

O BÉLICO E O LÚDICO NO DIREITO E NO PROCESSO

Ives Gandra da Silva Martins Filho*

SUMÁRIO: 1 Da guerra ao jogo; 2 O processo negocial; 3 O processo legislativo; 4 Simplificação do sistema processual; 5 O processo e o juiz.

1 DA GUERRA AO JOGO

“O homem é um ser pacífico que nunca viveu em paz” (MARTINS, Ives Gandra. *Desenvolvimento Econômico e Segurança Nacional*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1971). Assim começava a sua dissertação de mestrado em ciência das finanças um velho liberal, formulando sua teoria do limite crítico dos gastos com segurança nacional sem comprometimento do desenvolvimento econômico. Assim começa também estas despreziosas reflexões aquele que então jogava com seus soldadinhos e armas de brinquedo em uma fazenda em Avaré, onde aquela tese era escrita.

No homem, o bélico e o lúdico estão umbilicalmente unidos ao seu caminhar sobre a face da Terra. A tal ponto, que se diz dos ingleses que, para levarem a sério uma batalha, deve-se-lhes propor: “Pensa que é um jogo!”. E, no caso dos franceses, para levarem a sério um jogo, basta instigá-los: “Pensa que é uma batalha!” (cf. MAUROIS, André. *Les Silences du Colonel Bramble*. Paris: Grasset, 1921, p. 9).

Na verdade, desde as olimpíadas gregas até as modernas olimpíadas, o esporte sempre foi a canalização do instinto bélico para o mais civilizado instinto lúdico. Ao invés das guerras entre as cidades-estado gregas, dos sangrentos espetáculos do Circo Romano com seus gladiadores ou das não menos letais justas medievais com seus cavaleiros couraçados, o esporte moderno representa a substituição do paradigma do domínio da força pelo paradigma da sadia competitividade moldada por regras.

Ora, o Estado de Direito representa justamente a superação da lei da selva e a instauração de uma sociedade pautada por regras de conduta. Essas regras dizem não apenas o que pertence a cada um (o *suum cuique*), mas também como fazer para garantir a porção de cada qual (o *tribuere*). Assim, o reconhecimento do direito de cada um é o fim, e os meios são o processo negocial, legislativo ou judicial.

* *Ministro do Tribunal Superior do Trabalho.*

Pode-se dizer que o processo é um jogo, pautado por regras, no qual se enfrentam pessoas ou grupos que esgrimem seus interesses. O processo é a forma civilizada de se comporem os interesses em conflito.

E o Direito? Qual a sua finalidade? Para Michel Villey (*Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003), a finalidade do direito não é nem regerar a vida em sociedade (função da moral), nem proteger os interesses de um grupo em relação a outro (função da política), mas o de dividir com Justiça os bens da vida (*to dikayon* grego e o *suum cuique tribuere* romano), resolvendo, assim, os conflitos de interesses na sociedade, de modo a impedir o império da força na defesa dos próprios interesses.

E quanto ao direito do trabalho? Qual seria a sua finalidade? Proteger o trabalhador, preservar a empresa, regular o mercado ou atender ao bem comum?

Sabemos que o movimento em defesa do trabalhador teve sua origem mais remota nas corporações de ofício das cidades medievais (associações de artesãos que regulamentavam toda sua atividade, com controle de preços, salários, quantidades produzidas e especificações das mercadorias, evitando os abusos que poderiam advir da livre concorrência).

A Revolução Industrial (transformação dos antigos métodos de produção artesanal para as novas técnicas de mecanização e especialização em linha de produção) fez eclodir a questão social (embate entre o capital e o trabalho): pelo liberalismo econômico, caberia às forças do mercado ditar o que seria devido ao empresário e ao trabalhador.

O liberalismo econômico exacerbado degenerou em capitalismo selvagem (exploração do trabalho pelo capital, com jornadas de 14 horas de trabalho, nas piores condições, em busca do aumento de lucro das empresas), cujos rebentos foram o movimento sindicalista (associação dos trabalhadores como meio principal de defesa de seus direitos) e o movimento comunista (coletivização dos meios de produção e dirigismo estatal da economia).

No princípio, o movimento sindical foi considerado ilegal, e as associações de trabalhadores, criminosas (verdadeira guerra entre patrões e empregados). Posteriormente, a união de trabalhadores em defesa de seus interesses tornou-se lícita e foi o que impulsionou o Estado a intervir na luta travada entre o capital e o trabalho, legislando sobre os direitos dos trabalhadores.

O direito do trabalho surgiu, assim, da luta dos trabalhadores pelo reconhecimento da dignidade do trabalho humano, das condições em que se deve desenvolver e o que lhe corresponde em termos de retribuição pelo esforço produtivo.

Ora, se a finalidade do Direito é a divisão dos bens, a do direito do trabalho é a justa distribuição dos frutos da produção entre o capital e o trabalho.

Assim não se pode atribuir ao direito do trabalho a missão de proteger o empregado (visão paternalista socializante), nem de preservar a empresa (visão conservadora flexibilizante), nem primordialmente regular o mercado (visão keynesiana intervencionista), mas, em uma síntese das posições dialeticamente opostas, promover o bem-comum (visão jusnaturalista empírica).

Com efeito, governar faz-se por meio das leis. A intervenção estatal no domínio econômico para reequilibrar as forças produtivas em conflito deve acontecer por meio da lei. E o objetivo de todo o Estado e de toda legislação é a promoção do bem comum.

O bem comum constitui o fim último da sociedade, consubstanciado na criação das condições (ajuda) para que os indivíduos que a compõem possam realizar os seus fins particulares (nem a visão individualista da *maior felicidade do maior número* preconizada por Jeremy Bentham, nem a visão coletivista do *primado do social* proposta por Hegel ou Marx). Essas condições consubstanciadoras do bem comum seriam a ordem e a paz, a liberdade e as bases econômicas mínimas (ordem de distribuição: relativa igualdade de condições de vida para todos). O bem comum prevalece sobre o bem particular quando referente a valores qualitativamente de mesma hierarquia.

As causas do bem comum, em síntese do pensamento de Johannes Messner (*Ética Social*. São Paulo: Quadrante, [s.d.], p. 178-180), seriam:

- a) material (o bem) – a distribuição ordenada (segundo as necessidades de cada um) e proporcional (à participação de cada qual) dos bens materiais e espirituais entre os membros da sociedade (profissões e funções que exigem maior habilitação ou suportam maior carga merecem retribuição maior);
- b) formal (o governo) – a atuação da autoridade diretora da sociedade, no sentido de estimular e promover as atividades individuais que redundem em bem do todo (não se trata de uma atividade planejada que substitua a iniciativa dos indivíduos);
- c) eficiente (os indivíduos) – a participação dos membros da sociedade na consecução dos fins comuns a todos;
- d) final (o objetivo) – a busca dos interesses individuais sem prejudicar os dos demais (auto-realização dos membros da sociedade).

Ora, deriva do bem comum o princípio da subsidiariedade, pelo qual o Estado apenas ajuda o indivíduo a atingir os seus fins existenciais, não o substituindo e não tendo competência para fazer o que o indivíduo ou comunidades menores (como os sindicatos na esfera laboral) podem fazer por sua iniciativa e recursos (reserva que entra em ação apenas quando o ente menor não tem forças para desempenhar sua missão).

É o princípio da subsidiariedade que disciplina as relações entre comunidade e indivíduo, liberdade e autoridade, e que distribui os poderes (ou esferas de dominação) na sociedade: “Tanta liberdade quanto possível, tanto Estado quanto necessário” (significa descentralização de competências e poderes). É do Estado o ônus da prova da incapacidade do ente menor assumir a sua responsabilidade e de intervir apenas durante o tempo que se fizer necessário. A arte de governar está em obter o máximo de bem comum com o mínimo de limitação à atividade individual dos membros da sociedade, como propugnado por Messner (*Ética Social*, p. 282-291).

Daí advém o ideal de que as normas laborais sejam primordialmente estabelecidas entre sindicatos e empresas, em negociação coletiva, cabendo ao Estado a legislação supletiva da ausência de normas autônomas. O Estado somente deve intervir nesse jogo quando as partes em disputa não são capazes de jogar civilizadamente ou chegar a uma solução de composição.

2 O PROCESSO NEGOCIAL

A reestruturação do modelo atual de relações de trabalho passa pelos debates em torno da reforma trabalhista, sindical e judiciária. Ocorre que essa reforma apenas será bem-sucedida se feita segundo uma ordem lógica.

Aqueles que sustentam que a CLT está antiquada para reger as relações de trabalho no Brasil de hoje fazem-no por entender que o excesso de direitos por ela garantidos impede a competitividade da indústria nacional e apenas contribui com a precarização dos direitos laborais, conduzindo à informalidade na contratação (sem carteira assinada, sem recolhimento dos encargos previdenciários e sem garantia dos direitos mínimos) ou à contratação fraudulenta (mediante recibo de pagamento de autônomo ou falsa cooperativa, criada pelo próprio empregador e imposta a adesão do empregado). Para tanto, sugerem a revogação de muitos dos dispositivos consolidados, deixando-se a disciplina da questão para a negociação coletiva.

Com tal conclusão, ainda que por raciocínio diverso, chegam aqueles que, estigmatizando a flexibilização de direitos (por considerar que a prevalência generalizada do negociado sobre o legislado importaria maior precarização dos direitos laborais, em face da fraqueza da maioria dos sindicatos para defender os interesses das respectivas categorias), entendem que a seleção de dispositivos anacrônicos, com sua revogação, poderia contribuir para melhorar as relações entre capital e trabalho: a batalha, no Congresso Nacional, ficaria por conta da abrangência, maior ou menor, do rol de dispositivos consolidados descartáveis.

Ora, ao invés de suprimir determinados dispositivos da CLT, em seleção que poderia pecar por excesso e com dificuldade prática de restabelecer aquilo que, por erro de avaliação, foi revogado, parece-nos mais prudente admitir a ampliação do rol dos dispositivos flexibilizáveis, uma vez que a redução de direitos seria tópica e temporária, podendo ser restabelecida a regra rígida ao final do período de vigência da norma coletiva.

Mas, para isso, é necessária a prévia reforma sindical, pois a negociação coletiva somente pode ser mais prestigiada em sistema no qual impere o pluralismo sindical e para o qual não exista a contribuição sindical impositiva para toda a categoria. O atual modelo, com monopólio de representação por sindicatos que já não gozam mais de representatividade efetiva das categorias e alimentados por contribuições compulsórias, apenas serve para a acomodação dos sindicatos, que não buscam com todo o empenho as condições que melhor atendam aos interesses da categoria, a par de abrir mão de direitos laborais, em troca de vantagens sindicais.

D O U T R I N A

O ideal seria a supressão da contribuição sindical e, em um regime de economia de mercado sindical (ou seja, de vários sindicatos podendo representar a categoria, sendo considerado, em cada momento, o representativo para negociar aquele que possuísse maior número de associados, limitando-se a substituição processual nos dissídios individuais aos associados, de modo a estimular a filiação), o sindicato depender apenas da mensalidade sindical.

Nesse sentido, sindicatos fortes, resultantes de um sadio regime concorrencial, estarão aptos a representar com maior eficácia a categoria na batalha por melhores condições de trabalho, que se ganha na mesa de negociações, da qual a greve não deixa de ser o recurso extremo, como “a guerra é a continuação da política por outros meios” (CLAUSEWITZ, Karl Von. *Da Guerra*. Brasília: UnB/Martins Fontes, 1979). Greve, diga-se de passagem, pautada por regras de jogo, cujo descumprimento importa a declaração de sua abusividade.

3 O PROCESSO LEGISLATIVO

O processo legislativo, em um regime democrático, conduz, necessariamente, ao processo judicial. Os representantes eleitos pelos vários grupos de interesses debatem sobre como deverão ser as regras de conduta na sociedade. Quando não há um grupo que seja francamente majoritário, há necessidade de composição, o que implica que os textos legais, que deveriam ser claros e evitar controvérsias, passem a ser dúbios, para atenderem aos interesses dos vários grupos, cada um dos quais considerando que é possível dar ao produto final legislativo a interpretação que mais o favoreça. Assim, a ausência de vitória clara de um grupo no processo legislativo faz com que o jogo apenas se transfira para o Judiciário, que deverá interpretar as leis criptograficamente redigidas.

Quando se discute a necessidade de reformas na legislação trabalhista e sindical, esquece-se que um consenso em torno dos pontos essenciais de mudança é praticamente impossível, pois, se as condições forem boas para os patrões, não o serão para os empregados, e, se forem boas para o grupo sindical, que ora goza de benefícios estatais (reconhecimento e contribuição sindical), combaterá a mudança quanto puder.

Assim, o que se deve buscar, principalmente em termos de reforma, é a reforma do processo, ou seja, o aperfeiçoamento das regras do jogo judicial para se chegar à definição dos direitos trabalhistas e sindicais. A simplificação do processo deve ser o objetivo maior de qualquer Reforma do Judiciário e não a mera criação de mais cargos ou de novos sistemas de controle, já que a máquina judiciária estatal padece menos de corrupção de seus membros (casos felizmente isolados) do que da lentidão paquidérmica de seu funcionamento, dadas as infundáveis instâncias e recursos para se protelar o resultado final da disputa.

4 SIMPLIFICAÇÃO DO SISTEMA PROCESSUAL

Um sistema processual saudável é aquele que resolve as demandas judiciais em tempo socialmente tolerável. Para isso, deve-se reduzir o número de recursos e

de instâncias. A sistemática recursal trabalhista atual permite que uma demanda seja rediscutida em torno de 25 vezes, se forem utilizados todos os recursos na fase de conhecimento e de execução (com embargos declaratórios e agravos). O sistema lembra campeonato de futebol de Estado pequeno, com apenas dois times competindo efetivamente, em um torneio que se disputa em oito fases de ida e volta, classificando-se para a final os dois melhores times, e a final sendo disputada em três jogos, mas com prorrogação e disputa final de pênaltis, em que somente nesse momento é que se sabe qual o campeão.

Com efeito, hoje, na seara trabalhista, com a constitucionalização dos principais direitos laborais (CF, art. 7º) e a previsão das principais garantias processuais na Carta Política (CF, art. 5º), as partes já ingressam em juízo invocando dispositivos da Constituição em seu favor, mais do que os preceitos da CLT que efetivamente disciplinam a matéria, visando justamente a viabilizar a chegada até o Supremo Tribunal Federal (que só aprecia questões constitucionais), como última fase necessária da disputa judicial em que se lançaram.

Ora, se os dois milhões de reclamações que ingressam anualmente na Justiça do Trabalho chegassem ao STF, a Corte Suprema, que conta apenas com onze ministros, estaria inviabilizada, e, com ela, todo o sistema, já que a demora na decisão pela última instância não permite a solução definitiva das controvérsias. Mas não é preciso ir tão longe com a imaginação, já que a realidade é, por si só, contundente: hoje, perto de 10% das demandas que ingressam na Justiça do Trabalho chegam ao TST, que dispõe de um acervo de 200 mil processos aguardando julgamento.

Se, como acontece em relação ao Estado de Goiás, uma reclamação leva em torno de 30 dias para ser solucionada na 1ª instância e 70 dias para decisão final no TRT, havendo recurso para o TST, a parte deverá esperar em torno de cinco anos para a apreciação de seu recurso, já que os 17 ministros da Corte, mesmo com a ajuda de juízes convocados dos TRTs e competente assessoria, não têm condições de apreciar mais do que 5.000 recursos por ano cada (o que já é algo sobre-humano: 125 processos apreciados por semana cada um).

Justiça tardia é injustiça. Se o trabalhador tiver que esperar a vida toda para receber o que lhe é devido (como acontece com milhares de reclamantes, cujo processo chega ao TST como “Espólio de Fulano de Tal”), a injustiça será o pálido sob o qual será enterrado! Daí a necessidade urgente de modernizar as regras do jogo processual, para torná-lo mais dinâmico, tendente a um resultado final rápido.

O paradigma atual do sistema recursal, com verdadeiras quatro instâncias “ordinaríssimas”, já que todos os casos são rediscutidos em cada instância, com pretensão inclusive de reexame de fatos e provas perante o STF e TST, está exaurido. As Cortes Superiores não dão mais vazão ao volume de recursos, e os processos passam a ser julgados “em massa”, com soluções que podem ser até menos justas do que as prolatadas pelas instâncias inferiores.

Há de se reconhecer que a crise por que passa o Judiciário representa o que Thomas Kuhn descrevia em sua obra clássica *A Estrutura das Revoluções Científicas*

(1963). Os “paradigmas”, como modelos de soluções aceitáveis para os problemas colocados pela ciência, não são imutáveis, devendo ser substituídos quando insuficientes para explicar ou resolver uma realidade cambiante e mais complexa.

A fórmula que melhor resolveria o problema atual do sistema recursal trabalhista, aproveitando a experiência das Cortes Constitucionais espanhola e alemã e das Supremas Cortes americana e argentina, seria a da seleção pelo critério de transcendência ou relevância dos processos a serem efetivamente julgados, introduzido para o TST por meio da MP 2.226/01. No entanto, a medida está pendente de regulamentação pelo próprio TST, a par de ter sido contestada pela OAB perante o STF, pendendo de decisão, inclusive, a liminar postulada, que não foi concedida até o momento.

Admitir um critério de seleção baseado na discricionariedade do julgador nas instâncias superiores significa desmitificar o paradigma da plena capacidade de controle, pela Corte Suprema e tribunais superiores, das lesões perpetradas ao ordenamento jurídico na sociedade.

Com efeito, em relação aos fatos, admite-se, sem qualquer contestação ao modelo atual, que sua discussão fique jungida ao duplo grau de jurisdição. Ora, ninguém nega que pode haver erro de julgamento na 2ª instância, por má apreciação da prova, e nem por isso se pretende que a causa possa ser rediscutida uma terceira vez. Nem a ação rescisória comporta reexame da prova. Ou seja, o sistema não está infenso à injustiça na aplicação da lei ao caso concreto, por erro na captação dos fatos.

Do mesmo modo, o erro de julgamento pode se dar sob o prisma não da compreensão do caso concreto em sua dimensão fática, mas o da interpretação da norma jurídica, alargando-a ou restringindo-a contrariamente ao seu texto expresso.

O que se espera de um sistema judicial racional, no que diz respeito à missão cometida aos seus órgãos de cúpula, encarregados da uniformização da jurisprudência e do respeito geral às normas de caráter nacional, é que dêem a interpretação final das normas jurídicas que compõem o ordenamento constitucional e legal do país. Missão impossível a ser acometida pela Suprema Corte e tribunais superiores é a da garantia de corrigir todos os erros e as divergências na interpretação do direito ocorridas no território nacional por parte das instâncias inferiores.

Assim, nem quanto aos fatos, nem quanto ao direito, é possível garantir para todos a correta adequação entre fato e norma, gerando uma decisão que atinja o ideal de justiça. O que, sim, se garante, por meio do acesso às Cortes Superiores, é a sinalização unívoca do que deve ser a interpretação da norma jurídica de caráter nacional.

Do contrário, transforma-se a Corte Superior em mero cartório de verificação sobre a adequação de cada decisão judicial gerada pelo sistema ao direito federal ou à interpretação que lhe dá a Corte Superior ou Suprema. E tal atividade inviabiliza o cumprimento da missão que efetivamente deve desempenhar.

Assim, conclui-se que a “transcendência”, que apenas significa, etimologicamente, o que “está acima”, passível de utilização como requisito processual, para descrever as causas que “transcendem” o interesse meramente individual, para repercutir na sociedade como um todo, exigindo um posicionamento claro dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário.

Mas como o novo sempre traz consigo o receio do desconhecido, é natural que haja resistência à alteração do paradigma. No entanto, sua plena implementação trará não só o desafogamento do TST, mas também a celeridade almejada por toda a Justiça do Trabalho, pois de nada adianta a rapidez de julgamentos nas instâncias inferiores se a demora no TST compromete a solução final das demandas. Passada a perplexidade inicial da novidade, teremos uma Justiça mais realista, perfeita e rápida, ideal almejado por juízes e jurisdicionados.

Nesse sentido, teríamos um sistema judicial em que o direito fundamental do cidadão seria ao duplo grau de jurisdição: a decisão de um juiz singular sendo revista por um colegiado. Ou seja, um campeonato disputado em dois turnos. As instâncias extraordinárias seriam um direito do Estado Federado, de ver seu direito uniformemente interpretado e aplicado em todo o território nacional.

5 O PROCESSO E O JUIZ

Dizia um amigo meu pontepretano, ao defender a não-utilização de consulta a telões e vídeotapes para confirmar ou anular um gol, impedimento ou falta, que “o juiz é a magia do futebol”: até um time “pequeno” como o seu pode ter esperança de ganhar, com a discreta ajuda do juiz. Se, por um lado, sua teoria hoje pode estar em descrédito no mundo dos torcedores, quando o Santo André arrebatou a Copa do Brasil e o São Caetano sagrou-se campeão paulista (ambos de 2004), por outro, não se tem pensado seriamente em substituir o juiz, no processo judicial, por um computador, que aplique a casos similares a solução já pacificada pela jurisprudência.

“Em breve, os casos de acidente de trânsito, de fraude fiscal e de pensão em caso de divórcio serão tratados por computador. E se colocarem num programa de computador os interesses do desenvolvimento coletivo do grupo; não a justiça, que não cabe nos mecanismos do computador”. Assim escrevia Michel Villey em sua *Filosofia do Direito* (São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 199).

No entanto, como o próprio jusfilósofo francês reconhecia, nunca o homem-juiz será substituído pela máquina-juiz (assim esperamos). E no jogo da distribuição da justiça – como todo jogo tem um árbitro –, o árbitro é precisamente o juiz. E as partes em litígio são os jogadores.

Quem ganha ou perde o jogo são as partes. O juiz apenas deve zelar para que o jogo se desenvolva dentro das regras (processuais). Não se concebe o juiz parcial, quer ideologicamente engajado com determinado grupo de interesses (ao estilo dos jus-alternativistas, que, na esteira da Escola Livre do Direito, de Kantorowicz, desprezam a lei e aplicam o “seu” senso de justiça, tendente invariavelmente para o

operário frente ao empregador, ao inquilino frente ao locatário etc.), quer subjetivamente afetado com a prevalência, ou não, da tese que defende (o juiz não sai “derrotado” quando seu voto é vencido em um colegiado).

Por outro lado, se o processo é um jogo, espera-se o *fair-play* dos contendores, procedendo com lealdade e boa-fé (CPC, art. 14, II), não formulando pretensões destituídas de fundamento (III), ou praticando atos inúteis ou desnecessários à defesa do direito (IV), ou ainda não interpondo recursos com intuito manifestamente protelatório (CPC, art. 17, VII). Recurso protelatório equivale à “cera” do futebol (quando se está ganhando) ou ao *clinch* do boxe (quando se está perdendo). E ambas puníveis com advertência do juiz (cartão, falta ou perda de pontos).

Ora, no processo, tal conduta “antiesportiva” também é punida, com multas e indenizações que podem variar de 1% a 20% do valor corrigido da causa (CPC, arts. 18 e 557). Quando a 4ª Turma do TST, em relação a determinada empresa que recorria invariavelmente de todos despachos ou acórdãos proferidos em seus processos, passou a aplicar-lhe pesadas multas por protelação do feito e litigância de má-fé, saiu publicado artigo na *Folha de São Paulo*, intitulado “O Ovo de Colombo” (Joaquim Falcão, 24.04.2003), em que se sustentava a desnecessidade de Reforma do Judiciário e de novas leis processuais, pois bastaria aplicar as já existentes para garantir a celeridade no andamento do processo. Com isso, as partes sopesariam o custo financeiro de qualquer tentativa de protelação do feito.

A protelação manifesta-se basicamente de dois modos: utilizar mais meios do que os necessários para se atingir o fim pretendido (embargos declaratórios para esclarecer o que já estava claro) ou persistir litigando, quando a matéria já se encontra pacificada pela jurisprudência, em sentido contrário à pretensão da parte que recorre (agravar de despacho calcado em súmula ou orientação jurisprudencial do tribunal). Nesse sentido, a protelação, no processo do trabalho, não é apenas do empregador, mas pode ser também do empregado, impedindo a solução final da demanda, quando já está claro que sua pretensão não conta com o agasalho do ordenamento jurídico.

É interessante notar como, no debate sobre as soluções para se dar celeridade ao processo, as que primeiro são esgrimidas são as de se colocarem óbices pecuniários à veiculação de recursos, entre os quais as multas por protelação. Assim, os anteprojetos de lei encaminhados pelo TST ao Poder Executivo, para remessa ao Congresso Nacional, prevêm, fundamentalmente, aumento das multas por embargos declaratórios protelatórios, instituição de depósito prévio para ação rescisória, aumento do montante do depósito recursal e da alçada para recurso de revista.

No entanto, naquilo em torno do que os próprios advogados concordam em tese (aplicar multa aos recursos protelatórios), nunca admitem em concreto que seus apelos sejam protelatórios e se queixam de magistrados que aplicam multas. Fazem lembrar os jogadores que acabam de cometer uma falta grave no futebol, com o adversário caído no chão gemendo de dor, e levantam as mãos para o alto como se nem houvessem tocado no adversário. Fazem lembrar também a passagem do opúsculo de Leon Tolstói *A Morte de Ivan Ilitch*, quando o personagem principal descobre que está com uma doença incurável e começa a pensar: “Na escola, eu

aprendi o silogismo clássico: ‘Todo homem é mortal; Caio é homem; logo, Caio é mortal’. Isto está bem para Caio, não para mim!’”.

Ronald Dworkin, festejado jusfilósofo da atualidade, desenvolve em sua obra *O Império do Direito* (1986) a “teoria da integridade”, calcada na necessidade de coerência do sistema: ao lado do valor “justiça” coloca o da “segurança jurídica”, segundo o qual se espera dos tribunais a coerência com o passado, valorizando os precedentes jurisprudenciais. Ou seja, a sociedade está mais propensa psicologicamente a aceitar eventuais injustiças na solução dos casos concretos do que as incongruências e delongas dos órgãos julgadores: a imprevisibilidade, indefinição e insegurança são os piores inimigos da ordem jurídica. Nesse sentido, se a jurisprudência já está pacificada em um determinado sentido, insistir com os recursos para contestá-la apenas contribui para a inviabilização da prestação jurisdicional como um todo.

Com efeito, vendo-se o caso do TST, que, apesar de contar, além de seus 17 ministros, com 14 juízes convocados, em regime de mutirão contínuo, os estoques de processos apenas aumentam, e as cartas de trabalhadores reclamando da demora não param de chegar. Não é possível correr em compasso de 100 metros rasos uma maratona! O paradigma atual de apreciação de recursos pelas Cortes Superiores está exaurido. Já não se julga, apenas se decide, e mesmo assim tardiamente!

A resistência corporativa à simplificação do processo faz lembrar, por contraste, o discurso de Lincoln em Gettysburg (“A democracia é o governo do povo, pelo povo e para o povo”): a Justiça existe para o jurisdicionado e não para o advogado, ou para o juiz ou para o promotor. Seu destinatário final é o jurisdicionado, e para ele deve estar voltado o processo, cuja solução deve se dar em tempo socialmente aceitável.

Portanto, um dos melhores meios que se tem, atualmente, para dar celeridade ao processo é a aplicação de multas aos litigantes que protelam o desfecho final da demanda. E o juiz não pode sentir-se constrangido em aplicá-las. Como no futebol, o árbitro que deixa o jogo correr solto, sem aplicar cartões quando se fazem necessários, apenas contribui para a violência em campo: passa-se do lúdico ao bélico em um piscar de olhos. Assim, uma sinalização clara de que a protelação será punida desestimula a interposição de recursos fadados ao insucesso.

Temos, em arremate, as lúcidas considerações do Ministro Marco Aurélio Mello, da Suprema Corte, quanto à necessidade de inibir a protelação processual, como forma de preservar a atuação viável dos Poderes que conformam o Estado Democrático de Direito:

“Observa-se, portanto, a existência de instrumental hábil a inibir-se manobras processuais procrastinatórias. Atento à sinalização de derrocada do Judiciário, sufocado por número de processos estranho à ordem natural das coisas, o legislador normatizou. Agora, em verdadeira resistência democrática ao que vem acontecendo, compete ao Estado-juiz atuar com desassombro, sob pena de tornar-se o responsável pela falência do Judiciário.

Cumpre-lhe, sem extravasamento, sem menosprezo ao dever de preservar o direito de defesa das partes, examinar, caso a caso, os recursos enquadráveis como meramente protelatórios, restabelecendo a boa ordem processual. Assim procedendo, honrará a responsabilidade decorrente do ofício, alfim, a própria toga.” (O Judiciário e a Litigância de Má-Fé. In: *Revista Prática Jurídica*, ano I, n. 2, 31 maio 2002)

Finalmente, questão que não pode deixar de ser abordada é aquela relativa à súmula vinculante, como instrumento de celeridade processual, ao estilo do *golden goal* (ou “morte súbita”) para definir mais cedo um jogo que já se arrasta por dois tempos (equiparáveis às 1ª e 2ª instâncias), não cabendo, quer às partes, quer ao juiz, prolongar o jogo por mais tempo do que a sociedade está disposta a assistir e tolerar.

Na disciplina de Filosofia do Direito que ministrei no Curso de Pós-Graduação do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), no 2º semestre de 2004, fizemos um exercício de dialética e retórica, ao estudarmos Perelman, Viehweg e Villey, tendo como caso concreto precisamente o da súmula vinculante, fazendo levantamento, entre os alunos, de todos os argumentos prós e contras a adoção do instituto, estabelecendo a natureza dos argumentos (políticos, jurídicos, sociológicos etc.) e seu quilate. O resultado, em suma, foi o que abaixo se descreve (apenas quanto à enumeração dos argumentos, sem valoração de natureza e peso).

Aqueles que se colocam contra a adoção de súmula vinculante o fazem, em geral, com base nos seguintes argumentos (explícitos ou implícitos):

- a) defesa, especialmente pelos juízes de 1ª instância, do seu livre convencimento, que não admite balizamento pela jurisprudência predominante nas instâncias superiores;
- b) repúdio, também por parte de juízes de instâncias inferiores, daquilo que seria uma concentração de poderes nas Cortes Superiores, cujos enunciados de súmula equivaleriam a preceitos de lei, transformando o Poder Judiciário em Legislador;
- c) defesa, por parte de advogados, de seu mercado de trabalho, uma vez que a rapidez na solução dos processos, com a aplicação da súmula vinculante desde a 1ª instância implicaria cessação da fonte de renda que representam os recursos (veja-se, por exemplo, o impacto da recente greve do Judiciário paulista, cuja paralisação de julho-setembro/2004 levou ao fechamento de cerca de 5.000 bancas advocatícias no Estado de São Paulo);
- d) desvantagem estatal com a solução rápida das demandas em que é réu (veja-se, por exemplo, o percentual elevado de recursos de entes da Administração Pública direta e indireta nos tribunais superiores, onde mais de 60% dos apelos provêm dessas entidades);
- e) abstração das súmulas, não condizente com a riqueza das situações concretas, decidindo-se “por atacado”, em procedimento que resultaria em injustiça, pela não-avaliação da situação específica de cada caso;

- f) engessamento da jurisprudência, que ficaria impedida de evoluir conforme o maior aprofundamento de todos os aspectos e conseqüências de uma determinada orientação decisória;
- g) ruptura com a tradição romano-germânica de nosso Direito, avessa ao *stare decisis*, em que o Direito não é codificado, mas fruto da jurisprudência.

Em contrapartida, podem ser apontados como argumentos favoráveis à adoção do efeito vinculante para as súmulas:

- a) promover a democratização de acesso às decisões das instâncias superiores, fazendo com que a parte que já sabe que seu direito é reconhecido pelas instâncias superiores não tenha que percorrer toda a *via crucis* das instâncias inferiores para alcançar o que já sabe de antemão que lhe será dado (pense-se, por exemplo, em questões previdenciárias, para as quais a expectativa de vida dos demandantes não permite aguardar por anos a fio a solução definitiva do processo);
- b) segurança jurídica, pacificando as principais controvérsias existentes no sistema em torno da interpretação das normas legais e constitucionais;
- c) celeridade processual, tornando socialmente aceitável o tempo médio de espera para a solução de uma demanda judicial;
- d) desafoamento dos processos nos tribunais, pela redução drástica do número de recursos, já que adotadas pelos juízes de 1ª instância as orientações jurisprudenciais das Cortes Superiores (a quem é afeta a missão constitucional de uniformização de jurisprudência e guarda da legislação federal e constitucional);
- e) viabilização do sistema como um todo, porque, se as Cortes Superiores não conseguem dar vazão à quantidade de processos que recebem, de nada adianta a rapidez de julgamento nas instâncias inferiores, pois as partes a quem o direito é reconhecido não conseguirão obter o fruto de seu ganho;
- f) possibilitar o aprofundamento das questões pelas Cortes Superiores (que terão tempo para apreciar, em todas as suas facetas, as questões novas que se apresentarem, sem a pressão do volume descomunal de recursos repetitivos e sobre matérias já pacificadas que assolam os seus gabinetes).

Minha posição pessoal é favorável ao instituto, conforme deixei expresso inclusive em voto, encarando a necessidade da segurança jurídica antes mesmo da aprovação do efeito vinculante para as súmulas:

“RECURSO DE REVISTA – QUITAÇÃO E HORAS EXTRAS – DECISÃO REGIONAL QUE DESPREZA OSTENSIVAMENTE AS SÚMULAS DO TST – DISCIPLINA JUDICIÁRIA – 1. A decisão recorrida, oriunda do 6º TRT, manifesta com todas as letras que não aplica as Súmulas nºs 330 (referente aos limites da quitação) e 340 (concernente aos limites da

condenação em horas extras do comissionista) do TST, o que ensejou a interposição do presente recurso de revista. 2. Nosso sistema jurídico-processual não adotou, até o momento, o instituto da súmula vinculante, o que, entretanto, não dispensa o magistrado das instâncias ordinárias, por disciplina judiciária, de acolher o entendimento pacificado pelos tribunais superiores (no caso, o TST e o STF). Também os próprios integrantes das Cortes Superiores, como consequência da sua participação em órgãos colegiados, não deixam de se submeter ao entendimento sedimentado pela maioria, fato que não representa nenhum desdouro intelectual, ressalvando eventualmente seu ponto de vista pessoal, mas não criando entraves à rápida solução das demandas judiciais. 3. Decidir contrariamente à jurisprudência sumulada das Cortes Superiores, quando não está em pauta direito humano fundamental desrespeitado pela própria lei interpretanda, importa sobrepor a visão pessoal (por mais respeitável que seja) ao pronunciamento pacificador daqueles a quem o ordenamento jurídico-constitucional investiu como intérpretes máximos das normas legais do sistema, gerando falsa expectativa ao jurisdicionado, comprometendo a celeridade processual e a segurança jurídica, a par de onerar desnecessariamente quer a parte vencida, que terá de recorrer para fazer valer o entendimento sumulado, quer os órgãos jurisdicionais superiores, abarrotando-os com recursos sobre matérias já pacificadas. 4. Por mais que se abrace, como o fazemos, uma visão jusnaturalista do Direito, na esteira de mestres como Johannes Messner e Michel Villey, para os quais a lei positiva, naquilo que contraria a lei natural, carece de legitimidade, não vinculando quer o cidadão, quer o julgador (v.g., quando admite o aborto ou a eutanásia), o certo é que o direito em debate, no presente feito (limites da quitação e de cálculo das horas extras), não corresponde às normas primárias (ligadas diretamente à vida e liberdade), fundadas na natureza humana (núcleo mínimo que cabe ao Estado apenas reconhecer), mas a normas secundárias (todos os demais direitos), cuja força vinculante decorre direta (contrato) ou indiretamente (lei votada pelo sistema de democracia representativa) do princípio jurídico básico do *pacta sunt servanda*, esgrimido como fundamento último da ordem jurídica tanto por neocontratualistas (John Rawls, Ronald Dworkin e Jürgen Habermas) quanto neopositivistas (Norberto Bobbio e Niklas Luhmann). 5. Assim, o respeito e a aplicação, pelas instâncias inferiores, da jurisprudência sumulada pelas instâncias superiores constitui baluarte do Estado Democrático de Direito (pelo respeito à vontade da maioria e do órgão instituído para dar a palavra final sobre a matéria), elemento de viabilização do Sistema Judiciário (pelo desafogamento das instâncias superiores quanto a questões já decididas) e de democratização de acesso do jurisdicionado às instâncias superiores (fazendo com que as questões já pacificadas se capilarizem pelo sistema, desonerando a parte beneficiada da necessidade de palmilhar toda a *via crucis* recursal para obter o direito que os órgãos de uniformização e resguardo das normas constitucionais e federais já lhe reconheceram ao pacificar a *questio*

D O U T R I N A

juris debatida na ação). Recurso de revista conhecido em parte e provido.”
(TST – RR 617.977/1999.6 – Rel. Min. Ives Gandra – *in* DJ 20.08.2004)

Poderíamos seguir com o paralelismo entre processo e jogo, falando, por exemplo, da inversão do ônus da prova como jogar com o benefício do empate (se nenhum gol ocorrer no jogo, ganhou-se o campeonato), mas o objetivo do presente estudo é apenas trazer à baila algumas reflexões sobre os problemas atuais do processo trabalhista, de forma descontraída, sem a mínima pretensão de esgotar o debate, esperando poder contribuir de algum modo para as discussões em torno da Reforma do Judiciário.