¹. Não se objetivou de avaliar a jurisdição de outros países, mas apenas conhecer o passado tal como reconhece a doutrina e entender as inspirações que levaram ao modelo atual.

O conteúdo das decisões judiciais também se altera segundo a tradição jurídica do país, o que trataremos no segundo capítulo do trabalho. Essa realidade mudou no Brasil, e os precedentes judiciais passaram a ter importância elevada após recentes alterações legislativas. Em virtude da atual aproximação entre as tradições *civil law* e *common law*, surge a importância de os operadores de direito

¹ Quando nos referirmos à Lei Maior, utilizaremos no decorrer do texto ora o extenso do termo, ora sua sigla (CF).

conhecê-las, ainda que em linhas gerais. Sabemos que o modelo do código e do positivismo puro cede espaço a uma interpretação constitucional baseada em princípios. A mudança de paradigmas das decisões leva ao desapego do texto legal, e as sentenças prolatadas passam a se basear em princípios e ideais de justiça, o que leva à insegurança. As decisões vinculantes e a mudança nas regras de precedentes aparecem como reação do sistema às decisões contraditórias em casos semelhantes.

O acesso à justiça será estudado no quarto capítulo do trabalho, a fim de investigarmos a relevância da motivação da decisão judicial dentro da teoria difundida por Mauro Cappelletti e Bryant Garth sobre a temática. Não há pretensão alguma em inovar na seara dessas teorias, mas apenas interesse em investigar e relacionar a importância da motivação das decisões judiciais para efetiva implementação do direito de acesso à justiça.

Não há dúvida de que o papel da jurisdição mudou com o passar do tempo, e isso decorre das mudanças da sociedade tanto por meio de modelos de Estado quanto em razão de lutas sociais e novos valores aspirados e conquistados. As decisões judiciais seguem o mesmo caminho, já que no contexto do litígio tudo deságua na solução do caso por via de uma sentença judicial que deve pacificar o conflito aplicando o direito vigente.

A jurisprudência que interpreta a norma com vistas à Constituição é de elevada importância, e isso não é diferente no processo do trabalho. A inércia do legislador em acompanhar a evolução social e a complexidade dos conflitos faz com que o magistrado solucione casos para os quais o direito não apresenta nenhuma resposta direta. No Direito do Trabalho, podemos citar o exemplo da terceirização, tratada por intermédio de súmula desde 1986 (na origem pelo Enunciado nº 256, atualmente Súmula nº 331) e até hoje não enfrentada pelo legislador ordinário.

O agigantamento do Poder Judiciário ocorre devido às dificuldades dos demais poderes em efetivar princípios eleitos como fundamentais pela Carta de 1988. Todavia, é preciso que se evite o crescimento, pois este pode vir a distorcer e confundir as atribuições do Poder Judiciário com aquelas do mundo da política, afetas ao Executivo e ao Legislativo.

Enquanto os agentes eleitos justificam suas decisões com base na legitimidade popular, os juízes no Brasil devem justificar e demonstrar o caráter republicano de suas decisões pela sua ascensão ao cargo via concurso público e

também, segundo nosso entendimento, especialmente pelo caráter técnico, neutro e coerente da motivação apresentadas em seus atos decisórios. Quanto maior a abstração do princípio aplicado, aparentemente mais longe da letra da lei fica a decisão, e, com isso, maior a necessidade de justificativa.

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e o Código de Processo Civil² tratam da motivação das decisões judiciais de maneira diferente. O diploma do processo comum parece querer resolver problema de certa desconfiança em relação ao magistrado. Notamos uma preocupação com a liberdade conferida aos juízes para decidir, de modo especial com a insegurança jurídica que existe em meio às decisões conflitantes. É preciso que se avalie até que ponto os princípios e valores possibilitam que o julgador se afaste da lei. A correta aplicação de técnicas interpretativas também representa elemento de extrema importância para a motivação da sentença.

Nesse sentido, faz-se necessário analisar também as técnicas de hermenêutica, o que será feito no terceiro capítulo, ainda que sem a profundidade que o tema possui, pois é em conformidade com os critérios de interpretação do direito que se constrói a decisão judicial, notadamente quando a base é um princípio com alta carga axiológica, o qual possibilita diversas soluções para casos semelhantes.

Na motivação das decisões, é de grande importância o estudo das técnicas tradicionais de hermenêuticas, típicas dos países de tradição *civil law*, a exemplo destas escolas: da Exegese, Histórica, da Jurisprudência dos Conceitos, da Jurisprudência dos Valores, do Direito Livre. Elementos de interpretação, como o gramatical, o teleológico, o sistemático e o histórico, são relevantes para a construção dos argumentos utilizados na decisão.

Diante dessa importância dada aos precedentes, entendemos ser relevante conhecer, ainda que em linhas breves e gerais, a Teoria da Argumentação Jurídica e obra homônima de Robert Alexy. Para tanto, trataremos de alguns aspectos lógicos da decisão para possibilitar ao leitor compreender melhor a forma de justificação interna e externa, a correção dos argumentos e como os elementos tradicionais de

² Quando nos referirmos a essa lei, utilizaremos no decorrer do texto ora o extenso do termo, ora sua sigla (CPC).

interpretação – chamados pelo autor de cânones – podem interferir na Teoria da Argumentação Jurídica.

A teoria da argumentação, tratada no terceiro capítulo, explica a importância dos precedentes quando eles servem como argumentos para justificar o decidido. Nessa linha, é preciso conhecer as técnicas de superação dos precedentes e de sua não aplicação devido a incompatibilidades entre os casos que partem da análise das premissas de justificação.

No tocante ao cenário nacional, é preciso avaliar o sistema de precedentes do Código de Processo Civil de 2015 e a diferença entre os precedentes vinculantes e os persuasivos para a construção do argumento.

Este estudo, em sua totalidade, visa compreender a melhor forma de interpretar o direito e como se pode utilizar os argumentos e a lógica para a construção de premissas sólidas, a fim de que a interpretação conferida pelos tribunais possibilite a tomada de decisões conforme o direito vigente e distante do subjetivismo, pois desse modo o Direito Fundamental à motivação das decisões pode se realizar corretamente e permitir a efetiva tutela jurisdicional àquele que acessa o Poder Judiciário.

No quarto capítulo, o qual é voltado ao estudo da motivação das decisões, pretendemos demonstrar a presença de Direitos Fundamentais fora do catálogo estatuído no início da Constituição Federal, que é o caso do próprio direito de se obter decisão fundamentada.

O tema da motivação da sentença apresentado na obra de Michele Taruffo norteia parte da análise realizada, merecendo destaque o estudo de alguns instrumentos de avaliação do argumento, desde os aspectos lógicos, que podem indicar e permitir a conferência do discurso realizado, até a teoria de Chaïm Perelman a respeito da construção do argumento retórico argumentativo na linha da decisão judicial, como paradigma de convencimento a respeito da conclusão obtida.

A motivação das decisões mostra-se de importância fundamental dentro do modelo de Estado adotado, tanto por ser essencial para a efetivação de Direitos Fundamentais como por ela própria, a motivação, traduzir um direito dessa natureza em um estado realmente democrático. Essencialmente no contexto dos Direitos Sociais, somente se verifica o acesso à justiça com a realização do direito tal qual previsto na Constituição Federal, ou seja, sem subjetivismos ideológicos.

Embora sem o escopo e a possibilidade de esgotarmos o tema, tampouco resolvermos o problema da motivação da forma definitiva, a investigação da função estatal, da democracia, dos Direitos Fundamentais e da análise lógica e retórica do discurso argumentativo representam pontos-chave para a compreensão do mote desta pesquisa. O objetivo será cumprido ao contribuir teoricamente com questão tão complexa e importante quanto à forma como se deve motivar uma decisão judicial, sem perder de vista o importante problema da morosidade do Judiciário, o qual certamente deve considerar o tempo para as decisões de modo a equilibrar a devida fundamentação com o número de casos postos diariamente à análise do magistrado.

O cenário ideal seria, certamente, a diminuição do número de conflitos, tema esse que deve ser objeto de análise em trabalhos específicos. Partindo da premissa real de que a litigiosidade no Brasil é elevadíssima e que o Judiciário precisa dizer o direito nos casos submetidos, faz-se necessário construir caminhos e alternativas para uma decisão democrática, republicana e célere, que se fundamente de forma correta conforme o direito vigente e permita a efetivação do direito à jurisdição.

CAPÍTULO I

A EVOLUÇÃO DO ESTADO E A FUNÇÃO JURISDICIONAL

1.1 O Estado Absolutista

Antes de existir a noção de Estado, os conflitos eram resolvidos por via da autotutela. Gandhi resume bem as deficiências dessa forma de solução de litígios ao dizer que, quando a lei é “olho por olho”, todos ficam cegos. A humanidade avança e o Estado é criado diante da necessidade de viabilizar a convivência em sociedade. Entre as funções que são delegadas a esse ente está, naturalmente, a de resolver os conflitos de interesses (WAGNER JR., 2010, p. 2-3).

Após a criação do Estado e a transferência do monopólio de solução das divergências, os problemas não acabaram. Era preciso resolver sistematicamente a forma com que os conflitos seriam tratados. Desde as regras aplicáveis até os procedimentos incidentes, tudo deveria ser regulado pelo superpoderoso Estado, que, por esse motivo, inicialmente é considerado “absoluto”.

A solução estatal muda e se ajusta à realidade vivenciada. Seja antes ou depois da ideia contemporânea de separação de poderes, a atuação do julgador está intimamente ligada ao caráter democrático e republicano do Estado. Um modelo autoritário conta com decisões dessa mesma natureza e o aperfeiçoamento das instituições só ocorre na medida em que os próprios órgãos de poder evoluem.

O conhecimento e a compreensão do desenvolvimento histórico e jurídico do Estado moderno têm fundamental importância na assimilação do papel desempenhado pelo juiz na sociedade. O Judiciário, como um dos poderes estatais, tem sua função ligada ao modelo de Estado adotado em determinado momento histórico. Um Estado de Direito Livre, como o atualmente vivido no Brasil, reflete um Poder Judiciário mais democrático e republicano.

Entretanto, nem sempre foi assim. Para melhor avaliar o atual funcionamento do Poder Judiciário e como consequência conhecer o processo de construção das decisões judiciais, faremos uma breve digressão histórica. Desse modo, serão traçadas algumas linhas sobre os principais modelos de Estado e sua relação com o Poder Judiciário, para que possamos entender o papel dos magistrados. Para avaliar a importância das decisões judiciais e como elas são ou devem ser proferidas, é preciso perceber as intenções do Poder Judiciário, o momento e o

conteúdo dos Direitos Fundamentais reconhecidos e também a forma como se revelam.

A doutrina adverte que não é possível determinar uma sucessão cronológica para estabelecer as características do Estado, uma vez que os modelos adotados variam em diferentes épocas na humanidade (DALLARI, 2002, p. 60). Para facilitar o estudo e atingir os propósitos deste trabalho, a análise feita terá em vista os principais modelos de Estado estudados pela doutrina. Não ignoramos a importância do Estado antigo, grego, romano e medieval, mas centraremos nossa análise dentro de uma proposta de Estado moderno que passa pelo modelo absolutista, liberal ou de direito e Estado Social até chegar à atualidade (TEIXEIRA, 2008, p. 26).

O ponto de partida é o modelo de Estado moderno inicial, anterior à Revolução Francesa, que é o Estado Absolutista. Após, avaliaremos o modelo liberal, as aspirações socialistas até chegarmos ao modelo adotado no Brasil após a Constituição de 1988.

Bobbio (2011, p. 115) relata que, no absolutismo, o Estado era estruturado com base no poder do monarca, justificado pela vontade de Deus. O magistrado deveria apenas julgar com base em diretrizes e interesses do rei. Nessa fase histórica que durou séculos, prevalecia a vontade absoluta e muitas vezes egocêntrica do soberano. Para o autor, o forte apelo às crenças religiosas justificava o poder assim como os mandos e desmandos. O magistrado nada mais era do que um agente nomeado pelo rei e deveria decidir conforme a vontade deste. Tudo era concentrado em uma única pessoa cujos poderes eram incontestáveis, incluindo a função jurisdicional.

De acordo com Dallari (2002, p. 62), no Estado Absolutista, os súditos tinham apenas deveres e se sujeitavam a todos os tipos de caprichos do rei. Não se concediam direitos a eles e não havia reconhecimento de quaisquer direitos de natureza fundamental. A base de todo o poder era religiosa, e o monarca era absoluto em sua atuação. Tem-se notícia desse modelo de Estado há séculos, o qual prevaleceu na evolução política da antiguidade.

Ainda para Dallari (2002, p. 67), essa base religiosa é muito clara na era do cristianismo. Com o surgimento de uma ideia de universalidade, inicia-se a superação do entendimento de que os homens teriam valores diferentes. Por outro lado, a afirmação do império é estimulada pela própria igreja, a qual concede a Carlos Magno o título de imperador, ato praticado pelo Papa Leão III. A crise nesse

modelo de Estado inicia-se com a dificuldade do próprio imperador em submeter-se ao poder da igreja, além do surgimento de outros centros de poder, como os senhorios e as corporações de ofício.

Nas palavras de Comparato (2013, p. 57-58),

Toda a Alta Idade Média foi marcada pelo esfacelamento do poder político e econômico, com a instauração do feudalismo. A partir do século XI, porém, assiste-se a um movimento de reconstrução da unidade política perdida. Duas cabeças reinantes, o imperador carolíngio³ e o papa, passaram a disputar asperamente a hegemonia suprema sobre todo o território europeu. Ao mesmo tempo, os reis, até então considerados nobres de condição mais elevada que os outros (*primi inter pares*⁴), reivindicaram para as suas coroas poderes e prerrogativas que, até então, pertenciam de direito à nobreza e ao clero.

As ideias de liberdade são despertadas como embrião dos Direitos Fundamentais, e os burgos tornam-se o lugar em que se reconhece alguma liberdade pessoal, refere Comparato (2013, p. 58-59). A proteção aos senhores feudais também permite o desenvolvimento do que viria a ser chamado de burguesia e que mais tarde seria a grande responsável pelo fim desse modelo absolutista (MARINONI, 2014, p. 23).

Comparato (2013, p. 61) continua seu relato dizendo que, nos dois séculos posteriores à Idade Média, vive-se na Europa um grande aumento dos poderes da monarquia absoluta, os quais são sempre concentrados na mão do monarca.

No que diz respeito à jurisdição, podemos verificar que sem a característica da independência, o papel do juiz limitava-se a repetir ou validar a vontade do monarca. Não existe nesse período a noção de Poder Judiciário livre para decidir. Não há compromisso entre a motivação da decisão judicial com quaisquer Direitos Fundamentais, pois eles ainda não foram reconhecidos nem sequer em sua dimensão inicial. Embora se fale da Magna Carta de 1215, a sua incidência era muito restrita, prevalecendo a arbitrariedade.

Antes da Revolução Francesa, os juízes tinham comprometimento apenas com os interesses feudais e seus cargos eram hereditários, passados de pai para filho, todos pertencentes a essa mesma classe social. Nos séculos XVI e XVII, o rei tinha o costume de vender as funções públicas para obter dinheiro. Nessa venda

³ Referente ao império de Carlos Magno.

⁴ Tradução: primeiro entre iguais.

estavam incluídas as funções militares, administrativas municipais e, sobretudo, as judiciais. Para encarecer essas funções, outorgou-se até mesmo o título de nobre a membros de tribunais e magistrados (TRINDADE, 2002, p. 30-31). Conforme apontam Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 32), nota-se a tamanha falta de legitimidade diante da possibilidade de até mesmo vender cargos, o que explica o caráter completamente conservador das decisões e a ausência de qualquer intenção de fazer justiça social para as classes menos favorecidas.

Bobbio (1993, p. 20-21) explica o fundamento que justifica, *a priori*, a necessidade da liberdade plena, preconizada pelo regime liberal, como forma de controlar os abusos de poder:

Há uma acepção de liberdade – que é acepção prevalecente na tradição liberal – segundo a qual ‘liberdade’ e ‘poder’ são dois termos antitéticos, que denotam duas realidades em contraste entre si e são, portanto, incompatíveis: nas relações entre duas pessoas, à medida que se estende o poder (poder de comandar ou de impedir) de uma diminui a liberdade em sentido negativo da outra e, vice-versa, à medida em que a segunda amplia a sua esfera de liberdade diminui o poder da primeira [...] No pensamento liberal, teoria do controle do poder e teoria da limitação das tarefas do Estado procedem no mesmo passo [...] o controle dos abusos do poder é tanto mais fácil quanto mais restrito é o âmbito em que o Estado pode estender a própria intervenção [...] o Estado mínimo é mais controlável que o Estado máximo.

Era preciso desprender-se do absolutismo do monarca, entendimento do qual nasce a ideia de liberdade plena. A única forma de retirar todo o controle sobre a vida dos indivíduos das mãos do rei era estabelecer o centro de poder com base na mínima interferência estatal nas relações contratuais, já que os homens são iguais por natureza. Nesse sentido, o Estado precisa se comportar de forma abstencionista para que a burguesia se torne livre.

Bonavides (2013, p. 40) cita que o Estado era visto como um fantasma que atemoriza o indivíduo. O poder, tal como atribuído ao rei, era visto como intenso limitador da liberdade, e por isso a intervenção do Estado na vida privada deveria ser mínima.

Apesar da duração longa, a evolução da sociedade e a própria natureza humana mostram que não seria possível eternizar o modelo absolutista. O senso de justo e as concepções de igualdade, ainda que apenas ideais, sempre foram e serão aspiradas pelo indivíduo. No momento em que uma determinada classe, no caso a

burguesia, evolui e passa a ter pensamento crítico sobre o modelo autoritário vivido, a situação mostra-se insustentável e ocorre a natural mudança, a qual resulta no próximo modelo estudado.

Podemos notar que o Estado Absolutista servia apenas como embrião do Estado Constitucional de Direito. Sua criação resolvia algum problema relacionado à convivência humana, mas o modelo era permeado por desigualdades e injustiças. A concentração do poder nas mãos de uma única pessoa certamente levou a um conjunto de condutas absolutamente antidemocráticas e sem qualquer compromisso com o bem comum do povo.

O Poder Judiciário, quando não dotado de autonomia, certamente não terá nenhuma utilidade na efetivação dos Direitos Fundamentais. Uma decisão judicial prolatada na época jamais desrespeitaria os interesses do governante. Ainda que houvesse alguma espécie de fundamentação, ela seria descompromissada com qualquer valor de igualdade, justiça social ou proteção ao homem enquanto ser humano igual a qualquer outro.

A colocação que se faz nesse momento é no sentido de que a decisão judicial, ainda que dotada de fundamentação, não realiza o papel que deve cumprir quando proferida por um magistrado com as características daquele existente no absolutismo. O direito que vigorava não permitia uma mínima busca por justiça, e a falta de separação de poderes criava uma figura de juiz muito diferente da qual verificamos na atualidade.

1.2 Estado Liberal

A burguesia revolucionária é investida no poder a partir de sua histórica oposição ao Estado Absolutista. E dessa oposição nasce a primeira ideia de Estado de Direito baseado em leis, às quais todos, sem exceção, devem sujeitar-se. Realiza-se, portanto, a ideia de plena liberdade racionalizada com base em Kant (BONAVIDES, 2013, p. 40). O liberalismo nasce com a denominada primeira dimensão de Direitos Fundamentais, que estão focados na proteção do indivíduo contra o Estado.

A ascensão da burguesia ao poder ocorre no século XVIII, e o modelo de Estado adotado é o Liberal. Nesse cenário, prevalecem os valores da liberdade, igualdade, fraternidade, porém sobre o prisma meramente formal. Evidentemente,

outros fatores são importantes para os alicerces do Estado Liberal, como as ideias de John Locke, entre elas, a de separação de poderes, posteriormente desenvolvida por Montesquieu. Ideias como a liberdade política foram repropostas por Montesquieu mediante nova interpretação das teses de Locke, ao teorizar a doutrina dos três poderes (SCHIOPPA, 2014, p. 282). São os ideais liberais que representam a justificação teórica preconizada nesse período. Nas palavras de Leite (2010, p. 35),

O Estado Liberal, que emergiu das Revoluções Burguesas dos séculos XVII e XVIII, caracteriza-se pela sua subordinação total ao direito positivo editado pela burguesia, pois sua atuação deveria estar em conformidade aos exatos limites prescritos na lei. O direito posto pela classe dominante, portanto, constitui um limitador da ação estatal, ao mesmo tempo em que se apresenta como um conjunto de garantias individuais oponíveis ao próprio Estado, cuja função seria apenas a de proteger/garantir a liberdade e a propriedade [...].

Podemos afirmar que o liberalismo busca a limitação do Estado respeitando seus poderes apenas em relação às suas atividades típicas e com intervenção mínima na vida do particular. Ademais, o liberalismo busca a concepção de um modelo de Estado de Direito, em contraposição ao absolutismo.

Cabe registrar que a doutrina reconhece um modelo de Estado Social, intervencionista, que não é, portanto, mínimo, mas de direito. Também é possível um Estado mínimo, porém não de direito, caso do Leviatã de Hobbes, que é absolutista, mas liberal em termos de economia (BOBBIO, 1993, p. 17-18).

Em nosso estudo, entretanto, analisamos o Estado Liberal como modelo histórico de contraposição ao absolutismo, o Estado Social como Estado de Direito que admite ideais sociais, mas que se contrapõe aos modelos puramente marxista ou puramente liberal. Por fim, analisamos também o Estado de Direito e constitucional sem pôr em foco o estudo do constitucionalismo, mas com vistas ao modelo contemporâneo e nacional pós-Constituição de 1988.

Ainda que não seja objeto principal do nosso estudo, cabe ressaltar que o constitucionalismo foi movimento que se deu nos diversos modelos de Estado. A ideia de uma Constituição definindo direitos, deveres e poderes está presente em toda evolução histórica. A doutrina indica a presença de traços desse movimento desde a Idade Antiga, passando pela democracia direta grega, pelos primeiros

modelos escritos no século XIII (Carta Magna), séculos XVII e XVIII – *Petition of Rights*⁵ de (1628), *Habeas Corpus Act* (1679), *Bill of Rights*⁶ (1689) e *Act of Settlement*⁷ (1701), até chegar ao constitucionalismo moderno norte-americano de 1787 e francês de 1791 (LENZA, 2009, p. 4-6).

No que diz respeito aos Direitos Fundamentais, no século XIII, com a Magna Carta de João Sem-Terra (1215), existe a primeira referência a liberdades consubstanciada na previsão de *Habeas Corpus* para proteção desse direito. Trata-se de evidente reação contra os abusos na concentração do poder, embora tenha ocorrido em um contexto absolutista. A Carta de 1215 tinha pouca abrangência, portanto deve ser vista apenas como um indicativo escrito de reconhecimento de Direitos Fundamentais, sem mudança da realidade. Os direitos reconhecidos nesse período eram destinados apenas ao clero e à nobreza, mas servem para generalizar uma consciência sobre a discordância contra os altos poderes conferidos ao monarca (COMPARATO, 2013, p. 61).

Para Sarlet (2015, p. 41-44), sem embargo do debate doutrinário sobre o tema, pode-se dizer que a primeira marca da transição de Direitos Fundamentais para o âmbito constitucional se dá com a Declaração do Bom Povo de Virgínia, de 1776, e com a Declaração Francesa, de 1789. É o período que marca a derrocada do antigo regime e a instauração da ordem burguesa na França.

Rothenburg (2014, p. 65) explica que nasce então o que viria a ser considerado a primeira dimensão de Direitos Fundamentais. São as liberdades civis e políticas ou liberdades constitucionais, caso da liberdade de locomoção, crença religiosa, expressão e profissão. Com esses direitos, busca-se proteger o indivíduo dos abusos do Estado, ente considerado o maior ameaçador dessas liberdades. E a primeira dimensão de direitos é marcada pela concepção liberal de filosofia jusnaturalista fundada na racionalidade humana.

Nesse momento, fala-se da eficácia vertical dos Direitos Fundamentais, ou seja, relaciona-se o reconhecimento desses direitos à evolução do Estado Absoluto para o Liberal, que passa a ter o dever de respeitar os direitos da primeira dimensão, também chamados de direitos civis e políticos, especialmente os direitos à vida, à propriedade, à liberdade e à igualdade formal. Busca-se, pois, impedir a

⁵ Tradução: Petição de Direitos.

⁶ Tradução: Declaração de Direitos.

⁷ Tradução: Ato de Assentamento.

interferência estatal na vida privada. São os direitos de defesa perante o Estado que guardam relação com o *status* negativo de Jellinek⁸, pois o Estado limita-se a abster-se de violar direitos como fazia no período absolutista (LEITE, 2011).

O Estado Liberal vem marcado pela legalidade. Cansada dos desmandos das autoridades, a burguesia busca o império da lei e, com isso, a função jurisdicional resume-se à subsunção do fato à norma, o que mais tarde se mostrará insuficiente.

Nas palavras de Bonavides (2013. p. 30),

Desse modo, tornou-se a Revolução do século XVII gênero de importantíssimas renovações institucionais, na medida em que içou, a favor do Homem, a tríade da liberdade, igualdade e fraternidade, decretando, com seus rumos, o presente e o futuro da civilização.

Apesar da aparente alteração positiva, no cenário do Estado Liberal pós-revolução burguesa, prevalecem ideias de igualdade apenas formal, e isso só interessa às classes dominantes. O juiz era considerado escravo da lei, competindo-lhe apenas aplicar as leis editadas pelo Poder Legislativo (de prevalência burguesa).

De qualquer maneira, a limitação dos poderes do magistrado deve ser avaliada no contexto histórico no qual ele se insere. Trata-se de momento de repulsa ao poder monárquico ilimitado em que há diversos abusos no exercício da jurisdição. Existem juízes com absoluta tendência à prolação de decisões com vistas exclusivamente aos interesses do rei. A legalidade pura é o alicerce da sociedade burguesa a qual busca a garantia da não intervenção estatal que não poderia ser garantida com o mesmo modelo de jurisdição. Naquele momento, imaginar que um juiz pudesse criar e executar o direito seria o mesmo que retomar o contestado modelo existente no absolutismo temido pela burguesia que ascendia ao poder.

Segundo Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 38), a função jurisdicional atuava apenas na reparação do dano por intermédio da aplicação da lei. A liberdade tão absoluta preconizada pelos ideais do liberalismo impedia que o juiz atuasse preventivamente à violação do direito. E com o pretexto de que haveria violação da liberdade, o juiz deveria respeitar a plena liberdade do indivíduo e atuar apenas em eventual reparação.

⁸ Georg Jellinek, filósofo alemão do século XIX, tratou do *status* negativo como um espaço que o indivíduo tem para agir livre da intervenção do Estado.

A crise do absolutismo que possibilita a chegada do Estado Liberal prepondera a absoluta separação das funções governamentais, e isso enfraquece o Poder Judiciário, já que a maior legitimidade conferida para a produção do direito está nas mãos dos legisladores, comenta Silva (2012, p. 11). A grande desconfiança existente no papel dos julgadores do período absolutista abre espaço para o protagonismo do Poder Legislativo, cenário que se altera como veremos adiante.

Não existia nenhum espaço para decisões baseadas em princípios, e a justiça se resumia à aplicação da norma pura, prevalecendo as ideias do positivismo jurídico. Decisões vanguardistas seriam vistas como autoritárias e, especialmente nos tribunais, o conservadorismo prevalecia. O modelo liberal não se preocupava com a igualdade substancial, mas apenas com a atuação da vontade da lei. É nesse contexto que devem ser vistas as teorias de Giuseppe Chiovenda e Francesco Carnelutti, as quais preconizam a jurisdição como simples declaração da vontade da lei no caso concreto (SILVA, 2012, p. 11).

Marinoni (2014, p. 28) comenta que,

Para o desenvolvimento da sociedade em meio à liberdade, aspirava-se um direito previsível, ou à chamada 'certeza do direito'. Desejava-se uma lei abstrata, que pudesse abarcar quaisquer situações concretas futuras, e assim eliminasse a necessidade de edição de novas lei, e especialmente a possibilidade de o juiz, ao aplicá-la, ser levado a tomar em conta especificidades próprias e características de uma determinada situação.

Diante dessa realidade surge o chamado liberalismo processual. O processo é marcado por um grande número de normas eminentemente formais, e isso acarreta um formalismo exacerbado. Vigora o princípio dispositivo do qual surge a expressão "O que não está nos autos não está no mundo". O juiz pode conhecer apenas provas e temas previamente trazidos pelas partes no processo judicial (MOTTA, 2012, p. 38). Sob o pretexto de imparcialidade, todo o protagonismo é dado às partes, e o juiz atua como mero expectador que, ao final, realiza a vontade da lei.

O modelo de Estado puramente liberal mostrou-se importante histórica e politicamente como já destacado nesta dissertação. Todavia, é indiscutível que nem todos os indivíduos são iguais, e diversos fatores, especialmente os de cunho social, podem interferir nessa desigualdade. Desse modo, com o passar do tempo, a

degradação de grande parte do povo ficou clara, já que nem todos tinham acesso a riquezas, e no caso daqueles que as detinham não havia interesse e intenção de dividi-las.

Acrescente-se a isso o fato de ter sido a burguesia que chegou ao poder, logo os ideais liberais se acentuaram e não havia qualquer indicativo de criação de Direitos Sociais. Mais uma vez, e como parte da natural evolução do homem enquanto ser pensante, surgiram críticas ao modelo e o início do pensamento socialista, o qual evidentemente só existe diante do crescimento da sociedade capitalista e da verificação de seus diversos problemas.

Sarlet (2015, p. 55) afirma que as concepções da Revolução Francesa e as ideias oriundas do liberalismo marcam os valores da sociedade ocidental, e ainda se verifica uma grande influência delas em nosso modo de pensar. Para o autor, a doutrina indica que todas as gerações de Direitos Fundamentais gravitam em torno dos postulados básicos da liberdade, igualdade e fraternidade, de modo que a evolução histórica desse cenário gira em torno do reconhecimento cumulativo e qualitativo desses Direitos Fundamentais.

Assim, apesar de todo o caminho percorrido após a Revolução Francesa, nosso pensamento ainda é impregnado de ideais liberais. O magistrado tem sempre em mente o postulado da legalidade, e a tarefa de desapego a esses valores é de difícil assimilação. É preciso encontrar um caminho intermediário, equilibrado, no qual a legalidade que norteia o direito seja respeitada, mas dentro de um parâmetro que supera a fixação legalista do modelo liberal. Afastar-se de modo absoluto da lei é muitas vezes o caminho traçado de maneira equivocada, pois a arbitrariedade relembra o modelo absolutista autoritário que tanto se lutou para derrubar.

Os avanços do liberalismo são importantes, visto que sempre nos lembrarão da luta contra o modelo antidemocrático. Contudo, sua impossibilidade de resguardar direitos de todos de uma maneira mais ampla indica a necessidade de avanços. O aprendizado oriundo da doutrina socialista é importante, mas é preciso concentrar esforços no modelo vanguardista criado no final do século XX, o que no caso do Brasil ocorreu por intermédio da Constituição Federal de 1988, para daí apreender um modelo que possibilite uma jurisdição mais impregnada de valores de igualdade material, republicana e ética, tudo com vistas ao resguardo dos Direitos Fundamentais.

1.3 O modelo de Estado Socialista como crítica ao liberalismo e o Estado Social

Após as conquistas de liberdade e igualdade perante a lei, as reivindicações passam a ser feitas por uma parte da sociedade antes esquecida: os trabalhadores. A necessidade de obter conquistas sociais para que de fato se possa desfrutar da liberdade conquistada é questão que se universaliza após a Revolução Industrial e a maior politização dos empregados.

Na concepção de Süsserkind (2010 p. 7), fica evidente que a realidade da classe trabalhadora não mudou satisfatoriamente após o liberalismo. O autor observa que, não obstante se tratar de notável marco da civilização sob o ponto de vista político, os conceitos abstratos de liberdade permitem a opressão dos mais fracos e não existe nenhuma intervenção do Estado na esfera social, o que se justifica exatamente pela característica do abstencionismo estatal, típico do modelo liberal. O Estado é marcado pelo respeito absoluto à vontade e as normas criadas não possuem qualquer preocupação social.

Na vida dos empregados⁹, os ideais de liberalismo levados a cabo de forma pura produziram crueldade, especialmente após a Revolução Industrial do século XVIII, o que resulta na necessidade de maior intervencionismo do Estado (SÜSSEKIND, 2000, p. 81-85). Surgem com força as lutas idealizadas pela classe trabalhadora, fomentadas pelos ideais marxistas.

A constatação evidente é de que o reconhecimento formal de direitos não garante seu efetivo gozo e fruição. O comportamento passivo do Estado, antes considerado essencial para a liberdade, leva à desigualdade material. A igualdade buscada deve ser por intermédio do Estado, e não perante ele. Nasce a necessidade de realização de prestações sociais estatais.

O juiz, considerado escravo da lei, nada poderia fazer no contexto da interpretação das normas objetivando aplicá-las segundo princípios de direito e de justiça. A fundamentação das decisões representa a mera aplicação do texto legal, não importando se há ou não qualquer critério de justiça na decisão. Uma sentença que se afasta da regra pura é considerada contrária ao direito.

⁹ Utilizamos os termos “empregado” e “trabalhador” sem considerar distinção levada a efeito pelo Direito do Trabalho a respeito da questão do vínculo de emprego.

Em crítica à jurisdição estatal no modelo burguês, registra Lucas (2005, p. 178):

A Jurisdição estatal foi afastada da política e conduzida a um isolamento das questões sociais importantes. Foi tomada como reprodutora da racionalidade legislativa, constituindo uma operacionalidade dogmática alienante, incapaz de pensar o conteúdo do direito, tornando-se fiel promotora da ordem jurídica e econômica liberal.

O modelo criado especialmente com o objetivo de proteger o indivíduo do próprio Estado surge em momento que se vê Direitos Fundamentais de primeira dimensão. Todavia, essa preocupação meramente individualista mostra-se insuficiente do ponto de vista da efetivação de direitos, e o juiz, mero aplicador da lei, atua como garantidor dessa realidade desequilibrada.

Uma obra clássica justificadora dessa prática foi publicada pela primeira vez em 1748, intitulada *De l'esprit des lois*¹⁰. Montesquieu defendia que a atividade do julgador deveria ser realizada mediante mera aplicação da lógica sem a produção de qualquer direito novo. A atividade jurisdicional consistiria apenas na reprodução da atividade legislativa. Nesse sentido, concluiu o autor que o poder de julgar era nulo, já que a atividade era vazia de qualquer criação no sistema jurídico (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 31).

Para Sarlet (2015, p. 46-47), de nada adianta liberdade contratual e conservação da propriedade àquele que sequer tem o mínimo necessário para sua sobrevivência. A doutrina indica que os direitos de primeira dimensão são frutos do pensamento liberal, têm por escopo a proteção do indivíduo perante o Estado e não geram garantia de seu efetivo gozo, o que dá ensejo à eclosão de movimentos reivindicatórios que buscam a segunda dimensão de direitos, ou seja, aqueles de cunho econômico, social e cultural.

Cabe ressaltar que a doutrina diverge entre os termos “gerações” e “dimensões”. Sarlet (2015, p. 45) explica que o termo “gerações” dá ideia falsa de substituição gradativa, por isso prefere a expressão “dimensões”, que a qual indica complementariedade. Sem embargo a respeito da importância da discussão, adotamos no decorrer do trabalho a expressão “dimensões”.

¹⁰Tradução: O espírito das leis.

A segunda dimensão de Direitos Fundamentais é marcada por uma igualdade em perspectiva real, e não apenas no mundo do “dever ser”. Surgem reivindicações aos Direitos Sociais, Culturais e Econômicos, com marcantes características nas ações governamentais e diminuição das desigualdades pela obtenção de benefícios trabalhistas. Nesse sentido, há nítida inspiração no materialismo histórico marxista refere Rothenburg (2014, p. 65).

De acordo com Leite (2011, p. 3), a característica mais importante do modelo de Estado Social é a inserção desses direitos nas constituições com o surgimento da denominada teoria do *status* positivo, ou seja, o Estado não deve mais apenas se abster em desrespeitar as liberdades individuais. Assim, deverá atuar diretamente e promover prestações positivas, realizando, desse modo, o que se chama de segunda dimensão de direitos.

São dignas de destaque a Constituição do México de 1917 e a Alemã de Weimar de 1919, as quais influenciaram a Constituição Brasileira de 1934 diante dos anseios populares pela construção de um Estado Social. No cenário da segunda dimensão de direitos, busca-se inclusão social e melhor distribuição de rendas, que ficaram prejudicadas no liberalismo (LENZA, 2009, p. 15).

Sito e Bernardes (2010, p. 149-152) apontam que os paradigmas criados pelo Iluminismo e pelo racionalismo passaram a representar problemas por comprometer uma jurisdição mais humana que pudesse alterar de alguma maneira a realidade social. O direito com conotação estritamente individualista deixa de lado o suporte conferido pelo desenvolvimento social.

A reação ao modelo idealizado na Revolução Francesa também vem após a Revolução Industrial, quando se verifica uma realidade de união de diversos trabalhadores em um mesmo espaço físico reivindicando melhorias nas condições de trabalho. Nasce a partir das teorias de Marx as ideias de socialismo e comunismo, as quais objetivam, em resumo, a ascensão dos trabalhadores ao poder político. A preocupação com uma igualdade substancial, melhor distribuição de renda e quebra da hegemonia burguesa são aspectos que sobressaem na visão do Estado Socialista. O Estado, dirigido pela classe trabalhadora, retiraria das mãos dos burgueses o poder de decisão e do juiz exigiria o papel de efetivação de justiça social.

É evidente que em poucos países se vive algo que efetivamente se aproxime do que preconizou Marx. É difícil imaginar um socialismo puro em uma sociedade

democrática. Infelizmente, os locais em que esse modelo foi instituído são geralmente associados à ditadura e à falta de alternância no poder.

De qualquer maneira, podemos dizer que muitas nações, como o Brasil, reconhecem as condições de desigualdade e, com isso, conferem alguns direitos para essas classes menos favorecidas. No Direito do Trabalho existe a busca por Direitos Sociais com vistas à da desigualdade em prol da efetivação da segunda dimensão de direitos. Nunca houve intuito de migração para modelo socialista, apenas a natural acomodação de interesses do capital e do trabalho, o que pode variar de acordo com o momento histórico e político vivido.

Nesse contexto, ciente da desproporcionalidade existente entre empregado e empregador, o Estado edita normas visando minimizar o desequilíbrio dessa balança e defere algumas garantias e direitos ao proletariado. A irrenunciabilidade é característica essencial dessas normas. No mesmo caminho vai a seguridade social, especialmente no setor de assistência.

No modelo de Estado Socialista, há um acentuado intuito de efetivação de Direitos Sociais, quebrando-se o paradoxo da igualdade meramente formal preconizado pela Revolução Francesa. A jurisdição teria o papel de efetivar esses Direitos Sociais e, assim, equilibrar pessoas que materialmente são desiguais. A decisão judicial motivada com base em uma desigualdade, e com isso promotora do reequilíbrio da balança, é aceita como correta. Técnicas processuais, como a inversão do ônus da prova, são exemplos de mudança de paradigma com vistas a um cenário mais protetivo e um processo diferente do idealizado pelo liberalismo.

No Brasil, a realidade mostra a evolução do Estado para um modelo conciliador, o do Estado Social e Democrático de Direito. As características do modelo puramente liberal ou puramente socialista se mostraram insuficientes para a realização do bem comum.

Não há antítese radical entre o liberalismo e a democracia, apesar de algumas contestações a respeito dos ideais democráticos no contexto liberal. Todavia, entre o socialismo e o liberalismo, o choque existe de forma clara. A crise existente reside na dificuldade em harmonizar a doutrina da liberdade econômica que pressupõe a defesa plena da propriedade e a doutrina que defende justamente o oposto, o fim da propriedade privada, fundamento da desigualdade entre os homens. Nessa dialética aparentemente insolúvel é que surge a concepção de

Estado Social que de alguma maneira acomoda os interesses do capital e do trabalho, ainda que com maior atenção aos interesses do primeiro.

Apesar das eternas tensões que existiram nas duas ideologias apresentadas e cujo aprofundamento não faz parte do escopo deste trabalho, o Estado Social apresentado por Paulo Bonavides aparece como realidade, e por esse motivo merece ser mencionado. O autor distingue o Estado Social do Marxista:

Distinguimos em nosso estudo duas modalidades principais de Estado social: O Estado social do marxismo, onde o dirigismo é imposto e se forma de cima para baixo, com a supressão da infraestrutura capitalista, e a conseqüente apropriação social dos meios de produção – doravante pertencentes à coletividade, eliminando-se, dessa forma, a contradição, apontada por Hengels no Anti-Duehring entre a produção social e a apropriação privada, típica da economia lucrativa do capitalismo – e o Estado social das democracias, que admite a mesma idéia de dirigismo, com a diferença apenas de que aqui se trata de um dirigismo consentido, de baixo para cima, que conserva intactas as bases do capitalismo (BONAVIDES, 2013, p. 25).

No Estado Social, surge a necessidade de adotar políticas públicas destinadas à melhoria da vida das classes menos favorecidas, em geral a classe operária. As desigualdades criadas pelos meios de produção precisam ser compensadas (LEITE, 2010, p. 36), e é nesse sentido que o Direito do Trabalho, protecionista por natureza, vem com normas e princípios de caráter social.

No campo do Direito Processual, inaugura-se uma fase denominada socialismo jurídico. O Código de Processo Civil de 1939 é citado como um instrumento com essa preocupação, especialmente em vista de seus procedimentos orais em busca da quebra do formalismo preponderante, relata Motta (2012, p. 46-47).

Na era de Getúlio Vargas, é histórica a criação da CLT, uma vez que essa legislação marca os procedimentos informais e inaugura um campo do direito no qual o processo não é um fim em si mesmo, reconhecendo a aplicação de um direito com cunho social e protetivo. A prática, entretanto, mostra até hoje a preponderância de formalidades no processo civil, prática que é diferente no processo do trabalho, aperfeiçoada do ponto de vista da progressividade das decisões após a Constituição de 1988.

Não há dúvida de que existem aspectos do Estado Liberal e Social no atual modelo de Estado. Todavia, caminha-se para um modelo contemporâneo baseado na ética, na justiça, na proteção de minorias, na efetivação de direitos e na persecução da igualdade substancial. Não se pode deixar de lado o respeito às diversidades culturais e a busca da harmonia entre os povos.

A concepção social evolui para um modelo ainda mais avançado, fundado em ideais de justiça. No Brasil, a grande marca dessa evolução é a Constituição de 1988, que traz valores, princípios, Direitos Fundamentais, Direitos Sociais e as características do Estado com separação dos poderes.

1.4 O modelo de Estado Democrático de Direito definido na Constituição de 1988

A nomenclatura dada a esta seção foi com o intuito de apenas fazer uma pequena distinção entre o modelo de Estado desenvolvido na seção anterior com o que nos parece ser o atual. A doutrina também se refere ao modelo contemporâneo como Estado Constitucional, identificação que também se coaduna com os propósitos deste trabalho. A indicação ao modelo da Carta de 1988 indica o objetivo de delimitar a análise à realidade nacional.

Ao que nos parece, não se pode deixar de lado os movimentos operários e socialistas que marcam a passagem do período posterior à Revolução Francesa para o entendimento atual de Estado e da função jurisdicional. No Brasil, não há dúvidas de que existe o regime capitalista e fortes traços do modelo liberal, características que podem variar em curtos períodos de tempo, a depender da ideologia do poder político eleito.

O fato é que o momento atual é de um Estado democrático, contemporâneo e com protagonismo judicial, e isso resulta em decisões com alto grau de criatividade, realidade permitida e tida como natural evolução que decorre essencialmente das características do modelo estatal. Jamais se permitiria tal liberdade aos juizes em uma ditadura, da mesma maneira que não se permitiria tal prática no Estado Absolutista.

O juiz do Estado contemporâneo convive com um conjunto de normas divididas entre leis de cunho liberal, protetivas da propriedade e do contrato e outras de índole social. O Direito do Trabalho atua diretamente nesse conflito entre capital

e propriedade e redução das desigualdades sociais com melhor distribuição das riquezas. Na base da pirâmide, existem os princípios constitucionais e os postulados internacionais de proteção à dignidade humana e aos valores culturais e ambientais. Nesse cenário, o Judiciário ganha papel de destaque, e por meio dele seus atores, em especial os juízes, devem buscar a efetividade desse projeto jurídico que dá ênfase aos Direitos Fundamentais.

O modelo social citado acima evolui e, assim, partimos para um paradigma conciliador. A Constituição Federal de 1988 indica expressamente a livre iniciativa, mas ela deve conviver de maneira harmônica com os valores sociais do trabalho, conforme inciso IV do artigo 1º, o qual preconiza um dos fundamentos da república. Além disso, o texto traz inúmeros princípios estruturantes que devem ser interpretados de forma harmônica entre si.

Dessarte, pretendemos analisar uma realidade que supera o modelo de Estado Social. Há uma consolidação de Direitos Sociais e uma preocupação com sua eficácia. Com isso, nesse novo modelo, o papel do Poder Judiciário se intensifica. Diante da complexidade das relações sociais, o julgador se vê diante de um cenário em que muitas vezes a norma pura não resolve o problema posto ou o resolve em total desarmonia com princípios e valores constitucionais.

Os novos ideais constitucionalistas reaproximam o direito da ética. Os axiomas aceitos como ideias de justiça por toda a sociedade são positivados por normas principiológicas que permitem máxima efetividade e a tarefa criadora em sua aplicação. É o caso dos princípios da Constituição de 1988, como a dignidade humana, a liberdade e o valor social do trabalho, interpretados dentro da nova concepção do direito que se transforma no modelo de Estado de Direito Constitucional.

Cabe ao magistrado o difícil papel de harmonizar leis liberais com regras sociais, efetivar princípios constitucionais e fazer difíceis ponderações, para solucionar os casos que lhe são apresentados em busca de justiça. O juiz deve efetivar princípios que por vezes entram em choque. Se por um lado deve buscar a igualdade substancial e os mais puros critérios de justiça, por outro, não pode ignorar a repercussão política da decisão, o interesse público e o cenário econômico no qual atua. Ignorar a realidade também é uma falha que pode causar grandes injustiças.

Além disso, deve atuar de forma republicana e democrática buscando traduzir os valores e princípios do atual modelo de Estado sem se afastar da aplicação de leis de maneira arbitrária. Para isso, precisa decidir de forma fundamentada e com vistas a convencer a comunidade onde atua de que ao menos houve uma tentativa séria e honesta de buscar a pacificação social. Espera-se do juiz bom senso, equilíbrio, ética e senso de justiça, a fim de que atue como agente aplicador de regras e valores do atual modelo de Estado, e isso contribui para tornar real aquilo que a sociedade tem por ideal.

Após a segunda metade do século XX, o direito passa a ser enxergado com outros olhos em razão do cenário pós-guerra. A prevalência do paradigma liberal, legalista e racionalista é superado por um momento em que a sociedade indica caminho para o reconhecimento de valores fundamentais. A confusão quase que absoluta entre direito e norma não corresponde mais aos interesses da sociedade. Surge o que se chama de período “pós-positivista” no qual se reintroduz no ordenamento jurídico ideias de justiça e legitimidade, retomando a ideia de moral dentro do direito, ou seja, este deve representar ao menos em parte a moral que, com a coerção da norma jurídica, fica armada de garantias específicas (REALE, 1998, p. 42).

Vemos o retorno do velho debate entre a distinção feita a respeito da lei jurídica e da lei natural. Os juristas tratavam essas duas espécies de “lei” como opostas. Significa dizer que a lei natural seria o que efetivamente é. A lei jurídica, por sua vez, o “dever ser”. O primeiro conceito, portanto, é ontológico, e o segundo, deontológico (CARNELLUTI, 2004, p. 20). A busca de Direitos Naturais com objetivo de transformá-los em princípios de alta carga valorativa e, com isso, legitimar o poder é intenso nesse novo modelo.

No cenário pós-positivista, o ordenamento jurídico é composto de diversos princípios, ou seja, preposições mais gerais que podem ser interpretadas de maneira mais ampla. Acerca da diferença entre regra e princípio, Barroso (2010, p. 330) explica que

A distinção qualitativa entre regra e princípio é um dos pilares da moderna dogmática constitucional, indispensável para a superação do positivismo legalista, em que as normas se cingiam a regras jurídicas. A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos

suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central.

Ao fazer a distinção acerca de princípios informativos e fundamentais Nery Jr. (2002, p. 30) destaca a possibilidade de oposição entre um princípio fundamental e outro:

[...] os informativos são considerados como axiomas, pois prescindem de demonstração. Não se baseiam em outros critérios que não os estritamente técnicos e lógicos, não possuindo praticamente nenhum conteúdo ideológico [...]. Os fundamentais, ou gerais, são aqueles princípios sobre os quais o sistema jurídico pode fazer opção, considerando aspectos políticos e ideológicos. Por essa razão, admitem que em contrário se oponham outros, de conteúdo diverso, dependendo do alvedrio do sistema que os está adotando.

O entendimento é da força normativa dos princípios, e isso muda de maneira bastante relevante a forma de atuação dos julgadores. O Poder Judiciário é agigantado nesse cenário e sai de “poder nulo”, nas palavras de Montesquieu, para um poder vanguardista, garantidor de direitos, o que se faz essencialmente com base em princípios constitucionais e de Direitos Humanos.

Silva (2012, p. 17) observa que se fala em uma crise do modelo tradicional de justiça (típico do liberalismo) que resulta nesse aumento progressivo de poderes do magistrado e traz, por consequência lógica, uma mudança nas relações do Judiciário com os demais poderes. Para o autor, é difícil enxergar os limites do juiz em suas decisões quando se compara a função de julgar com os poderes de administração e de editar normas abstratas.

Os princípios passam a ocupar posição central no sistema jurídico e conquistam *status* de norma jurídica. Fica superado o posicionamento de que são comandos apenas axiológicos e sem incidência imediata ou eficácia jurídica plena, bem como prevalecem ideias de justiça e Direitos Fundamentais.

Podemos notar uma intensa mudança no modelo de Estado brasileiro adotado após 1988. A propósito da força dos princípios, Piovesan (2013, p. 474-475) defende que

No âmbito do Direito Constitucional ocidental, percebe-se a elaboração de textos constitucionais abertos a princípios, dotados de elevada carga axiológica, com destaque ao valor da dignidade humana [...]. Observa-se, desde logo, que, na experiência brasileira e

mesmo latino-americana, a abertura das Constituições a princípios e a incorporação do valor da dignidade humana demarcaram a feição das Constituições promulgadas ao longo do processo de democratização política – até porque tal feição seria incompatível com a vigência de regimes militares ditatoriais. A respeito, basta acenar à Constituição Brasileira de 1988, em particular à previsão inédita de princípios fundamentais, dentre eles o princípio da dignidade da pessoa humana.

Abre-se um caminho amplo para a reconstrução do papel do magistrado em um modelo de Estado democrático, constitucional e baseado em princípios de alta carga axiológica.

Nesse cenário, em que há maior liberdade dos magistrados e forte criação do direito pela jurisprudência, surge a intensa necessidade de justificar as decisões para legitimá-las. Se no passado motivar a decisão significava baseá-la na lei editada pelo parlamento, essa realidade não se mostra mais possível em diversas ocasiões.

A aplicação dos princípios e do contraponto com o direito legislado deve ser feita de maneira responsável e sem arbitrariedade. Não se pode perder de vista o necessário equilíbrio entre esse novo modo de ver a jurisdição e a segurança jurídica e celeridade, já que quanto mais o juiz se afasta da lei, ou mais a reconstrói, mais extensiva deverá ser a fundamentação, o que pode causar prejuízo à celeridade e ao acesso à justiça, temas que serão mais bem desenvolvidos no terceiro e quarto capítulos.

Se o modelo de decisão judicial baseado exclusivamente na lei mostra-se insuficiente, é certo que o juiz não é o grande efetivador de justiça social, escopo que deve ser atribuído aos órgãos da política. Somente aos Poderes Executivo e Legislativo é dado o poder de negociar com a sociedade e obter Direitos Sociais, e ao Executivo cabe implantar medidas concretas.

O percurso traçado até o momento parece ser o melhor. É o caminho da liberdade impregnada de valores de justiça, da implementação da dignidade humana e dos valores sociais do trabalho. Contudo, temos de ter em mente que o Poder Judiciário também apresenta falhas, e os Poderes devem se equilibrar. Corre-se o risco de a decisão criativa se tornar arbitrária e subjetiva, sem qualquer ligação com o Direito Positivo que evidentemente não pode e não deve ser ignorado. O ideal é o

panorama mais simples e sensato, o equilíbrio tem importância central na atuação jurisdicional.

A clássica divisão de poderes na forma concebida por Montesquieu está efetivamente superada, já que o papel do magistrado sem sombra de dúvida supera a de mero aplicador do direito legislado. Durante sua evolução, o homem passa a desenvolver uma série de atividades, celebrar inúmeros contratos, e nessa complexidade de relações, o risco de causar dano a outro também vai aumentando. Josserand (1941, p. 52) cita Nietzsche para explicar que o atual momento é de se viver perigosamente, ou seja, a evolução das atividades desenvolvidas pelo homem gera aumento de riscos.

Nessa sociedade complexa e no modelo de Estado que busca efetivar valores democráticos e princípios de direito que se aproximam de valores de justiça, o poder de dizer o direito conferido ao Poder Judiciário assume novo papel, e, como corolário, as decisões judiciais sofrem mudanças em seu conteúdo. A fundamentação passa a ser de suma importância para distinguir o subjetivismo da aplicação do direito. O cidadão só pode ter acesso à justiça se recebe uma decisão de acordo com o direito vigente, o que não significa a aplicação exata do texto legal, mas, sim, do arcabouço normativo complexo que regula as relações sociais, encabeçado pela Constituição Federal.

CAPÍTULO II

A JURISDIÇÃO NOS SISTEMAS *COMMON LAW* E *CIVIL LAW*

2.1 Sobre a jurisdição

A jurisdição é estudada e conceituada de acordo com algumas concepções doutrinárias tradicionais, tal como se verifica em diversas obras sobre teoria geral do processo. Essas compreensões acerca do tema refletem o momento histórico em que tal definição foi elaborada, na esteira do que já tratamos no capítulo anterior sobre os principais modelos de Estado. A doutrina processual mais conhecida e difundida traz a concepção baseada no modelo de Estado Liberal.

A jurisdição deve ser entendida como o poder e o dever do Estado em dizer o direito quando provocado. Conforme reflexão de Cintra, Grinover e Dinamarco (1996, p. 129),

Como poder, é manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo através do processo. E como atividade ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete. O poder, a função e a atividade transparecem legitimados através do processo devidamente estruturado.

O pensamento atribuído a Chiovenda apresenta a jurisdição como uma das funções estatais, no qual o agente investido no poder atua conforme a vontade da lei. O juiz seria responsável por trazer para si a vontade das partes e resolver o conflito conforme o texto legal. A mera subsunção do fato à norma pelo legitimado representa o exercício da jurisdição. Outro ponto de vista, atribuído a Carnelutti, compreende a jurisdição como a justa composição da lide, entendida esta como pretensão resistida. O juiz, ao exercer a jurisdição, aplica o direito ao caso concreto (LEITE, 2010, p. 140).

Embora pareça não se tratar apenas de subsunção, mas também de criação da norma individual solucionadora, partindo da regra abstrata, trata-se de visão que se baseia na doutrina de Kelsen. O autor austríaco distinguia a função legislativa da jurisdicional exatamente em razão de a primeira criar a regra mais ampla, e a

segunda, a norma individual (KELSEN, 2003, p. 151). Entretanto, a visão desse autor não deixava de ser positivista e impregnada de legalismo.

É preciso contextualizar as definições ao período no qual foram idealizadas. Na primeira metade do século XX, o direito era impregnado pelos conceitos advindos do liberalismo, ideologia também preponderante no Brasil.

A crítica que se faz à teoria de Chiovenda diz respeito à evidente impossibilidade de resolver todos os casos postos apenas com base na lei. Essa ideia de que o sistema seria completo e coerente traz a supremacia do direito legislado sobre a jurisdição e propugna a ideia de que o juiz não deve ter margem de escolha na decisão, devendo apenas indicar a lei aplicável e fazê-la incidir no caso concreto (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 100). A crescente complexidade das relações sociais e conseqüentemente dos conflitos, somado ao clamor pela igualdade substancial mostra que haveria um grande retrocesso social caso a jurisdição fosse exercida da forma inicialmente atribuída. Seria a paralisação da atividade jurisdicional pelo apego a um modelo de Estado que considerado em sua forma pura não encontra mais sustentáculo na Constituição.

No que diz respeito à teoria de Carnelutti, a problemática reside em identificar que o juiz não criará nenhuma norma. A lei já existe e sua aplicação é que será permeada de algumas complexidades. O juiz não deve criar direitos previstos em diploma legal algum, ou seja, deve apenas aplicar o ordenamento jurídico, mas sem deixar de considerar o pluralismo da sociedade. A solução de Carnelutti é no sentido de que a jurisdição observa apenas as particularidades do caso concreto, e a norma é aplicada individualmente.

Portanto, nenhuma dessas teorias responde aos valores do Estado constitucional. Não só porque ambas são escravas do princípio da supremacia da lei, mas também porque as duas negam lugar à 'compreensão' do caso concreto no raciocínio decisório, isto é, no raciocínio que leva à prestação da tutela jurisdicional. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 102-103).

Ainda que a forma de exercício da jurisdição pudesse variar ao longo do tempo, a depender de fatores históricos e culturais, não há dúvida a respeito da importância dessa função do Estado que conduz à pacificação social. A garantia atual é da inafastabilidade da jurisdição, como preconiza o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, explica Destefenni (2009, p. 43). Atualmente a jurisdição deve

ser encarada à luz do modelo atual de Estado, o democrático constitucional de direito em um cenário de atribuição de grande força a princípios e valores estatuídos pela Constituição.

Na década de 1970, Moreira já defendia (1977, p. 9) que

Nem por isso se desconhece, é claro, o aspecto criativo de que se reveste a função judicante. A noção de decisão judicial como aplicação automática da norma abstrata ao fato concreto, segundo esquema rigidamente formalístico, inscrito no plano da pura lógica dedutiva, corresponde a uma representação extremamente simplificada do processo de formação das decisões e põe 'entre parênteses' não poucas de suas complexas e variadas componentes, entre as quais se inserem opções de caráter valorativo e (no sentido lato do termo) político.

A compreensão é feita à luz do caso concreto. O juiz não deve se afastar da realidade em que vive. Assim, deve avaliar e perceber as situações no contexto dos novos fatos sociais, da nova realidade econômica e outras diversas questões que geralmente não são resolvidas pela pura letra da lei. É evidente que muitas vezes a sociedade demanda a alteração legislativa e o reconhecimento de novos direitos.

O ideal seria de fato que a alteração das normas e a evolução do sistema jurídico ocorressem pela via legislativa. Mas, diante da inércia dos outros Poderes, ao julgador resta a missão reconhedora e efetivadora de valores constitucionais que estão acima de qualquer outra norma por fundamentarem o Estado de Direito. Apenas a título de exemplo, podemos citar o reconhecimento jurídico da união homoafetiva na forma regulamentada pela Resolução nº 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça após julgamento do Recurso Especial nº 1.183.378/RS pelo Superior Tribunal de Justiça e de duas ações originárias (ADPF 132/RJ e ADI 4277/DF) pelo Supremo Tribunal Federal.

Não obstante a possibilidade de tal entendimento na esteira dos valores constitucionais oriundos da Constituição Federal de 1988, a inércia do legislador ordinário fez com que a solução fosse dada pelo Poder Judiciário.

Do ponto de vista do direito legislado, as normas processuais apresentam apenas as características básicas da Jurisdição. O artigo 16 do Código de Processo Civil 2015 preconiza que "A jurisdição civil é exercida pelos juízes e pelos tribunais em todo o território nacional, conforme as disposições deste Código". A CLT também trata do tema, embora com menor rigor técnico. O artigo 650 estabelece que "A

jurisdição de cada Junta de Conciliação e Julgamento abrange todo o território da Comarca em que tem sede, só podendo ser estendida ou restringida por lei federal”.

A competência é a medida de jurisdição e decorre da matéria ou órgão jurisdicional (absoluta ou irrevogável) ou pode ser relativa a um determinado território (relativa ou revogável). A regra do processo do trabalho indica jurisdição, mas na realidade está se referindo à competência territorial.

Deve-se ter clareza de que os dispositivos de cunho processual visam definir e regulamentar a jurisdição, ou seja, trata-se de poder do órgão jurisdicional que deve ser exercido dentro de sua esfera de competência, especialmente a material, que decorre da matéria atribuída a cada órgão jurisdicional, geralmente pela Constituição.

A regulamentação completa da jurisdição e as regras de competência material constam do capítulo III da CF, artigos 92 a 126. As regras compõem a organização estatal disciplinada pela Constituição Federal.

Podemos afirmar que a jurisdição tem como característica o fato de fazer parte do poder soberano do Estado. Desse modo, a atuação do Estado-Juiz ocorre em face daquele que praticar ato violador de direito dentro do país em que a jurisdição funciona. Também é preciso destacar a imutabilidade do provimento após o esgotamento dos recursos e a inafastabilidade da atuação jurisdicional, o que funciona como garantia constitucional (artigo 5º, inciso XXXV, da CF), conceitos a serem mais bem desenvolvidos no capítulo quarto. Embora o direito admita algumas possibilidades de autotutela, por exemplo, a greve no caso do Direito do Trabalho, a jurisdição sempre pode ser invocada (CAIRO JR., 2009, p. 88-90).

A jurisdição também conta com as características da unidade, secundariedade, imparcialidade e substitutividade. Ela é unitária, pois é exercida pelo Estado sempre com a mesma finalidade, independentemente da natureza do conflito. A divisão de trabalho ocorre apenas por questões de ordem prática (SANTOS, 2010, p. 73-74), sendo certo que a especialização possibilita maior qualidade na tutela prestada. A imparcialidade é assegurada por intermédio das garantias conferidas ao juiz e possibilita que o magistrado decida de maneira livre. O juiz é sempre um terceiro, isto é, alheio ao litígio (CARNEIRO, 2001, p. 23).

Para Santos (2010, p. 70), a característica da secundariedade diz respeito à comparação entre o serviço prestado pela jurisdição e a atividade administrativa do Estado. Nesse caso, a administração delibera e decide diretamente quanto à sua

própria atividade, as funções administrativas. Na jurisdição, a secundariedade se verifica por ser uma atividade substitutiva da vontade das partes. O interesse é dos litigantes, portanto eles desempenham primariamente a atividade e o Estado-Juiz é chamado para substituir a vontade das partes e dizer o direito.

Os princípios fundamentais da jurisdição são a inércia, a indelegabilidade e a investidura. A inércia jurisdicional indica que, como regra, o juiz atua quando provocado pela parte. A indelegabilidade é princípio importante, já que o magistrado deve exercer diretamente os poderes que possui em razão da investidura, a qual, por sua vez é um elemento legitimador da atuação jurisdicional. No caso do Brasil, a investidura ocorre geralmente pela via do concurso público, observa Leite (2010, p. 141).

Cabe destacar que se mostra de elevada importância compreender a jurisdição para avaliar o tema objeto desta pesquisa. A decisão judicial nada mais é do que a resposta dada pelo Poder Judiciário quando a jurisdição é provocada. E quando isso ocorre, é preciso que se avalie todas as circunstâncias que fazem parte da decisão. A motivação é um dos elementos da decisão judicial e, como se verá na seção 4.1 deste estudo, um Direito Fundamental que justifica a atuação do Estado.

Não se trata de um método de criação de norma jurídica, mas, sim, uma condição essencial para que todo o sistema de Direitos Fundamentais funcione. Os conflitos deixados à margem do Estado são resolvidos pela autotutela, o que certamente não corresponde aos anseios da sociedade moderna em que vivemos. É fato também que, no passado, o Estado abusou de seu poder e constrangeu o indivíduo. O abstencionismo, por sua vez, não funcionou a contento e o instrumento que vem se mostrando eficiente para tutelar os valores constitucionais é a jurisdição.

É necessário reconhecer que na passagem do modelo absolutista para o modelo liberal inicia-se o amadurecimento do Poder Judiciário. A estrita legalidade ficou insuficiente, e os juízes, uma vez distantes do absolutismo, passaram a ser vistos como agentes aplicadores do direito e que atuam de forma isenta, independente e muitas vezes acabam exercendo papel que tradicionalmente seria do legislador.

No passado, a desconfiança dos magistrados decorria da percepção de que eles faziam parte do poder monárquico, o que depois se deu por serem justificadores da igualdade abstrata. Agora o Judiciário volta a ter a confiança social e aparece como poder garantidor. A existência do processo é essencial para que

essa confiança ocorra. É preciso recordar que o processo é um instrumento típico dos Estados democráticos. Quando a jurisdição se dá sem o contraditório possibilitado pelo processo, estaremos diante de Estado autoritário (TEIXEIRA, 2008, p. 39).

Essa ampliação dos poderes jurisdicionais deve ser vista com cautela e merecendo mais estudos sobre ela e algum controle jurídico, a fim de que não se perca de vista os limites de atuação, bem como a existência dos outros poderes legitimados a criar as leis e definir as políticas públicas.

Podemos imaginar uma ordem jurídica com poucas leis, como o modelo da *common law* a ser estudado na próxima seção. Mas não é possível imaginar um Estado de Direito sem que exista um poder independente e autônomo, portanto desvinculado de outros órgãos de poder, e que assegure o cumprimento de deveres gerais de proteção.

Apenas a existência de normas abstratas não é suficiente para pacificar a sociedade. O homem sempre descumpre regras, e muitas vezes o choque se dá justamente com o exercício de um direito assegurado. Para dirimir esses conflitos, ainda não se criou nada mais eficiente do que a jurisdição. O exercício dessa vontade estatal se justifica pela decisão motivada, baseada na realidade e no modelo estatal vivenciado e por agentes imparciais investidos pela via constitucional adequada.

Santos (2010, p. 67-68) cita que o poder jurisdicional já foi gigantesco, embora sem a legitimação necessária. No período absolutista, os magistrados eram apenas agentes do rei, ou seja, seus delegados, já que a jurisdição era uma das funções do Monarca. O Estado de Direito altera esse quadro.

A evolução foi para um período de legitimidade parlamentar, com segurança jurídica pautada na lei, o que acaba por se tornar igualmente insuficiente. Essa jurisdição liberal e legalista resistiu fortemente e ainda resiste no ordenamento jurídico ou ao menos na mente dos operadores do direito. A atualidade é a passagem para uma jurisdição forte, novamente poderosa. Dessa vez, o cenário é outro, e com isso se espera um resultado diferente do que foi obtido outrora. Somente a correta aplicação do direito poderá manter a positividade da jurisdição como vista na atualidade.

2.2 Sistemas *common law* e *civil law*

Sabemos que o direito pode ser compreendido a partir de dois modelos essenciais, denominados *common law* e *civil law*. No caso do *common law*, o entendimento do operador do direito no Brasil é sobre um modelo de precedentes judiciais, geralmente adotado no sistema norte-americano. Trata-se de modelo originário do sistema de direito costumeiro e com uso do método indutivo. A criação da norma advém dos casos analisados. A regra seria criada com os precedentes consoante a experiência sensível de dados particulares, os casos vão sendo resolvidos e o entendimento criado vincula os juízes posteriores.

O *civil law*, por sua vez, é o sistema do código, ou seja, da regra escrita, adotado pelo Brasil e por grande parte do mundo ocidental, inclusive a Europa. A solução que o direito oferece a partir desse modelo decorre claramente de uma abstração levada a efeito pelo legislador. A regra precede ao caso concreto, como se o legislador pudesse prever os conflitos e, com isso, pacificar a sociedade com a criação da norma.

Em apertada síntese, essa é a concepção comum sobre o tema. O direito brasileiro baseado no sistema de regras abstratas tem recebido grande influência do *common law*. Sabemos que a repetição de casos e a forma como o Brasil sistematiza o processo permite uma infinidade de recursos, de modo que a jurisprudência ganhou força e a fixação de entendimentos muitas vezes vinculantes surge como uma alternativa para a solução não apenas do problema da segurança jurídica, mas também da celeridade.

O interesse nesta seção é avaliar como realmente são os dois modelos apresentados, qual a influência do *common law* no Brasil, como anda o tradicional sistema dos códigos em nosso país e em que medida isso interfere nas decisões judiciais.

O elemento fundamental desta pesquisa é o estudo da motivação das decisões judiciais. De acordo com o sistema adotado, a fundamentação utilizada pelo juiz pode se alterar. Muitas vezes seria possível resolver um caso simplesmente com base em um precedente e outras vezes com base na lei. A motivação feita dessa forma, desde que correta pode ser suficiente para atender ao comando do

artigo 93, inciso IX¹¹, da CF. Analisaremos ambos os modelos para justificar essas afirmações.

Procedemos à análise do *common law* e do *civil law* no sentido de duas tradições jurídicas, como diferencia a doutrina. Um sistema pode ser considerado como um conjunto de leis e procedimentos de aplicação, diferentes é claro, em cada país, afirmam Merryman e Pérez-Perdomo (2009, p. 22-23). Compreendemos que estudar um sistema seria algo impossível para os propósitos de um trabalho de mestrado. Desse modo, o que pretendemos é realizar a análise das tradições, e não das leis propriamente ditas.

Conforme definem Merryman e Pérez-Perdomo (2009, p. 23),

Uma tradição jurídica é, na verdade, um conjunto de atitudes historicamente condicionadas e profundamente enraizadas a respeito da natureza do direito e do seu papel na sociedade e na organização política, sobre a forma adequada da organização e operação do sistema legal e, finalmente, sobre como o direito deve ser produzido, aplicado, estudado, aperfeiçoado e ensinado. A tradição jurídica coloca o sistema legal na perspectiva cultural da qual ele, em parte, é uma expressão.

A *civil law* é uma tradição mais antiga (450 a.C.), muito mais difundida e influente no mundo ocidental. O *common law* teria sido criado no ano de 1066. (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2009, p. 23). Segundo Villar (2015, p. 20-21), o *civil law* também é conhecido como sistema romano-germânico¹² e baseia-se na regra escrita enquanto o *common law* também é conhecido por não ser escrito e ter origem anglo-saxônica¹³, baseando-se nas decisões proferidas.

Inicialmente, podemos identificar semelhanças entre as duas tradições. Os ideais de liberdade do iluminismo certamente influenciaram a Constituição americana. De outro lado, o controle de constitucionalidade, amplamente difundido no direito brasileiro, surgiu no sistema da *judicial review*¹⁴, a partir do caso *Marbury v. Madison*, julgado em 1803, por obra do *chief justice* John Marshall. Não se tratam

¹¹ “IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;”

¹² Baseado no Direito Romano.

¹³ Relativo à nação inglesa.

¹⁴ Revisão judicial – relativo a controle de constitucionalidade.

de tradições absolutamente diferentes, mas apenas que decorrem de culturas jurídicas distintas.

Encontramos referências na doutrina segundo as quais nos países do *common law* os precedentes pautariam a conduta dos cidadãos. Cientes da forma como uma determinada conduta fora tratada, a coercitividade se mostraria à medida que existisse tal previsibilidade na resposta jurisdicional. Nos países de tradição *civil law*, que é o caso do Brasil, tal papel seria desempenhado pela lei (WAMBIER, 2010). A sanção legal proposta pela violação do direito seria suficiente para pautar a conduta do cidadão, ainda que não houvesse conhecimento de algum caso concreto decidido dessa ou daquela maneira.

Atualmente vemos uma imensa semelhança no que diz respeito à coercitividade dos precedentes tal como adotado no Brasil. Conforme exporemos na seção 3.4, a motivação da sentença também possui elementos de atuação que ultrapassam o âmbito da lide, ou seja, das partes envolvidas. Significa dizer que a decisão judicial e sua justificativa também nortearão a conduta do jurisdicionado, não apenas daqueles envolvidos no caso, mas de todos os que tomarem conhecimento do que foi decidido pelo julgador.

Na jurisdição prestada no âmbito da Justiça do Trabalho, podemos destacar a elevada importância das súmulas editadas pelo Tribunal Superior do Trabalho, as quais certamente modificam padrões de conduta, embora não vinculem os juízes de primeiro grau. Com a jurisdição brasileira de tradição *civil law* assumindo novos contornos por intermédio da conduta criativa do juiz, é inegável dizer que as decisões judiciais que se reiteram criam padrões de conduta da mesma maneira ocorrida nos países de tradição *common law*.

Ambas as tradições têm origem europeia. O berço do *common law* é a Inglaterra, e o *civil law* tem origem principalmente no período romano. Wambier (2010) comenta que se vincula o *civil law* ao Direito Romano, lembrando-se da doutrina de codificação de Justiniano, no século VI. A origem do direito privado é atribuída a esse período. Para a autora, também se tem notícia da descoberta de textos romanos do século XI conservados durante a Idade Média, os quais começaram a ser reestudados no norte da Itália, principalmente em Bologna. A análise feita constatou a existência de leis e textos de juristas, os quais passaram a ser colocados em harmonia.

No século XIX, os principais Estados europeus adotaram códigos civis, sendo que a grande referência é o Código de Napoleão, de 1804. A base eram as Institutas de Justiniano. O nosso direito civil sofreu forte influência desse período de produção do direito. Outro componente importante do *civil law* é o Direito Canônico, que também influencia todas as áreas do direito, tanto o Direito Privado, de propriedade e de família, como o Direito Penal (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2009, p. 27-34).

Para esses autores, a tradição *common law* teve menor influência da Revolução Francesa. Desse modo, os dogmas racionalistas e a utilização da lei como única fonte do direito não prevalecem, e este é constituído de fontes representadas pela reunião não sistemática de estatutos, decisões judiciais e práticas costumeiras. É um processo que se formou durante um grande caminho histórico, ao contrário da prática *civil law*, fruto de uma revolução consciente (p. 52).

O formalismo com a hierarquia das fontes é muito mais acentuado na tradição *civil law*. No sistema de origem inglesa, o direito é formado por um complexo de fontes que levou à construção dos precedentes judiciais que hoje o norteiam. Foge aos propósitos deste trabalho examinar casos específicos, mas podemos estabelecer que as fontes são encontradas em toda a construção do pensamento jurídico e de acordo com as condutas consideradas certas e, assim, reiteradas que formam o Direito Consuetudinário.

Embora tenhamos iniciado esse tópico falando do modelo dos “códigos”, é preciso que se desmistifique a ideia de que no *common law* não existem códigos ou uma grande quantidade de leis escritas. Ao contrário disso, segundo Merryman e Pérez-Perdomo (2009, p. 53-54), a Califórnia, nos EUA, é considerada um Estado com muitos códigos e pertence ao *common law*. A diferença fundamental está na fonte do direito utilizada (mais plural no *common law*) e nos precedentes judiciais, construídos cuidadosamente ao longo da história.

O aprofundamento do estudo do *common law* no Brasil geralmente é feito dentro da análise do sistema dos precedentes judiciais. É importante que se tenha em mente que o estudo de ambas as tradições, *common law* e *civil law*, cada qual com suas peculiaridades, possibilita ao operador do direito a melhor compreensão do fenômeno jurídico.

No que diz respeito à fundamentação das decisões, avaliar o *common law* revela-se sobremaneira relevante já que o sistema brasileiro atual confere grande

força aos precedentes judiciais, e podemos identificar nesse caminho uma melhor segurança jurídica e unidade do direito.

O *common law* deve ser avaliado considerando o contexto histórico do direito inglês (seu berço) e norte-americano. O direito baseado nos costumes já sobreviveu no passado sem a regra de precedentes vinculantes. Atualmente trabalha-se com conceitos de *ratio decidendi*¹⁵ e *obiter dictum*¹⁶, ou seja, existem alguns aspectos da decisão que se referem às razões de decidir e outros são apenas comentários laterais. Essa distinção é muito clara na atualidade, mas não existia no início do *common law*. Nesse sistema, a vinculação é das razões de decidir, isto é, do argumento utilizado, pouco importando qual foi o mérito do caso específico analisado.

A observância dos precedentes se deu sem que houvesse uma imposição. Entende-se que o *common law* é um direito responsável pela liberdade dos ingleses, o qual seria descoberto a partir dos costumes e em razão das necessidades do caso concreto. Mencionam-se duas teorias a respeito do *common law*: a primeira é declaratória da jurisdição e revela que o direito de fato decorre da aplicação dos costumes, sendo o juiz apenas alguém que declara essa realidade. A segunda teoria é a da jurisdição constitutiva segundo a qual o direito seria algo criado pelo juiz (MARINONI, 2014, p. 534).

Esse autor cita que, no início não existia a *rule of precedents*¹⁷ no *common law*, ou seja, a tradição não era exatamente ligada aos precedentes. Sua instituição e o caráter obrigatório se deram mais tarde (p. 539). Para o autor, o *civil law*, embora mais antigo, sofreu grandes mudanças com a Revolução Francesa. Na época, a desconfiança no Poder Judiciário, levada a efeito pela burguesia, conduziu a um processo de mudança com destruição do direito vigente (p. 540).

A descrença em relação ao Judiciário decorria diretamente dos laços espúrios entre o juiz e os membros do poder. Pretendeu-se tirar o poder do juiz e passá-lo ao parlamento, cuja maioria era burguesa. Nesse sentido, é a teoria de Montesquieu, segundo a qual o juiz é apenas a boca da lei. Essa influência da Revolução Francesa é que reforça o *civil law* na forma como se consolidou, com absoluta ênfase na letra fria da lei.

¹⁵ Tradução: razão de decidir.

¹⁶ Tradução: comentários laterais na decisão.

¹⁷ Tradução: regra dos precedentes.

De acordo com Marinoni (2014, p. 556), na França, houve a criação de uma corte de cassação cujo principal objetivo era anular qualquer decisão que se afastasse do texto da lei. A evolução somente poderia seguir adiante se o parlamento tivesse sua vontade respeitada, e isso só seria possível pela redução do pronunciamento judicial à declaração do texto legislativo (MARINONI, 2010, p. 556).

Na Inglaterra, a doutrina reconhece o surgimento do *common law* a partir do processo judicial, menciona Carneiro (2001, p. 17). Já a evolução dessa tradição advém do período da Revolução Puritana, época em que houve uma grande batalha contra o rei. O parlamento lutou contra os abusos judiciais, mas isso ocorreu por intermédio do uso do direito costumeiro. Não houve intuito de destruir o direito vigente, ao contrário disso, entendeu-se que as leis deveriam ser submetidas a um direito maior, o *common law*.

A Revolução Puritana teve características diferentes das outras revoluções industriais. Com ela, buscava-se a plena distinção da atuação do âmbito político para atuação plena do direito. Era clara a proteção ao direito comum em vigência, com o objetivo de que sofresse apenas intervenções dos tribunais na solução do litígio, afastando a possibilidade de interferência no *common law* pelo Poder Legislativo ou pelo monarca (COSTA, 2015).

Victor (2013, p. 34) compreende que essa conclusão pode ser extraída do *Dr. Bonham's case*, julgado pelo juiz Edward Coke em 1610. No caso emblemático, decidiu-se que o Direito Consuetudinário deveria controlar atos do parlamento e considerá-los nulos. Declarou-se que, quando um ato é contrário ao direito ou razão comum, ou incompatível com ambos, o Direito Consuetudinário deve agir e controlá-lo.

As diferenças na tradição judicial também são vistas na época das revoluções. Enquanto na Revolução Francesa a busca era pela diminuição dos poderes do juiz, nos Estados Unidos e na Inglaterra os magistrados tinham força ao lado dos indivíduos e também um papel importante na proteção contra abusos do governante (MARINONI, 2014, p. 546-547). Não havia receio de que o juiz fizesse as vezes do legislador. Ao contrário, os juízes tinham o poder de desenvolver e bem aplicar o *common law* e utilizavam isso em favor da revolução. Assim, o Judiciário não era alvo dos revolucionários, explicam Merryman e Pérez-Perdomo (2009, p. 41-42).

A análise feita mostra a semelhança entre a supremacia do direito previsto na em nossa Constituição e a supremacia do *common law*. Hoje, no Brasil, o juiz aplica a lei, mas deve submetê-la à Constituição Federal, e no sistema do direito costumeiro, o juiz deve observar o *common law* e os precedentes.

No entendimento de Marinoni (2010, p. 543), é possível defender que o juiz brasileiro decide mais livremente do que o americano, já que se vincula à Constituição, mas não aos precedentes, salvo os casos de súmula vinculante e controle concentrado de constitucionalidade, enquanto o juiz americano se vincula ao *common law* e aos precedentes judiciais. De acordo com Moreira (2003), outro ponto que podemos destacar se refere à instrução processual. Enquanto no Brasil o juiz tem ampla liberdade para conduzir o processo e até mesmo determinar provas (artigo 765, da CLT¹⁸ e 370, do CPC 2015¹⁹), nos EUA essa atividade é direcionada às partes e geralmente realizada pelos advogados.

Ainda comparando as duas tradições, podemos avaliar que a tradição da *civil law* baseava a liberdade na lei. Ao negar o poder interpretativo ao juiz, sugerindo apenas que fizesse a subsunção, a igualdade estaria garantida. Na Inglaterra (e depois nos EUA), não se concebeu essa falsa ideia. Entendeu-se que apenas a lei não garantia que juízes julgassem casos iguais de forma diferente.

Os integrantes do *common law* não pensaram a igualdade com base na lei, mas, sim, com base nas decisões judiciais. A igualdade da tradição buscou o respeito aos precedentes como forma de garantir que todos fossem tratados da mesma forma. Preserva-se a semelhança de tratamento do jurisdicionado através por meio da previsibilidade das decisões. Segundo Marinoni (2014), o erro do *civil law* reside em imaginar que uma lei garantiria decisões iguais. Embora inicialmente sem precedentes vinculantes, o sistema avança para evitar conflito entre casos iguais e garantir unidade ao direito.

No modelo de tradição *common law* norte-americano, somente em 1958 percebeu-se que os precedentes teriam força vinculante. Essa interpretação advém de Cooper C. Aaron²⁰, case em que a Suprema Corte Americana entendeu que a

¹⁸ “Art. 765. Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas.”

¹⁹ “Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.”

²⁰ Disponível em: <<http://www.uscourts.gov/about-federal-courts/educational-resources/supreme-court-landmarks>>. Acesso em: 2 jun. 2016.

interpretação dada por esse órgão não poderia ser contrariada pelos Estados, do que se conclui pelo efeito vinculante dos precedentes da Suprema Corte. A busca clara é da segurança jurídica, da imparcialidade do juiz e do tratamento igualitário de litigantes em situações semelhantes.

É importante destacar a posição de Marinoni (2014), no sentido de que o *common law* não se prende à fundamentação. A motivação não seria capaz de trazer a segurança necessária. A submissão a um precedente obrigatório traria muito mais segurança, e a fundamentação poderia seguir um ou outro caminho. A busca por precedentes respeitados permite a orientação levada a efeito pelo advogado. A previsibilidade possibilita até mesmo a composição, pois, uma vez localizado o precedente, muito possivelmente a decisão seguirá no mesmo sentido.

Analisando ambas as tradições, podemos verificar que a segurança jurídica ofertada com a previsibilidade das decisões judiciais também serve como elemento justificador da atuação jurisdicional. A fundamentação é, sem dúvida, um importante elemento em nosso direito de tradição *civil law*. Entretanto, não podemos deixar de notar características importantes do direito de tradição costumeira.

A sentença motivada deve conter a análise adequada do direito e muitas vezes a aplicação do precedente judicial. Não é possível pretender o uso de tradições não adequadas ao nosso sistema. Porém, a lógica seguida pelo *common law* vem sendo introduzida no Brasil, seja em razão da segurança, seja em razão da celeridade.

Existem críticas sobre essa tentativa de trazer características do *common law* para o Brasil. No sistema norte-americano existem leis, mas a aplicação dos precedentes é obrigatória. Ocorre que a decisão sobre o que efetivamente vai se tornar precedente é tomada pelo juiz seguinte, e não pelo juiz que proferiu a decisão. A vinculação, como já dissemos, é da força dos argumentos que norteou a decisão, e não daquilo que foi decidido. A preocupação é no sentido de tentar tornar obrigatória uma decisão que está sendo proferida naquele momento. Cita-se como exemplo o caso *Marbury v. Madison*, nos EUA, que foi reconhecido como precedente mais de 100 anos após o seu julgamento (NERY JR., 2015).

Outra distinção que pode ser feita entre as duas tradições *common law* e *civil law* diz respeito à própria sistematização do direito. Na tradição *civil law*, como é o caso do Brasil, verifica-se uma grande ênfase nessa sistematização e em sua análise em abstrato pela doutrina jurídica. Diante do nascimento do modelo no

Direito Romano, verificamos a grande importância da doutrina em Direito Civil. Embora se busque a sistematização abstrata e ainda exista a divisão entre o Direito Público e o Privado, o aprofundamento visto inicialmente é do Direito Civil (privado), e os demais ramos do direito são analisados a partir de um conhecimento prévio em direito privado. No Direito do Trabalho, podemos tomar como exemplo o estudo do contrato de trabalho, que passa pela teoria geral do Direito Civil e, recebendo detalhamento de acordo com as características próprias, mas sem abandonar conceitos básicos (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2009, p. 105-118).

Para esses autores, no *common law* não existe o estudo com essa sistematização. O protagonismo é essencialmente dos juízes. São os magistrados que resolvem os casos, e daí o direito é estudado, e não o contrário. Em nosso sistema, estuda-se fortemente as teorias gerais para que, ao conhecer os casos, saibamos como solucioná-los. No *civil law*, a doutrina desempenha papel mais importante, e no *common law*, há predominância do juiz que soluciona os problemas, e não que estuda as teorias que sistematizam o direito abstratamente (p. 105-118).

Na atualidade, é inegável pensar em algumas mudanças dessa ideia de *civil law*. Apesar da grande importância doutrinária, é correto dizer que o estudo dos precedentes passa a integrar o perfil do jurista brasileiro. Uma tradição jurídica decorre de uma história, e é evidente que a brasileira passa necessariamente pela ênfase no legalismo do Estado Liberal. Os cursos de direito têm uma grande preocupação em ensinar o texto legal, mas cresce a exigência de se obter conhecimento dos precedentes.

Não é possível imaginar um advogado ou magistrado que não conheça minimamente a jurisprudência majoritária de sua área de atuação. Mas esse pensamento que está nos precedentes não tem a mesma origem daquele encontrado no modelo *common law*. Enquanto os precedentes do sistema norte-americano foram criados por juízes focados na solução prática, os precedentes do sistema nacional o foram pelos magistrados que tiveram a formação típica do país com sua tradição jurídica, ou seja, magistrados que estudaram o direito à luz do que a doutrina tradicional apresentou nos livros que sistematizam o tema.

Diante disso, estamos afirmando que, por mais que exista uma aproximação entre as tradições, a criação do direito brasileiro é diferente. Devemos aprender que o uso dos precedentes pode contribuir para a previsibilidade das decisões e para a

segurança jurídica. A jurisprudência pode servir como importante fonte do direito naquilo para o em que já foi amadurecido pelas cortes superiores, em casos onde nos quais a lei não resolve e os princípios aplicáveis já foram estudados e debatidos.

Ao se proferir uma decisão judicial, vislumbramos que a identificação de um precedente e a repetição do entendimento podem servir de parâmetro seguro para justificar a solução do caso. Não nos parece que a ampla fundamentação signifique várias páginas escritas pelo julgador. Ampla fundamentação pode ser apresentada singelamente pelo julgador ao aplicar um entendimento vinculante (ou não), desde que não contrarie o direito vigente e haja inteligibilidade na forma de decidir, isto é, desde que possibilite ao leitor, especialmente às partes, conhecer e compreender as razões do caminho adotado pela decisão, podendo ser ele, na atualidade, a aplicação de um precedente de tribunal.

A motivação das decisões judiciais como Direito Fundamental é aquela que permite a percepção dos motivos que conduziram à solução ofertada pelo Judiciário. Quanto mais previsível e próxima do arcabouço que corresponde ao direito vigente, melhor fundamentada está a sentença. A justificativa singela, mas que indica a fonte do direito em que se baseia a decisão, é suficiente para atender ao comando constitucional.

Tratando-se de direito filiado à *civil law*, a fonte primária do direito no Brasil tradicionalmente é a lei, e a função da jurisprudência é persuasiva. No *common law*, o direito é desenvolvido pelos costumes dos *englishmen*, especialmente após a judicialização dos conflitos sociais e a solução pelos juízes (MARINONI, 2010, p. 534). Como não existiam fontes abstratas, a certeza do direito no *common law* vem dos casos decididos com base em direito costumeiro reconhecido pelos juízes. Os precedentes vinculantes (*stare decisis*) surgem tempos depois, como destacamos, e servem novamente para impor a igualdade na solução de casos em que os mesmos argumentos são aplicáveis.

A importância dos precedentes no Brasil vem, sem dúvida, do período considerado pós-positivista, após a Constituição de 1988, quando se passa a entender que os princípios contam com força normativa. A aplicação de princípios abertos possibilita uma gama de entendimentos diversos e, com isso, adoção de respostas diferentes para casos semelhantes. A igualdade na norma passa a ser buscada pela unificação do entendimento via precedentes. O sistema *common law*

foi constituído de forma diferente, mas é inegável que existem semelhanças entre o modelo americano e a solução criada no Brasil.

A questão que se coloca é examinar se essa nova proposta do legislador, inclusive incluída na Constituição Federal com a Súmula Vinculante²¹, é suficiente para resolver o problema da aplicação do direito. No terceiro capítulo, seção 3.2, abordaremos a questão do engessamento da jurisprudência e da utilização das técnicas *overruling*²², *prospective overruling*²³ e *distinguishing*²⁴.

A importância do conhecimento da *common law* está em conhecer a estrutura e as técnicas utilizadas para tratar dos precedentes, sua forma vinculante e a suficiência de tal implemento para garantir a correta aplicação do direito. O Brasil está se beneficiando das influências do *common law* no sentido de conferir previsibilidade às decisões por intermédio dos instrumentos de uniformização da jurisprudência (VILLAR, 2015). Para Taruffo (2003), seria absurdo pensar que as tradições estão se unificando, já que existem grande e numerosas discrepâncias, porém é inegável que o modo de pensar o direito no Brasil tem alguma inspiração nesse modelo, e isso infere diretamente na fundamentação das decisões judiciais.

2.3 Legitimidade dos juízes

Entre os aspectos que podemos avaliar a respeito da legitimidade dos juízes está a motivação das decisões. Esse elemento é um dos principais pontos deste trabalho, mas pretendemos analisar a legitimidade do magistrado desde sua origem, isto é, desde a escolha da pessoa para a função. Não basta que a decisão seja fundamentada, é preciso saber quem a proferiu e por qual razão o jurisdicionado deve respeitá-la.

Analisando os três Poderes da República, Legislativo, Executivo e Judiciário, apenas neste último ocorre a investidura sem a participação popular. Não há dúvidas de que a legitimidade das decisões tomadas pela administração pública e

²¹ “Art. 103-A. CF: O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).”

²² Tradução: mudança da regra.

²³ Tradução: mudança da regra para o futuro.

²⁴ Tradução: distinção do caso que impede aplicação da regra.

pelo parlamento advém da escolha mediante eleição, o que atende ao princípio da soberania popular. Trata-se de princípio fundamental previsto no artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

No Poder Judiciário, a regra não é a mesma. Assim, não há, como ocorre nos Estados Unidos, o preenchimento de cargos de juiz via eleição popular. Não avançaremos nessa temática, mas cabe citar neste momento que não parece ser essa a melhor forma de garantir a legitimidade das decisões judiciais. Clève (1993) aponta que até mesmo na experiência americana, em alguns estados desse país, verifica-se que tal processo de seleção não gera a independência que se espera de um magistrado.

Pensar em eleições no Brasil significaria trabalhar com as ideias de campanha eleitoral e arrecadação de fundos. A experiência nacional e a história recente mostram as relações espúrias entre autoridades eleitas e empresas que prestam serviços para o poder público. Imaginar um juiz do Trabalho tendo algum tipo de relação com empresas em épocas de “campanha” certamente não seria visto com bons olhos pela sociedade e impediria a efetiva autonomia, já que o Direito do Trabalho tem por principal objetivo proteger o trabalhador. Isso, por vezes, onera e desagrada o mundo empresarial capitalista, o qual tem como escopo primordial a obtenção de lucro.

Não estamos aqui dizendo que há qualquer tendência do magistrado do Trabalho, mas, sim, absolutamente o oposto. Poderíamos imaginar o apoio político dado por sindicato de determinada classe operária, que o problema seria o mesmo. Enfim, não é possível imaginar esse sistema no Brasil. Nesse caminho é que, além de prever outra modalidade de ingresso, a Constituição veda expressamente que o membro da magistratura desempenhe qualquer atividade político-partidária, conforme o artigo 95, parágrafo único, inciso III²⁵.

Para a magistratura, o sistema adotado pelo Brasil é misto: parte dos magistrados (grande maioria) ingressa mediante concurso público de provas e títulos e parte por meio de nomeação, observados alguns requisitos. Trata-se do conhecido

²⁵ Parágrafo único. Aos juízes é vedado:

[...]

III - dedicar-se à atividade político-partidária”.

quinto constitucional. Os cargos em que há nomeação por autoridade do Executivo são destinados aos Tribunais de segundo grau e Tribunais Superiores, e isso faz com que a investidura no cargo de juiz de primeiro grau ocorra exclusivamente pela via do concurso público.

O primeiro fundamento para a legitimidade dos magistrados ingressos pelo processo de escolha eleito pela Constituição Federal é de que o critério foi adotado justamente diante das características do modelo de Estado nela previsto. Trata-se de escolha do poder constituinte, e por isso ato que representa a vontade popular.

Além disso, o ingresso pela via do concurso público garante que a escolha seja objetiva e não dependa de qualquer interesse ou vontade que possa viciar a liberdade do magistrado. Não estamos afirmando que o magistrado eleito será tendencioso, muito pelo contrário. Esse sistema existe e pode funcionar muito bem em outros países, porém dentro da cultura jurídica brasileira, a objetividade do concurso público é o caminho que se mostrou mais confiável. É importante recordar que existe indicação política no STF e nem por isso a imparcialidade deixa de existir. Trata-se de corte altamente comprometida com a efetivação dos valores constitucionais.

De acordo com o artigo 93, I, da CF:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

I - ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação;

Embora anterior à CF, porém seguindo a mesma sistemática, a CLT dispõe o seguinte:

Art. 654 - O ingresso na magistratura do trabalho far-se-á para o cargo de juiz do trabalho substituto. As nomeações subsequentes por promoção alternadamente, por antiguidade e merecimento.

[...]

§ 3º Os juízes substitutos serão nomeados após aprovação em concurso público de provas e títulos realizado perante o Tribunal Regional do Trabalho da Região, válido por 2 (dois) anos e prorrogável, a critério do mesmo órgão, por igual período, uma só

vez, e organizado de acordo com as instruções expedidas pelo Tribunal Superior do Trabalho.

Não é objeto principal deste estudo, mas cabe também fazer menção ao Conselho Nacional de Justiça, que editou a Resolução nº 75, de 12 de maio de 2009, regulamentando os concursos para ingresso na magistratura. A norma editada com fundamento no artigo 103-B, § 4º, inciso I, da CF, prevê diversos critérios objetivos e rígidos para a admissão na carreira.

A opção brasileira, tal como ocorre em diversos outros países do Ocidente, foi no sentido de que os juízes deveriam ser escolhidos, como regra, sem qualquer indicação política e mediante aferição de capacidade técnica em processo rígido de seleção.

A legitimidade da decisão advém do processo de escolha que resulta na figura do juiz natural. A partir desses conceitos surge o que a doutrina chama de Direito Fundamental ao juiz natural (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 183). Por se submeter a todo esse processo de seleção e não ter qualquer tipo de ligação com empresas, sindicatos ou qualquer interessado na resolução das lides, o juiz é considerado terceiro, cuja função difere das partes. O magistrado deve estar previamente constituído (artigo 5º, XXXVII, CF ²⁶) e atuar de maneira imparcial em razão das garantias conferidas pela Constituição²⁷, e dele espera-se decisão judicial motivada e baseada no direito vigente.

Apesar das diversas vantagens que nos parece acompanhar o sistema de seleção adotado pelo Brasil, isto é, sem eleição direta de juízes, a função do magistrado deve ser desempenhada com respeito aos representantes eleitos para editar normas jurídicas. As decisões judiciais devem considerar a opção do legislador, e com isso devemos entender que há limites para a interpretação levada a efeito pelos magistrados. A opção feita de maneira clara pelo legislador só pode ser afastada quando desrespeitada uma outra mais importante, aquela realizada na

²⁶ “XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;”

²⁷ “Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias: I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII; III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.”

Constituição Federal, observadas as técnicas de hermenêutica cujo estudo será feito no próximo capítulo.

CAPÍTULO III

OS LIMITES DA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO NA DECISÃO JUDICIAL

3.1 Celeridade processual

A relação entre os temas da motivação da decisão judicial e a celeridade processual é evidente na realidade brasileira. Diante da elevada taxa de litigiosidade, o número de processos em tramitação na justiça bate recordes, e com isso o tempo de solução aumenta. Para resolver as demandas em prazo razoável, as decisões devem ser tomadas cada vez mais rapidamente, o que interfere na profundidade com que os temas são analisados e na forma como se fundamentam sentenças, despachos e demais decisões judiciais.

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, somente em 2014 a justiça brasileira recebeu 28,9 milhões de novos processos. Somando-se aos casos pendentes, o total de ações em andamento é superior a 100 milhões. São 16.927 magistrados em exercício, o que equivale a mais de 1.500 processos novos por magistrado apenas no citado ano, além de outros mais de 70 milhões de casos pendentes. Na Justiça do Trabalho, o número de casos novos é de 3.990.500 no ano de 2014, os quais devem ser somados aos mais de 4,3 milhões de ações em andamento relativas aos anos anteriores. O número de magistrados nesse ano era de 3.400 na Justiça do Trabalho, e isso equivale à média de mais de 1.100 novos processos por magistrado do trabalho em 2014 (BRASIL, 2015).

Não temos o propósito de analisar dados e tampouco fazer comparações com outros países ou tratar do problema da litigiosidade. Os números acima servem apenas para estabelecer um panorama acerca do número médio de ações que um juiz precisa decidir anualmente para atender à demanda por jurisdição. É preciso pensar que cada ação demanda diversas decisões e no caso das ações que tramitam na Justiça do Trabalho, a regra é da pluralidade de pedidos (cumulação de ações prevista no artigo 842 da CLT: “Sendo várias as reclamações e havendo identidade de matéria, poderão ser acumuladas num só processo, se se tratar de empregados da mesma empresa ou estabelecimento” (BRASIL, 1943).

A preocupação com a celeridade processual foi indicada pelo Constituinte na ocasião da reforma do Poder Judiciário, levada a efeito pela Emenda Constitucional nº 45. Foi incluído o inciso LXXVIII no artigo 5º da CF, passando a existir, como um

Direito Fundamental do cidadão, a razoável duração do processo: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

A questão de celeridade da tramitação dos processos judiciais relaciona-se diretamente com o tema da motivação das decisões. A extensa fundamentação, acompanhada de vasta doutrina e jurisprudência, além de páginas e páginas de teses jurídicas, certamente terá como impacto a demora na tramitação, e por causa disso haverá prejuízo ao Direito Fundamental à razoável duração do processo. A motivação que deve ser apresentada é a pertinente ao caso, ainda que sucinta, mas que solucione a lide de acordo com o direito vigente no país.

Os juízes devem solucionar os problemas submetidos pelos litigantes à jurisdição. Tal como se dá nos modelos de tradição *common law*, os magistrados devem ser protagonistas da solução dos problemas da vida em sociedade (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2009, p. 103), e não debatedores de profundas teses jurídicas. É evidente que não se está a defender que o juiz deve abandonar a questão jurídica. Ao contrário disso, na grande maioria dos casos, a decisão que resolve o conflito baseada no direito pode ser feita de forma simples e adequada, o que contribuirá para a observância da celeridade, Direito Fundamental a ser respeitado.

De acordo com Lenza (2009, p. 723), a prestação jurisdicional dentro de um prazo razoável já estava prevista na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). O dispositivo da CF estabelece a necessidade de fornecimento dos meios necessários à tramitação célere, e é nesse sentido que as leis infraconstitucionais devem ser editadas visando atingir esse escopo. Dentro de um sistema que deve ser interpretado de forma harmônica, a questão da motivação das decisões deverá levar em conta o aspecto da celeridade.

Além do problema do acesso à justiça que será abordado no capítulo seguinte, o legislador também se preocupou com a morosidade judicial, pois se trata de problema crônico no Brasil. A preocupação com o tempo do processo e com o tema da motivação está relacionada com a questão do acesso à justiça, uma vez que o Direito Fundamental à jurisdição exige acesso ao Poder Judiciário, solução do problema em tempo hábil e adequado, além da correta aplicação do direito vigente.

A razoável duração do processo é uma expressão que guarda conceitos indeterminados, o que permite evidentemente a avaliação no caso concreto (LEITE,

2010, p. 63). Segundo Borges (2012, p. 70-71), fala-se em direito de natureza programática e até idealista em razão da dificuldade em modificar o panorama da morosidade processual, mas o fato é que a inclusão do dispositivo no rol de Direitos Fundamentais abre novos horizontes em busca da efetivação de mais esse Direito Fundamental.

A interpretação conferida a esse dispositivo permite que se estabeleça o ritmo do processo de acordo com a complexidade da questão tratada. Também é necessário que se verifiquem as estruturas funcionais das instituições envolvidas, de modo que se realize a tramitação menos lenta possível (ROTHENBURG, 2014, p. 246).

Considerando que o julgador tem um grande número de casos para solucionar, é preciso que atue de modo a efetivar de forma equilibrada os Direitos Fundamentais de acesso à jurisdição, os quais partem da efetiva possibilidade material de propositura da ação judicial, além da obtenção da resposta adequada em tempo hábil.

Não é possível ignorar a questão do tempo na elaboração das decisões judiciais. É simples dizer que ao magistrado compete analisar todo e qualquer argumento, demonstrar erudição e conhecimento profundo dos institutos jurídicos. Como vimos anteriormente, o processo de seleção dos juízes é rígido e possibilita o ingresso de ótimos profissionais. Todavia, é preciso considerar que o julgador não dispõe de muito tempo para resolver cada caso. A sua decisão, portanto, não pode deixar de levar em conta o direito à razoável duração do processo. Nesse sentido, pensamento diverso desse seria em completa desconexão com a realidade nacional.

A busca do equilíbrio é o melhor caminho para uma jurisdição célere e com respostas judiciais adequadas. A correta compreensão do sistema jurídico, o conhecimento das técnicas de interpretação, além da compreensão da importância dos precedentes são elementos que auxiliam a adequada prestação jurisdicional. A motivação em muitas vezes pode ser simples, adequada e célere, quando o julgador tem dimensão do sistema e consegue ponderar os valores constitucionais de modo a atuar de maneira equilibrada na prestação da tutela jurisdicional.

Para Marinoni (2014, p. 199), a demora processual já foi tratada pela doutrina como algo meramente acidental no curso do processo, e por esse motivo, sem importância. Entretanto, o problema da celeridade mostrou-se crônico, resultando até mesmo na inclusão do dispositivo constitucional citado acima. Continua o autor

explicando que não há como deixar de lado a questão da capacidade real que o processo tem de atender aos anseios dos jurisdicionados. O tempo repercute diretamente no direito material buscado.

Esse autor observa que a doutrina também adverte a respeito da questão da demora e renúncia a direitos. Não é raro ver o argumento de que a parte deveria concordar com determinada transação sob pena de aguardar longo tempo para desfecho do processo. O litigante que não tem razão quase sempre pede algo em troca, como se alguma renúncia fosse necessária para que a parte, repita-se, sem razão, e mesmo ciente da derrota, não use de todos os meios “legais” possíveis para o atraso na prestação jurisdicional definitiva (p. 200).

No contexto do processo do trabalho, essa realidade é evidente nas mesas de audiência. Já é cultural o pensamento de que o acordo é a melhor saída, pois o processo levará muito tempo para ser concluído. A demora abrange as decisões judiciais de forma ampla e os atos de execução. É evidente que a conciliação é necessária e deve ser estimulada; assim, os magistrados devem se aperfeiçoar nessa modalidade de resolução de conflitos. Os magistrados do trabalho têm inclusive a obrigação legal de propor a conciliação ao menos por duas vezes no processo judicial (artigos 846 e 850 da CLT²⁸).

A certeza da demora contribuirá para a renúncia de direitos, de modo que uma decisão judicial proferida em tempo rápido contribua para o processo atingir seu principal objetivo, que é a realização do direito material.

Desse modo, a questão do tempo na prolação das sentenças e demais decisões judiciais relaciona-se diretamente com a questão da motivação. Os magistrados devem proferir decisões adequadas em conformidade com o direito, fundamentadas e em tempo razoável. A soma desses fatores é o que se espera da jurisdição.

²⁸ “Art. 846 - Aberta a audiência, o juiz ou presidente proferirá a conciliação.”

“Art. 850 - Terminada a instrução, poderão as partes aduzir razões finais, em prazo não excedente de 10 (dez) minutos para cada uma. Em seguida, o juiz ou presidente renovará a proposta de conciliação, e não se realizando esta, será proferida a decisão.”

3.2 Hermenêutica

O estudo das técnicas de interpretação do direito está diretamente ligado à questão da motivação das decisões. Motivar é dar os motivos, as razões do caminho tomado na decisão, mas a problemática está longe de parar por aí. Como destacaremos no próximo capítulo, o ponto de partida é a existência de justificativa para a decisão tomada, porém somente a fundamentação não é suficiente.

Ao aplicar o direito vigente, o magistrado deverá avaliar todo o sistema jurídico, a norma aplicável e o caso concreto. Ao fazer essa análise, haverá o momento em que a norma deve ser interpretada, para se poder constatar qual solução o direito indica para determinado caso concreto. Nesse momento, ainda que intuitivamente, utilizam-se técnicas de interpretação.

A doutrina critica interpretações erradas acerca do direito. Streck (2013, p. 23-24) ressalta que o Brasil tem jurisdição constitucional recente (1988) e indica duas manifestações equivocadas de interpretação baseadas em um paradigma de completa subjetividade. Na primeira hipótese, assume-se que o julgamento é um ato de vontade e utiliza-se de forma equivocada métodos muitas vezes incompatíveis ou incoerentes entre si, resultando em solipsismo²⁹. Na segunda hipótese, a justificação estaria baseada em uma racionalidade argumentativa, com uso de teorias da argumentação dependentes da discricionariedade, o julgamento segundo a consciência do julgador, sem apego obsessivo à letra fria da lei, o que levaria a uma total subjetividade.

Pretendemos abordar nesta seção a hermenêutica jurídica tradicional e a Teoria da Argumentação Jurídica. Lênio Streck (2013) nitidamente prefere a primeira, já que a teoria da argumentação estaria ligada apenas ao que pensa o sujeito que interpreta. O autor defende que

Se comparamos a 'teoria da moda' (teoria da argumentação jurídica), com a hermenêutica filosófica (na perspectiva que defendo), veremos a distância que existe entre tais posturas. A diferença fundamental talvez esteja no fato de que a hermenêutica atua no âmbito de um mundo compartilhado (podemos chamar a isso de intersubjetividade),

²⁹ ¹ Doutrina segundo a qual a única realidade existente é o eu e suas sensações, sendo os demais elementos (seres humanos, animais e coisas) vistos como meros participantes do seu mundo.

² POR EXT Estilo de vida ou costumes de quem vive só. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/busca?id=QwaGO>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

enquanto as teorias procedurais (como a teoria da argumentação jurídica) não superam o esquema sujeito-objeto (S-O).

A hermenêutica e a interpretação jurídica sugerem a existência de um problema que precisa ser resolvido. Isso é o que faria mais sentido pensar em interpretação quando existe um caso concreto no qual a norma precise ser interpretada e aplicada. Não é possível excluir os valores que se relacionam com a norma jurídica, assevera Camargo (2003, p. 13). O direito sempre busca atingir alguma finalidade, *a priori*, a pacificação dos conflitos da vida em sociedade.

Ao receber o caso concreto para avaliar, o juiz deve observar a lei, mas a concepção de direito no Estado Constitucional é diferente da antiga visão liberal, de modo que a lei não é mais vista como um produto perfeito e acabado. A norma deve ser submetida a princípios constitucionais e especialmente aos Direitos Fundamentais. O magistrado é um agente do poder e, desse modo, interpreta a lei, controla sua constitucionalidade e a aplica para resolver a lide posta (MARINONI, 2014, p. 103-104).

A palavra hermenêutica origina-se de *Hermes*, o enviado divino cuja atribuição era levar as mensagens dos deuses para os homens, ou seja, trazer algo ininteligível para a linguagem humana, esclarece Camargo (2003, p. 24). O pensamento jurídico moderno sobre o direito preocupou-se essencialmente com os valores da justiça, da certeza e da segurança. Conforme o autor, a ética e a moral incluem-se dentro do valor de justiça, enquanto a ordem refere-se à certeza e segurança (p. 61). A justiça, com ausência de arbítrio, equivale à lei, o que se denomina justiça e igualdade formal.

A necessidade de segurança advinda do período de queda do absolutismo faz com que o arbítrio na interpretação do direito seja indesejado. Com isso, a segurança se sobrepõe à justiça com fundamento na aplicação pura da lei. Essa perspectiva é questionada no mundo moderno, e, por esse motivo, a interpretação do direito, pautada na ideia de justiça, também segue outros rumos.

O que se percebe é uma tensão entre a segurança e a justiça, e isso resulta historicamente na criação de pensamentos radicalmente opostos.

A Escola da Exegese era rigorosa na forma de transmitir o fenômeno jurídico, que deveria ser baseado em um corpo sistemático de normas que uniformizariam o direito, afastando obscuridades e ambiguidade. A lei feita pelos representantes do povo resultaria, inexoravelmente, a vontade geral. Nessa Escola, privilegiavam-se os

métodos de interpretação gramatical e sistemático, obtendo-se a vontade do legislador como expressão máxima da vontade geral. O juiz era mero aplicador do texto legal e a segurança sobrepunha-se à justiça. A escola em referência é de origem francesa sob a ênfase do racionalismo (CAMARGO, 2003, p. 65-66).

Reale (1998, p. 280-282) cita que, nesse movimento do século XIX, a lei traz solução para todos os casos da vida social, consistindo a função do jurista em extrair o sentido e o significado dos textos legais, sendo que os usos e costumes só poderiam valer se houvesse referência expressa na lei. A lei é vista como realidade morfológica e gramatical, e seu significado não depende da imaginação do intérprete, mas, sim, do exame imparcial do texto. Verifica-se posteriormente que seria necessária análise também do ponto de vista lógico, situando-se o texto da lei no sistema do ordenamento jurídico.

Camargo (2003, p. 80) comenta que, na Escola Histórica, atribui-se a origem do método denominado histórico evolutivo de interpretação do direito. O intérprete deveria colocar-se no lugar do legislador para então fazer valer a vontade do povo, expressa pelo legislador, ainda que em outro momento. Surgem, então, as denominadas interpretações gramatical, lógico, histórica e sistemática do direito.

De acordo com a interpretação gramatical, o elemento de análise é a palavra do legislador, a qual deve se comunicar com a do interprete. É a análise das regras linguísticas utilizadas pelo legislador. A interpretação histórica considera a relação jurídica no momento da promulgação da lei, sendo que a intervenção da norma deve corresponder ao contexto e às aspirações do contexto histórico. Por fim, a interpretação sistemática se refere a uma conexão interna que interlaça o instituto e as regras jurídicas. Conforme Savigny, Kirchmann e Zitelmann (1949, p. 83-84), a soma do elemento gramatical histórico e sistemático possibilita a compreensão integral do conteúdo da lei. Não se trata de classes de interpretação usadas arbitrariamente, mas de atividades que devem cooperar entre si para interpretação correta, embora visivelmente muitas vezes um elemento ou outro possa ser suficiente.

A respeito da Escola Histórica, também podemos mencionar a experiência que advém do Código de Napoleão. Com alteração da vida social por meio da Revolução Técnica que sucede o momento agrícola, verificou-se desajuste entre a lei e a vida, com aparecimento de questões não cogitadas pela legislação do

passado, o que exigiu interpretação histórica das leis para adaptá-las à nova realidade (REALE, 1998, p. 283-284).

No formalismo jurídico, mais tarde conhecido como Jurisprudência dos Conceitos, o direito deveria estabelecer conceitos bem definidos que pudessem garantir segurança às relações jurídicas. Os conceitos gerais ficariam no topo da pirâmide das normas, e isso geraria alto grau de abstração. Esse formalismo procedimental foi a base do positivismo que dominou o século XX. No positivismo, evita-se a inclusão de elementos externos no fenômeno jurídico, pois é importante que o direito se baste. Nessa escola, a interpretação pode ser feita por meio da autointegração num processo autônomo, lógico e sistemático, repita-se, sem interferências de outros elementos, como o sociológico (CAMARGO, 2003, p. 83-90).

De acordo com esse autor, a jurisprudência dos interesses aparece como antítese à jurisprudência dos conceitos, procurando superar a lógica formal pela avaliação pragmática do direito. A função do juiz não seria apenas a de subsumir o fato à norma, já que precisa adequar as decisões às necessidades da vida, devendo conjugar os interesses dispostos na lei com aqueles do momento da sua aplicação (p. 92-93).

A doutrina também aborda a jurisprudência dos valores. Trata-se de um movimento pós-segunda guerra que permitiu a invocação de argumentos para legitimar uma carta alemã que não havia sido constituída pela maioria. O objetivo desse movimento foi no sentido de propiciar uma abertura a uma legalidade extremamente fechada que possibilitaria o totalitarismo nazista (STRECK, 2013, p. 20-21). Esse autor critica a aplicação da jurisprudência dos valores no Brasil com o fundamento de que a realidade brasileira é distinta da alemã da época (final da década de 1940), já que sequer se consegue emplacar uma democracia com legalidade baseada na Constituição (p. 21). Camargo (2003, p. 118-119) explica que a jurisprudência dos valores trabalha o campo da cultura, transmitindo-os de geração para geração, sendo capaz de estabelecer os valores aceitos em determinada sociedade.

A cultura representa tudo aquilo que o homem constrói sobre a base da natureza e que visa modificá-la ou modificar o homem de alguma maneira. A vida sempre segue determinados rumos e o homem sempre busca determinados valores, optando em suas ações por segui-los ou não (REALE, 1998, p. 25-26). Desse modo,

o conceito de cultura se liga a valores, o que é inexoravelmente ligado à cultura de determinada sociedade em certo momento histórico.

O Movimento para o Direito Livre não tem seus pensadores identificados ou uma teoria precisa, mas se trata de linha de pensamento que defende a sobreposição dos valores de justiça a toda e qualquer norma jurídica. O juiz teria esse papel de efetivador da justiça, podendo ignorar a lei se assim fosse necessário. Deveria considerar os valores sociais, a moral e os costumes. O compromisso do julgador é apenas com sua convicção e com os valores de justiça. O direito brotado diretamente dos grupos sociais (direito natural) é o que deveria ser analisado pela doutrina e positivado pelo Estado. A origem desse pensamento é na Alemanha e visa a combater a aplicação mecânica da vontade do legislador (CAMARGO, 2003, p. 97-100).

Para Reale (1998, p. 286-287), a Escola do Direito Livre, a qual visa superar as deficiências da interpretação histórico evolutiva, deve ser atribuída ao francês François Gény. Segundo a também denominada Escola da Livre Pesquisa, não se pode concordar com a tese de descoberta de uma possível intenção do legislador caso ele vivesse na contemporaneidade. O intérprete deve se manter fiel à intenção da lei na época de sua edição, e não a deformar com uma suposta intenção atual. Nesse sentido, ou a lei se aplica tal qual editada ou deve ser reconhecida a lacuna na obra do legislador e, com isso, supri-la por outros meios, libertando-se do apego à lei.

Conforme reflexão de Reale (1998, p. 287),

A regra do direito não é algo de arbitrário, imposto pelo legislador, mas, ao contrário, algo que obedece a uma *ratio juris*, o que quer dizer a razão natural das cousas. A natureza das cousas implicação a apreciação de vários elementos, demográficos, econômicos, históricos, morais, religiosos etc. O jurista, quando a lacuna é evidente, transforma-se, dessa forma, em um pesquisador do Direito, para determinar a norma própria concernente ao caso concreto, de conformidade com a ordem geral dos fatos.

Não se pode negar que a tarefa interpretativa é uma mediação essencial para que o enunciado legal se aplique e tenha sentido, já que o direito não se esgota no texto legal. No modelo hermenêutico, a interpretação em sentido amplo tende a esgotar o alcance do jurídico.

A interpretação deve ser algo mais complexo do que a mera atribuição de significado linguístico. É preciso que se analise a fórmula superior que pressupõe a aplicação em uma série de casos (a norma) e o caso concreto, ou seja, diante da ocorrência do conflito envolvendo dois indivíduos reais, analisa-se as circunstâncias particulares do caso, a justiça para o caso, a vigência da norma, seu significado e sua função dentro do sistema, para ao final resolver o problema com uso da norma jurídica (FERNANDES, 2008, p. 108-109).

No entendimento de Camargo (2013, p. 127-132), fala-se ainda em interpretação do direito de acordo com a vontade do legislador. Pensando a partir dos países que adotam a codificação e, assim, uma gama de textos legais, como é o caso do Brasil, cabe indagar sobre a vontade do legislador ao editar a lei. Nesse sentido, para o autor, nasce a teoria objetivista, segundo a qual a vontade objetiva da lei prevalece sobre a vontade subjetiva do legislador, preconizando a teoria subjetivista exatamente o oposto.

Realle (1998, p. 291-293) compreende que a hermenêutica da atualidade deve ser denominada como estrutural e considera que toda a interpretação deve ter natureza teleológica fundada na consistência axiológica, ou seja, a busca da finalidade da norma segundo os valores atuais da sociedade. A avaliação não deve ocorrer de forma isolada, situando-se cada preceito no todo do ordenamento jurídico.

Marinoni (2014, p. 112-113) trata da transformação do conceito de direito e de uma nova dimensão do papel do juiz, que passa a reconstruir a norma jurídica para o caso concreto ao se deparar com norma abstrata geral inexistente ou incompatível com princípios da Constituição ou Direitos Fundamentais. O autor defende que o juiz não criaria o direito nesses casos, mas, sim, zelaria para a tutela conforme os valores constitucionais postos que podem ter sido ignorados pela legislação ordinária. Nas palavras do autor,

O juiz, ao atuar dessa forma, não apenas cumpre a tarefa que lhe foi atribuída no constitucionalismo contemporâneo, como também, diante da transformação do próprio conceito de direito, apenas o aplica mediante sua adequada interpretação. Ou seja, no Estado Constitucional, não há qualquer motivo para a doutrina enxergar aí uma exceção à função de aplicação do direito, como se a aplicação do direito ou a atuação jurisdicional não estivesse subordinada aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais (p. 113).

As teorias que analisam a interpretação sobre a ótica do legislador vão estabelecer uma análise mais ou menos voltada a métodos como o histórico, além de outros fatores sociais em determinado momento da sociedade.

É preciso frisar que o presente trabalho não possui enfoque meramente filosófico e também não se preocupa em esgotar o tema da hermenêutica jurídica e da teoria da argumentação judicial. O nosso cuidado diz respeito à necessidade de apresentar métodos conhecidos e usados na interpretação do direito e que, desse modo, interferem no conteúdo dado às interpretações judiciais.

Diante do exposto nas linhas acima, verifica-se que a hermenêutica tradicional visualiza o direito sob diversas óticas. Conhecer a evolução das escolas de interpretação certamente confere ao operador da atualidade mais instrumentos para a aplicação do direito vigente. O fato é que a interpretação poderá ser maior ou menor a depender do grau de abstração da norma e ainda da análise de seus efeitos. O magistrado deve sempre que possível evitar decisões que levem a um resultado absurdo. A finalidade do direito é regular a vida em sociedade para um convívio harmônico.

Nunca se pode pensar em desistir da prolação de sentenças e decisões justas. Todavia, proferir uma decisão justa não significa atuar apenas de acordo com a livre convicção pessoal do magistrado. A justiça buscada na decisão deve ser aquela obtida pela correta análise do direito vigente no país, de acordo com o modelo de Estado atual e os princípios constitucionais.

3.3 Teoria da Argumentação Jurídica

A Teoria da Argumentação Jurídica surge como uma nova forma de fundamentar a aplicação do direito. Um dos seus principais teóricos é o alemão Robert Alexy, o qual trata do tema e o coloca sobre a ótica da fundamentação jurídica, o que mostra a importância para alcançar o objetivo do nosso estudo.

O modelo clássico do silogismo com enquadramento quase que mecânico do caso concreto não se realiza com a simplicidade antes imaginada, exigindo, em alguns casos, ponderação de valores. Deve-se aliar a hermenêutica jurídica com as regras de argumentação. É importante estudar a argumentação, para que se avalie a legitimidade e os limites da argumentação no campo do direito. O uso de precedentes pode ser considerado correto quanto existe relação com o caso

concreto, porquanto se implementa o princípio da universalidade (TOLEDO, 2013, p. 11-12).

Alexy (2013, p. 19-20) identifica o problema na decisão judicial quando ela não segue corretamente as formulações da norma jurídica que se supõe serem vigentes no momento da aplicação do direito. O motivo dessa falta de coerência é que pode ter havido imprecisão da linguagem utilizada pelo legislador, pode haver conflito entre normas ou pode ser que não exista norma que regule o tema de forma direta. A última hipótese, indicada como de ocorrência em casos especiais, é a decisão contrária à literalidade da lei.

O autor chama de cânone de interpretação, o que costuma ser chamado de técnica ou elemento de interpretação. Cita o elemento gramatical, o lógico, o histórico e o sistemático, além das interpretações comparativa e teleológica já citadas acima. O problema da interpretação por esses cânones começa pela questão de algum critério de hierarquia, o que pode levar a resultados diferentes. Além disso, o autor defende a imprecisão desses elementos que podem levar a resultados diferentes de acordo com a concepção do intérprete. Não defende o descarte dessas técnicas, mas apenas sua insuficiência (ALEXY, 2013, p. 20-21).

Ao trabalhar a Teoria da Argumentação Jurídica, esse autor traz algumas premissas para tentar resolver o problema da interpretação do direito na decisão judicial. Em primeiro lugar, destaca a necessidade de defender a ideia de que àquele que decide compete se ajustar aos valores da coletividade, exigindo-se um modelo que permita levar em conta as convicções aceitas e os resultados de discussões precedentes, mas que possibilite a adoção do critério correto para o caso concreto (p. 26-27).

O sistema de valores que busca dar sentido ao ordenamento jurídico em sua totalidade é tanto correto quanto incompleto. As normas do sistema são expressões de diferentes valores, muitas vezes divergentes, o que explica a insuficiência do modelo sistemático, explica Alexy (2013, p. 27).

O discurso jurídico deve sujeitar-se à aplicação da lei e à consideração dos precedentes, para se obter um modelo de decisão correto do ponto de vista da racionalidade (ALEXY, 2013, p. 31). O autor comenta que a Teoria da Argumentação Jurídica visa à solução do problema do discurso jurídico nos casos que não são resolvidos com base na lei. Deve-se levar em conta a compatibilidade da solução com o sistema jurídico positivo considerando as soluções legislativas e o elemento

dogmático do direito. Para a elaboração de uma Teoria da Argumentação Jurídica adequada, deve-se considerar a dogmática jurídica e a valoração dos precedentes (p. 35-37).

A Teoria da Argumentação Jurídica trabalha com a justificação dos discursos jurídicos. Na temática da motivação das decisões, a ideia é construir um modelo coerente para a fundamentação judicial. A teoria indica dois aspectos de justificação, a interna e a externa.

Alexy (2013, p. 223) aponta que a justificação interna é o silogismo jurídico adequadamente aplicado. Deve-se buscar as premissas para a solução do caso, ou seja, as regras e princípios aplicáveis. Não está em jogo a correção das premissas, pois isso é objeto da justificação externa. O que se busca é compreender a estrutura lógica de justificação.

Essa etapa de justificação corresponde ao processo de descobrimento. Na justificação interna a busca é das deliberações do aplicador que deve corresponder a um discurso justificado pela racionalidade. O julgador deve descrever quais premissas foram utilizadas e somente depois se possibilita sua justificação externa, ou seja, a correção das premissas utilizadas (ALEXY, 2013, p. 227). Conforme compreensão do autor,

[...] a exigência de justificação interna não é descabida. Na justificação interna é necessário ficar claro quais as premissas devem ser justificadas internamente. Pressupostos que de outra maneira ficariam escondidos, devem ser formulados explicitamente (p. 227).

A explicação dada mostra a transparência possibilitada pelo modelo. A fundamentação realizada nesses moldes permite tanto o ataque da correção lógica da fundamentação como o das premissas especificamente, nesse último caso pela via do que se chama de justificação externa. Como defende Alexy (2013, p. 228), “Isso aumenta a possibilidade de reconhecer e criticar erros. Acrescentar ou apresentar regras universais facilita a consistência da decisão e contribui, por isso, para a justiça e para a segurança jurídica”.

De acordo com o autor, na justificação externa, fundamentam-se as regras para cada nível de descobrimento. Deve-se analisar com maior profundidade as particularidades da norma e as especificidades do caso concreto, para compreender se os argumentos se ligam não apenas de maneira racional e lógica, mas também

se foram utilizados corretamente, ou seja, se de fato são aplicáveis com o significado utilizado no discurso desenvolvido (p. 227).

As premissas utilizadas na justificção interna podem ser regras de Direito Positivo, enunciados empíricos ou premissas que não se enquadram nem em uma coisa nem em outra. A fundamentação baseada nessas premissas corresponde a procedimentos diferentes conforme cada uma delas. Tratando-se de regra de Direito Positivo, deve-se observar a conformidade da norma com os critérios que a validam no direito vigente. No caso de premissas empíricas, avalia-se regras de presunção e ônus da prova no Direito Processual. A argumentação jurídica é realizada justamente quando não existem regras de Direito Positivo nem premissas empíricas para embasar a decisão (ALEXY, 2013, p. 228).

Sobre o tema, Marinoni (2014, p. 117) expõe o seguinte:

Uma decisão apresenta justificativa interna (*interne Rechtfertigung*) sempre que o dispositivo decorre logicamente da fundamentação [...] interessa a correção lógica e a completude da motivação de decisão [...] é uma justificção formal que responde à necessidade de não contradição no discurso jurídico. De outro lado, uma decisão tem justificção externa (*externe Rechtfertigung*) sempre que as premissas adotadas na decisão são adequadas [...] concerne à adequação das escolhas das premissas empregadas [...].

Exemplificando a explicação acima, podemos dizer que uma decisão baseada em uma lei vigente deve passar pelo crivo da validade. No caso do Direito do Trabalho, podemos dizer que uma sentença que defere horas extras com base nos artigos 58³⁰ e 59, § 1^{o31}, da CLT, considerando apenas o limite diário de oito horas de trabalho e o adicional de 20% deve ser refutada. Embora baseada em texto legal, a análise feita sob o crivo da validade da regra mostra que não foram recepcionados tais dispositivos pela Constituição Federal, uma vez que a Carta estabeleceu outros limites para a jornada de trabalho, acrescentando também a limitação semanal de 44

³⁰ “Art. 58 - A duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de 8 (oito) horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite.”

³¹ “§ 1º - Do acordo ou do contrato coletivo de trabalho deverá constar, obrigatoriamente, a importância da remuneração da hora suplementar, que será, pelo menos, 20% (vinte por cento) superior à da hora normal.”

horas e o adicional mínimo de 50% (artigo 7º, incisos XIII³² e XVI³³). A premissa utilizada na justificação interna, quando checada, não é correta.

No caso de premissas baseadas em ônus da prova, podemos imaginar a situação clássica de pedido realizado na ação judicial cujo ônus da prova seja do trabalhador (artigo 818³⁴ da CLT). Ao decidir pela improcedência do pedido, o juiz parte de premissa empírica, no caso as provas produzidas no processo. Se a prova necessária for um documento, a presença deste nos autos do processo desconstitui o acerto da premissa adota.

Imaginemos a união das duas premissas: empregado com contrato de trabalho superior que postula a nulidade do pedido de demissão com base na ausência de homologação de tal pedido pelo sindicato da categoria. A base normativa para tal pleito é o artigo 477, § 1º³⁵, da CLT. O dispositivo é compatível com o direito vigente, cumpre o escopo protetivo preconizado pelo Direito do Trabalho e não há nenhuma regra constitucional que o invalide. A ausência de tal documento impede a validade do ato (pedido de demissão de empregado com contrato de trabalho superior a um ano). Se presente a premissa empírica que consiste na falta da formalidade e estando presente o entendimento da conformidade da regra com o sistema, a conclusão só pode ser pela nulidade do pedido de demissão. Somente exceções, como a recusa injustificada do sindicato em praticar o ato ou uma causa de força maior poderiam justificar o não acolhimento da tese do trabalhador e, assim, validar a demissão, mesmo com a falta do documento.

A premissa jurídica é pautada na máxima de direito segundo a qual o negócio jurídico só tem validade quando se observa a forma prescrita em lei (artigo 104, III³⁶, do Código Civil) e que a declaração de vontade depende de forma quando a lei o exige (artigo 107³⁷ do Código Civil). No caso do artigo 477, § 1º, da CLT, há

³² “XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.”

³³ “XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal.”

³⁴ “Art. 818 - A prova das alegações incumbe à parte que as fizer.”

³⁵ “§ 1º - O pedido de demissão ou recibo de quitação de rescisão, do contrato de trabalho, firmado por empregado com mais de 1 (um) ano de serviço, só será válido quando feito com a assistência do respectivo Sindicato ou perante a autoridade do Ministério do Trabalho e Previdência Social.”

³⁶ “Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: III - forma prescrita ou não defesa em lei.”

³⁷ “Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.”

formalidade expressamente prevista em lei, de modo que a análise que leva em conta o sistema jurídico não deveria entender como dispensável essa formalidade.

Todavia, existem decisões relativizando a aplicação do dispositivo. Cabe destacar a Súmula nº 30 do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, editada em 2015:

Pedido de demissão. Contrato de trabalho com mais de um ano de vigência. Ausência de homologação. Efeitos. A ausência de homologação, de que trata o artigo 477, § 1º, da CLT, não invalida o pedido de demissão demonstrado por outros meios de prova.³⁸

A justificativa geralmente adotada é de que a homologação pelo sindicato seria mera formalidade, que ficaria suprida se provado que o autor de fato manifestou o interesse em se desligar da empresa.

Do ponto de vista da justificação interna e externa tal como estamos analisando, a decisão que “flexibiliza” a regra parece não estar correta por ser a norma clara e ter por escopo a proteção do trabalhador. Não há necessidade de uso de nenhuma regra de interpretação para resolver o tema, já que a leitura do texto é suficiente. Regras como a súmula indicada levam em conta um sentimento de justiça por se entender “injusto” o ônus atribuído ao empregador quando há prova a respeito da manifestação de vontade do empregado.

Poder-se-ia discutir a respeito do que a jurisprudência tem feito no sentido de determinar pagamento de verbas rescisórias tal como uma dispensa injusta, pois o correto poderia ser entender que a dispensa não se efetivou, devendo o contrato voltar a vigor. O aprofundamento desse debate, contudo, não faz parte do nosso trabalho, já que estamos apenas a exemplificar.

Do ponto de vista dos argumentos racionais, o correto seria defender que, se o empregado pretende pedir demissão, ele deve prosseguir com o ato até o momento final, o da homologação pelo sindicato, quando receberá suas verbas rescisórias e o ato será finalizado. Note-se que é a lei que exige a homologação do sindicato como requisito de validade, e do ponto de vista lógico, ou o ato vale ou não vale. Não ocorrendo esse procedimento completo, o pedido de demissão não é válido, já que não se concretizaram todas as etapas previstas na lei.

A conduta correta seria notificar o trabalhador para que ele retornasse ao emprego, sob pena de se considerar o abandono e, como consequência, receber a

³⁸ Disponível em: <<http://www.trtsp.jus.br/juris-sumulas-trtsp>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

aplicação da justa causa prevista no artigo 482, alínea “i”³⁹, da CLT, ou assumir o ônus da dispensa injusta.

Na prática, as decisões⁴⁰ que adotam o entendimento de estrita aplicação do artigo 477, § 1º, da CLT, seguem no sentido de que, quando invalidado o pedido de demissão, considera-se a dispensa injusta e, como consequência, são pagas as verbas rescisórias de maneira mais ampla. Tal decisão é fundada no entendimento de que se presume o interesse do empregado em manter o vínculo de emprego, de modo que se não houve prosseguimento do pedido de demissão até o final (homologação pelo sindicato) e continuidade do contrato de trabalho, a solução a ser adotada é de que a empresa optou por rescindir o contrato a seu cargo. Esse princípio decorre do artigo 443⁴¹ da CLT, que preconiza o contrato de trabalho por prazo indeterminado como regra e permite o contrato a prazo apenas em algumas hipóteses.

Para finalizar o exemplo dado, nos parece que a fundamentação correta é no sentido de que, não havendo o preenchimento de todas as formalidades legais e não tendo o vínculo de emprego continuado, a reclamada optou por rescindir o contrato por sua iniciativa, já que não avisou ao trabalhador que não finalizada a demissão ele deveria retornar ao trabalho, sob pena de se considerar o abandono do emprego.

Na situação analisada acima, a solução jurídica é dada apenas pela lei vigente e pelas premissas fáticas que formam as circunstâncias do caso concreto. Como já dissemos, a argumentação jurídica é necessária quando da inexistência de

³⁹ “Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador: i) abandono de emprego;”

⁴⁰ “RECURSO DE REVISTA. PEDIDO DE DEMISSÃO. AUSÊNCIA DE HOMOLOGAÇÃO PELO SINDICATO. INVALIDADE. ART. 477, § 1º, DA CLT. O objetivo da assistência sindical no pedido de demissão decorre da consagração ao princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas. Retrata o art. 477, § 1º, da CLT, norma cogente, que condiciona o pedido de demissão e a quitação do contrato de trabalho firmado pelo empregado cuja relação jurídica vigeu por mais de um ano, à homologação perante o Sindicato. Nesse sentido, a formalidade determinada pela norma, se não cumprida, torna nulo o ato. Incumbe ao empregador o cumprimento da formalidade prevista no art. 477, § 1º, da CLT, sob pena de não se convalidar o pedido de demissão, quando não houver a homologação, nos termos previstos na norma. Precedentes da Corte. Recurso de revista conhecido e provido. (TST – RR: 14266020105010061, Relator: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 09/04/2014, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/04/2014.”

⁴¹ “Art. 443 - O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado. § 1º - Considera-se como de prazo determinado o contrato de trabalho cuja vigência dependa de termo prefixado ou da execução de serviços especificados ou ainda da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada. § 2º - O contrato por prazo determinado só será válido em se tratando: a) de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo; b) de atividades empresariais de caráter transitório; c) de contrato de experiência.”

regras de Direito Positivo e premissas empíricas claras. Isso ocorre quando não há regra clara ou elas são divergentes, quando existe choque entre valores e princípios constitucionais e também quando a questão fática não se resolve adequadamente, o que pode ocorrer no contexto probatório, pois sabemos que nem sempre existe regra clara a respeito do ônus da prova ou indicação de como proceder para resolver o caso.

Os cânones de interpretação podem ser utilizados como argumentos para a aplicação da Teoria da Argumentação Jurídica. O intérprete pode utilizar o argumento semântico, o qual permite a evocação da linguagem técnico jurídica ou meramente uma análise gramatical. No argumento genético, justifica-se o entendimento conforme a vontade do legislador. O argumento histórico pode apelar para uma solução que no passado não era adequada, e por isso não deve se repetir no presente, sendo necessário alterar o entendimento sobre a questão. O argumento comparativo indica como a questão foi tratada tanto em outras sociedades como em outros países e se utiliza de premissas empíricas e ao menos uma normativa, como ocorre no argumento histórico. Por fim, o argumento sistemático, que deve ser compreendido no contexto do argumento teleológico, coloca a questão tratada em um prisma de referência com outras normas e princípios do sistema (ALEXY, 2013, p. 237).

Um dos problemas no uso dos cânones de interpretação é sua hierarquia, já que se pode discutir o tema jurídico com base em diferentes cânones interpretativos e chegar-se a resultados diferentes.

Alexy (2013, p. 267-268) afirma que a Teoria da Argumentação Jurídica considera de elevada importância o papel dos precedentes judiciais. Para o autor, devemos considerar a relação entre os argumentos baseados em precedentes e outros argumentos possíveis. A grande justificativa para aceitar o uso dos precedentes como argumento, aponta o autor, é o princípio da universalidade, ou seja, o tratamento igual dado a casos iguais, afirmação de onde se extrai também a principal afirmação do uso dos precedentes, a existência ou não de casos exatamente iguais para justificar mesmo tratamento. O autor considera que o uso dos precedentes confere segurança jurídica: “Com a garantia da estabilidade, o uso dos precedentes traz também uma contribuição à segurança jurídica e à proteção da confiança na aplicação do direito” (p. 269).

O que motiva o uso dos precedentes é exatamente sabermos que as regras do discurso, por permitirem uma margem de variação, não vão possibilitar sempre um resultado adequado. Se essa margem de entendimento for preenchida com decisões sempre mutáveis e incompatíveis, estar-se-á desrespeitando o princípio da universalidade e da segurança. Entretanto, devemos considerar a possibilidade de afastar o precedente quando partir de premissa máxima equivocada, valendo-se, para tanto, da argumentação (ALEXY, 2013, p. 270).

As técnicas de divergência possibilitam o afastamento de precedentes. Também se utiliza da distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*. Na teoria sobre precedentes judiciais explica-se que a primeira é obtida pela verificação das premissas normativas adotadas nas fases de justificação da decisão judicial (BUSTAMANTE, 2012, p. 277). Conforme cita o autor, ainda é preciso compreender que as premissas adotadas no caso anterior só podem ser consideradas no caso seguinte se forem semelhantes naquilo que seja relevante (p. 275).

A *ratio decidendi* não se confunde com a *obiter dictum*, afirmações que, embora úteis para a compreensão do caso julgado e da decisão, não representam o fundamento jurídico principal ou parte dele.

Para a mudança ou para que se afaste o precedente obrigatório, existem as técnicas denominadas *overruling* e *distinguishing*. Alexy (2013, p. 271) faz o seguinte esclarecimento a respeito de ambas:

A técnica do *distinguishing* serve para interpretar de maneira estrita a norma que se deve considerar sob a perspectiva do precedente, por exemplo, mediante a introdução de uma característica do fato hipotético não existente no caso a ser decidido, de modo que não seja aplicável a este caso. Com isso o precedente continua sendo respeitado. A técnica do *overruling*, ao contrário, consiste na rejeição do precedente.

Segundo Bustamante (2012, p. 388), *considerando que o overruling* não só afasta a aplicação do precedente, mas também questiona sua validade como paradigma, entende-se que devam existir razões ainda mais poderosas para sua aplicação do que para a incidência do *distinguishing*.

Quanto aos argumentos utilizados, sobre o ponto de vista do discurso prático e do discurso jurídico, é preciso elencar algumas regras de aplicação fundamental

para a avaliação da lógica adotada e dos argumentos que podem ser de fato acolhidos.

No discurso em geral, deve-se adotar como critério o fato de que não deve haver contradição nos argumentos, é preciso defender aquilo em que se acredita, pois uma afirmação deve ser válida independentemente de aplicar-se a uma ou a outra pessoa, ensina Alexy (2013, p. 287).

Ainda para o autor, quanto à razão, é necessário que sempre haja um motivo para uma afirmação (fundamento) e que se escute opiniões diversas, apresentando novos argumentos ao opor-se às ideias. A utilização de argumentos morais pressupõe que é possível comprovar tal valor no contexto histórico vivido, perdendo força o argumento moral, que não resiste aos valores atuais (p. 288-289).

O autor cita que as regras acima, de acordo com a teoria da argumentação, aplicam-se ao discurso jurídico, acrescentando-se que na decisão jurídica deve ser apresentada a norma aplicável, desenvolvendo-se a tese em etapas (p. 290).

3.4 Os precedentes e o Código de Processo Civil

No Brasil, vive-se na jurisdição atual um modelo baseado nos valores estabelecidos na Constituição de 1988. A concretização de regras abertas faz com que se mude o conceito de interpretação antes focado no texto da lei. No passado, buscava-se descobrir o alcance da norma, a intenção do legislador e seu papel dentro do sistema. Hoje, o juiz tem o dever de cumprir a Constituição e, com isso, efetivar princípios constitucionais com especial enfoque nos Direitos Fundamentais.

A contrapartida exigida a essa ampla margem interpretativa que o direito possibilita ao magistrado é a segurança jurídica, a coerência do direito e a igualdade perante as decisões judiciais. O sistema reage buscando a autoridade dos precedentes (MARINONI, 2014, p. 144). A teoria da argumentação ganha grande relevância.

Como já destacamos no segundo capítulo, tanto os países de tradição *common law* como os da *civil law* buscam a igualdade e a universalidade na aplicação do direito. A diferença é que, no contexto da Revolução Francesa, essa segurança foi baseada na aplicação da letra pura da lei, enquanto nos países de tradição *common law* buscou-se essa segurança jurídica pela aplicação dos precedentes. Como destaca Marinoni (2014, p.145),

[...] nos países que não precisaram se iludir com o absurdo de que o juiz não poderia interpretar a lei naturalmente aceitou-se que a segurança e previsibilidade teria que ser buscadas em outro lugar. E que lugar foi esse? Ora, exatamente nos precedentes [...].

No Brasil, é preciso distinguir os precedentes persuasivos dos vinculantes. Até a entrada em vigor do CPC do 2015 era fácil fazer essa distinção. Os precedentes vinculantes eram basicamente aqueles previstos na Constituição Federal, ou seja, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade e as Súmulas Vinculantes:

Art. 102. [...]

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal;

[...].

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei (BRASIL, 1988).

Para Bustamante (2012, p. 389-390), os dispositivos acima disciplinavam os precedentes obrigatórios em sentido forte ou formalmente vinculante.

O autor observa que as demais súmulas, orientações jurisprudenciais e precedentes de tribunais, inclusive os superiores, representavam apenas jurisprudência persuasiva, ou seja, mostravam um entendimento de cortes superiores, porém não eram de aplicação obrigatória. São os precedentes meramente persuasivos. No entendimento do autor,

Em um ambiente puramente discursivo, onde não há quaisquer constrições sobre as partes que buscam um consenso acerca de questões normativas, pressupõe-se de início a liberdade comunicativa de cada participante: há sempre o direito individual de adotar uma posição negativa em relação à validade das normas em discussão [...] não há qualquer dever formal de obediência ao precedente judicial (p. 390).

Não temos o propósito de esgotar a temática dos precedentes, visto que ela não é o enfoque principal do nosso trabalho. Entretanto, diante da vigência do CPC de 2015, é preciso compreender o funcionamento desse novo pilar do Direito Processual brasileiro, uma vez que ele interferirá diretamente na temática da motivação das decisões judiciais, em especial das sentenças.

O novo sistema de precedentes depende necessariamente de decisões judiciais motivadas, já que pressupõe uma análise ligada à motivação e técnicas de aplicação de regras de distinção como o *distinguishing* e *overruling*.

O processo é uma relação de poder, de onde se subentende, muitas vezes, a falta de motivação (OLIVEIRA, 2016). A nova visão a respeito do papel dos magistrados fez surgir a ideia de decisão “conforme a consciência”, justificando-se tal critério na busca da justiça do caso concreto, o que resulta no desrespeito à ideia de tratamento isonômico, segundo o qual os casos iguais devem ser julgados da mesma forma e na insegurança jurídica.

O sistema de precedentes no Brasil pressupõe que exista uma efetiva discussão entre as partes e, desse modo, o enfrentamento dos argumentos das decisões. Os argumentos a serem enfrentados são as teses principais, capazes de influir na decisão. Nesse sentido, assim dispõe o artigo 489, § 1º, IV, do CPC:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

[...]

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

[...].

A citação do dispositivo por ora serve apenas para esclarecer a questão dos precedentes e suas regras de vinculação, as quais pressupõem a adoção de argumento que supere o decidido anteriormente.

O novo sistema de precedentes estabelece uma fundamentação formal e algumas vezes cultural. O CPC busca a melhora das motivações, e com isso o aprofundamento dos debates (OLIVEIRA, 2016). O sistema de precedentes se assenta nos artigos 926, 927 e 928 dessa lei.

O artigo 926⁴² determina a uniformização da jurisprudência. No processo do trabalho, a Lei nº 13.015 de 2014 modificou a CLT, estabelecendo no artigo 896, § 3º⁴³ que os tribunais passam a ter o dever de uniformizar a jurisprudência. Também são previstos instrumentos, como a resolução de demandas repetitivas pelo Tribunal Superior do Trabalho, no artigo 896-C e parágrafos. A Lei nº 13.015 de 2014 faz expressa referência ao modelo antigo de uniformização de jurisprudência do CPC de 1973, sendo que, na atualidade, aplica-se o sistema estabelecido pelo CPC de 2015.

O novo sistema de precedentes ampliado pelo CPC de 2015 está previsto em seu artigo 927⁴⁴. O dispositivo estabelece que todas as súmulas (vinculantes ou não), ações de controle concentrado, incidente de repetição de demandas repetitivas, repetição de recursos e assunção de competência formem o novo sistema de precedentes no Brasil.

Nos dias atuais, precedente é toda decisão judicial utilizada para fundamentar outra. O CPC prevê vinculação formal ou cultural. Se a vinculação for formal, essa lei preconiza o cabimento de reclamação (OLIVEIRA, 2016). Como vimos no artigo 927, a observância dos precedentes é obrigatória, havendo que se distinguir apenas quanto à sua vinculação.

A vinculação formal ou obrigatória se dá quanto aos incisos I, II e III, ou seja, as decisões do Supremo Tribunal Federal em controles concentrados de constitucionalidade e as súmulas vinculantes, como no sistema anterior, e a novidade refere-se aos acórdãos prolatados em incidentes de demandas repetitivas, os quais poderão ocorrer inclusive no âmbito dos Tribunais de segundo grau, a exemplo dos Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunais de Justiça.

Os demais precedentes possuem vinculação cultural. A análise pelo juiz é obrigatória, mesmo quando se trata de precedente não vinculante, ensejando o

⁴² “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.”

⁴³ “§ 3º Os Tribunais Regionais do Trabalho procederão, obrigatoriamente, à uniformização de sua jurisprudência e aplicação, nas causas da competência da Justiça do Trabalho, no que couber, o incidente de uniformização de jurisprudência previsto nos termos do Capítulo I do Título IX do Livro I da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil).”

⁴⁴ “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:
I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
II - os enunciados de súmula vinculante;
III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.”

cabimento de embargos de declaração na forma dos artigos 489, §º 1, VI⁴⁵, e 1.022, parágrafo único, I e II⁴⁶, do CPC 2015.

O sistema atual utiliza o *distinguishing* e o *overruling* e permite que não se utilize precedente, mas é necessário que se distinga um caso do outro, ou seja, o precedente não se aplica porque difere do caso em análise ou porque está equivocado. A ideia de aperfeiçoamento do sistema amplia o debate dos casos. Portanto, embora o precedente invocado seja apenas cultural, isto é, sem vinculação formal, para não o seguir, deve o juiz justificar, o que se dará pela ideia de superação da tese (fundamentado) ou incompatibilidade com o caso em análise.

Os incisos I, II e III do artigo 927 do CPC 2015 trazem as hipóteses de vinculação formal, ou seja, os precedentes obrigatórios. Nessas hipóteses, a superação (*overruling*) só é possível por meio de procedimento formal levado a efeito pelo órgão que editou o precedente, e sua inobservância pelos juízes de primeiro grau só pode ocorrer pela via do *distinguishing*. Os incisos IV e V indicam precedentes culturais ou persuasivos, isto é, não são de aplicação obrigatória, mas o juiz deve indicar os motivos pelos quais não os aplica.

A grande distinção é que, nos precedentes vinculantes, a superação é da competência exclusiva do órgão que os criou e cabe reclamação, como preveem o artigo 103-A, § 3^{o47}, da CF, e o artigo 988, III, IV e o § 1º, do CPC 2015⁴⁸, sendo que esse último dispositivo resume as hipóteses de cabimento e expressa a regra de

⁴⁵ “§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

[...]

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

⁴⁶ “Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:

Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que:

I - deixar de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento;

II - incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1o.”

⁴⁷ “§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.”

⁴⁸ “Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

[...]

III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência;

§ 1º A reclamação pode ser proposta perante qualquer tribunal, e seu julgamento compete ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir.”

possibilidade da reclamação perante qualquer tribunal, modificando o paradigma anterior de cabimento apenas nos Tribunais Superiores. Nos demais casos, o próprio juiz pode considerar superado o precedente, desde que justifique seu descabimento. Não poderá, contudo, simplesmente ignorar precedentes judiciais como ocorria antes da vigência do CPC 2015.

A respeito do papel dos argumentos no discurso jurídico para fundamentação do *overruling* e do *distinguishing*, Alexy (2013, p. 276) apresenta este esclarecimento:

A argumentação prática geral pode ser necessária (1) na fundamentação das premissas normativas requeridas para a saturação das diferentes formas de argumentos, (2) na fundamentação da eleição de diferentes formas de argumentos que levam a diferentes resultados, (3) na fundamentação e comprovação de enunciados dogmáticos, (4) na fundamentação dos *distinguishing* e *overruling* e (5) diretamente na fundamentação dos enunciados a serem utilizados na justificação interna.

Na maioria dos países do *common law*, a vinculação é sempre cultural, ou seja, persuasiva, mas os juízes são culturalmente formados para respeitar os precedentes, conforme Oliveira (2016). No Brasil, a mudança ocorre por meio de um misto de vinculação persuasiva e formal.

O sistema de uso dos precedentes judiciais estabelece o direito via jurisprudência, o que se assemelha aos países de tradição *common law*. O papel de efetivar princípios fundamentais, em especial a dignidade do ser humano, deve ser cumprido pelo legislador ordinário e complementado pelas decisões judiciais.

Nos países de tradição *civil law*, como é o caso do Brasil, verifica-se que os precedentes judiciais ganham força em prol dos valores que a sociedade defende. Do mesmo modo, é comum observar o crescimento de normas escritas nos países do *common law*. Conforme comentário de Cardoso (2015, p. 17),

Nos bancos acadêmicos aprendemos que nosso sistema jurídico é o *civil law*, o qual tem como fonte a lei e que se diferencia do *common law*, porque este tem como fonte a jurisprudência. Modernamente, todavia, já se sabe que os países que adotam o sistema do *common law* também têm adotado diversas normas para disciplinarem situações sociais internas, ao passo que observamos em nosso sistema um avanço na criação de proteções jurídicas por meio da jurisprudência, cujas decisões têm se tornado consistentes meios de adequação e orientação social.

Apesar das tradições contarem com diferenças muito grandes, como esclarecemos nas linhas acima, existem semelhanças que indicam a tendência de um movimento de aproximação entre elas. As experiências bem-sucedidas acabam adotadas em um esquema de intercâmbio dos sistemas, tudo como parte do processo de evolução das ordens jurídicas na modernidade.

Com relação à proximidade dos papéis dos magistrados nas duas tradições, vale destacar Marinoni (2009):

A dificuldade em ver o papel do juiz sob o neoconstitucionalismo impede que se perceba que a tarefa do juiz do *civil law*, na atualidade, está muito próxima da exercida pelo juiz do *common law*. Ora, é exatamente a cegueira para a aproximação das jurisdições destes sistemas que não permite enxergar a relevância de um sistema de precedentes no *civil law*.

As críticas apresentadas por esse autor refletem sua preferência pela adoção do uso dos precedentes, o que nos parece ser um bom caminho para alcançar a segurança jurídica esperada em um ordenamento. A motivação devidamente realizada permite que se avalie o acerto das decisões, inclusive dos precedentes, de maneira a aperfeiçoar o direito vigente.

No *common law*, o precedente a vincular pode ser apenas uma única decisão, enquanto que no, contexto do nosso direito baseado no *civil law*, quando se pensa em precedente vinculante, imaginamos diversos casos repetitivos que chegaram aos Tribunais de recurso gerando necessidade da edição de um precedente obrigatório. É assim que se constrói a jurisprudência consolidada e dominante (MADEIRA, 2011, p. 539).

A repetição dos casos possibilita, ao menos em tese, maior possibilidade de acerto e coerência na decisão, já que amplo debate precede o entendimento a ser firmado. O que vemos no Brasil são aspectos de um movimento de junção das tradições em alguns aspectos, já que na atualidade o Judiciário trata de consolidar a sua jurisprudência como antes fazia, com a diferença de que em muitos casos criará precedentes obrigatórios de uso vinculante.

Assim, apesar das distinções entre as tradições, o sistema jurídico brasileiro tende a incorporar algumas características do sistema anglo-saxão, valendo-se ainda das regras do código e da predominância da lei escrita, mas colocando em

patamar de grande importância a interpretação do direito conferida pelos tribunais por meio da criação dos precedentes judiciais.

3.5 Hermenêutica, argumentação e decisão judicial

A título de considerações finais a respeito das técnicas de interpretação e argumentação e motivação de sentença e decisões judiciais, merece destaque estabelecer que a decisão judicial motivada é Direito Fundamental do cidadão. O ato de decidir, no entanto, não se baseia apenas em fatores lógicos e de justiça. Ambos passam pelo prisma da argumentação.

A lógica do silogismo, baseada em premissas maiores e menores, pode e deve ser utilizada na construção das decisões judiciais. Entretanto, é evidente que, quando entra em jogo questões de justiça, moral, princípios e valores, essa lógica não é suficiente. A razoabilidade e o bom senso, por exemplo, são pontos que a lógica não resolve por não oferecer tratamento correto. Os pensamentos voltados para a interpretação do direito pelas escolas citadas podem igualmente levar a diferentes entendimentos, à medida que o intérprete se posicione de maneira mais utilitarista, libertária, positivista ou buscando a eficiência.

A argumentação, entretanto, é necessária no contexto do caminho lógico, de eficiência ou de justiça. A metodologia aplicada é o que se avalia nesse ponto do trabalho. A fundamentação é o caminho percorrido que pode se explicar pela indicação de critérios de lógica, de justiça e de razoabilidade. É preciso que esse caminho fique claro na decisão para que o jurisdicionado compreenda o trajeto percorrido, saiba o critério utilizado, e com isso possa acatar ou questionar a decisão pela via legal.

O principal mecanismo fornecido pela lógica são as premissas que justificam a decisão. Existe o direito que deve ser observado, especialmente no sistema do código tal qual o vigente. A fundamentação também deve mostrar coerência e a imparcialidade que também se dá pela via argumentativa. A *ratio decidendi* deve ser, por exemplo, uma linha adotada pelo juiz, ou seja, a inteligência argumentativa a ser utilizada. Com o sistema do CPC 2015, os precedentes e suas argumentações no caso concreto devem ser seguidos, ressalvadas as técnicas de distinção e superação.

A coerência da decisão é algo que ambas tradições jurídicas reclamam. Busca-se isso no *common law* pelos precedentes bem como pelas técnicas de distinção. A imparcialidade do julgador deve ser vista sob a ótica argumentativa, julgar igual casos iguais, ou justificar a diferença. No *civil law*, a ideia é de julgar conforme as leis, direito previamente posto. A ideia é previsibilidade. Busca-se uma séria coerência argumentativa.

A sentença enfrenta argumentações em sentidos opostos e acaba com a argumentação do julgador. A fundamentação é prevista na Constituição Federal, mas nem sempre tem uma argumentação adequada no seu bojo. É por isso, que a motivação por si só não garante a imparcialidade o Direito Fundamental a uma decisão motivada. Somente com a motivação, duas decisões podem ser proferidas de forma diferente, mas a argumentação, se correta, leva a resultados idênticos pois as premissas analisadas devem ser as mesmas, assim como os valores, ressalvada a necessidade de superação que igualmente é justificada pela argumentação.

As leis podem ser feitas sem a coerência adequada do sistema, uma vez que produto de acordos legislativos e decisões políticas. Nessa ótica, o Judiciário muitas vezes acaba fazendo as vezes dos outros Poderes, seja pela incoerência dos diplomas editados pelo Legislativo, seja, pela ineficiência do Poder Executivo. A argumentação mostra como juiz se pautou e como se pautará no futuro para resolver casos iguais. A relação do presente com o futuro e do passado com o presente são importantes, pois é exatamente o tempo e a segurança jurídica que conduzem à importância dos precedentes judiciais.

O juiz está em contato direto com a parte no momento da aplicação do direito, por isso a argumentação com a correta coerência preenche as lacunas que o sistema de normas abstratas necessariamente produz e contribui para a construção do direito.

3.6 Papel do magistrado no contexto atual da interpretação e aplicação das normas jurídicas

O juiz brasileiro que atua no modelo de Estado posterior à Constituição Federal cumpre papel diferente daquele que vivenciou o magistrado do modelo absolutista ou puramente liberal. Na forma já destacada no item 1.4 deste trabalho, ao magistrado cabe a tarefa complexa de harmonizar leis liberais com regras sociais

e efetivar princípios constitucionais que nem sempre são plenamente compatíveis. Ao decidir com base nesses parâmetros, deverá realizar a tarefa utilizando motivação coerente, adequada e sem subjetivismos.

A compreensão mais moderna a respeito dos princípios é a de que eles possuem alta carga valorativa, o que amplia a margem de escolha dos juízes com vistas à garantia de Direitos Fundamentais, essenciais ao modelo de Estado com preocupação centrada na dignidade humana. Para Novelino (2008, p. 248), “a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado brasileiro, constitui-se no valor constitucional supremo em torno do qual gravitam os direitos fundamentais”.

Diante do exposto, podemos entender que a dignidade humana é um princípio norteador de aplicação de todos os demais Direitos Fundamentais estatuídos na Constituição Federal. É a razão de ser do próprio Estado, e isso impede que se adote nas decisões judiciais qualquer postura ou entendimento que afronte esse valor máximo.

O Código de Processo Civil determina expressamente a observância da dignidade humana no momento da aplicação do ordenamento jurídico:

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

O legislador ordinário fez questão de frisar a importância da atuação judicial na interpretação da norma. Merece destaque a busca do equilíbrio, uma vez que o dispositivo preconiza a dignidade humana e os fins sociais da norma, mas não deixa de mencionar a legalidade e a razoabilidade, o que impõe limites ao juiz, o qual deve fundamentar sua decisão de forma equilibrada e coerente.

O dispositivo processual citado guarda relação com o artigo 5º⁴⁹ da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, que disciplina igualmente a interpretação e aplicação das normas nacionais. O objetivo é estabelecer a redução de desigualdade e fazer com que o direito cumpra seu objetivo precípuo, o qual é colocar o homem no centro das preocupações com vistas a uma sociedade mais justa e mais solidária.

⁴⁹ “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”

Entretanto, é preciso advertir que, quanto maior for o grau de abstração do princípio adotado, maior será a necessidade de justificativa pelo magistrado. Nesse sentido, a decisão que afasta norma expressa com vistas à aplicação do princípio da dignidade humana é plenamente pertinente e esperada, mas deve ser justificada para que se compreenda que de fato ocorreu tal violação, e não simplesmente opção do magistrado em afastar norma que considera injusta. A mera opinião pessoal do juiz de que a lei é inadequada não é suficiente para afastar sua aplicação, é necessário que seja incompatível com algum princípio da Constituição ou viole algum Direito Fundamental. Na esteira do que foi defendido no item 1.4 desta dissertação, os princípios de alta carga axiológica possibilitam decisões com alto grau de liberdade, e isso aumenta a importância da fundamentação adequada.

As decisões possibilitadas pelos princípios insculpidos na Constituição Federal carregam o risco das mais variadas interpretações, de acordo com a compreensão e os critérios de justiça do magistrado. A criatividade do juiz ao interpretar o princípio é bem-vinda, porém não se deve ignorar as regras postas de Direito Positivo. O magistrado não é mais apenas aplicador da lei, seu papel supera a atividade de subsunção, mas o direito criado pelo Poder Legislativo é absolutamente relevante nessa mecânica de interpretação.

Segundo Alvim⁵⁰ (1988, p. 12 apud COSTA, 2008, p. 87),

A tarefa dos juízes não mais é vista, exclusivamente, como só a de aplicar a lei dedutivamente [entenda-se isto como pura e simples 'subsunção/dedução']. A recomendação enfatizada aos juízes é a de que procedam à perquirição do valor de Justiça subjacente às normas (ainda que em relação às minuciosas, isto se faça em menor escala) e, aplicando-as, haverão de realizar esse valor [às vezes 'quase que apesar da norma']. Essa identificação do 'substractum' de Justiça subjacente à norma jurídica, em época tensa e de disputa pelo espaço social, certamente, resta obscurecida, pois a lei é que é posta em cheque, porque seria carente de 'fundamento'.

O processo de ingresso dos magistrados e as garantias conferidas têm o objetivo de garantir a imparcialidade nas decisões tomadas. Ao mesmo tempo que traz essa segurança, possibilita liberdade para o convencimento, desde que aplique as normas do sistema jurídico. É essa liberdade que pode dar ensejo ao grau de subjetivismo muito elevado. O exercício da jurisdição exige a sensatez e a correta

⁵⁰ ALVIM, Arruda. **A arguição de relevância no recurso extraordinário**. São Paulo: RT, 1988.

aplicação dos princípios constitucionais para gerar decisões adequadas, corretamente motivadas e coerentes do ponto de vista lógico e jurídico.

É justamente a aplicação e a efetivação de princípios constitucionais, sobretudo os Direitos Fundamentais, que impõem ao magistrado o dever de assegurar direitos perante o poder público, a quem competiria exatamente esse papel. A inércia e a ineficiência dos agentes de poder eleitos pelo povo transferem a ação de efetivar Direitos Fundamentais para os juízes, o que se dá fundamentalmente pelas decisões judiciais que são dotadas de coercitividade.

A legitimidade dos juízes no Brasil é conferida pelo concurso público. A opção é legítima por ter sido feita pelo poder constituinte democraticamente eleito pelo povo. Diferentemente do que ocorre em países nos quais há eleição até mesmo de magistrados, o concurso público possibilita o ingresso de pessoas sem qualquer tipo de relação política e democratiza o acesso ao cargo. Para participar do certame, basicamente é necessário ter formação em direito e prática jurídica por três anos, além da participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases (artigo 93, I, da CF). As exigências garantem o preparo do profissional e a objetividade na seleção.

O modelo de Estado criado pela Constituição de 1988 é democrático e republicano, bem como fornece meios legítimos para o ingresso de magistrados, o que torna indene de dúvida a legitimidade dos juízes. Contudo, ainda que legitimados a proferir decisões e interpretar o direito, é preciso reconhecer que existem limites para a interferência em ações que deveriam ser tomadas pelos outros poderes constituídos, do mesmo modo que a norma legalmente editada e constitucional jamais deverá ser ignorada pelo juiz.

No que diz respeito ao reconhecimento de direitos, estes essencialmente dependem de opção legislativa. Podemos trazer exemplo do Direito do Trabalho em que se parte da premissa de proteção do empregado, sujeito mais fraco na relação. O artigo 9º da CLT determina que serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos. O dispositivo é reconhecido fundamentalmente pela aplicação no contexto do reconhecimento de relações de emprego disfarçadas de outras figuras, tal como ocorre com cooperativas fraudulentas e prestadores de serviço.

Não poderia o juiz interpretar a norma no sentido de que qualquer sistema de trabalho por cooperativas ou prestadores de serviços é inconstitucional por ofender a

dignidade humana ou o valor social do trabalho. A própria Constituição Federal reconhece o cooperativismo (artigo 174, § 2º⁵¹), e a CLT também disciplina o tema (artigo 442, parágrafo único⁵²), de modo que a possibilidade de trabalho por esse regime é opção do Poder Legislativo, e o juiz deve aplicar tal norma. Da mesma forma, a prestação de serviços está disciplinada pelo código civil (artigos 593 a 609⁵³).

Entretanto, o sistema jurídico admite que o juiz reconheça hipóteses de fraude e não legitime o trabalho cooperado no caso específico, a depender de circunstâncias fáticas específicas. Para que faça isso, o magistrado deve explicitar devidamente quais elementos utilizou para não validar o trabalho cooperado naquela demanda em específico. Caso opte simplesmente por fundamentar a decisão no sentido de que qualquer trabalho em regime de cooperativas é inviável, o magistrado extrapola os limites de interpretar a norma e as provas e deixa de aplicar ou ao menos considerar norma jurídica válida e editada por poder legitimamente constituído.

Também se reconhece o papel do juiz na reconstrução da norma quando verificamos que ela é aberta. Nesses casos, construir o sentido da regra representa exatamente o que o legislador esperava, já que a lei editada de forma genérica busca a avaliação judicial caso a caso. Como destacamos na página 65 deste estudo, ao aplicar a norma, o juiz zela pela tutela e pelos valores constitucionais, o que é adequado no constitucionalismo contemporâneo.

Sobre o papel do juiz na interpretação de normas abertas, merece destaque a lição de Reale (2000):

Não era possível deixar de reconhecer, em nossos dias, a indeclinável participação dos valores éticos no ordenamento jurídico, sem abandono, é claro, das conquistas da técnica jurídica, que com aqueles deve se compatibilizar. Daí a opção, muitas vezes, por normas genéricas ou cláusulas gerais, sem a preocupação de excessivo rigorismo conceitual, a fim de possibilitar a criação de modelos jurídicos hermenêuticos, quer pelos advogados, quer pelos juízes, para contínua atualização dos preceitos legais.

⁵¹ “A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.”

⁵² “Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela.”

⁵³ Título VI, Das Várias Espécies de Contrato, CAPÍTULO VII, Da Prestação de Serviço.

O que fica claro de forma indiscutível é que no Estado Democrático de Direito da Constituição Federal de 1988 o magistrado atua com papel diferenciado. A máxima a ser perseguida é a da efetivação dos Direitos Fundamentais, em especial o princípio da dignidade humana, valor supremo do ordenamento jurídico.

A decisão judicial motivada aparece justamente como o direito fundamental de ver o Judiciário atuar com foco nos valores constitucionais. Não basta ao magistrado afastar a norma com o argumento de que o faz em razão de determinado princípio. É preciso que fundamente, apresente as premissas utilizadas e declare o conteúdo da decisão judicial de modo a se compreender o efetivo caminho percorrido, a fim de que se constate se realmente tratou de efetivar Direitos Fundamentais ou simplesmente agiu conforme sua consciência.

A decisão esperada do magistrado atual é aquela que cumpre a Constituição e efetiva de maneira clara os comandos constitucionais, aplicando as normas editadas pelo Poder Legislativo e as decisões do Poder Executivo, salvo quando isso não se compatibiliza com os valores matrizes da Lei Maior. A definitividade das decisões judiciais exige alto grau de responsabilidade, sensatez e fundamentação adequada, especialmente quando se afasta a aplicação de regra criada pelos outros poderes constituídos.

CAPÍTULO IV

O DIREITO FUNDAMENTAL À DECISÃO JUDICIAL MOTIVADA COMO ELEMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA

4.1 Decisão judicial como Direito Fundamental

O Judiciário exerce importante papel de efetivador de Direitos Fundamentais e o que materializa a solução do conflito é a decisão judicial que trará as razões de aplicação de determinada regra ou princípios de direito.

Para Sarlet (2015, p. 75), a doutrina reconhece que dentro da noção de Direitos Fundamentais está a característica da fundamentalidade que os coloca no ápice do ordenamento jurídico, submetidos a procedimentos formais de alteração e limitações materiais (artigo 60, § 4º, IV⁵⁴, da CF).

A abertura da Constituição a outros Direitos Fundamentais não expressos em seu texto decorre do artigo 5º, § 2º:

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

No caso dos direitos dos trabalhadores, a característica da fundamentalidade pode ser extraída diretamente do texto constitucional, já que o Título II, o qual prevê os Direitos e Garantias Fundamentais, engloba os Capítulos I a V. O primeiro trata dos direitos e deveres individuais e coletivos e o quinto versa sobre os direitos sociais, incluindo-se nesse último os direitos dos trabalhadores.

Não há dúvida, portanto, a respeito da gama de Direitos Fundamentais que são objeto de avaliação judicial na Justiça do Trabalho. A questão que se coloca é se a garantia à decisão judicial motivada também pode ser considerada como direito de natureza fundamental.

A previsão legal consta no artigo 93, IX, da CF:

⁵⁴ “§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
[...]
IV - os direitos e garantias individuais.”

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

Para identificarmos os Direitos Fundamentais que estão fora do rol expresso da Constituição Federal, devemos avaliar se a norma vincula-se à regulamentação da vida do homem na sociedade, especialmente em relação ao Estado, ou se é o caso de norma organizacional. Na primeira situação, podemos estar diante de direito de natureza fundamental, ainda que não expresso dessa maneira na Constituição. A distinção é mais fácil quando se trata de norma de organização estatal, hipótese em que geralmente não se está diante de um Direito Fundamental do homem (SARLET, 2015, p. 114).

A localização de Direito Fundamental fora do rol expresso da Constituição é interpretação que se extrai facilmente de seu artigo 5º, § 2º, já mencionado acima. Os Direitos Fundamentais são localizados em toda a Constituição, cabendo identificá-los de acordo com suas características, ou seja, o objetivo de proteger direitos básicos do homem. Significa dizer que um direito que protege as liberdades do cidadão perante o Estado ou outro articular pode ser entendido como de natureza fundamental. O Direito do Trabalho tem nitidamente essa característica, já que protege o trabalhador dos abusos do poder econômico, partindo da premissa de que, como regra, a relação é desequilibrada. O Direito do Trabalho, assim, protege a liberdade, a igualdade e a dignidade humana.

O fato de encontrarmos Direitos Fundamentais fora do rol expresso da Constituição dificulta inicialmente sua identificação. Devemos, contudo, nos ater não apenas ao sentido formal, mas também ao material. Não há dúvidas de que os Direitos Fundamentais expressamente consignados nesse rol possuem tanto a fundamentalidade do ponto de vista formal como material. Para identificar no direito a característica material da fundamentalidade, é preciso ir além do aspecto formal e analisar a que se presta o direito elencado (SARLET, 2015, p. 117).

Existem Direitos Fundamentais que estão fora do catálogo, porém contam com *status* constitucional formal e material. Sarlet (2015, p. 118) faz referência ao

direito de igualdade de acesso aos cargos públicos previsto no artigo 37, I⁵⁵, da CF e se refere expressamente ao direito à decisão judicial motivada e dotada de publicidade previsto no artigo 93, IX, da CF. Segundo o autor,

Da mesma forma ocorre com a garantia da publicidade e fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX, da CF), bem como as limitações constitucionais ao poder de tributar (art. 150, incs. I a IV), o direito à manifestação de pensamento, criação, expressão e informação (art. 220), a igualdade de direitos e obrigações entre os cônjuges (art. 226, § 5º), e o direito dos filhos a tratamento igualitário e não discriminatório (art. 227, § 6º), que, sem dúvida, constituem dispositivos formalmente constitucionais capazes de caracterizarem-se como posições subjetivas e permanentes do indivíduo (isolada ou coletivamente). Além disso, os preceitos referidos revelam nítida preocupação com a proteção da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade, constituindo, portanto, direitos materialmente fundamentais ou, no mínimo, passíveis de se enquadrar nesta categoria (p. 118).

Também é importante nominar expressamente a previsão do artigo 5º, § 2º da CF ao indicar os tratados internacionais. O Brasil é signatário da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), como já mencionado neste trabalho, típico instrumento de Direitos Humanos que fez questão de estabelecer o direito à decisão fundamentada da corte em seu artigo 66, do qual se extrai outro fundamento da importância da motivação a ser dada pelos órgãos de julgamento.

Motta (2012, p. 136) cita que a motivação exerce diversos papéis. Primeiramente mostra o raciocínio do julgador no momento da decisão e permite avaliar a sua coerência e exercer controle pela via dos recursos. Também é por meio da motivação que se consegue evitar a arbitrariedade e ilegalidade, bem como exercer papel apaziguador de conflitos tanto no contexto da lide como fora dela.

Podemos compreender conforme o exposto nas linhas acima que o direito à decisão judicial motivada tem natureza de Direito Fundamental apesar de não constar do capítulo que versa expressamente sobre o tema. O dever de fundamentar protege o indivíduo de qualquer arbitrariedade do julgador e permite o convencimento a respeito da decisão, seja para concordar com ela, seja para

⁵⁵ "I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;"

questioná-la pelos meios legais. A motivação é essencial para manter o correto funcionamento do Estado de Direito.

Não é difícil, portanto, reconhecer o direito à fundamentação das decisões como direito fundamental de primeira dimensão, já que ele é garantidor do Estado Democrático de Direito, da liberdade, da isonomia e do próprio devido processo legal [...]. Há também que se pensar no direito à fundamentação como possivelmente um direito da coletividade. Ainda que destinada a cada um dos cidadãos em cada caso concreto levado a julgamento, a fundamentação é, em última análise, um direito com dimensão individual e coletiva, cujos destinatários são o povo, a sociedade e cada um dos cidadãos. (MOTTA, 2012, p. 137-139).

Ademais, cabe destacar que consta expressamente no artigo 5º, XXXV, o direito de ação, ou seja, a inafastabilidade da jurisdição. Ao prever o Direito Fundamental de que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, a Constituição destaca a importância da apreciação judicial. Desse modo, é preciso conjugar esse dispositivo expressamente integrante do rol de Direitos Fundamentais, como o artigo 93, IX, que exige a decisão fundamentada.

Quando se busca a apreciação judicial, o Direito Fundamental de ver a ação analisada impõe que se faça de forma fundamentada e coerente, pois somente assim se presta a jurisdição a contento. O Direito Fundamental é a jurisdição corretamente prestada, e isso é essencialmente importante para o resguardo de diversos outros Direitos Fundamentais que poderão ser infringidos pelo Estado e por particulares, demandando a correta proteção judicial.

O dever do Estado de proteger o indivíduo se impõe sobre diversas óticas. Deve protegê-lo em razão da possível violação de direitos por particulares em face dos abusos do próprio Estado enquanto administrador e também contra a arbitrariedade ou os abusos dos detentores do poder de julgar. A principal proteção contra a arbitrariedade judicial é o dever de motivar.

4.2 O direito de acesso à justiça

É inegável reconhecer que o Brasil vive um modelo de jurisdição baseada nos valores. O direito de acesso à justiça foi amplamente tratado pelo poder constituinte de 1988. Um importante dispositivo sobre o tema é o inciso XXXV, do artigo 5º, da CF, o qual estabelece que a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário

qualquer lesão ou até mesmo ameaça ao direito. Adiante, no inciso LXXIV, também existe o Direito Fundamental à assistência judiciária para aqueles que não possuem recursos suficientes para custear o acesso ao Poder Judiciário.

Na Justiça do Trabalho, em que o enfoque social é muito maior, a facilidade de acesso é também conferida pela possibilidade de postular sem a contratação de advogado, na forma do artigo 791⁵⁶, da CLT. É evidente que a presença de advogado é essencial à administração da justiça como prevê a Constituição Federal (artigo 133⁵⁷), mas não temos o objetivo de abordar esse tema, merecendo apenas o registro das intenções do constituinte e do legislador em permitir o acesso ao Poder Judiciário, especialmente na Justiça do Trabalho. Isso também se verifica nos Juizados Especiais que geralmente envolvem discussões de direito do consumidor com relação desequilibrada, tal como ocorre na relação de trabalho, em especial a de emprego.

Na evolução do conceito de acesso à justiça, inicialmente o principal obstáculo era a questão financeira, já que a concepção burguesa individualista impedia que as camadas mais pobres pudessem postular em juízo, pois eram desprovidas de recursos para tanto. Trata-se da igualdade meramente formal que preconizava o direito de acesso sem o efetivo fornecimento de meios para tanto. Com a evolução do Estado para um modelo de preocupação social, o acesso efetivo à justiça ganha maior atenção com a presença de categorias antes ignoradas, a exemplo dos consumidores e empregados (CAPPELLETTI, 1988, p. 9-11).

Reconhecer o direito de acesso à justiça implica a possibilidade de não apenas declarar a existência de direitos, mas também torna realidade exigi-los em face de um dos poderes do Estado. Conforme reflexão de Cappelletti (1988, p. 12),

O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.

Segundo esse autor, para que esse acesso seja efetivo, é preciso superar alguns obstáculos, entre eles, o problema das despesas processuais, como já

⁵⁶ “Art. 791. Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final.”

⁵⁷ “Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.”

tratado neste estudo, bem como a necessidade de se criar procedimentos específicos para causas pequenas (p. 19). Imaginar uma causa de menor custo cuja tramitação demande despesas próximas do valor correspondente ao direito violado significa negar o acesso à justiça.

Na Justiça do Trabalho, a regra da isenção de custas é prevista no artigo 790, § 3^o⁵⁸, da CLT, e é praticada de maneira ampla na realidade brasileira. No tocante ao procedimento, podemos citar o rito sumaríssimo que simplifica ainda mais o processo do trabalho e busca uma tramitação mais rápida.

O fator mais importante e que merece nossa atenção é justamente o tema relacionado ao tempo de tramitação das demandas. Cappelletti (1988, p. 20) explica que esperar dois ou três anos para a resolução de uma demanda pode ser algo devastador, pois necessariamente eleva os custos do processo e prejudica o economicamente mais fraco. Essa realidade é vista diariamente na Justiça brasileira, inclusive na Justiça do Trabalho, a qual tem como característica maior celeridade.

O tempo de demora dos processos se relaciona com diversos fatores e pode ser atribuído ao excessivo número de processos e à conduta das partes aos procedimentos, mas, sem dúvida, também se relaciona com o tempo que os magistrados levam para decidir, seja em primeiro grau, seja pelas vias recursais.

Estamos tratando da questão da motivação das decisões judiciais de modo que pensar numa decisão racional, coerente, objetiva e rápida é o que mais se amolda às necessidades do Poder Judiciário nacional. Como abordaremos na próxima seção, os requisitos para que se considere devidamente fundamentada uma decisão judicial não pode em nenhuma hipótese desconsiderar a questão da celeridade.

Ao magistrado incumbe o importante papel de proferir a decisão mais correta possível em tempo razoável. Precisamos chamar a atenção para as condutas das partes que muitas vezes objetivam exclusivamente causar demorar na tramitação do feito. A apresentação de argumentos incoerentes e que demandam verdadeira maratona decisória deve ser algo rechaçado e punido. A responsabilidade pela administração da Justiça é do Estado, mas ela só se realiza de forma adequada se

⁵⁸ “§ 3º É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou declararem, sob as penas da lei, que não estão em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.”

houver boa-fé e colaboração diuturna das partes que participam da relação jurídico-processual.

Ao apresentar as soluções para os problemas de acesso à justiça, Cappelletti (1988, p. 31-66) indica as ondas renovatórias para resolver o problema financeiro da assistência judiciária, inclusive com advogado pago pelo Estado. No caso da Justiça do Trabalho, essa função está a cargo dos sindicatos (artigo 14⁵⁹, da Lei nº 5.584/1970). O autor também se refere à representação ampla dos interesses difusos, o que pode ser feito pelos sindicatos e pelo Ministério Público do Trabalho (artigo 8º, III⁶⁰, da CF, e artigo 83, III⁶¹, da Lei Complementar nº 75/1993).

A presença de um juiz mais ativo pode ser igualmente um elemento que melhora o acesso à justiça. Mesmo no caso de litígios envolvendo apenas duas partes, a atividade judicial em busca de uma instrução mais completa pode aumentar as possibilidades de um resultado justo na lide, e não apenas de uma decisão que expresse a desigualdades das partes, ou seja, aquele mais capacitado em produzir a prova e atuar no Judiciário.

O juiz do Trabalho cumpre esse papel ao agir de acordo com o artigo 765, da CLT, o que indica ampla liberdade na direção do processo, prioridade no andamento ágil do feito e busca no por esclarecimento de fatos controvertidos, independentemente de a quem aproveite. Ou seja, o juiz deve buscar esclarecer os fatos, não importa se em benefício do empregado ou da empresa, ele deve sempre buscar a verdade.

A decisão judicial motivada traduz elemento que apresenta esse caminho e o exato exercício dos poderes do magistrado, na forma da lei vigente. Desse modo, a motivação dos atos apresenta-se como importante aspecto da realização do acesso à Justiça e efetivação dos Direitos Fundamentais.

⁵⁹ “Art. 14 Na Justiça do Trabalho, a assistência judiciária a que se refere a Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, será prestada pelo Sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador.”

⁶⁰ “Art. 8º III - É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: ...III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;”

⁶¹ “Art. 83. Art. 83. Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho:

[...]

III - promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos;”

4.3 Decisão judicial motivada no processo do trabalho

Entre as missões atribuídas ao Poder Judiciário, certamente uma das mais importantes é resguardar o funcionamento adequado do Estado Democrático de Direito. A Constituição de 1988 estabelece uma gama de Direitos Fundamentais passíveis de comparação com países considerados de primeiro mundo. Esses direitos estão enumerados diretamente na Lei Maior com o fito de estabelecer quórum diferenciado para a sua alteração, dando-lhes patamar superior.

Os direitos dos trabalhadores estão elencados no artigo 7º e integram o título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. Na visão tradicional da separação dos poderes e do atual Estado Social-Democrático, ao Executivo cabe implantar políticas públicas garantidoras desses Direitos Fundamentais, e, em caso de qualquer desrespeito, a lesão é levada ao Poder Judiciário.

Nesse contexto, ganha fundamental importância o conteúdo das decisões judiciais. Se ao Judiciário cabe assegurar que os direitos não sejam desrespeitados, a fundamentação das decisões e sentenças está intimamente ligada à garantia desses direitos.

O Poder Judiciário, que não justifica sua atuação ao jurisdicionado, não exerce sua função republicana e não cumpre a Constituição Federal. Não se trata de dar “satisfações”, mas, sim, de transparência. A decisão judicial deve ser clara quanto a seus motivos. A concordância com o seu conteúdo não tem necessariamente relação com esse direito, mas o conhecimento das razões de decidir é Direito Fundamental do cidadão.

O tema foi tratado por Moreira (1988, p. 88-95) no ano de promulgação da Constituição Federal:

A motivação é tanto mais necessária quanto mais forte o teor de discricionariedade da decisão, já que apenas à vista dela se pode saber se o juiz usou bem ou mal a sua liberdade de escolha, e sobretudo se não terá ultrapassado os limites da discricção para cair no arbítrio.

O princípio de que as decisões devem ser motivadas aplica-se aos pronunciamentos de natureza decisória emitidos por qualquer órgão do Poder Judiciário, seja qual for o grau de jurisdição, sem exclusão dos que possuam índole discricionária ou se fundem em juízos de valor.

A motivação das decisões judiciais deve ser vista como Direito Fundamental do cidadão, na forma defendida linhas acima. Também se trata de importante elemento de realização do acesso à Justiça, na concepção do que foi igualmente tratado abordado acima.

Todavia, o tema não poder analisado exclusivamente sob a ótica da natureza (Direito Fundamental) da motivação. Trata-se de requisito essencial da decisão judicial cuja ausência gera nulidade. Sem dúvida, esses pontos são importantes para a compreensão do tema, mas não os únicos. Analisaremos alguns aspectos relativos à análise do discurso lógico e argumentativo levado a efeito na motivação feita pelo magistrado.

Para Taruffo (2015, p. 37), motivar significa dar os motivos, mostrar o caminho percorrido para a decisão ou dar razões de decidir. Essas definições, não são, entretanto, suficientes. Admitir que motivar é simplesmente dizer o motivo, as razões da decisão, pode ser considerado como algo vazio, pois são noções indefinidas (TARUFFO, 2015, p. 37). O autor fala sobre a definição de motivar, é preciso ir além de dizer motivar, é “dar o motivo”, é preciso aprofundar o que é motivação. Não é qualquer motivação que serve, ela deve ser correta do ponto de vista lógico e da interpretação das normas.

Na prática jurisdicional, é muito comum que o magistrado percorra o caminho diverso daquele lógico idealizado na decisão. Parte-se da premissa de que o magistrado analisa as normas jurídicas e os princípios, avalia os fatos provados durante a instrução processual e, a partir daí, faz o devido enquadramento e confere a solução. Na prática, é comum que os fatos indiquem uma solução “justa” e que somente depois será seja fundamentada, isto é, o caminho não é o imaginado pela doutrina. Pode acontecer também de a solução encontrada não parecer adequada, caso em que se busquem outras premissas e outros princípios de direito. Segundo Calamandrei (apud TARUFFO, 2015, p. 38), a “[...] motivação não é a fiel descrição do processo lógico-psicológico que levou o juiz à decisão, mas sim a apologia, que o juiz elabora, *a posteriori*, da própria decisão”.

A motivação vista aos olhos do cidadão comum (não jurista) representa não apenas a solução jurídica do caso, mas especialmente uma decisão ético-política, ou seja, a decisão é vista sobre a ótica da justiça ou equidade. Assim, diz-se que o controle feito é do ponto de vista dos valores dominantes na sociedade no momento e no local da decisão. Nessa ótica, a sentença proferida é interpretada de acordo

com valores próprios de uma determinada classe ou grupo social (TARUFFO, 2015, p. 65).

Atualmente, essa visão de que a decisão deve representar valores da sociedade e de justiça é bastante difundida no direito, notadamente no cenário pós-Segunda Guerra de grande elevação dos princípios constitucionais. Todavia, parece que simplesmente motivar a sentença segundo valores sociais atuais não seja suficiente. Não se deve conferir ao magistrado tamanha margem de escolha, já que a prevalência de valores pode mudar de acordo com critérios pessoais do julgador, além do que os valores da sociedade se alteram conforme o grupo social que se olha.

No caso do Direito do Trabalho, verificamos em muitas ocasiões uma visão antagônica quando se mostra a mesma situação fática para um grupo de empregados e outro de empregadores. Considerando os valores que cada um carrega em sua formação de vida, estabeleceremos dois entendimentos distintos. Nesse caso, a decisão judicial acaba por refletir os valores com que os quais concorda o magistrado, e isso pode contrariar o direito.

A motivação deve demonstrar não apenas um complexo de signos linguísticos, mas, sim, ser apta a fornecer os elementos que levaram o juiz a percorrer determinado caminho. Com a motivação, deve ser possível descobrir os fatores que influenciaram o juiz a chegar em determinada decisão (TARUFFO, 2015, p. 79). A título de exemplo, podemos dizer que, se o juiz considerou aplicável determinada norma ou considerou convincente determinado depoimento de testemunha, deve relatar isso na sentença, para que a parte possa ter ciência do que foi considerado para a avaliação do caso.

É preciso que se tenha clareza que a realização de juízos de valor é algo absolutamente inerente à atividade de julgar. O juiz realiza essa atividade o tempo todo ao avaliar as provas, os fatos, a lei e o direito. Quanto o conflito chega para análise judicial, muitas vezes existem diversas circunstâncias a ser consideradas e respostas que a lei não confere de forma expressa. A atividade judicial na realidade brasileira demanda interpretação a todo o momento, não apenas do direito, mas também dos fatos e das relações jurídicas existentes.

A análise do discurso realizado na motivação permite individualizar os juízos feitos na decisão. É possível perceber os critérios metajurídicos utilizados nesses juízos de valor, considerando questões de natureza ética, política e estética

(TARUFFO, 2015, p. 83). Na motivação, o juiz pode exprimir os juízos como próprios ou como sentimento comum, exprimindo, nesse caso, os valores da sociedade que entende representar. O conhecimento de todo esse processo realizado se dá por intermédio da sua explicitação, isto é, a expressa fundamentação do que está sendo decidido. Isso torna possível a avaliação crítica da coerência interna da decisão em virtude da possibilidade de aferir os valores codificados no ordenamento, os valores assumidos como próprios da sociedade ou de uma determinada classe social em certo momento histórico (TARUFFO, 2015, p. 86).

Não pretendemos avaliar analiticamente os elementos do discurso da motivação realizada na sentença judicial, mas é preciso identificar os fatores lógicos e retóricos existentes na justificativa da decisão. O intérprete – no caso, o julgador – realiza e demonstra as escolhas possíveis dentre os significados dos termos que utiliza. É preciso necessário verificar se determinada preposição representa uma premissa adotada, já que ela poderá interferir adiante na coerência da decisão. O fato de uma determinada estrutura lógica inserir-se dentro de uma proposição influencia se o sentido é de meramente argumentativo ou preponderante para a decisão tomada. O sentido tomado pode ser lógico ou meramente retórico, de modo a modificar ou delimitar o próprio sentido da expressão anterior (TARUFFO, 2015, p. 119).

A identificação desses caminhos é de fundamental relevância para que se realize o controle da motivação e, como consequência, da decisão judicial. Só é possível questionar a decisão, apontar erros e contradições por meio da compreensão e análise do percurso traçado por ela.

Taruffo (2015, p. 124-125) observa que a motivação não traduz necessariamente o caminho integralmente percorrido pelo juiz, o qual realiza um complexo de atividades psicológicas, e é evidente que nem tudo se apresenta de forma expressa na motivação. Para o autor, não é possível conceber a fundamentação como descrição de todos os mecanismos psíquicos do julgador, já que sequer seriam exauríveis de forma escrita por compreender até mesmo condicionamentos inconscientes (TARUFFO, 2015, p. 124-/125).

Na justificativa escrita apresentada na decisão judicial, o julgador parte de resultados obtidos e deve justificar a confiabilidade das premissas adotadas. Na realidade brasileira, é muito comum que o faça de maneira simples e objetiva. A explicação do caminho adotado serve essencialmente de justificativa que visa a

demonstrar a coerência da decisão. Na forma já tratada linhas atrás, relembramos que um magistrado do Trabalho recebeu mais de 1.100 novos processos somente no ano de 2014, conforme dados do Conselho Nacional de Justiça, número que certamente é maior em regiões como Sudeste, especialmente no Estado de São Paulo. A decisão judicial que atende a uma demanda de tamanha proporção deve seguir a objetividade e simplicidade.

Na prática nacional, muitas vezes o magistrado realiza a tarefa mental que conduz à decisão e a expressa de forma bastante singela, no sentido de que determinada prova convence pelo motivo “a” ou “b” e que se aplica ao caso o dispositivo legal “x”, que o qual atende ao comando constitucional “z”. A discussão a respeito da natureza jurídica de uma relação de trabalho pode ser resolvida simplesmente pela identificação ou não de alguns elementos tradicionalmente indicados pela doutrina, como a subordinação típica da relação de emprego, o que se justifica na decisão objetivamente e, em seguida, se fornece o resultado da ação, procedência ou improcedência do pedido.

Nos juízos feitos na motivação, é preciso cuidado com o uso da lógica. Nos sistemas do *common law*, a problemática essencial reside em individualizar a decisão tomada a partir dos precedentes que existem sobre o caso. O modelo consistiria, basicamente, na formação de um momento indutivo, formulador da norma geral a partir dos precedentes deduzindo-se daí a norma a ser adotada no caso individual. Nos modelos do código, ou da *civil law*, caso do Brasil, o raciocínio judicial parte da norma geral e abstrata posta (TARUFFO, 2015, p. 133-/134).

No nosso ordenamento jurídico, já verificamos que o simples modelo da lógica positivista baseado na lei abstrata mostrou-se insuficiente. Estaríamos aí diante de todo o debate fundado na supervalorização dos princípios que levou à adoção, tal como se vê na atualidade, dos precedentes obrigatórios. Foi preciso reequilibrar a possibilidade de inserção de componentes criativos pelos magistrados, no caso brasileiro, a questão da observância das escolhas legislativas feitas pelo poder eleito democraticamente para a tomada dessas decisões, cabendo ao Judiciário, por via de regra, aplicar o direito vigente.

O controle dessas escolhas somente é possível por intermédio da análise dos elementos da motivação da sentença. Ainda que feito de forma objetiva e direta, o juiz exprime em cada decisão quais foram as razões do caminho considerado. Isso permite compreender o que foi resolvido e por qual motivo.

A partir disso, podemos identificar eventuais problemas da decisão judicial sob duas perspectivas. A primeira perspectiva seria identificar um problema no plano do juízo, ou seja, do valor escolhido como critério guia da valoração. Trata-se da escolha do valor eleito pelo magistrado como critério norteador e a colocação dela no raciocínio decisório. Já no plano da motivação, segunda perspectiva, não se resolve problema de racionalidade, mas sim se verifica se existe a justificação da escolha do valor guia, isto é, a justificativa do juízo de valor também das consequências que se extraí para a decisão tomada. Para cada um desses passos, é possível estabelecer um controle a partir da lógica adotada (TARUFFO, 2015, p. 144-145). O Direito do Trabalho, por exemplo, segue a lógica da proteção do trabalhador. Premissa diversa dessa pode ser questionada e tornar a decisão judicial passível de revisão pela via recursal pertinente.

O silogismo pode ser adotado na atividade decisória. A lógica é importantíssima para dar coerência à motivação das decisões judiciais, porém não se trata do único instrumento utilizável do ponto de vista lógico. Como já dissemos, o positivismo puro e o uso das concepções liberais clássicas que levaram ao critério de subsunção pura deixaram de ser, ou podemos dizer que nunca foram, plenamente suficientes para a resolução das questões jurídicas. O silogismo é incompleto, notadamente em razão da complexidade de muitos temas submetidos à análise judicial. Pode ser usado, mas não é suficiente para todas as questões. Nas palavras de Taruffo (2015, p. 154), conclui-se que,

Nessa perspectiva, portanto, não se trata de aceitar ou rechaçar em bloco a doutrina do silogismo judicial, mas sim de verificar em que medida e sob quais condições essa pode ser assumida como descrição do uso que o juiz faz do instrumento silogístico.

A importância de conhecer e identificar o uso do silogismo na decisão judicial está na possibilidade de utilizar o instrumento lógico como meio de controle. Quanto possível, o método confere segurança à decisão e permite seu controle com o emprego da lógica clássica. O uso do silogismo não está resumido à realização de justiça com base na fórmula da subsunção, à ideia de juiz escravo da lei. A análise que se faz está dissociada da ideia liberal de codificar a vedação à interpretação. O silogismo pode se apresentar mediante a utilização de um sistema de raciocínios que observam a Constituição Federal, o modelo de Estado adotado e suas

finalidades e, por fim, a função do processo, no caso do processo do trabalho, a sua função social.

O raciocínio do juiz também pode ser visto sob a ótica da argumentação retórica. Não se trata de raciocínio lógico demonstrativo típico da matemática e de outras ciências exatas. A racionalidade é de argumentação retórica, espécie de raciocínio dialético valorativo. O raciocínio jurídico seria, portanto, o raciocínio do juiz, já que esse é o paradigma de qualquer raciocínio jurídico. Trata-se, pois, de raciocínio de natureza retórico-argumentativa, que visa a persuadir o receptor (TARUFFO, 2015, p. 181).

A linha da argumentação retórica segue a tese de Chaïm Perelman, que a qual reconhece o raciocínio realizado pelo juiz na decisão judicial como sendo retórico- argumentativo. Na linha do que pensa o autor, não é possível enxergar os fundamentos judiciais como meramente demonstrativo, mas sim como forma de persuadir e buscar a adesão de outros à tese. Consideramos oportuno transcrever as palavras de Perelman (1998 p. 147):

Enquanto os raciocínios demonstrativos, as interferências formais são corretos ou incorretos [sic], os argumentos, as razões fornecidas pró ou contra uma tese têm maior ou menor força e fazem variar a intensidade da adesão de um auditório. Todas as técnicas de argumentação visam, partindo do que é aceito, reforçar ou enfraquecer a adesão a outras teses ou suscitar a adesão a teses novas, que podem, aliás, resultar da reiteração e da adaptação das teses primitivas.

O conhecimento a respeito da teoria de Perelman (1998) permite analisar a motivação das decisões judiciais considerando a retórica argumentativa. O controle passa a ser possível com base no questionamento dos juízes valorativos realizados e das escolhas feitas pelo julgador.

A motivação tem, desse modo, especial finalidade de controle. A doutrina fala em controle endoprocessual dirigido às partes e aos órgãos julgadores e atualmente também em controle extraprocessual, ou seja, devido ao caráter democrático do processo, deve-se permitir aos cidadãos em geral que conheçam a atividade dos juízes.

O controle endoprocessual diz respeito justamente à possibilidade de se analisar aspectos estruturais, lógicos e valorativos da decisão, e desse ponto em diante questioná-la dentro do processo pela via dos recursos. Para atacar a decisão,

é essencial que o jurisdicionado compreenda como ela foi construída e qual o caminho utilizado pelo julgador. Somente assim, é possível apontar falhas e buscar outra decisão dos tribunais de recurso.

Como já decidiu o STF⁶², a decisão precisa ser fundamentada, ainda que tal motivação não seja correta. A afirmação do STF indica a necessidade de motivação como forma de controle das decisões, afinal só se pode concluir pelo acerto ou não do julgamento após analisar os fundamentos adotados pelo magistrado.

No controle extraprocessual, estamos diante da finalidade política da decisão, o objetivo de pacificação social. Nesse sentido, é a importância de uniformizar a jurisprudência, pois ela orienta a sociedade. No Direito do Trabalho, as Súmulas e Orientações Jurisprudenciais do Tribunal Superior do Trabalho são verdadeiras regras de conduta a serem seguidas. Na realidade de uma comarca menor, igualmente as decisões judiciais reiteradas servem como indicador de conduta aos jurisdicionados. A motivação explicita e torna previsível a consequência em caso de ação que trata de situação fática análoga. A correção e o convencimento das sentenças proferidas somente se controlam por via da motivação, por isso a sua grande importância prática para o controle extraprocessual.

4.4 Artigo 489, § 1º, do Código de Processo Civil e sua aplicação supletiva ao processo do trabalho

O CPC (Lei nº 13.105/2015) entrou em vigor no dia 16/03/2016, e muitas foram as angústias e incertezas quanto à sua aplicação. Para os juízes e advogados da área trabalhista, as maiores dúvidas são quanto aos dispositivos de incidência supletiva, se e como serão aplicados ao processo do trabalho.

Em primeiro lugar, cabe destacar que uma norma processual tem sempre função instrumental, ou seja, deverá servir de caminho para que o direito material se efetive, já que o processo nunca deve ser visto como um fim em si mesmo. Apesar de algumas normas do CPC primarem por uma certa limitação dos poderes

⁶² “HC125.400 Relatora Ministra Cármen Lúcia: A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que o que a Constituição exige, no art. 93, IX, é que a decisão judicial seja fundamentada; não, que a fundamentação seja correta, na solução das questões de fato ou de direito da lide: declinadas no julgado as premissas, corretamente assentadas ou não, mas coerentes com o dispositivo do acórdão, está satisfeita a exigência constitucional.” (BRASIL, 2014).

do juiz, não se pode perder de vista os fins a serem atingidos com o processo e a função do magistrado em conduzi-lo.

Na Justiça do Trabalho, em que as lides versam na maioria dos casos sobre relação entre empregados e empregadores, é preciso que se efetive o Direito do Trabalho e seu caráter protetivo, o que demanda o desenvolvimento de uma relação processual célere, simples e efetiva, desde a distribuição da ação judicial até a efetiva satisfação de eventual direito concedido.

Nessa ótica, para que de fato o CPC tenha aplicação no processo do trabalho, é preciso que se sustente a manutenção plena e total do artigo 769 da CLT. Pensar que a norma processual comum poderia ser utilizada para impedir a efetivação do Direito do Trabalho é o mesmo que imaginar retrocesso de tudo que já se conquistou em termos de efetividade, resultando na volta de um processo moroso, formal, inefetivo e que não satisfaz aos anseios sociais.

Como argumentos pela plena vigência do artigo 769, da CLT, destacamos: 1) não houve revogação expressa; 2) o art.15, do CPC é norma geral que não revoga a norma especial do artigo 769, da CLT (artigo 2º, § 2º, da Lei de Introdução ao Ordenamento Jurídico Brasileiro); 3) há complementariedade das normas, isto é, a aplicação do CPC deve ser supletiva, subsidiária e, apenas se for compatível com as normas do processo laboral.

Partindo dessas premissas, o grande filtro a ser utilizado é o do artigo 769, da CLT, que o qual impede a aplicação de normas que destituam o processo do trabalho de suas características essenciais, quais sejam, a simplicidade, oralidade, efetividade e impulso das execuções de ofício.

Diversos dispositivos ainda serão debatidos no decorrer da vigência do CPC, e evidentemente a jurisprudência demorará alguns anos até sedimentar entendimentos nas questões mais polêmicas. Porém, acreditamos que a correta aplicação do filtro de compatibilidade e os olhos sempre voltados para o caráter instrumental do processo serão os principais caminhos a nortear a adaptação e a aplicação supletiva e subsidiária do CPC com vistas ao benefício dos jurisdicionados para uma prestação jurisdicional mais efetiva, rápida e adequada, aproximando-se ao máximo possível do acesso a uma ordem jurídica justa.

No Código de Processo Civil de 1973, vigorava a doutrina da persuasão racional ou livre convencimento motivado, segundo a qual o juiz poderia tomar sua decisão apreciando livremente a prova, desde que fundamentasse o motivo pelo

qual sentenciou dessa ou daquela maneira. Essa lei estabelecia no Capítulo IV, Seção I, artigo 131, ao tratar dos poderes, deveres e das responsabilidades do juiz:

O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

O processo do trabalho, contudo, é regido por princípios próprios e sabidamente tem no CPC sua inspiração supletiva.

A CLT dispõe sobre os poderes do juiz no artigo 765: “Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas”.

Ao disciplinar os fundamentos da decisão, a CLT trata o assunto de maneira mais simples e preconiza em seu artigo 832: “Da decisão deverão constar o nome das partes, o resumo do pedido e da defesa, a apreciação das provas, os fundamentos da decisão e a respectiva conclusão”.

A primeira dúvida que surge é se existe a necessidade de incidência das normas do Processo Civil a respeito de decisão judicial, uma vez que a CLT tratou do tema.

O CPC passou a reger a sistemática do Processo Civil Brasileiro, e o tema ganha novos contornos. Desse modo, seu artigo 489, § 1º, tem a seguinte redação:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Assim, de acordo com o CPC, não basta a fundamentação. Ela precisa preencher alguns requisitos para que possa ter validade, entre eles, o polêmico enfrentamento de todos os argumentos deduzidos no processo capazes de infirmar as conclusões do julgador.

Seria então o fim do livre convencimento motivado? A alteração aparentemente retira poderes dos magistrados. Não basta mais ao juiz apreciar as provas e fundamentar, ele deverá enfrentar as teses sob pena de nulidade da decisão. Afinal, tal alteração legislativa fez-se necessária para que o Judiciário cumpra o dever constitucional de garantir ao cidadão uma decisão fundamentada.

A decisão correta do magistrado deve ser baseada no direito vigente e em interpretação que esteja em conformidade com a Constituição Federal. Não se trata de simples ato de vontade do julgador, por não ser absolutamente discricionária. O juiz não é mero boca da lei como outrora já foi, mas, para cumprir a missão constitucional, deve decidir fundamentadamente e aplicar o direito vigente.

Nessa esteira, ganha relevância analisar os incisos relativos ao dispositivo citado. Em primeiro lugar, cabe destacar que o TST, visando se antecipar sobre o tema, editou a Instrução Normativa nº 39, que se propõe a dispor “sobre as normas do Código de Processo Civil de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho, de forma não exaustiva” (BRASIL, 2016).

Rapidamente, cabe uma crítica à técnica utilizada pelo TST. Embora tenha havido a intenção de prever os conflitos, a intenção de regulamentar o tema apresenta várias falhas. Do ponto de vista do sistema brasileiro, ao tratarmos a respeito do *common law* e do *civil law* no segundo capítulo, identificamos que no sistema americano o tempo é fundamental para o amadurecimento dos precedentes judiciais e aplicação em casos novos. No Brasil a adoção da regra dos precedentes já indica realidade bem diferente, na medida em que a aplicação é imediata com a decisão da corte superior.

No caso da Instrução Normativa nº 39, sequer se permitiu o debate a ser realizado pela doutrina, pelos advogados, juízes de primeiro grau e Tribunais Regionais, para somente após esse ponto se promover a uniformização dos entendimentos. A decisão antecipou-se ao caso, e isso é, ao que nos parece,

inadequado. Além disso, a regra editada é tipicamente processual, competência privativa da União, na forma do artigo 22, I⁶³, da CF.

Feita a devida crítica, cabe destacar que a norma traz expressamente a plena aplicabilidade do artigo 489 do CPC ao processo laboral. Não poderia ser diferente. Diante de tudo que já destacamos a respeito da motivação das decisões, é evidente que os elementos que constam do dispositivo mencionado, se corretamente interpretados, auxiliam para a correta motivação.

É preciso que a decisão do caso concreto tenha coerência e permita que se identifique efetivamente o motivo pelo qual foi tomada. O julgador deverá relacionar a norma citada com o caso e os conceitos utilizados (incisos I e II). É evidente que em muitos casos essa relação é tão direta que a mera indicação contextualiza o ponto.

Não cabe igualmente imaginar uma justificativa genérica. É possível que se parta de juízes e premissas conhecidas no direito, mas é necessário que se explique a incidência no caso concreto, ainda que de forma objetiva e simples (inciso III).

No inciso IV, a dúvida é a respeito de quais são efetivamente os argumentos deduzidos no processo que podem infirmar as conclusões do julgador, e por esse motivo, o magistrado deve efetivamente analisar. São todos os argumentos indicados nas peças apresentadas? Não faria o menor sentido que fosse essa a análise feita. Basta a mera interpretação gramatical do dispositivo para concluir que o juiz deve apreciar os argumentos relevantes, razoáveis e importantes para a solução do feito, caso, por exemplo, da aplicação de uma lei federal ou análise de um documento expressamente relacionado com o caso e indicado pela parte.

Somado a todo o debate apresentado, é importante recordar que a CF estabelece no em seu artigo 5º, LXXVIII, o Direito Fundamental à razoável duração do processo.

Esse dispositivo deixa muito claro que o direito de acessar o Judiciário é inafastável (artigo 5º, XXXV), mas só cumpre integralmente seu papel se o processo tramitar com razoável grau de celeridade.

No caso do processo do trabalho, essa necessidade é ainda mais premente, haja vista a natureza alimentar dos créditos debatidos na grande maioria dos

⁶³ “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;”

processos que tramitam na Justiça do Trabalho. O Poder Judiciário Trabalhista cumpre a missão de resguardar uma grande gama de Direitos Sociais, os quais estão inseridos no título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.

Ao tratar da relação dos Direitos Fundamentais com o princípio do Estado Social, Sarlet (2015, p. 63) ressalta a grande quantidade de Direitos Fundamentais Sociais previstos na Constituição Federal, caso dos direitos dos trabalhadores (artigos 7º a 11, da CF).

A grande maioria das ações que tramitam na Justiça do Trabalho versam sobre direitos de natureza social e fundamental, a exemplo de salários, férias, décimo terceiro, fundo de garantia por tempo de serviço e direitos inerentes à saúde do trabalhador, caso dos adicionais de insalubridade e periculosidade e das ações que versam sobre doença ou acidente de trabalho.

É preciso ressaltar algumas premissas já justificadas no em nosso estudo: os direitos dos trabalhadores são de natureza fundamental, assim como integra esse rol o direito de ação (artigo 5º, XXXV, da CF) e o direito à razoável duração do processo (artigo 5º, LXXVIII, da CF). O processo judicial funciona como instrumento de efetivação de Direitos Fundamentais, e esse caráter é acentuado na Justiça do Trabalho. A motivação é Direito Fundamental e tem importante papel no efetivo acesso à justiça.

O Poder Judiciário tem a missão de fazer cumprir os Direitos Fundamentais quando demonstrada a sua violação. Nesse cenário, justifica-se a importância da motivação das decisões judiciais, que devem ser razoáveis e proferidas com a máxima celeridade possível.

Os incisos V e VI tratam da adoção de precedente como fundamento da decisão. O sistema quer mostrar a obrigatoriedade de seguir determinados precedentes, porém tem enfoque claro na coerência da motivação. Seja para aplicar o precedente, seja para deixar de segui-lo, é preciso fundamentar a decisão de maneira coerente e específica para o caso concreto.

A decisão judicial deve ser racional, objetiva e adequada à realidade e às necessidades do processo do trabalho. Deve cumprir a finalidade institucional de um órgão de poder, qual seja, tomar uma decisão coerente, inteligível e de acordo com as leis e consentânea ao Estado Democrático de Direito.

O magistrado tem o desafio de enfrentar múltiplos argumentos e realizar complexas valorações para que possa cumprir a Constituição, fazer valer os Direitos

Fundamentais e ainda mostrar ao jurisdicionado que atua de forma republicana e não faz uso arbitrário dos poderes jurisdicionais, sobretudo numa era em que muito se fala em aumento desses poderes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A jurisdição vem sofrendo importantes mudanças no decorrer da história, conforme a evolução dos modelos de Estado. Após a Constituição Federal de 1988, houve um agigantamento dos poderes conferidos aos juízes, realidade atribuída à inércia e à falta de confiabilidade popular nos Poderes Executivo e Legislativo. O alto índice de litigiosidade do poder público indica desrespeito aos Direitos Fundamentais do cidadão, o que impõe ao Poder Judiciário papel diferenciado especialmente no tocante à efetivação dos princípios e valores constitucionais.

No sistema de convivência harmônica dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, quando um deles demonstra crescimento desproporcional aos demais, é comum que o outro faça algum tipo de controle, já que o aumento exagerado de forças pode conduzir a arbitrariedades vistas no passado. O objetivo de melhor controlar a atividade dos juízes, em especial no primeiro grau de jurisdição, é algo visto de forma bastante clara no Código de Processo Civil. O diploma deixa claro a busca por maior coerência na motivação das decisões judiciais, a fim de obter maior previsibilidade e segurança jurídica. O crescimento do número de precedentes de aplicação obrigatória prova o intuito do legislador de mudar parâmetros do sistema e a tentativa do legislador de reequilibrar os Poderes restringindo a margem de escolha dos magistrados de primeiro grau.

A comunidade jurídica também tem se preocupado com as decisões judiciais “subjetivas” baseadas em princípios e valores, em que o magistrado diz o direito que considera “justo”, já que isso pode ter conotações diferentes a depender do olhar do intérprete. É preciso aperfeiçoar o estudo da motivação das decisões judiciais considerando sua importância como Direito Fundamental e elemento de acesso à justiça.

As críticas feitas a respeito de decisões pouco fundamentadas ou motivadas de maneira subjetiva merecem reflexão. A análise da importância das decisões motivadas deve ser feita não apenas no contexto da existência de motivos em si, mas numa justificação coerente e harmônica com o direito, sem perder de vista o problema da celeridade processual.

O modelo de Estado vivenciado indica as características essenciais dos juízes, se serão autoritários ou democráticos. Antes da Revolução Francesa de 1789, o mundo ocidental vivenciava o absolutismo, o qual consistia na governança

do povo pelo monarca, cujo poder era justificado pela vontade de Deus. Uma vez justificado o poder pela vontade de Deus, e não do povo, o governo atendia aos interesses da coroa, e não da população.

O senso de justiça e as concepções de igualdade, ainda que apenas ideais, sempre foram e serão aspiradas pelo indivíduo. À medida que a sociedade evolui, as aspirações por liberdade e direitos são consequência naturais, já que ínsito ao ser humano. A crítica ao modelo autoritário do absolutismo é realizada pela burguesia, classe social responsável pela Revolução Francesa de 1789. A reação burguesa visa à desconstrução do modelo de direito vigente. O elemento adotado para a mudança é a primazia da lei editada pelo parlamento.

O modelo de Estado adotado pela burguesia é o liberal, impregnado pelas ideias de Montesquieu, as quais preconizam a separação dos Poderes e o Sistema de freios e contrapesos. Se comparado ao modelo anterior, o cenário é positivo e de evolução, já que é apresentada a ideia de separação em que o Judiciário se coloca como poder livre, embora sujeito plenamente ao direito editado pelo parlamento.

A desconfiança quanto à aplicação do direito é de tal magnitude que o juiz passa a ser considerado um escravo da lei e, por isso, se limita a declarar seu conteúdo, representando a decisão judicial, mera reprodução da vontade do legislador. A ruptura com o absolutismo dá ensejo ao modelo baseado na liberdade extrema em busca da total inércia do Estado em face do indivíduo. O receio da interferência negativa anteriormente presente no Estado Absoluto traz a aspiração do Estado mínimo. O medo da arbitrariedade leva à primazia absoluta da lei, como se fosse possível prever abstratamente todos os conflitos sociais. O Estado Liberal defende a propriedade privada e a liberdade plena.

As concepções do direito no modelo liberal são de grande importância no estudo que realizamos, já que influencia de maneira muito forte a ordem jurídica vigente. Desde a legislação editada até o ensino jurídico do país há forte influência da doutrina liberal. Expressões como “o que está nos autos não está no mundo” e decisões como “indefiro o pedido por não haver previsão legal” são típicas do pensamento liberal.

O apego à norma pura muitas vezes traz segurança jurídica e vantagens para a sociedade, mas não é possível conceber o direito unicamente com base na letra da lei. Os princípios e valores constitucionais de alta carga axiológica ganham

importância no cenário posterior à Constituição de 1988 em reação ao apego ao texto legal.

A reação ao liberalismo vem antes da Constituição Federal. Com o passar do tempo, as conquistas de liberdade e igualdade perante a lei não atendem mais a todos os anseios do povo. As reivindicações passam a ser feitas por uma parte da sociedade antes esquecida, os trabalhadores. A busca passa a ser por redução da desigualdade social, já que a igualdade formal não garante que a pessoa desfrute da liberdade conquistada, realidade muito presente após a Revolução Industrial e a maior politização dos empregados.

Os ideais de Marx surgem como reação ao modelo liberal, doutrina que funciona como reação à desigualdade do liberalismo e contribui para um reequilíbrio social. O Direito do Trabalho busca a proteção do trabalhador, parte mais fraca na relação de emprego, e com isso a efetivação dos Direitos Constitucionais sociais previstos na Constituição Federal.

A efetivação de Direitos Sociais e do Trabalho como Direitos Fundamentais mostra a importância dessas conquistas, e a Justiça do Trabalho tem a finalidade de efetivá-las. As decisões judiciais nesse momento devem buscar a efetivação daquilo que o Constituinte considerou como direito de natureza fundamental. A proteção do indivíduo em face do Estado e de outros particulares deve refletir a decisão judicial, pois assim se cumpre o direito vigente.

O Judiciário tende a refletir o modelo de Estado. É nesse sentido que na Justiça do Trabalho verificamos uma grande intensidade de decisões focadas na realização de justiça social. Trata-se de aspiração típica do Direito do Trabalho e dos operadores dessa área. Os posicionamentos adotados podem variar muito à medida que se interpreta a norma jurídica, sendo comum a visualização de pontos de vista extremamente opostos.

A melhor maneira de resolver a dialética presente nas diferentes decisões judiciais sobre o mesmo tema é compreendê-las por meio da análise de todos os elementos de sua motivação e da aplicação dos precedentes judiciais. O correto entendimento a respeito das técnicas de motivação permite ao próprio intérprete que se questione a respeito da coerência da forma como o direito está sendo aplicado.

As dimensões de direito inicialmente refletem a preocupação com as liberdades do indivíduo perante o Estado. Na etapa seguinte, evoluem para a busca

de efetivação de direitos e prestações sociais chegando à fase de proteção dos direitos de natureza difusa ou coletiva.

A decisão judicial cumpre importante papel de garantir o respeito a esses Direitos Fundamentais, de modo que podemos considerar a motivação um direito dessa mesma natureza. Ainda que fora do rol formal da Constituição, a motivação protege o indivíduo contra qualquer arbitrariedade, permite o questionamento da decisão mediante o recurso cabível e torna materialmente adequado o direito de acesso à justiça, já que de nada vale postular nos órgãos do Poder Judiciário se a resposta não é democrática de acordo com o direito vigente e compatível com o modelo de Estado Democrático estabelecido na Constituição de 1988.

Ultrapassada a fase de abusos cometidos pelo absolutismo e superada a fase legalista do liberalismo, o Judiciário assume papel garantidor de direitos fundamentais. A fundamentação obrigatória nas decisões judiciais funciona como um elemento justificador da atuação do Estado. O reconhecimento do caráter fundamental do direito à motivação pode ser explicado por sua característica de proteger o indivíduo contra qualquer abuso estatal, bem como por ser uma condição essencial para que todo o sistema de Direitos Fundamentais funcione.

Não basta reconhecimento de diversos Direitos Fundamentais, é preciso que se garanta sua efetivação. O Judiciário livre, juízes com isenção e legitimados viabilizam a proteção necessária. A exigência de motivação serve justamente para que se possa compreender a aplicação do direito e fiscalizar as decisões judiciais, corrigindo-se pela via recursal aquelas que se afastam do direito vigente e dos limites da sua interpretação.

No regime absolutista, a desconfiança dos magistrados decorria da percepção de que faziam parte do poder monárquico. Com a legalidade extrema oriunda do liberalismo, a magistratura passou a ter conduta imparcial, mas a insatisfação se deu pelo fato de ela ser justificadora da igualdade abstrata. No cenário constitucional democrático, o Judiciário volta a ter a confiança social e aparece como poder garantidor de Direitos Fundamentais. O papel da motivação das decisões judiciais é enfatizar a justificativa e legitimidade do uso do poder, sendo o processo instrumento democrático para a realização desse fim.

O direito pode ser compreendido a partir de dois modelos essenciais, denominados *common law* e *civil law*. O primeiro é um modelo de precedentes judiciais, geralmente adotado no sistema norte-americano. Um aspecto importante

dessa tradição jurídica é que ela trabalha com uso do método indutivo. Ao contrário da nossa tradição dos códigos, no *common law* o direito não teve a pretensão de estabelecer previamente todas as normas de conduta. Na tradição do sistema inglês e norte-americano, basicamente o caso é resolvido pela aplicação de decisões judiciais de casos anteriores. Baseia-se na solução do caso concreto, e não na criatividade do legislador em prever os conflitos possíveis e soluções aplicáveis. O direito seria criado com os precedentes consoante a experiência sensível de dados particulares, e o entendimento criado, como regra vincularia os juízes posteriores.

Apesar de visualizarmos diversas vantagens no *common law*, o *civil law* é que foi adotado pelo Brasil e por grande parte do mundo ocidental, inclusive a Europa. As falhas encontradas nesse sistema decorrem do fato de a regra preceder ao caso concreto, como se o legislador pudesse prever a totalidade dos conflitos da vida em sociedade.

As tradições são oriundas de contexto histórico diverso. Como mencionado acima, nosso sistema é inspirado no *civil law*, o qual advém da Revolução Francesa, período de busca da destruição do direito advindo do absolutismo. Já o *common law* decorre da Revolução Puritana, período em que o direito costumeiro foi fortalecido.

A aproximação das tradições é algo em curso nos dias atuais, na medida em que existe aumento do número de leis escritas nos países do *common law* e cresce o com intensidade a importância dos precedentes no *civil law*. O intercâmbio de práticas entre as tradições ocorre como forma de aperfeiçoamento dos sistemas em busca de melhorias na solução dos conflitos e na efetivação de Direitos Fundamentais.

Difícilmente a hermenêutica tradicional vai possibilitar a solução de uma discussão jurídica por apenas um caminho, o que justifica a elevada margem de discricionariedade que a decisão judicial pode ter. A adoção de princípios constitucionais com alta carga axiológica, a exemplo da dignidade humana e valor social do trabalho, possibilita a solução de um caso concreto conforme critérios pessoais de justiça do magistrado.

Esse cenário traz insegurança jurídica, já que reduz a previsibilidade das decisões judiciais. Não seria possível voltar ao modelo legalista típico do liberalismo, pois o sistema de princípios e valores constitucionais demonstra a preocupação com os Direitos Humanos e com valores abstratos de bem comum. Entretanto, foi

necessário criar alguns instrumentos para dar maior previsibilidade na aplicação do direito, além de diminuir a demora na tramitação dos processos.

A partir do momento em que não há uma decisão previsível, passa a ser ainda mais interessante a adoção de diversos recursos buscando a obtenção de uma sentença diferente para o caso, por ser sustentável mais de uma solução. A busca da segurança e previsibilidade soma-se ao grande problema nacional da celeridade processual. Assim, o Direito Comparado indica um caminho para a solução do problema nacional, a criação de precedentes.

Não é novidade a existência de precedentes judiciais no Brasil. Muito antes da Constituição Federal de 1988 temos notícias a respeito de Enunciados, Súmulas e, no caso da Justiça do Trabalho, Orientações Jurisprudenciais. As ementas de acórdão dos tribunais de apelação e superiores também sempre foram importantes fontes do direito.

Ocorre que as Súmulas e todos os demais entendimentos encontrados nos tribunais, além de esparsos, não eram obrigatórios. Não se tratava, portanto, de sistema de precedentes, mas apenas de jurisprudência, ou seja, indicava a posição normalmente tomada pelo Poder Judiciário naquele caso (especialmente em relação à Súmula), mas não impedia, em nenhuma hipótese, decisão absolutamente diversa.

A Súmula Vinculante, recentemente introduzida na Constituição de 1988 (EC nº 45/2004) introduz a obrigatoriedade de adoção de entendimento de Tribunal Superior, no caso o Supremo Tribunal Federal. Ainda mais recentemente entra em vigor o Código de Processo Civil, o qual cria definitivamente o sistema de precedentes obrigatório, inclusive nos tribunais de segundo grau. A aplicação desse sistema no processo do trabalho é de evidente ocorrência, já que a Lei nº 13.015/2014 criou o sistema de precedentes. A referida norma determina expressamente no § 3º do artigo 896 da CLT, a aplicação do Código de Processo Civil.

A importância de conhecer as tradições jurídicas reside na aquisição de elementos a serem utilizados para a elaboração da motivação na sentença ou qualquer decisão judicial. O precedente pode servir de motivação desde que seja de clareza indiscutível sua relação com o caso concreto (caso de debates idênticos) ou esclarecida essa relação ainda que de forma sucinta. Quanto à fundamentação com base na lei, compreendemos que ainda é a principal e mais legítima motivação que

pode ser conferida, pois, apesar de todas as mudanças no sistema, a lei, a Constituição e seus princípios sempre serão as principais fontes do direito no Brasil. O julgador não poderá justificar apenas com base na lei quando há um conflito com princípios constitucionais ou precedente judicial. Nesse caso, deverá explicitar o motivo pelo qual a Constituição não foi violada ou o precedente deixou de ser observado ou não se aplica.

O respeito e o cumprimento das decisões judiciais são fatores fundamentais para a realização do Estado Democrático de Direito. Para que isso de fato ocorra, é necessário que os magistrados tenham legitimidade, o que sem dúvida se obtém pela decisão corretamente motivada. A legitimidade não vem somente da motivação, mas também da investidura do magistrado, a qual, no caso brasileiro, advém do ingresso no cargo pela via de rígido e sério concurso público. Somente mantém a legitimidade o juiz que profere decisões republicanas e conforme o direito vigente.

A legitimidade decorre da atuação do magistrado em nome do Estado, de modo que a decisão judicial deve ser entendida como expressão de Soberania Nacional, na forma estabelecida pela Constituição.

Não existe qualquer participação popular no processo de escolha dos magistrados, o que torna ainda mais intenso o dever de justificar adequadamente suas decisões, obrigação acentuada quando se afasta da lei editada e sancionada pelos poderes eleitos pelo voto popular. A opção feita de maneira clara pelo legislador só deve ser afastada quando desrespeitada uma outra mais importante, aquela realizada na Constituição Federal, observadas técnicas de interpretação do direito.

A garantia da razoável duração do processo interfere diretamente na motivação das decisões judiciais. O magistrado brasileiro tem a necessidade de resolver um grande número de casos e questões diariamente, e isso afeta a profundidade com que os temas são analisados. Todos os envolvidos no processo são responsáveis pela demora na tramitação dos feitos. É preciso que os litigantes atuem com boa fé e não apresentem teses meramente protelatórias, a fim de que a decisão judicial tenha que analisar apenas aquilo que efetivamente constitua objeto principal da discussão. A concisão e objetividade das partes possibilita a decisão objetiva, devidamente motivada e em tempo razoável, a fim de atender ambos os comandos constitucionais, tanto o disposto nos artigos 5º, LXXVIII, e 93, IX, ambos da Constituição Federal.

A extensa fundamentação com citação de diversas doutrinas e ementas jurisprudenciais terá como impacto a demora na tramitação e, com isso, haverá prejuízo ao Direito Fundamental à razoável duração do processo. A motivação que deve ser feita é a adequada ao caso, simples e direta, mas que resolve a lide com clareza de acordo com o direito em vigência no país.

Para um melhor funcionamento da jurisdição, os magistrados devem ser protagonistas da solução dos problemas da vida em sociedade, e não debatedores de profundas teses jurídicas. Por óbvio, o juiz não deve abandonar a questão jurídica, porém, na grande maioria dos casos, a decisão que resolve o conflito baseada no direito pode ser feita de forma simples e adequada, o que atende ao comando constitucional da motivação e contribuição para a celeridade, outro Direito Fundamental a ser respeitado.

A busca do equilíbrio é o melhor caminho para uma jurisdição célere e com respostas judiciais adequadas. A correta compreensão do sistema jurídico, o conhecimento das técnicas de interpretação, além da compreensão da importância dos precedentes, são elementos que auxiliam a adequada prestação jurisdicional.

Muitas vezes, ao proferir a decisão judicial, o julgador deverá interpretar a legislação, o que fará pelo uso da hermenêutica tradicional ou pela argumentação jurídica. A hermenêutica tradicional pode ser suficiente para a solução do caso até mesmo pela via da interpretação gramatical mediante análise das palavras do legislador e mero silogismo entre a lei e o caso concreto.

Outros instrumentos também estão disponíveis pelo estudo da hermenêutica clássica, caso da avaliação da lei sob a ótica histórica de seus valores no momento da promulgação, e pelo método sistemático que leva em conta todo o ordenamento jurídico.

A interpretação poderá ser maior ou menor, a depender do grau de abstração da norma e dos efeitos gerados pela sua aplicação. Resultados absurdos devem ser evitados, e a busca pela decisão justa é uma constante na prática judicial. A finalidade do direito é regular a vida em sociedade para um convívio harmônico, entretanto proferir uma decisão justa não significa atuar apenas de acordo com a livre convicção pessoal do magistrado, mas, sim, conforme as normas e os valores estabelecidos pela Constituição e pelas leis.

O problema da hermenêutica clássica é que, usando diferentes métodos, o intérprete pode chegar a conclusões diferentes, o que dá margem a decisões

divergentes e instabilidade no sistema judicial. Por mais que se estude a hermenêutica jurídica, sempre nos deparamos com sentenças divergentes sobre casos idênticos, embora corretamente fundamentadas sob o ponto de vista das técnicas de interpretação. O magistrado necessariamente faz escolhas ao proferir a decisão e, visando minimizar o problema da divergência nos entendimentos, surge a solução pela via dos precedentes, o que passa necessariamente pela Teoria da Argumentação Jurídica.

Essa teoria é uma nova forma de compreender e aplicar o direito. A hermenêutica jurídica deve ser aliada com regras de argumentação, a fim de corretamente se aplicar os precedentes judiciais e tornar o Judiciário um órgão cumpridor de seu papel e conferir previsibilidade às decisões.

Na Teoria da Argumentação Jurídica, o elemento gramatical, lógico, histórico, comparativo, teleológico e sistemático são chamados de cânones de interpretação. A teoria identifica a dificuldade em usar esses elementos, já que não existe um critério definido para a ordem hierárquica de usos dos cânones, o que pode conduzir a interpretações distintas.

A teoria da argumentação resolve alguns problemas na decisão judicial, pois defende que o intérprete do direito deva se ajustar aos valores da coletividade levando em conta discussões precedentes. O discurso jurídico deve sujeitar-se à aplicação da lei e aos precedentes judiciais, e isso possibilita segurança jurídica na aplicação do direito.

Na argumentação, estuda-se a justificativa do discurso, e internamente devemos fazer o silogismo adequado. No caso da decisão judicial, o magistrado deve explicitar as premissas que adotou e relacioná-las com o caso. A atuação é da lógica, a fim de que se identifique incoerências na decisão. O próximo passo é a avaliação da justificativa externa, que é justamente compreender criticamente se as premissas adotadas estão corretas, se foram adotados valores e princípios adequados para resolver o caso concreto. O modelo permite coerência e especialmente transparência, o que facilita a apresentação de crítica aos erros.

As premissas internas a serem adotadas podem ser empíricas, referentes a fatos ou regras de Direito Positivo, a exemplo de legislação ordinária ou dispositivos constitucionais. A correta observância da teoria da argumentação possibilita ao receptor do discurso que avalie se as premissas foram adequadamente empregadas.

O uso dos cânones de interpretação possibilita resultados diferentes, já que não existe hierarquia em seu uso. Na teoria da argumentação, o precedente judicial serve justamente para resolver esse problema, já que o precedente mais forte a ser considerado terá força para prevalecer sobre outros entendimentos possíveis. Não haverá engessamento do direito, já que existem técnicas para distinguir o caso do precedente obrigatório, bem como para superar o precedente, o que se dará à medida que os valores traduzidos na decisão não corresponderem mais à interpretação adequada.

Na teoria da argumentação, a grande justificativa para aceitar o uso dos precedentes como argumento é o princípio da universalidade, ou seja, conferir tratamento igual a casos iguais. A discussão sobre a interpretação possível deve ter fim em algum momento. O argumento que prevalecer e formar o precedente vincula os casos futuros.

As regras do discurso não possibilitam um resultado sempre idêntico. Se mantivermos a possibilidade de decisões sempre mutáveis, preconizaremos a insegurança jurídica. É evidente que a conclusão a que se chega no precedente nem sempre é a mais adequada, e as críticas devem ser feitas. Ao operador do direito cabe atacar as justificativas internas e externas trilhando o caminho da superação do precedente.

Diante da evolução do modo de pensar a jurisdição no Brasil, o sistema de precedentes passou a ter grande relevância. O modelo atual é de um Judiciário que efetiva Direitos Fundamentais. Muda-se o conceito de interpretação da lei para outro mais aberto, baseado nos valores e princípios constitucionais, e isso possibilita diversos caminhos na decisão judicial. O precedente obrigatório objetiva o tratamento igual para casos iguais conferindo segurança jurídica ao sistema. Ele foi introduzido no processo brasileiro pelos artigos 926, 927 e 928 do Código de Processo Civil de 2015 e inserido expressamente no processo do trabalho pela Lei nº 13.015 de 2015.

A decisão judicial motivada é Direito Fundamental do cidadão. O ato de decidir, no entanto, não se baseia apenas em fatores lógicos e de justiça. É natural que passe pelo prisma da argumentação, utiliza-se a lógica do silogismo, mas ela não é suficiente para resolver questões de justiça moral e outros valores sociais.

De qualquer maneira, a argumentação é necessária no contexto do caminho lógico, de eficiência ou de justiça. A fundamentação é o caminho percorrido que

pode se explicar pela indicação de critérios de lógica, de justiça e de razoabilidade, a fim de que possamos entender como foi construída a decisão. A lógica fornece os caminhos que devem ser explicitados de forma clara na decisão, para que o jurisdicionado compreenda e critique esta, se for o caso.

A motivação, por si só, não garante a imparcialidade nem o Direito Fundamental à decisão motivada. Somente com a motivação, duas decisões podem ser proferidas de forma diferente, mas a argumentação, se correta, leva a resultados semelhantes, pois as premissas analisadas devem ser as mesmas, assim como os valores, resolvendo-se eventual divergência pelo uso do precedente obrigatório.

Os Direitos Fundamentais estão no ápice do ordenamento jurídico e são submetidos a procedimentos formais de alteração e limitações materiais, como preconiza o artigo 60, § 4º, IV, da CF. Há rol expresso de Direitos Fundamentais previstos em nossa Constituição, o que inclui os direitos do trabalhador. Entretanto, existem Direitos Fundamentais não expressos no texto constitucional como se infere do artigo 5º, § 2º.

Os Direitos Fundamentais não expressos devem ser reconhecidos por suas características, em especial por se tratar de direito que visa proteger o indivíduo e regular sua vida em sociedade, defendendo-o em face do Estado e de outros particulares. No caso do dever de motivar as decisões judiciais previsto no artigo 93, IX, da CF, trata-se de direito que garante ao indivíduo conhecer as razões de determinada sentença judicial, com o objetivo de se verificar se de fato houve aplicação do direito e se permitir o reconhecimento de erros e apresentação de recurso. Há nítida preocupação com valores de proteção do ser humano, de liberdade e igualdade, o que torna o disposto no artigo 93, IX, passível de se enquadrar na categoria de Direito Fundamental.

O direito de ação funciona como verdadeiro sistema de garantia dos Direitos Fundamentais, e o dever de motivar a decisão completa o ciclo de garantia do cidadão contra qualquer abuso do Estado, inclusive arbitrariedades do Poder Judiciário, e isso garante a realização do Estado Democrático de Direito.

Como elemento de acesso à justiça, a decisão judicial motivada deve ser avaliada sob a ótica das preocupações que a doutrina teve com o tema. Para que se garanta efetivo acesso à justiça, faz-se necessário viabilizar aos mais pobres o acesso a ela, superando a questão financeira. Com a evolução do Estado e a maior preocupação social, as categorias menos privilegiadas, caso dos consumidores e

empregados, passaram a ter maior atenção, mas é preciso garantir a prestação jurisdicional adequada na forma do art. 5º, XXXV, da CF.

Também não podemos perder de vista o problema da celeridade para efetivo acesso à justiça, o que se tenta resolver pelos procedimentos especiais, juizados e ritos diferenciados. A motivação das decisões relaciona-se de forma direta com o tema do acesso à justiça à medida que contribui para a celeridade. O respeito à celeridade processual depende de um conhecimento adequado a respeito das técnicas de motivação, a fim de que a decisão proferida seja adequada e célere. O tempo de tramitação das demandas relaciona-se com a motivação.

Para materializar o acesso à justiça, não basta permitir o ingresso da demanda, esta deve ser célere e receber correto tratamento do Poder Judiciário, com decisão republicana, adequadamente motivada e que conte com coerência necessária em suas premissas, com objetivo de permitir a exata compreensão e alcance do caminho tomado pelo julgador e possibilitar as críticas e os recursos pertinentes.

A motivação vista aos olhos do cidadão não jurista representa uma decisão ético-política por ser vista sob a ótica da equidade. O controle popular se dá com vistas aos valores dominantes na sociedade em determinado momento histórico. Ela deve possibilitar o reconhecimento de tudo o que influenciou o juiz a chegar a uma determinada decisão, já que a realização de juízos de valor é algo inerente ao ato de julgar. A análise do discurso feito na motivação permite individualizar os juízos feitos na decisão.

A recente vigência do Código de Processo Civil altera o sistema de motivação das decisões, pois traz maiores requisitos para que uma decisão se considere fundamentada.

A Justiça do Trabalho apresenta lides em sua maioria versando sobre Direitos Sociais, os quais devem ser efetivados, e a norma processual tem função instrumental, não podendo impedir a realização do caráter protetivo do Direito do Trabalho. Assim, o desenvolvimento de uma relação processual deve ser célere, simples e trazer efetividade desde a distribuição da ação judicial até a efetiva satisfação de eventual direito concedido.

O artigo 832 da CLT trata o tema da motivação de forma singela, enquanto o Código de Processo Civil estabelece em seu artigo 489, § 1ª, que a sentença motivada demanda enfrentamento de todas as teses, explicação do caminho

percorrido, emprego de conceitos determinados e adoção da jurisprudência dominante.

A decisão judicial no processo civil não é diferente da decisão no processo do trabalho. Embora este último seja marcado pela informalidade e objetividade, além de diversas características próprias, todas as decisões tomadas devem ser democráticas e obedecer à Constituição Federal.

A motivação das decisões deve ser vista como Direito Fundamental do cidadão e importante elemento de acesso à justiça. Dar os motivos que correspondem à ordem judicial é essencial para a manutenção do Estado Democrático de Direito, para a realização da regra da inafastabilidade e efetivação de todos os Direitos Fundamentais. Ao cidadão confere-se o direito de conhecer o caminho percorrido pelo julgador, o que legitima a decisão, permite compreender seu caráter republicano e imparcial e viabiliza o questionamento caso alguma premissa adotada não corresponda à melhor forma de aplicar o direito vigente.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como fundamentação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Revisão técnica e introdução à edição brasileira Claudia Toledo. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

_____. **Liberalismo e democracia**. 4. ed. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1993.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BORGES, Alice Gonzales. Duração Razoável do Processo Administrativo e Responsabilidade do Estado. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro, p. 70-84, 2012. Edição especial.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Instrução normativa nº 39**, de 15 março de 2016. Dispõe sobre as normas do Código de Processo Civil de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho, de forma não exaustiva. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a27f1fe>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 17 mar. 2015a. Seção 1, p. 1. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 abr. 2016.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2015**: ano-base 2014. 2015b. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 18 set. 2016.

_____. Lei nº 13.015, de 21 de julho de 2014. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre o processamento de recursos no âmbito da Justiça do Trabalho. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 22 jul. 2014. Seção 1, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13015.htm>. Acesso em: 20 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **STF - AG. REG. NO HABEAS CORPUS: HC 125400 SP**. 16 dez. 2014. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25338110/agreg-no-habeas-corpus-hc-125400-sp-stf/inteiro-teor-159038872>>. Acesso em: 15 jan. 2016.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Seção 1, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 abr. 2016.

_____. Constituição (1988). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Seção 1, p. 1-32. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 abr. 2016.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Seção 1, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 20 abr. 2016.

_____. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 9 ago. 1943. Seção 1, p. 1. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 20 abr. 2016.

_____. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 9 set. 1942. Seção 1, p. 13635. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 15 jan. 2016.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

CAIRO JR., José. **Curso de direito processual do trabalho**. 2. ed. Bahia: Editora Juspodivm, 2009.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARDOSO, Jair Aparecido. O direito ao descanso como direito fundamental e como elemento de proteção ao direito existencial e ao meio ambiente do trabalho. **Revista de Informação Legislativa**, v. 207, p. 7-26, 2015.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. **Arte do direito**. Tradução Hebe Ana Maria Caletti de Marenco. Campinas: Edicamp, 2004.

CECATO, Maria Aurea Baroni et al. (Org.) **Estado, jurisdição e novos atores sociais**. São Paulo: Conceito Editorial, 2010.

CINTRA, Antonio Carlos Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Poder judiciário: autonomia e justiça. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 691, p. 34-44, maio 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COSTA, Fernando Nogueira da. Era uma vez, o mundo. **Texto para Discussão**, Instituto de Economia da Unicamp, n. 252, fev. 2015.

COSTA, Henrique Araújo. **Reexame de prova em Recurso Especial: A Súmula 7 do STJ**. Brasília: Thesaurus, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DESTEFENNI, Marcos. **Curso de processo civil: processo de conhecimento convencional e eletrônico**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1. Tomo 1.

DIDIER JR., Fredie (Org.). **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. Bahia: Juspodivm, 2010. v. 2.

FERNANDES, Atahualpa. **Argumentação jurídica e hermenêutica**. 2. ed. São Paulo: Impactus, 2008.

JOSSERAND, Louis. Evolução da Responsabilidade Civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, jun. 1941.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais na relação de emprego. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 17, p. 33-45, jan./jun. 2011.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LUCAS, Douglas Cesar. A crise funcional do estado e o cenário da jurisdição desafiada. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MADEIRA, Daniela Pereira. A força da jurisprudência. In: FUX, Luiz (Org.). **O novo Código de Processo Civil brasileiro: direito em experiência**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 526-578.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 1.

_____. **Aplicação do precedente no sistema norte-americano**. Palestra realizada no auditório do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 22 nov. 2012. Disponível em: <<http://www.uscourts.gov/about-federal-courts/educational-resources/supreme-court-landmarks>>. Acesso em: 2 jun. 2016.

_____. A transformação do civil law e a oportunidade de um sistema precedentalista para o Brasil. **Cadernos Jurídicos da OAB-PR**, Curitiba, v. 3, p. 1-3, jun. 2009.

MENEZES, Anderson de. **Teoria geral do Estado**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MERRYMAN, John Henry. PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da civil law**: Uma introdução aos sistemas jurídico da Europa e da América Latina. Tradução Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 24, p. 55-69, 2003.

_____. **A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito**: temas de direito processual. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1977.

MOTTA, Cristina Reindolff da. **A motivação das decisões cíveis como condição de possibilidade para a resposta correta/adequada**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

NERY JR., Nelson. **Aula magna**. 29 set. 2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=jNeri07iRn8>>. Acesso em: 8 jun. 2016.

_____. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Curso completo sobre o novo CPC: aula 4: sistema de precedentes**. 25 abr. 2016. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=VaY6hDkZmKA>>. Acesso em: 9 jul. 2016.

PEÑA, Eduardo Chemale Selistre. **Poderes e atribuições do juiz**. São Paulo: Saraiva, 2014. (Coleção Direito e Processo: técnicas de direito processual).

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica: nova retórica**. Tradução Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

REALE, Miguel. **Visão geral do novo Código Civil**. fev. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2718/visao-geral-do-novo-codigo-civil>>. Acesso em: 30 out. 2016.

_____. **Lições preliminares de direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Método, 2014. (Séries Carreiras Federais).

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. Atualizado por Maria Beatriz Amaral Santos Köhnen. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SAVIGNY; KIRCHMANN; ZITELMANN, Ernest. **Los fundamentos de la ciencia jurídica: la ciencia del derecho**. Buenos Aires: Losada, 1949.

SCHIOPPA, Antonio Padoa. **História do direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea**. Tradução Marcos Marcionilo, Silvana Cobucci Leite e Carlo Alberto Dastolli. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

SILVA, Ana de Lourdes Coutinho. **Motivação das decisões judiciais**. São Paulo: Atlas, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. **Direito internacional do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTR, 2000.

TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Tradução Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. Apresentação da edição brasileira Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

_____. Observações sobre os modelos processuais de civil *law* e de *common law*. Tradução José Carlos Barbosa Moreira. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 110. p. 141-158, abr./jun. 2003.

TEIXEIRA, Wellington Luzia. **Da natureza jurídica do processo à decisão judicial democratizada**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

TOLEDO, Cláudia. Apresentação da edição brasileira. In: ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

TRINDADE, José Damião de Lima. **História social dos direitos humanos**. São Paulo: Petrópolis, 2002.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional, democracia e estado de direito**: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição. 2013. 204 f. Tese (Doutorado em Direito)– Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

VILLAR, Alice Saldanha. A influência do sistema do *common law* no ordenamento jurídico brasileiro: estaria o direito pátrio se tornando cada vez mais sumular? **Revista Jurídica Consulex**, ano XIX, n. 437, p. 20-21, abr. 2015.

WAGNER JR., Luiz Guilherme da Costa. **Processo civil curso completo**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Interpretação da lei e de precedentes: *civil law* e *common law*. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 99, n. 893. p. 33-45, 2010.