

A FUNÇÃO REVISORA DOS TRIBUNAIS - A QUESTÃO DO MÉTODO NO JULGAMENTO DOS RECURSOS DE NATUREZA ORDINÁRIA

Ben-Hur Silveira Claus*
Ari Pedro Lorenzetti**
Ricardo Fioreze***
Francisco Rossal de Araújo****
Ricardo Martins Costa*****
Márcio Lima do Amaral*****

O principal defeito dos sistemas jurídicos da *civil law* “[...] es la profunda desvalorización del juicio de primer grado, con la conexas glorificación, si así puede decirse, de los juicios de gravamen”. (CAPPELLETTI)

RESUMO

O presente artigo trata da função revisora dos tribunais nos recursos de natureza ordinária, abordando o tema na perspectiva da efetividade da prestação jurisdicional, com ênfase no exame do método utilizado pelos tribunais no exercício da função revisora das sentenças por ocasião do julgamento dos recursos de natureza ordinária. Questiona o método muitas vezes adotado pelos tribunais no exame dos recursos de natureza ordinária, examinando suas consequências e sua influência para a recorribilidade excessiva que caracteriza o sistema recursal trabalhista.

Palavras-chave: Administração da Justiça. Função revisora dos tribunais. Duplo grau de jurisdição. Legitimação da jurisdição de primeiro grau. Duração razoável do processo. Efetividade da jurisdição.

SUMÁRIO

- I - INTRODUÇÃO
- II - A MOROSIDADE DO PODER JUDICIÁRIO
- III - O MÉTODO NA FILOSOFIA
- IV - A FUNÇÃO REVISORA DOS TRIBUNAIS E O PROBLEMA DA EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO
- V - ENTRE A SENTENÇA RAZOÁVEL DO JUIZ E A SENTENÇA IDEAL PARA O RELATOR - UM FALSO DILEMA A SUPERAR

* Juiz Titular da Vara do Trabalho de Carazinho - RS (4ª Região).
 ** Juiz Titular da 2ª Vara do Trabalho de Rio Verde - GO (18ª Região).
 *** Juiz Titular da Vara do Trabalho de Encantado - RS (4ª Região).
 **** Juiz Titular da 16ª Vara do Trabalho de Porto Alegre - RS (4ª Região).
 ***** Juiz Titular da 2ª Vara do Trabalho de Gramado - RS (4ª Região).
 ***** Juiz do Trabalho Substituto - RS (4ª Região).

VI - A APLICAÇÃO DO DIREITO: NÃO HÁ JULGAMENTO SEM DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

VII - O MÉTODO DA TRANSMIGRAÇÃO DO RELATOR

VIII - UM ACÓRDÃO E NÃO UMA NOVA SENTENÇA

IX - A SENTENÇA RAZOÁVEL DEVE SER CONFIRMADA

X - O ALCANCE DE UMA INOVAÇÃO PROCEDIMENTAL

XI - MAURO CAPPELLETTI - A ATUALIDADE DE UM DIAGNÓSTICO CONCLUSÃO

REFERÊNCIAS

I - INTRODUÇÃO

O presente ensaio objetiva contribuir para o debate acerca da função revisora dos tribunais nos recursos de natureza ordinária.

O tema é tratado sob a perspectiva da efetividade da prestação jurisdicional, com ênfase no exame do método utilizado pelos tribunais no exercício da função revisora das sentenças por ocasião do julgamento dos recursos de natureza ordinária. O método utilizado pelos tribunais é examinado a partir de uma premissa elementar: o prévio reconhecimento da dimensão hermenêutica do fenômeno jurídico e da conseqüente discricionariedade insita ao ato de julgar.

II - A MOROSIDADE DO PODER JUDICIÁRIO

A morosidade é a principal crítica dirigida ao Poder Judiciário. Trata-se de uma crítica procedente - os processos judiciais demoram demais, regra geral. O Estado, que avoca o monopólio da jurisdição, deve prestar a justiça em prazo breve: a reparação do direito violado deve ocorrer logo. Se a garantia fundamental da duração razoável do processo se torna apenas uma promessa ilusória, então a Constituição não estaria sendo respeitada e o Estado Democrático de Direito estaria falhando. A dimensão do problema ganha maior relevo em face da crescente demanda de massa por justiça diante da insuficiente estrutura dos serviços judiciários.

O método utilizado pelos tribunais no exercício da função revisora no julgamento dos recursos de natureza ordinária tem influência direta na efetividade jurisdicional e no processo institucional de legitimação da jurisdição de primeiro grau.

III - O MÉTODO NA FILOSOFIA

Antes de falar sobre o método utilizado pelos tribunais no exercício da função revisora, é conveniente dedicar dois parágrafos para discorrer sobre o método na filosofia.

A palavra método é de origem grega. *Methodos* significa caminho para chegar a um fim. Descartes acreditou que poderia chegar a verdades claras e distintas se contasse com um método científico para a investigação dos fenômenos. Esse caminho para a descoberta da verdade Descartes acreditou ter alcançado no *Discurso do método*, obra que publicou em 1637: “[...] desfazermo-nos de todas as opiniões que recebemos e reconstruir, de novo e desde os fundamentos, todos os

sistemas dos nossos conhecimentos”.¹ Mais recentemente, a filosofia veio a perceber a impossibilidade de o cientista livrar-se de todos os preconceitos, propondo um retorno à concepção de Aristóteles, concepção segundo a qual o método é determinado pelo objeto, conforme ensina o filósofo alemão HANS-GEORG GADAMER.²

A filosofia fenomenológica concebe o método como o próprio movimento do pensamento “às coisas mesmas”. É no âmbito do próprio objeto que o método se dá. O método não é externo ao objeto para o qual se destina: “Toda a procura retira do procurado sua direção prévia”, diz HEIDEGGER.³ Recorremos a ERNILDO STEIN para melhor explicar essa relação existente entre o objeto da investigação e o método escolhido para a investigação. Diz o autor que HEIDEGGER, na obra *Ser e Tempo*,

[...] descobre que o método se determina a partir da coisa mesma. A escada para penetrar nas estruturas existenciais do ser-aí é manejada pelo próprio ser-aí e não pode ser preparada fora para depois dar acesso ao objeto. Não há propriamente escada que sirva para penetrar no seu “sistema”. A escada já está implicada naquilo para onde deveria conduzir. O objeto, o ser-aí, já sempre traz consigo a escada. Há uma relação circular. Somente se sobe para dentro das estruturas do ser-aí, porque a gente já se move nelas. Esta antecipação não-crítica do método é consequência inevitável da circularidade do processo hermenêutico. Quem, para desenvolver seu método, parte da compreensão como estrutura fundamental do homem, sempre pressupõe de algum modo em exercício aquilo que visa com o método.⁴

A conclusão é a de que o método já está sempre de certa forma pressuposto quando nos dirigimos para o objeto de nossa investigação científica. Não é possível uma disjunção radical entre objeto e método. Objeto e método estão reciprocamente implicados no fenômeno do conhecimento. E assim é também porque o objeto não nos é dado, mas construído a partir do que sabemos ou pensamos saber sobre ele. Em suma, pois, a questão do método depende essencialmente da postura do sujeito cognoscente frente ao objeto.

IV - A FUNÇÃO REVISORA DOS TRIBUNAIS E O PROBLEMA DA EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO

Aos tribunais cabe julgar os recursos interpostos contra as sentenças - julgar a impugnação feita pela parte recorrente à sentença. Trata-se da função revisora dos tribunais.

¹ DESCARTES. *Discurso do método*. Livraria Exposição do Livro. p. 75.

² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 3. ed., Petrópolis - Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1999. p. 467: “Como vemos, o problema do método está inteiramente determinado pelo objeto - o que constitui um postulado aristotélico geral e fundamental - e, relacionado ao nosso interesse, valerá a pena considerar a relação especial entre ser ético e consciência ética tal como Aristóteles a desenvolve em sua ética.”

³ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. V. 1, 10. ed, Petrópolis - Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2001. p. 204.

⁴ STEIN, Ernildo. *A questão do método na filosofia - um estudo do modelo heideggeriano*. 3. ed., Porto Alegre: Editora Movimento, 1983. p. 108.

O método adotado pelos tribunais no julgamento dos recursos de natureza ordinária tem importância decisiva para a efetividade da jurisdição. Em linhas gerais, pode-se estabelecer o raciocínio de que a efetividade da jurisdição diminui à medida que aumenta a reforma das sentenças. A recíproca também é verdadeira: aumenta a efetividade da jurisdição à medida que as sentenças são confirmadas. Essa correspondência está intimamente ligada aos princípios constitucionais da celeridade e da duração razoável do processo, uma vez que não se pode admitir, dentro de nossa dinâmica constitucional atual, um processo lento como sendo efetivo. A realidade fática e os aspectos sociais já demonstraram a insuficiência de um processo moroso, ainda que razoável sob o aspecto meramente técnico.

Outro aspecto do problema: a reforma das sentenças estimula recursos. Esse aspecto é relevante, pois, conforme o magistério de OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, “[...] a legitimidade da jurisdição de grau inferior diminui na medida em que aumentam os recursos”.⁵ Uma verdadeira plethora de recursos congestiona os tribunais de 2º grau - nos tribunais superiores esse quadro é ainda mais dramático -, com sério déficit para a efetividade da jurisdição. Estatísticas revelam que o índice de recorribilidade, em determinadas fases processuais, chega a mais de 100%, o que indica uma cultura jurídica voltada à recorribilidade, a exigir uma ação orgânica e concertada das diversas instâncias do poder jurisdicional.

Por certo não se está falando do direito de recorrer em si, mas do abuso, da procrastinação. Nesse aspecto, as penas processuais são importante instrumento pedagógico para a mudança da praxe. Todavia, é na valorização do julgado de 1º grau que reside o papel principal para a construção de uma nova cultura jurídica de recorribilidade. O que não se pode mais aceitar é a perniciosa cultura de se tentar reduzir o primeiro grau de jurisdição à condição de mera instância de passagem.

Afirma-se que o método adotado pelos tribunais tem importância decisiva para a efetividade da jurisdição porque a legitimidade da jurisdição de primeiro grau passa pelo reconhecimento - e pela confirmação - da autoridade judicial que resolveu o conflito na respectiva comunidade. E do método adotado pelos tribunais no exercício de sua legítima função revisora depende em grande medida o fortalecimento da jurisdição de primeiro grau.

V - ENTRE A SENTENÇA RAZOÁVEL DO JUIZ E A SENTENÇA IDEAL PARA O RELATOR - UM FALSO DILEMA A SUPERAR

Se há uma relação de pertença entre método, objeto e sujeito cognoscente, logo se percebe que, para acertar na escolha do método, é necessário antes acertar ao definir a finalidade da função revisora dos tribunais no julgamento dos recursos de natureza ordinária. Em linhas gerais, adotada a perspectiva da efetividade da jurisdição, pode-se considerar que a finalidade da função revisora dos tribunais no julgamento de recursos de natureza ordinária é examinar se a sentença conferiu uma solução legítima à causa - uma sentença razoável -, no que respeita àqueles aspectos objeto do recurso.

⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. p. 240.

Com sua jurisdição delimitada à matéria específica objeto do recurso, ao tribunal cabe verificar se a sentença conferiu uma solução legítima à causa (uma sentença razoável), e não cogitar se a decisão proferida seria exatamente aquela sentença ideal que o relator proferiria se estivesse no lugar do juiz originário. Quando adota um tal método de trabalho, o tribunal parece desconhecer o irrecusável caráter hermenêutico da aplicação do direito, ignorando a natureza discricionária ínsita ao ato de julgar.

Embora possa causar alguma perplexidade a afirmação de que o ato de julgar implica discricionariedade do magistrado, em face de nossa formação positivista, tal postulado deve ser recebido com o espírito de acolhimento presente nas palavras que ocorreram a KARL ENGISCH para introduzir estudo desse tema: “Mais difícil do que demonstrar que existe o ‘poder discricionário’ no direito é demonstrar que isso é, não apenas inevitável, mas também algo de bom.”⁶

O tema da discricionariedade judicial será retomado em seguida. Por ora, importa destacar as consequências que decorrem da adoção do método da sentença ideal pelo tribunal no exercício da função revisora. É claro que o resultado prático é negativo para a efetividade da jurisdição, pois a probabilidade de reforma da sentença aumenta consideravelmente quando a função revisora é exercida sob inspiração da sentença ideal para o relator, a qual tende a ser distinta da sentença prolatada pelo juiz originário exatamente em face da discricionariedade ínsita à natureza hermenêutica do ato de aplicação do direito ao caso concreto. Afora isso, a própria existência de uma sentença ideal pode ser questionada, por se tratar de conceito relativo. Prova disso são as frequentes divergências entre os integrantes do órgão revisor, firmando-se o acórdão com base em simples maioria.

Não é demais acentuar, ainda, que a própria etimologia da palavra sentença deixa entrever o elemento subjetivo subjacente em todo julgamento, o qual traz em si aspectos valorativos inevitáveis. O julgamento não se limita a uma simples operação matemática de subsunção de um fato a uma regra legal anteriormente posta, apresentando-se, antes, como um processo valorativo, um modo de ver e sentir determinada situação. É preciso rechaçar a ideia da sentença-produto (como num sistema fabril) e privilegiar a sentença enquanto ato estatal de vontade e produto de trabalho intelectual, “arte do Direito”, criada como resultado da interação entre homem (jugador) e objeto a ser apreendido (lide), a partir de pressupostos jurídicos e dentro do espaço jurisdicional. Salvo equívoco manifesto, é recomendável que se privilegie a percepção de quem teve contato direto com as partes, colhendo elementos de convicção que muitas vezes não são passíveis de tradução em palavras ou não se mostram numa análise fria dos elementos presentes nos autos, mas que ajudam sobremaneira em sua valoração.

Tanto ao instruir o processo quanto ao julgar a causa, o juiz de primeiro grau está a realizar um trabalho cujo caráter hermenêutico é irrecusável, sobretudo no momento da aplicação do direito, conforme a precisa observação de OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA.⁷ O juiz está a aplicar o direito não apenas quando profere a

⁶ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, 7. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 224 (destaque e itálico no original)

⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. p. 256.

sentença, mas durante todo o processo, o que inclui o rico momento da audiência de instrução. E o faz como o destinatário primeiro da prova e do debate processual, o que consubstancia a imediação que singulariza a jurisdição de primeiro grau - esse irredutível contato humano do juiz com as partes, as testemunhas e o debate processual.

O relevo que se atribui ao caráter hermenêutico da aplicação do direito decorre da particular circunstância de que, conforme HANS-GEORG GADAMER, “[...] a interpretação não é um ato posterior e oportunamente complementar à compreensão, porém, compreender é sempre interpretar, e, por conseguinte, a interpretação é a forma explícita da compreensão”.⁸ Na verdade, interpretar é fazer o inventário das alternativas que se apresentam ao sujeito. Nas palavras de HEIDEGGER identificamos a matriz filosófica de GADAMER: “Interpretar não é tomar conhecimento de que se compreendeu, mas elaborar as possibilidades projetadas na compreensão.”⁹

Se a interpretação não é um ato posterior e oportunamente complementar à compreensão, então cresce de importância a imediação do julgador originário com as partes em conflito e com a produção da prova, avultando a relevância da sentença enquanto síntese do processo elaborada pelo juiz natural, juiz ao qual as partes tiveram acesso e perante o qual foram ouvidas e compreendidas. Afinal, não se pode perder de vista que julgar não é apenas calcular, medir ou relacionar, mas situar fatos e as normas dentro de determinada ordem valorativa, atividade que não pode ser realizada adequadamente senão considerando o contexto em que se insere a lide.

Por outro lado, conforme bem pontuaram DÉLIO MARANHÃO e LUIZ INÁCIO CARVALHO,

[...] cada sentença traz a marca da personalidade do juiz, fator decisivo para o julgamento. O juiz, como o queria Montesquieu, despessoalizado, a tal ponto que a fixidez dos julgamentos refletisse um texto preciso da lei, não existe mais e nunca existiu. É uma abstração, um mito, sobrevivência do complexo infantil, a que alude Jerome Frank, a respeito do fetichismo da plena segurança e certeza jurídicas, em que se revela a tendência humana de fugir das realidades inquietadoras e desagradáveis e criar a ilusão de um mundo perfeito.¹⁰

Não há como olvidar que a realidade sobre a qual se debruça o juiz é multifacetária e, por isso, comporta diferentes interpretações, igualmente válidas, conforme o enfoque a partir do qual é analisada. E nem sempre se pode afirmar que esta ou aquela leitura seja a ideal ou a mais perfeita.

⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 3. ed., Petrópolis - Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1999. p. 459.

⁹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. V. 1, 10. ed., Petrópolis - Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2001. p. 204.

¹⁰ MARANHÃO, Délio; CARVALHO, Luiz Inácio B. *Direito do trabalho*. 17. ed., Rio de Janeiro: FGV, 1993. p. 34.

O tema em estudo evoca a clássica indagação teórica acerca do caráter científico da jurisprudência e da necessária adaptação por que passa o conceito de ciência quando transposto das ciências da natureza para as ciências do espírito - como é o caso do direito. Nesse contexto, é ilustrativa a seguinte ponderação de KARL ENGISCH para o esclarecimento dessa distinção necessária, distinção imposta pela circunstância de que o objeto do direito é ontologicamente diverso do objeto das ciências de natureza:

[...] o caráter científico da jurisprudência depende naturalmente dos critérios aos quais se queiram considerar 'científicas' as elaborações endereçadas ao "conhecimento da verdade" (lógico, matemático, empírico), ou também aquelas elaborações que visam estabelecer um sistema de enunciados normativos metodicamente obtidos e bem fundamentados (eventualmente "justos") - como ocorre precisamente na ciência jurídica.¹¹

VI - A APLICAÇÃO DO DIREITO: NÃO HÁ JULGAMENTO SEM DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

Sabendo que estava a anunciar uma importante mudança no paradigma científico do direito contemporâneo, um dos maiores clássicos da filosofia do direito resolveu prevenir seus leitores já no prefácio da obra, para que eles não fossem colhidos pela perplexidade que poderia causar a nova afirmação do autor, no sentido de que, ao lado do poder discricionário do legislador e do administrador público, "[...] é plenamente defensável o ponto de vista de que também existe o poder discricionário judicial".¹²

A formação positivista da maioria dos juristas justificava - e possivelmente ainda justifica - a necessidade da advertência feita por KARL ENGISCH em 1977, no prefácio à 7ª edição de sua obra clássica, *Introdução ao pensamento jurídico*: "Pelo que respeita à teoria da discricionariedade (Capítulo VI), porém, a evolução entretanto operada na teoria e na prática motivou-me a uma nova elaboração das minhas ideias."¹³

A advertência era mais do que justificada, pois o próprio autor estava refazendo uma importante concepção teórica, concepção teórica que não estava presente nas edições anteriores de sua obra. Sem a cautelosa advertência, certamente os leitores teriam maior dificuldade de assimilar, por exemplo, uma indagação que o autor procura depois responder acerca da discricionariedade judicial: "Trata-se aqui da importante questão de saber se as decisões discricionárias dos tribunais podem ser revistas e reformadas por tribunais superiores."¹⁴

¹¹ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, 7. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 19 - anotações ao primeiro capítulo.

¹² Ob. cit., p. 225/226.

¹³ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, 7. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 9.

¹⁴ Ob. cit., p. 214.

No prosseguimento de seu estudo, KARL ENGISCH, embora destaque que a discricionariedade judicial não pode degenerar em abuso de poder por parte do magistrado, sustenta que tal característica do fenômeno jurídico é plenamente compatível com o regime do Estado de Direito:

O resultado a que chegamos com referência à tão discutida discricionariedade é, portanto, este: que pelo menos é possível admitir - na minha opinião é mesmo de admitir - a existência de discricionariedade no seio da nossa ordem jurídica conformada pelo princípio do Estado de Direito.

O autor explica sua nova concepção teórica:

De discricionariedade, note-se, neste sentido: no sentido de que, no domínio da administração ou no da jurisdição, a convicção pessoal (particularmente, a valoração) de quem quer que seja chamado a decidir, é elemento decisivo para determinar qual das várias alternativas que se oferecem como possíveis dentro de certo “espaço de jogo” será havida como sendo a melhor e a “justa”. É problema da hermenêutica jurídica indagar onde e com que latitude tal discricionariedade existe.¹⁵

Assim, “a melhor” e “a justa” poderão ser várias, e não apenas uma única alternativa. Por conseguinte, supera-se a ideia da sentença justa como sendo a sentença ideal, única. Na verdade, a melhor sentença possível e a mais justa sentença possível é aquela que o juiz prolatou, criteriosa e fundamentadamente, no exercício de sua discricionariedade judicial e conforme o “espaço de jogo” de que fala KARL ENGISCH.

Até no âmbito dos atos vinculados do direito administrativo tem sido criticada a ideia de apenas uma necessária e única solução correta em face da possibilidade de adoção de subsunções distintas da norma aplicável. O exemplo apresentado por ROBERT ALEXÝ ganha maior importância por estar situado no campo dos atos vinculados do direito administrativo, no qual a tradição jurídica reserva estrito espaço à interpretação:

A tese de que em atos vinculados sempre existe uma resposta unicamente correta foi sempre criticada com referência à possibilidade de subsunções controversas. Um exemplo, muitas vezes discutido, é a confiabilidade de um interessado em concessão. Há casos nos quais um julgador a afirma e um outro a nega, e ambos, para sua concepção, podem citar fundamentos consideráveis. Se se agrega que a jurisprudência não dispõe de procedimentos, segundo os quais a correção de uma das duas respostas pode ser demonstrada intersubjetivamente de modo coercitivo, então é natural dizer que não é exato que somente uma delas é correta ou verdadeira, a outra, porém, falsa. Ambas são, antes, sustentáveis e, nesse sentido, corretas.¹⁶

¹⁵ Ob. cit., p. 228/229.

¹⁶ ALEXÝ, Robert. “Vícios no exercício do poder discricionário”. In: *Revista dos Tribunais*, v. 89, n. 779, São Paulo, 2000. p. 43.

Em oposição à mera arbitrariedade, a discricionariedade judicial conforma-se “[...] não só através de limites legais claramente visíveis, mas ainda através de outras limitações, determinadas segundo o Direito consuetudinário ou segundo a ‘ideia de Direito e de Estado’.”¹⁷ O “espaço de jogo” mencionado por ENGISCH abarca necessariamente o requisito indispensável da fundamentação das decisões, requisito que constitui a condição de possibilidade para aferir-se a razoabilidade da sentença. A fundamentação, segundo nosso sistema jurídico, deve ser concisa, mas suficiente.

Os juízes não devem descurar do dever constitucional de fundamentação suficiente de suas sentenças (CF, art. 93, IX), uma vez que é exatamente o cumprimento desse dever funcional que permitirá às partes e ao tribunal melhor compreender as razões que conduziram o magistrado a optar pela solução por ele adotada no exercício da discricionariedade judicial no caso concreto, legitimando a atuação do magistrado. Discricionariedade judicial e fundamentação suficiente da sentença são duas faces da mesma moeda: é a fundamentação suficiente que permite syndicar a legitimidade da opção adotada em cada caso concreto.

Chamado a descobrir o direito para o caso concreto, ao magistrado outorga-se o poder discricionário correspondente, a ser exercido com retidão, objetividade e imparcialidade.¹⁸ Portanto, não se trata de “[...] uma intervenção arbitrária, mas de uma ponderação judiciosa, segundo pontos de vista firmes, pelos quais a decisão pessoal se orienta sem se lhes abandonar por inteiro”¹⁹, de modo que a discricionariedade judicial pressupõe “[...] uma decisão ajustada, proferida com base numa convicção íntima e sincera.”²⁰ Estando conformada por tais balizamentos, a discricionariedade judicial, não obstante subordinada à sindicabilidade recursal, deve sobreviver pela confirmação da sentença, salvo nas hipóteses de excesso ou abuso na utilização desse poder.

A posição de MAURO CAPPELLETTI é similar. Embora prefira tratar do tema da discricionariedade judicial sob a concepção de criatividade jurisdicional, o jurista italiano também conclui que o próprio exercício da função jurisdicional exige a participação dos juízes na produção do direito, o que, porém, não significa reconhecer uma criatividade irrestrita à atividade jurisdicional. Vale conferir as palavras de CAPPELLETTI:

Em conclusão, parece-me que a criatividade jurisdicional - criatividade do direito e de valores - é ao mesmo tempo inevitável e legítima, e que o problema real e concreto, ao invés, é o da medida de tal criatividade, portanto de restrições. Isto é verdade para a jurisdição em geral e para a justiça constitucional de modo particular.

¹⁷ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, 7. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 242.

¹⁸ Esses predicados têm sido reconhecidos pela sociedade à magistratura em geral, a qual é recrutada no primeiro grau de jurisdição mediante rigoroso concurso público, predicados esses que têm sido cultivados pelos programas de formação continuada desenvolvidos pelas Escolas Judiciais dos Tribunais.

¹⁹ Ob. cit., p. 248.

²⁰ Ob. cit., p. 242.

Os juízes não podem fazer menos do que participar na atividade de produção do direito, ainda que, no limite, tal não exclua inteiramente a possibilidade de o legislador ab-rogar ou modificar o direito jurisdicional.²¹

No Brasil, OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA tem insistido na necessidade de reconhecer-se a natureza discricionária do ato de aplicação do direito como pressuposto para a correta compreensão do fenômeno jurídico:

Somente poderá decidir quem puder optar entre duas ou mais alternativas igualmente válidas e legítimas. Como dissera Carnelutti, para que o juiz decida é necessário, antes, decidir-se. Isto, dizia ele, faz com que a decisão seja posta além do juízo, enquanto “eleição de quem antes julgara”. Como a exclusiva missão de nossos juízes é descobrir a “vontade da lei”, fica subentendido que eles não têm a mais mínima possibilidade discricionária de opção entre duas ou mais alternativas que o sistema reconheça como legítimas. Logo, nossos juízes apenas julgam, sem poder decisório. O ponto culminante da crise paradigmática encontra-se aqui. Sem compreensão hermenêutica que supere o dogmatismo, não haverá solução. E isto supõe discricionariedade.²²

Desmistificada a natureza discricionária do ato de julgar - ou, na linha de OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, “do ato de decidir” - e reconhecida como algo natural ao fenômeno da aplicação do direito, a discricionariedade judicial não deve criar perplexidade, mas ser compreendida e exercida criteriosamente pelo magistrado, com a responsabilidade que lhe impõem os deveres do cargo.

O próprio ordenamento jurídico, em diversas passagens, conclama o julgador a exercitar sua discricionariedade. E isso ocorre especialmente quando adota a técnica moderna das chamadas normas abertas. Diante de determinadas situações, em vez de proporcionar ao julgador uma solução estratificada, oferece-lhe o legislador apenas os parâmetros a seguir para construir a solução mais adequada à situação concreta. Afora isso, mesmo quando o legislador baixa normas aparentemente “fechadas”, prescreve que sua interpretação deve observar o seu fim social. E, em ambos os casos, os objetivos perseguidos pelo legislador seriam inatingíveis sem o pressuposto da discricionariedade judicial.

Poder-se-ia redarguir, argumentando que a subordinação do juiz ao princípio da legalidade tornaria desnecessário o recurso à discricionariedade judicial, sobretudo nos países de *civil law*, bastando ao juiz cingir-se à “vontade majoritária” mediante a aplicação da lei elaborada pelo legislador democrático. Tal objeção foi examinada por MAURO CAPPELLETTI. Depois de reconhecer que nos países de *civil law* “[...] o direito se identifica frequentemente com a lei, a vontade majoritária, que está à base da legislação democrática”, o jurista italiano pondera que a regência do princípio da legalidade não elimina o caráter criativo da jurisprudência. Ao

²¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, reimpressão 1999, p. 103.

²² SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. p. 114 (grifos no original).

contrário, pressupõe tal criatividade quando se reclama do juiz, para a aplicação do direito ao caso concreto posto para julgamento, a interpretação da lei de regência: “Bem sabemos, porém, que, em certa medida, a ‘lei’ é um mito, que deve ser ‘interpretada’ e completada para traduzir-se em ação real e que a interpretação judiciária, mesmo tendo por objeto a lei, em certa medida é sempre criativa do direito.”²³

A propósito, consoante observou JOSÉ MARIA ROSA TESHEINER, “Do ponto de vista sociológico, é certo que a jurisprudência é fonte do direito”, sendo diversas as “normas gerais que dela emergiram”. E arremata: “A negação, à jurisprudência, do caráter de fonte do direito, tem evidente cunho ideológico. Nega-se a produção de direito pelos tribunais, a fim de que eles não sejam tentados a produzi-lo.” O princípio da legalidade, portanto, de modo algum elimina a discricionariedade judicial, retratando, apenas, a primazia da lei, não o seu monopólio. Conquanto isso introduza “[...] uma certa desordem ao sistema jurídico, que deixa de ser monolítico”, conforme ressalta o mesmo autor, “uma ordem perfeita não passa de um sonho, ou melhor, de um pesadelo tecnocrático, tendo mais a ver com os delírios das ideias do que com as realidades da vida”.²⁴

Nada obstante o art. 127 do CPC restrinja o julgamento por equidade aos casos previstos em lei, a inserção de dispositivos constantes da legislação processual mais recente começa a consagrar certa discricionariedade judicial no âmbito do próprio direito positivo. Um exemplo encontra-se na norma do § 3º do art. 475-A do CPC.²⁵ Introduzida no CPC pela Lei n. 11.232/2005, a referida norma autoriza o juiz a arbitrar de plano o valor da indenização, a seu prudente critério, no caso de danos causados em acidente de veículos de via terrestre e no caso de cobrança de seguro relativa a danos causados em acidente de veículo.

No âmbito do Direito do Trabalho, onde a equidade teria aplicação apenas na falta de dispositivos legais específicos para a solução do caso concreto (CLT, art. 8º), o exemplo é o § 1º do art. 852-I da CLT.²⁶ Introduzida pela Lei n. 9.957/2000, a norma em questão revela uma opção ainda mais clara do legislador contemporâneo pela delegação de discricionariedade judicial ao magistrado para solucionar a causa da maneira que lhe parecer mais justa e equânime em face do caso concreto sob julgamento. A parte inicial do dispositivo reforça a percepção de que o legislador de fato conferiu discricionariedade judicial ao magistrado para bem solucionar a causa.

²³ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, reimpressão 1999, p. 102.

²⁴ TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma teoria geral do processo*. São Paulo: Editora Saraiva, 1993. p. 25/26.

²⁵ CPC: “Art. 475-A. Quando a sentença não determinar o valor devido, procede-se à sua liquidação [...]”.

§ 3º Nos processos sob procedimento comum sumário, referidos no art. 275, inciso II, alíneas d e e desta Lei, é defesa a sentença ilíquida, cumprindo ao juiz, ser for o caso, fixar de plano, a seu prudente critério, o valor devido”.

²⁶ CLT: “Art. 852-I. A sentença mencionará os elementos de convicção do juízo, com resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência, dispensado o relatório.

§ 1º O juízo adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e as exigências do bem comum.”

Ao preceituar que o juízo adotará - “em cada caso” - a decisão que reputar mais justa e equânime, o legislador outorga ao magistrado a discricionariedade necessária para que arbitre a solução adequada às peculiaridades de cada caso concreto. O caso concreto - e suas peculiaridades - submetido a julgamento e a discricionariedade judicial são dois elementos, reciprocamente implicados, que conformam a singularidade ontológica do fenômeno jurídico em cada caso específico.

Essa mesma discricionariedade judicial o legislador já conferira antes ao juiz, para a instrução processual da causa. Com efeito, o legislador, que outorgaria ao magistrado discricionariedade judicial - de natureza substancial - para adotar a decisão mais justa e equânime para o caso concreto (CLT, art. 852-I, § 1º), já lhe havia outorgado antes uma correspondente discricionariedade judicial - de natureza instrumental - para conduzir a instrução do processo, “[...] com liberdade para determinar as provas”, [...] “limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias, bem como para apreciá-las e dar especial valor às regras da experiência comum ou técnica” (CLT, art. 852-D).²⁷

Não é demais sublinhar que o processo de interpretação não se limita às normas jurídicas, mas também se estende aos fatos trazidos a juízo. E, em relação a estes, não há como negar que o juiz que instrui o processo e colhe as provas se encontra numa posição muito mais privilegiada, mesmo porque é ele quem assume a direção do procedimento probatório, com poderes para dispensar as provas que julgar desnecessárias (não somente sob o prisma do interesse da parte litigante, mas principalmente sob o prisma da conformação do convencimento do juízo para o julgamento), afora o fato de ter contato direto com as partes e demais fontes instrutórias. E na própria valoração da norma, em sua função social, não se pode prescindir da análise da realidade em que aquela se insere, o que, uma vez mais, confere relevância à posição do julgador originário.

VII - O MÉTODO DA TRANSMIGRAÇÃO DO RELATOR

Antes afirmamos que ao tribunal cabe verificar se a sentença conferiu uma solução legítima à causa (uma sentença razoável) e não pretender que a decisão proferida seja aquela sentença ideal que o relator proferiria se estivesse no lugar do juiz originário por ocasião do julgamento da causa. No desenvolvimento da referida assertiva, cabe agora questionar a adequação do método da transmigração do relator para o lugar do juiz originário.

É intuitiva a conclusão de que se revela deveras problemática a ginástica mental de o relator (tentar) transportar-se para o passado, para assumir a posição do juiz originário, a fim de imaginar como conduziria a audiência; ou como sopesaria determinado aspecto; ou como julgaria a causa se lá estivesse. “Essa transmigração é impossível”, segundo LUIZ ALBERTO VARGAS e RICARDO CARVALHO FRAGA, que já se ocuparam do tema da função revisora dos tribunais de forma precursora.

²⁷ CLT: “Art. 852-D. O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, considerando o ônus probatório de casa litigante, podendo limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias, bem como para apreciá-las e dar especial valor às regras da experiência comum ou técnica.”

Na ocasião, os citados autores questionaram a ideia desse “transporte” [da Turma Julgadora], argumentando que os registros da ata de audiência “jamais poderão transmitir a realidade complexa ocorrida na sala de audiência que somente o juiz, *in loco*, pode captar”²⁸, o que revela a inadequação de tal método para a apreciação dos recursos de natureza ordinária.

Cada vez mais sintéticas, em face do grande volume de processos trabalhistas em pauta, as atas não reproduzem completamente o que ocorre nas audiências, especialmente no que tange às percepções que o magistrado recolhe intersubjetivamente e que, regra geral, não são registradas na ata de audiência, mas podem assumir relevância decisiva na formação do convencimento do julgador. Portanto, as atas de audiência tendem a ser manifestamente insuficientes para proporcionar a ulterior reconstituição da complexa realidade que se releva ao juiz no contato com as partes na audiência. Daí decorre a conclusão de que se torna problemática a “transmigração” do relator para o lugar do juiz originário, enquanto método para julgamento do recurso: a posterior reconstituição da audiência não se viabiliza em face da perda natural de diversos elementos que seriam necessários à reconstituição daquele cenário, o qual era irredutível às palavras já naquela ocasião originária; muito mais quando o processo chega ao tribunal já então destituído de diversas particularidades apreendidas pelo juiz de primeiro grau na dinâmica da imediação da audiência. Ao sustentar o cancelamento da Súmula n. 136 do TST, FRANCISCO ANTONIO DE OLIVEIRA defende o entendimento de que o princípio da identidade física do juiz é aplicável ao processo do trabalho exatamente em face da oralidade que o caracteriza, reconhecendo a impossibilidade de a ata reproduzir a complexa realidade da audiência: “[...] a identidade do juiz é de elevada importância porque não é possível reproduzir, nas atas e depoimentos, as impressões que resultam da inquirição direta das partes e das testemunhas. Da identidade resulta a valorização da verdade real”²⁹.

No trabalho hermenêutico, não há um deslocamento do leitor para a consciência do autor do texto. Trata-se, antes, de estabelecer uma comunhão de sentido naquilo que foi escrito. Transportando essa verdade para o estudo da função revisora, pode-se afirmar que não deve haver - talvez seja mesmo impossível fazê-lo - um deslocamento do relator para a consciência do juiz de primeiro grau, quando do trabalho de revisão da sentença. Ao contrário, trata-se, mais propriamente, de estabelecer uma comunhão de sentido acerca da sentença, o que requer do tribunal uma atitude de positiva compreensão do julgado de primeiro grau³⁰, de modo a resgatar o postulado de que “[...] a compreensão só se instala no instante em que começa brilhar em nós o que o texto não diz, mas quer dizer em tudo que nos diz.”³¹ Para compreender o sentido de uma produtiva política judiciária

²⁸ VARGAS, Luiz Alberto de; FRAGA, Ricardo Carvalho. *Fatos e jurisprudência* - reflexões iniciais. Publicado no sítio <www.uol.com.br/lavargas>.

²⁹ OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Comentários às súmulas do TST*. 9. ed., São Paulo: Editora RT, 2008. p. 280.

³⁰ O fenômeno do crescimento da jurisdição de massa tem acarretado algumas consequências negativas, entre elas está a fundamentação cada vez mais sintética das sentenças.

³¹ Emmanuel Carneiro Leão, no prefácio, p. 18, da obra de HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. V. 1, 10. ed, Petrópolis - Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2001.

acerca da recorribilidade é necessário que os tribunais exercitem a compreensão da sentença pelos seus próprios motivos, no pressuposto filosófico da moderna compreensão, é dizer, no pressuposto “do compreender pelos motivos, enquanto compreensão dos motivos daquele que se exprime”, de modo que pese o escopo da compreensão, enquanto “[...] um encontro espiritual com a individualidade que se exprime”. Como na poesia, trata-se de “compreender melhor o autor do que ele se compreendeu a si próprio”.³²

Ao tratar do trabalho hermenêutico, HANS-GEORG GADAMER fornece um precioso subsídio para ilustrar o debate proposto no presente ensaio:

Quando procuramos entender um texto, não nos deslocamos até a constituição psíquica do autor, mas, se quisermos falar de deslocar-se, o fazemos tendo em vista a perspectiva sob a qual o outro ganhou a sua própria opinião. E isso não quer dizer outra coisa, senão que procuramos fazer valer o direito objetivo do que o outro diz. Quando procuramos entender, fazemos inclusive o possível para reforçar os seus próprios argumentos. Isso acontece já na conversação. Mas onde se torna mais patente é na compreensão do escrito. Aqui nos movemos numa dimensão de sentido que é compreensível em si mesma e que, como tal, não motiva um retrocesso à subjetividade do outro. É tarefa da hermenêutica explicar esse milagre da compreensão, que não é uma comunhão misteriosa das almas, mas uma participação num sentido comum.³³

Em síntese, não parece adequado o método da transmigração do relator para o lugar do magistrado que fez a instrução e proferiu a sentença, seja em razão da própria discricionariedade ínsita ao ato de aplicação do direito, seja em razão da impossibilidade de reconstituir-se o complexo cenário da audiência e todos demais aspectos fáticos da causa.

VIII - UM ACÓRDÃO E NÃO UMA NOVA SENTENÇA

Em que pese o irrecusável caráter hermenêutico da aplicação do direito corporificado na sentença, alguns acórdãos parecem mais uma nova sentença do que um ato de revisão, pois praticamente ignoram a decisão de primeiro grau; reescrevem a litiscontestação e examinam os fatos e a prova como se o tribunal fosse o primeiro destinatário da prova e do debate processual; como se o laborioso trabalho que resultou na sentença pudesse ser desconhecido. Tal atitude decorre de uma compreensão equivocada acerca do que seja a função revisora dos tribunais (objeto), equívoco que se comunica ao modo de proceder no julgamento do recurso (método).

O resultado que decorre da utilização desse método de apreciação do recurso só pode ser o incremento no número de reformas das sentenças de primeiro

³² ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, 10. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p.165/166.

³³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 3. ed., Petrópolis - Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1999. p. 437/438.

grau. E não pode ser diferente. O próprio método induz à reforma da sentença, porquanto não atenta para um pressuposto ínsito ao fenômeno jurídico: desconsidera que o caráter hermenêutico da aplicação do direito implica natural discricionariedade do juiz no julgamento da causa.

Para decidir, o juiz precisa antes se decidir, o que pressupõe adotar valorações, de modo que é provável que outro julgador - outro julgador significa necessariamente o exame da causa a partir de outra situação hermenêutica - julgasse diferente do julgador originário. E não há novidade alguma nisso, pois é inerente à natureza hermenêutica do direito a possibilidade de mais de uma solução legítima para determinada situação de conflito de interesses, pois “[...] os valores, além de relativos, admitem infinitas gradações, de modo que se pode conceber uma sentença menos ou mais justa que outra - ambas, no entanto, legítimas e ditadas conforme a lei”, conforme a esclarecedora observação de OVIDIO A. BAPTISTA DA SILVA.³⁴

Tratando desse tema, KARL ENGISCH sustenta que várias alternativas de solução podem apresentar-se como plausíveis para resolver determinado conflito, devendo-se reconhecer a cada uma delas legitimidade:

Ao jurista acode logo aqui um conceito usado em vários contextos, o conceito de fungibilidade: se no exercício do poder discricionário surgem várias alternativas à escolha, cada uma delas pode ser “fungível” e “defensável”, em vista da grande ambiguidade que permanece dentro do “espaço de jogo”. [...] Todo aquele que se decide, dentro do espaço de jogo, por uma destas possibilidades, está dentro do direito e ninguém pode dizer que só ele tem razão.³⁵

Melhor compreendidas as implicações da natureza hermenêutica do ato da aplicação do direito pelo juiz de primeiro grau na sentença, a função revisora dos tribunais no julgamento dos recursos de natureza ordinária apresentar-se-á relativamente simplificada - e facilitada - quando colocada sob a perspectiva da efetividade da jurisdição. Nesse sentido, cabe aos tribunais tomar a sentença como ponto de partida para o exame do recurso interposto, valorizando o trabalho produzido pelo julgador de primeiro grau, sobretudo no que diz respeito à apreciação de fatos e provas.

Vale dizer, a função revisora está limitada ao exame daqueles aspectos específicos objeto do recurso, não se devendo realizar um reexame *ab initio* de toda a causa, como se pela primeira vez a causa estivesse chegando ao Poder Judiciário para julgamento. Em resumo: a função do tribunal não é julgar a causa; essa função é do juiz de primeiro grau de jurisdição; o tribunal julga o recurso - a impugnação à sentença. Embora possa parecer a mesma coisa, não é. Trata-se de uma distinção fundamental, conforme se infere da lição de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA acerca do objeto do recurso: “Objeto do juízo de mérito é o próprio conteúdo da impugnação à decisão recorrida.” Essa conclusão também se

³⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. p. 253.

³⁵ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, 7. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 250.

impõe quando examinadas as possibilidades identificadas pelo autor quanto ao julgamento do recurso no mérito: ou “nega-se provimento ao recurso, por entender-se infundada a impugnação”; ou “dá-se provimento ao recurso, por entender-se fundada a impugnação”.³⁶

No julgamento do recurso, deve o tribunal examinar a sentença sob o aspecto da razoabilidade da solução adotada pelo juiz, exame que, por sua vez, deve ser modulado racionalmente dentro do “espaço do jogo”. É o que, a partir de GADAMER, pode-se chamar “participação num sentido comum”. É sobre esse método que o Poder Judiciário deve se debruçar.

Examinada a questão sob a perspectiva da efetividade da jurisdição, a função revisora dos tribunais nos recursos de natureza ordinária deve afastar-se da ilusória ideia da sentença ideal [para o relator] e cultivar a ideia da confirmação da sentença razoável, sob pena de correr-se o risco de a revisão da sentença degenerar na desconstrução da sentença, resultado a que se chega quando o método escolhido é inadequado à função revisora, conforme alertam LUIZ ALBERTO VARGAS e RICARDO CARVALHO FRAGA no ensaio já referido.³⁷

IX - A SENTENÇA RAZOÁVEL DEVE SER CONFIRMADA

A reforma da sentença de primeiro grau justifica-se quando a sentença não é razoável, vale dizer, quando a causa não teve uma solução legítima em face do direito, tendo-se presente, aqui, como razoável, a possibilidade de mais de uma solução legítima para a mesma causa em face do direito aplicável, superando-se a ideia iluminista de que a sentença ou é certa, ou será errada. A reforma da sentença também pode justificar-se quando proferida em contrariedade à lei ou em desconformidade com a jurisprudência uniforme.

Mesmo nesse caso, no entanto, é preciso que os fundamentos em que se assenta a sentença sejam afastados. Assim, não se trata de construir uma nova sentença, a partir da ótica da jurisprudência dominante ou de outra interpretação legal, apresentada como correta, mas de, primeiro, infirmar os elementos em que se baseou o julgado que ensejou o recurso. O que vemos, na prática, no entanto, em certos casos, é a prolação de nova sentença, como se a anterior não existisse, sem enfrentamento dos fundamentos em que se assenta a conclusão que se considera inaceitável - o que constitui um segundo julgamento da causa, e não a revisão da sentença.

A natureza dialética do processo reclama um autêntico diálogo entre recurso, sentença e acórdão. Esse diálogo é provocado pelos fundamentos do recurso, no limite da matéria impugnada. A sentença é a síntese cuja antítese é a respectiva impugnação representada pelo recurso. O acórdão adequadamente fundamentado é aquele que resulta desse diálogo, produzindo uma segunda síntese, na qual devem ser examinados os fundamentos da sentença em cotejo com os fundamentos do recurso. No caso de reforma da sentença, esse diálogo deve revelar, no acórdão, as

³⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 5. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 1983. p. 168 e p. 177, respectivamente.

³⁷ VARGAS, Luiz Alberto de; FRAGA, Ricardo Carvalho. *Fatos e jurisprudência - reflexões iniciais*. Publicado no sítio <www.uol.com.br/lavargas>.

razões por que a solução e os fundamentos adotados na sentença não são considerados adequados no caso concreto e, também, as razões por que se entendeu pela prevalência dos fundamentos do recurso e pela respectiva solução diversa.

Em se tratando de sentença razoável, a mera circunstância de não ser ela a sentença ideal que o relator preferiria se fosse o julgador originário, não justifica a reforma, sobretudo quando a matéria submetida a recurso envolver fatos e provas. É claro que o tribunal estará no exercício de sua legítima função revisora ao concluir pela reforma, se entender que a sentença não conferiu uma solução razoável à causa, porquanto nos recursos de natureza ordinária o tribunal tem jurisdição sobre a matéria que lhe é devolvida pelo recurso, facultando-lhe - mas também exigindo-lhe - o reexame de fatos e prova, quando essa for a matéria objeto do apelo.

Não há dúvida de que também há discricionariedade no exame do recurso pelo tribunal, pois se trata também aqui - no exercício da função revisora do tribunal - de aplicação do direito. Essa discricionariedade conferida ao tribunal é tão legítima como fora a discricionariedade conferida ao julgador de primeiro grau, pois em ambas as situações estamos diante de aplicação do direito a um caso concreto. São duas liberdades que devem conviver em comunhão. Portanto, não se trata de questionar, aqui, a legitimidade da função revisora dos tribunais. Trata-se de interrogar sobre o método com o qual devemos nos dirigir para o exame dos recursos de natureza ordinária, tendo os olhos postos no compromisso maior com a efetividade da jurisdição, numa sociedade marcada pela desigualdade social e pela demanda massiva de jurisdição trabalhista.

Analisada a situação acima sob a égide da efetividade da jurisdição, impõe-se enfrentar agora outra questão, subjacente e mais complexa: qual a discricionariedade que deve prevalecer? A de primeiro grau ou a de segundo grau? Se tanto as decisões de primeiro grau quanto as decisões de segundo grau têm natureza discricionária, tratando-se de solução razoável, deve-se prestigiar a decisão recorrida. Tal conclusão é recomendada, não só por privilegiar o valor maior da efetividade da jurisdição, mas também pelo fato decisivo de que ao juiz de primeiro grau foi dado manter o irredutível contato pessoal com as partes e com a prova proporcionado pela imediação da audiência, além de conhecer a realidade socioeconômica da comunidade em que a decisão há de ser executada, o que autoriza a presunção de que o juízo de primeiro grau de jurisdição reúna as melhores condições para compreender as diversas dimensões do conflito e, portanto, para fazer justiça no caso concreto.

O magistério de KARL ENGISCH confere razoabilidade à afirmação anterior, pois, para o autor,

[...] na realidade das coisas, dado como pressuposto que existe um “poder discricionário”, seremos forçados a aceitar que aquilo que “em todo o caso” tem de ser reconhecido como defensável, deve valer como “correto” (e - permita-se-me o atrevimento de mais este excursus: - não deve ficar sujeito a reexame por uma outra instância, pelo menos quando esta não esteja em contacto tão estreito com o caso concreto e não seja essencialmente mais perita na matéria que a instância detentora do poder discricionário, mas apenas, na melhor das hipóteses, se julgue “mais sábia” que esta).³⁸

³⁸ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, 7. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 251.

Portanto, a confirmação da sentença razoável deve ser a diretriz geral da função revisora do tribunal no julgamento dos recursos de natureza ordinária, sobretudo quando se estiver diante de matéria de fato, devendo a reforma da sentença ficar reservada àquelas situações em que o tribunal reputar caracterizado excesso ou abuso do poder discricionário judicial conferido ao magistrado de primeiro grau. Afinal, não faz sentido, seja do ponto de vista lógico, econômico ou político, que outra sentença seja proferida quando a anterior conferiu à demanda uma solução plausível, conquanto não seja a sentença que o juiz relator proferiria, caso fosse o julgador originário. A função do órgão revisor é avaliar se a escolha do juiz sentenciante é razoável, ou não, e nisso reside a sua discricionariedade. Todavia, sendo a escolha do juiz razoável, a simples substituição daquela por outra solução caracteriza uma tentativa de colocar-se no lugar do julgador primeiro, o que se mostra inadequado, conforme já demonstrado anteriormente. Tem-se, nesse caso, não a revisão da sentença, mas um novo julgamento da causa, o qual muitas vezes não está sujeito à revisão recursal.

Aliás, em se tratando de interpretação de decisões judiciais, a doutrina está assentada no pressuposto de que as decisões judiciais devem ser interpretadas sob a presunção de que a sentença se apresenta em conformidade com a lei - “a presunção de não se haver decidido contra a lei”.

A valiosa pesquisa realizada por ESTÉVÃO MALLET acerca do tema traz luz ao debate proposto no presente ensaio, na medida em que assenta a questão em exame sobre a correta consideração inicial de que “se o juiz conhece o direito - *jura novit curia* - e, ao decidir, deve aplicar as normas legais, é de se supor que o tenha feito realmente.” Mais do que a legalidade do julgado, a própria justiça da sentença deve ser presumida quando se interpretam as decisões judiciais, conclusão que decorre implicitamente da natureza sistemática da respectiva ordem jurídica. O citado jurista ilustra essa importante questão:

A presunção de não se haver decidido contra a lei envolve, no fundo, desdobramento, no campo da hermenêutica, da concepção sistemática do ordenamento jurídico. A partir de tal concepção, como adverte *Canaris*, “a solução adequada ao sistema é, na dúvida, vinculativa, *de lege lata* e é fundamentalmente de reconhecer como justa.” A decisão de acordo com a lei é a mais adequada ao sistema. Daí presumir-se haver sido adotada, na falta de elementos que indiquem o acolhimento de solução diversa.³⁹

X - O ALCANCE DE UMA INOVAÇÃO PROCEDIMENTAL

O procedimento sumaríssimo trouxe uma inovação procedimental que estimula indiretamente a confirmação da sentença razoável pelo tribunal.

Na verdade, a inovação procedimental hospeda o embrião de uma potencial mudança de paradigma acerca da função revisora dos tribunais, não obstante muitos de nós ainda não tenhamos percebido o seu alcance. Trata-se da confirmação da sentença por simples certidão: uma simples certidão substitui o acórdão, agilizando

³⁹ MALLET, Estêvão. *Ensaio sobre a interpretação das decisões judiciais*. São Paulo: Editora LTr, 2009. p. 57.

a tramitação do processo na fase recursal. Considerado o nosso histórico apego aos aspectos formais, muitos tiveram dificuldade de assimilar a racionalização procedimental representada pelo art. 895, § 1º, IV, parte final, da CLT.⁴⁰

Mais do que simplificação procedimental, o preceito confere uma racionalidade avançada ao sistema recursal da CLT, incorporando a compreensão superior de que o ato de julgar implica natural discricionariedade e que a solução adotada pelo julgador originário, a partir da imediação inerente ao primeiro grau de jurisdição, tende a ser ratificada pelo tribunal, dispensando-se a lavratura do acórdão quando o tribunal reputar a sentença razoável. A racionalidade avançada acolhida no referido dispositivo legal é uma das explicações para o elevado índice de efetividade alcançado pelo procedimento sumaríssimo.

A Justiça do Trabalho tem sido precursora em progressos na efetividade da prestação jurisdicional, premida pela natureza alimentar do crédito trabalhista e pela consequente agilidade exigida para sua satisfação. O preceito em questão é um desses progressos cuja potencialidade crescerá à medida que a demanda de massa por justiça seguir aumentando. Por ora, atua como um elemento fecundo para a reflexão sobre o método a ser utilizado no exercício da função revisora dos tribunais no julgamento dos recursos de natureza ordinária. Logo adiante, poderá operar como fonte de inspiração para dar-se maior efetividade também ao procedimento ordinário trabalhista, *de lege ferenda*. No futuro, servirá de inspiração à reforma do sistema recursal do CPC.

XI - MAURO CAPPELLETTI - A ATUALIDADE DE UM DIAGNÓSTICO

Embora realizado no ano 1973, é notável a atualidade do diagnóstico feito por MAURO CAPPELLETTI acerca da falta de efetividade da jurisdição na Itália à época. Examinando a questão também no âmbito do direito comparado, o jurista italiano afirma que o principal defeito dos sistemas jurídicos da *civil law* “[...] *es la profunda desvalorización del juicio de primer grado, con la conexas glorificación, si así puede decirse, de los juicios de gravamen*”, defeito que o jurista não identifica nos países anglo-saxões do sistema da *common law*.⁴¹

A partir do elevado índice de recorribilidade que os sistemas jurídicos da *civil law* ensejam e tendo em conta que a parte frágil economicamente tem maior dificuldade para resistir à demora do processo, MAURO CAPPELLETTI questiona o duplo grau de jurisdição. Critica a concepção de que se trataria de uma garantia absoluta, concluindo que “[...] *el exceso de garantías se vuelve contra el sistema*”.

⁴⁰ CLT: “Art. 895. Cabe recurso ordinário para a instância superior:

das decisões definitivas ou terminativas das Varas e Juízos, no prazo de 8 (oito) dias.

§ 1º Nas reclamações sujeitas ao procedimento sumaríssimo, o recurso ordinário:

[...]

IV - terá acórdão consistente unicamente na certidão de julgamento, com a indicação suficiente do processo e parte dispositiva, e das razões de decidir do voto prevalente. Se a sentença for confirmada pelos próprios fundamentos, a certidão de julgamento, registrando tal circunstância, servirá de acórdão”. (grifamos)

⁴¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, ideologías e sociedad*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973. p. 278 (grifos no original).

As palavras de CAPPELLETTI guardam atualidade quase quarenta anos depois:

Naturalmente existe todavía quien, de buena o de mala fe, piensa en la apelación y en el “doble grado de jurisdicción” como en una importante garantía procesal, tal vez una garantía de libertad, incluso algo absoluto e insuprimible. Es indudable que esta concepción no resiste una crítica seria y desprejuiciada. Por un lado, la apelación como juicio de novo lleva a esa perniciosa desvalorización del juicio de primer grado ya mencionada. Por otro lado, ningún ordenamiento, ni en Italia ni en cualquier otro país - tanto menos en Francia, donde la idea del ‘double degré de juridiction’ parece sin embargo estar particularmente arraigada - considera el doble grado de jurisdicción como una garantía constitucional, o sea protegida como una garantía fundamental e inderogable.⁴²

Depois de ponderar que cada vez que se acrescenta um novo grau de jurisdição, não só se faz um bom serviço à parte que não tem razão, senão que se faz também um mau serviço à parte que tem razão, CAPPELLETTI sustenta que o exame da matéria de fato deveria ficar circunscrito ao primeiro grau de jurisdição, limitado o recurso à matéria de direito:

Bastante mejor es tratar de tener, como en los sistemas anglosajones y en tantos otros, un cuidado juicio de primer grado, final en lo que concierne a las cuestiones de hecho, y abierto solamente a una impugnación por errores de derecho, sustancial y procesal, antes que a un verdadero y propio re-examen del mérito de la causa.⁴³

No direito processual civil brasileiro, OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA figura entre os juristas que sustentam ponto de vista semelhante àquele de MAURO CAPPELLETTI quanto à deslegitimação da jurisdição de primeiro grau gerada pelo sistema recursal:

No ponto mais elevado da escala, encontra-se uma magistratura altamente legitimada, contra a qual o sistema político abre mão dos recursos. À medida que descemos na escala hierárquica, reduz-se a legitimidade dos magistrados e avolumam-se os recursos, até atingirmos a jurisdição de primeiro grau, que o sistema literalmente destruiu, sufocando-a com uma infernal cadeia recursal que lhe retira a própria ilusão, de que ela poderia alimentar-se, de dispor de algum poder decisório.⁴⁴

No âmbito do direito processual do trabalho, ANTÔNIO ÁLVARES DA SILVA sustenta a valorização das sentenças de primeiro grau pela sua execução imediata. Ao explorar as potencialidades trazidas à execução provisória pela Lei n. 11.232/05 (CPC, art. 475-O), o jurista defende, *de lege ferenda*, deva ser executada a sentença na pendência do recurso ordinário do empregador:

⁴² Ob. cit., p. 279 (grifos no original).

⁴³ CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, ideologías e sociedad*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973. p. 279/280 (grifos no original).

⁴⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. p. 239/240.

Há de chegar um instante em que, uma vez confirmada a sentença de primeiro grau em recurso na segunda instância, se há de permitir a execução provisória com prestação jurisdicional definitiva, com atos alienatórios e levantamento de dinheiro. Mais perfeito ainda será o processo de execução trabalhista quando, a partir da sentença de primeiro grau, a prestação jurisdicional seja definitiva. A caução será prestada pelo Estado, garantindo-se o direito do executado mas sem ônus para o exequente.⁴⁵

O presente ensaio não tem o propósito de colocar em questão o próprio duplo grau de jurisdição em matéria de fato. Nada obstante o tema ora versado esteja limitado à discussão acerca da função dos recursos ordinários, o diagnóstico feito por MAURO CAPPELLETTI opera como argumento crítico importante para o debate acerca do fenômeno da desvalorização da jurisdição de primeiro grau nos sistemas jurídicos da *civil law*, conforme evidenciado por OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, debate que é correlato ao tema da função revisora dos tribunais e do método de seu exercício.

Essa discussão será mais fecunda se os tribunais receberem o convite ao debate com a abertura e sensibilidade propostas por ANTÔNIO ÁLVARES DA SILVA. Recorrendo à doutrina de ANDRÉA PROTO PISANI, o autor mineiro sublinha que

[...] a finalidade do apelo é exatamente permitir que o segundo grau aproveite a lição do que foi ensinado em primeiro (“*il secondo giudice ha minori probabilità di errare in virtù della possibilità de utilizzare quello che fu l’insegnamento del primo grado e valutarne i risultati*”).

Acontece que o “ensinamento” do primeiro grau, que de fato muitas vezes existe, pode ser desprezado pelo segundo que, abandonando a verdade, incide no erro. Outras vezes, corrige de fato o erro cometido na instância inferior. Portanto, o que há de concreto são reavaliações do mesmo fato, visto por pessoas diferentes, as quais podem ser coincidentes ou divergentes.⁴⁶

As seguintes palavras de ANTÔNIO ÁLVARES DA SILVA servem de inspiração para a reflexão proposta no presente ensaio:

Em meu gabinete, no TRT da 3ª Região, mantenho 99% destas sentenças. Ainda que não seja esta a média de outros juízes e regiões, dificilmente a reforma vai além de 90%. Quando há mudanças, são pequenas e insignificantes. Não recordo de haver reformado fatos integralmente em uma única sentença. Hoje a atividade dos TRTs é meramente homologatória do que se decide no primeiro grau. Portanto,

⁴⁵ SILVA, Antônio Álvares da. *Execução provisória trabalhista depois da Reforma do CPC*. São Paulo: Editora LTr, 2007. p. 76.

⁴⁶ SILVA, Antônio Álvares da. *Execução provisória trabalhista depois da Reforma do CPC*. São Paulo: Editora LTr, 2007. p. 25. Em tradução livre, a frase de Andréa Proto Pisani enuncia: o segundo juízo tem menor probabilidade de errar em virtude da possibilidade de utilizar-se daquele que foi o ensinamento de primeiro grau e avaliar os resultados.

valorizar os juízes de primeiro grau, que são a parte mais importante do judiciário trabalhista (e de qualquer judiciário em geral), é dever do legislador e do intérprete.⁴⁷

CONCLUSÃO

Enquanto não houver uma clara orientação para prestigiar as decisões de primeiro grau, devemos renunciar à ilusão da efetividade da jurisdição.

Se entre nós pode parecer prematura a mera supressão de recurso para a matéria de fatos e provas, como sugere a manutenção do veto presidencial ao inciso I do § 1º do art. 895 da CLT⁴⁸, dispositivo que limitava o cabimento de recurso ordinário nas causas sujeitas ao procedimento sumaríssimo às hipóteses de violação literal da lei, contrariedade à súmula de jurisprudência uniforme do TST ou violação direta da Constituição da República, pelo menos é razoável admitir a necessidade de uma séria reflexão acerca da finalidade da função revisora dos tribunais no julgamento de recursos de natureza ordinária e a respeito do método adotado para o respectivo exercício.

Essa reflexão deve ter por norte uma conseqüente preocupação com a efetividade da jurisdição, a qual somente pode ser construída laboriosamente mediante uma clara opção pelo fortalecimento da autoridade da jurisdição de primeiro grau e a partir da adoção de método adequado no julgamento dos recursos de natureza ordinária.

A Justiça do Trabalho precisa pensar nisso.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. “Vícios no exercício do poder discricionário”. In: *Revista dos Tribunais*, v. 89, n. 779, São Paulo, 2000.

⁴⁷ Ob. cit., p. 37.

⁴⁸ A Lei n. 9.957/00 introduziu o procedimento sumaríssimo trabalhista para as causas com valor de até 40 salários mínimos. Comentando o veto presidencial ao inciso I do § 1º do art. 895 da CLT, Estêvão Mallet desenvolve crítica consistente à ampla admissibilidade de recursos de natureza ordinária no caso de procedimento caracterizado pela oralidade, imediatidade e concentração. Diz o autor: “O texto do projeto de que se originou a Lei n. 9.957 limitava, de modo sensível, o efeito devolutivo do recurso ordinário, restringindo-o apenas aos casos de ‘violação literal à lei, contrariedade à súmula de jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho ou violação direta da Constituição da República.’ Aprovado no Congresso, o dispositivo proposto foi considerado excessivo, comprometendo o acesso das partes ao duplo grau de jurisdição, o que serviu de pretexto para o seu veto. Com isso tirou-se da Lei n. 9.957 o que talvez nela houvesse de melhor. A larga permissão de recursos de natureza ordinária não se justifica em procedimento que procura privilegiar a oralidade, a imediatidade e a concentração dos atos processuais. Aliás, nada mais contrário à imediatidade e à oralidade do que o duplo grau de jurisdição. O reexame amplo da causa pelo juízo do recurso, que não participou da colheita da prova, quebra inevitavelmente a imediatidade, enfraquecendo e desvalorizando a atividade cognitiva desenvolvida pelo juízo de primeiro grau e, mais ainda, a própria tarefa de apreciação direta da prova” (MALLETT, 2002, p. 97-98).

- CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, ideologías e sociedad*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973.
- _____. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, reimpressão, 1999.
- DESCARTES. *Discurso do método*. Livraria Exposição do Livro.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 3. ed. Petrópolis - Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1999.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. V. 1, 10. ed. Petrópolis - Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2001.
- MALLETT, Estêvão. *Procedimento sumaríssimo trabalhista*. São Paulo: LTr, 2002.
- _____. *Ensaio sobre a interpretação das decisões judiciais*. São Paulo: LTr, 2009.
- MARANHÃO, Délio; CARVALHO, Luiz Inácio B. *Direito do trabalho*. 17. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1993.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1983.
- OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Comentários às súmulas do TST*. 9. ed. São Paulo: Editora RT, 2008.
- SILVA, Antônio Álvares da. *Execução provisória trabalhista depois da Reforma do CPC*. São Paulo: Editora LTr, 2007.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.
- STEIN, Ernildo. *A questão do método na filosofia - um estudo do modelo heideggeriano*. 3. ed. Porto Alegre: Editora Movimento, 1983.
- TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma teoria geral do processo*. São Paulo: Editora Saraiva, 1993.
- VARGAS, Luiz Alberto de; FRAGA, Ricardo Carvalho. *Fatos e jurisprudência - reflexões iniciais*. Publicado no sítio <www.uol.com.br/lavargas>.