

DE DISCURSOS AUTORITÁRIOS

Carlos Eduardo Oliveira Dias¹
Guilherme Guimarães Feliciano²

Na sua coluna semanal publicada no dia 2 de julho, o jurista Lenio Streck mais uma vez exercita sua veia polemista, para atacar, desta feita, manifestação feita pelo Juiz do Trabalho Jorge Luiz Souto Maior, que teria defendido que *“a Justiça do Trabalho deveria resistir à aplicação do novo Código de Processo Civil, por entender que a nova lei é fruto do pensamento liberal e da lógica de mercado, tendendo a diminuir a potencialidade da influência dos juízes do trabalho dentro da realidade social.”* Embora tenha declarado que não pretendia “fulanizar” o debate, a referência explícita à manifestação do magistrado foi delineada pela indicação específica de uma palestra que ele proferiu em evento realizado no TRT da 18a. Região. Parte da situação concreta, pois, para estabelecer um pontificado genérico, presente desde o título de sua coluna, visando nitidamente atacar todos os juízes que, porventura, cometam a ousadia de defender algo semelhante.

Em que pese sua inquestionável cultura jurídica, tememos que o ilustre professor tenha cometido alguns equívocos nessa sua recente investida. Em primeiro lugar, embora tenha se baseado em uma palestra proferida em evento científico, conduz sua crítica como se isso fora declarado em um contexto jurisdicional. Mais: parece sugerir, nas entrelinhas, que a manifestação acadêmica desafiaria resposta disciplinar (o que nos obriga a recordar a impagável ironia de Mark Twain: *“It is by the goodness of God that in our country we have those three unspeakably*

¹ Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Campinas/SP. Doutor em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

² Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Taubaté/SP. Professor Associado II da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

precious things: freedom of speech, freedom of conscience, and the prudence never to practice either of them”).

Com efeito, ao descrever o “caso”, assim se pronuncia: “O juiz que jurou defender as leis e a Constituição e que cursou doutorado, prega, em pleno Estado Democrático de Direito, a desobediência a uma lei aprovada pelo parlamento e sancionada pela presidente. Em países como Alemanha, França, Espanha e Portugal (para citar apenas estes), tal conduta traria uma série de aborrecimentos a Sua Excelência, para dizer o menos. Em Pindorama, ao que sei, a declaração gerou... aplausos.” Apesar de não estar explícito, insinua-se a “pedagogia” de alguma espécie de sanção punitiva aos magistrados que, porventura, no contexto de suas decisões, viessem a dar uma interpretação similar ao que se apresentou na citada conferência. Queremos crer que não foi essa a intenção do articulista, dado que, juntamente com os valores constitucionais e republicanos muito bem traçados, abstratamente, em sua coluna, a garantia da *independência judicial* também pode ser dentre eles arrolado. Garantia que, sabe-se bem, não existe para o juiz, mas para o cidadão. As Nações Unidas assim a reconhecem, como textualmente se lê, p.ex., no artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, ou no artigo 14, 1, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Mas é também o que restou consagrado entre os *Princípios Básicos das Nações Unidas relativos à independência da Magistratura* (ratificados pela Assembleia Geral da ONU em sua Resolução n. 40/1932, de 29.11.1985):

Independencia de la judicatura

1. La independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura.
2. Los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, **sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo.**

[...]

8. En consonancia con la Declaración Universal de Derechos Humanos y al igual que los demás ciudadanos, **los miembros de la judicatura gozarán de las libertades de expresión**, creencias, asociación y reunión, con la salvedad de que, en el ejercicio de esos derechos, los jueces se conducirán en todo momento de manera que preserve la dignidad de sus funciones y la imparcialidad e independencia de la judicatura. (g.n.)

É, igualmente, o que consubstancia o *Valor n. 1* da conhecida *Carta de Princípios de Bangalore*, de 2002:

Independencia

Princípio

La independencia judicial es un requisito previo del principio de legalidad y una garantía fundamental de la existencia de un juicio justo. En consecuencia, un juez deberá defender y ejemplificar la independencia judicial tanto en sus aspectos individuales como institucionales.

Aplicación

1.1 Un juez deberá ejercer su función judicial de forma independiente, partiendo de su valoración de los hechos y en virtud de una comprensión consciente de la ley, libre de cualquier influencia ajena, de instigaciones, presiones, amenazas o interferencias, sean directas o indirectas, provenientes de cualquier fuente o por cualquier razón. [...]

E é, com efeito, de aquisição universal que

“Any mention of judicial independence must eventually prompt the question: independent of what? The most obvious answer is, of course, independent of government. I find it impossible to think of any way in which judges, in their decision-making role, should not be independent of government. But they should also be independent of the legislature, save in its law-making capacity. **Judges should not defer to expressions of parliamentary opinion, or decide cases with a view to either earning parliamentary approbation or avoiding parliamentary censure.** They must also, plainly, ensure that their impartiality is not undermined by any other association, whether professional, commercial, personal or whatever.”⁴

(BINGHAM, Thomas [Lord Bingham of Cornhill]. “*Judicial Independence*”. In: *Judicial Studies Board Annual Lecture*, 1996 – g.n.).

Por conseguinte, qualquer conjectura que pudesse induzir à conclusão de que um juiz possa ser punido pelo conteúdo das suas decisões — e, antes ainda, pelo conteúdo do seu convencimento acadêmico-científico (!) — seria uma mácula impensável àquela garantia universal, pouco cara aos regimes autoritários.

Por certo conhece a diferença crucial que existe entre defender uma tese jurídica, no plano acadêmico, e aplicá-la concretamente nos processos sob o julgamento de um magistrado, ainda que tenha ele próprio manifestado aquela defesa. Não que isso não possa ocorrer, pois uma das funções primordiais da produção intelectual é subsidiar a sua aplicação prática dentro das situações concretas ajustadas à hipótese teoricamente construída. No entanto, não nos parece muito feliz a associação de manifestações acadêmicas de um magistrado à sua prática profissional, criticando, sob o prisma do exercício da jurisdição, aquilo que foi declarado com base no postulado da liberdade de cátedra.

Por outro lado, em que pese os adjetivos utilizados pelo conferencista a respeito do NCPC - que, salvo melhor juízo, tem o direito constitucional de formular juízos valorativos sobre o que entender pertinente -, o ponto central e fundamental de sua análise não passa, como quis transmitir o ilustre colunista, pela pura e simples “desobediência civil”. O tom da conferência nitidamente foi o da defesa da autonomia do processo do trabalho e o da suficiência de seus institutos para a solução da maior parte dos problemas originados na gestão dos conflitos da Justiça do Trabalho. O que, naturalmente, tornaria despiciendo o uso de uma norma cunhada ideologicamente para propósitos distintos daqueles almejados pelo legislador trabalhista quando concebeu o processo do trabalho (e, já por isso, torna-se despicienda a discussão do que possa ser — ou

não — um código “liberal”: a questão, neste caso, é tão-só reconhecer a incompatibilidade do tratamento legislativo insito ao NCPC, em sua maior parte, com a simplicidade, a informalidade e a celeridade do processo laboral). Isto não configura “solipsismo”, nem tampouco “panprincipiologismo”. Decorre de uma mera operação intelectual de subsunção, tão ao gosto dos positivistas históricos: nos termos do artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho, “[n]os casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título”. **Casos omissos. Fonte subsidiária.** No que for **compatível**.

O cronista, no entanto, parece ignorar essa distinção ontológica, fazendo crer que os juízes do trabalho têm o dever incondicional de aplicar, na sua integralidade, o Novo CPC, como se fora norma própria de regência do processo laboral. Nesse afã, predispõe o leitor à equivocada conclusão de que o NCPC é fonte formal primária do direito processual do trabalho; não é. É fonte formal meramente *subsidiária*, como reza o precitado artigo 769 da CLT. Ou meramente *subsidiária e supletiva*, como diz agora o artigo 15 do NCPC.

Convém, então, esclarecer. Talvez pela pouca familiaridade com o procedimento e as particularidades do processo trabalhista, o ilustre articulista ignorou solenemente o fato de que este possui predicamentos e requisitos próprios para sua condução, os quais não necessariamente coincidem com os pressupostos adotados na formulação do novo Código de Processo Civil, que não foi para eles devotado. Aliás, está explícito no texto legal indicado que sua aplicação a outras modalidades processuais (processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos) só poderá ser feita, supletiva e subsidiariamente, *na ausência de normas próprias que os regulem*

(artigo 15/NCPC). Vale dizer - e o colunista bem sabe disso - que a percepção contemporânea de “norma jurídica” tanto abrange as regras como os princípios (se não outras espécies normativas, como os *postulados*, a vingar o pensamento de autores como Humberto Ávila), de modo que seria impróprio imaginar-se a aplicação supletiva do NCPC ao processo do trabalho (ou ainda ao eleitoral, ou ao administrativo) em situação de nítido confronto entre a norma-regra derivada de dispositivo inserto no NCPC e outra norma-regra – ou mesmo certa norma-princípio – própria do subsistema legislativo que regula o processo laboral. O requisito da *compatibilidade* (artigo 769/CLT) é o fiel de regência das “importações normativas” no âmbito de qualquer subsistema normativo com relativa diferenciação interna. Afinal, diria Luhmann, todo sistema – o que inclui seus (sub)sistemas – é um acontecimento *antientrópico* (v. e.g., ARAUJO, Cícero. WAIZBORT, Leopoldo. *Sistema e evolução na teoria de Luhmann*. In: *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*. São Paulo: agosto 1999. n. 47. pp.179-200). Produz-se a si mesmo sob uma perspectiva de ordem. Não de sépsis.

Nessa ordem de ideias, o palestrante concretamente censurado na leitura “não fulanizada” de Streck poderia, por seu entendimento, compreender que *nada* do NCPC é realmente compatível com o processo trabalhista. Estaria tão-só aplicando a regra do artigo 769 da CLT (e/ou a regra do artigo 15 do NCPC), segundo a sua interpretação. Que, retomemos Jürgen Habermas (“*O que é a Pragmática Universal?*”, 1976), não pode ser “verdadeira”, nem “falsa” (= atitude objetivante), porque esses atributos são próprios do mundo da natureza externa; antes, no “nosso” mundo de sociedade, uma interpretação jurídica será apenas “certa” ou “errada” (= atitude conformativa), cabendo ao Poder Judiciário, intérprete último das fontes formais do Direito, dizer se aquela compreensão do

preceito, como externada pelo palestrante — e com a qual, advirta-se, não concordamos *“in totum”*, mas que decerto respeitamos — tem ou não correção intrassistemática. Dirão, portanto, *os tribunais*. Não as corregedorias.

Enfim, uma palavra sobre *livre convencimento motivado* (ou *persuasão racional*), para além do que já se disse em torno da liberdade de expressão e — porque não dizer — da *liberdade de cátedra* de quem se expressou, em uma conferência jurídico-científica, também (ou sobretudo) na qualidade de professor. Vale um olhar, porém, sobre o que *pode* ou *não pode* decidir um juiz sob a toga. E permitimo-nos, aqui, referenciar reflexões de obra que está no prelo.

O que distingue a atividade legislativa da atividade judicante não é a sua criatividade substancial, mas o *modo* como ela é engendrada (v., p.ex., BACHOF, Otto. *“Der Richter als Gesetzgeber?”*. In: *Tradition und Fortschritt im Recht: Festschrift zum 500jährigen Bestehen der Tübinger Juristenfakultät*. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1977. pp.177-192). Os parlamentos legislam a partir de *inputs* de diversas naturezas (políticos, sociais, econômicos), tendencialmente difusos e abstratos. Juízes, ao revés, desenvolvem o *“judicial law-making”* a partir de *focos concretos* (modelo de *“cases and controversies”*) e em *“regime de soberania vinculada”* (Carnelutti), o que implica, segundo Cappelletti (*Processo, Ideologias e Sociedade*. Trad. Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008. v. I. p.17), três perspectivas indispensáveis:

(a) uma perspectiva inercial (*“nemo iudex sine actore”*);

(b) uma perspectiva de limitação objetivo-subjetiva ao âmbito de controvérsia definido pelas próprias partes (*“ne eat iudex ultra petita a partibus”*); e

(c) uma perspectiva necessariamente dialética (“*audiatur et altera pars*”).

Transparecem aqui os atributos clássicos do “*procedural due process*” (para nós, artigo 5º, LIV, da Constituição), desdobrando uma importante constatação: **os conteúdos formais da “*due process clause*” constituem, a um tempo, a substância que dá identidade à atividade judicial “criativa” (em relação, p.ex., à legislação) e também aquela que, dimensão política, justifica-a democraticamente.** A rigor, para a afirmação da *democracia* no imo da atividade judiciária, o devido processo legal cumpre concomitantemente — mas não exclusivamente — os papéis de *causa eficiente* (porque também a sustenta, endógena e exogenamente), de *causa formal* (porque justifica-a e nela se justifica) e de *causa final* (porque deve ser dela um objetivo).

A hipótese de um Poder Judiciário “não-criativo”, com um corpo de magistrados que apenas repita os textos de lei e adapte a vontade histórica do legislador aos casos concretos, em modo de (quase) pura subsunção formal, não atende aos pressupostos políticos do Estado Democrático de Direito. Sob tais pressupostos, a Magistratura torna-se incapaz de refletir a diversidade e a pluralidade do pensamento jurídico. E é menos apta a preservar as minorias contra os ímpetos das majorias políticas, que ditam os textos de lei. É que tampouco a “lei” é um fenômeno empiricamente abstrato ou neutro. E, diga-se claramente, um tal entendimento — se promana originalmente da ciência política — não é sequer algo para “iniciados”. A grande mídia já o diz. Assim é que “[o] Estado, nos seus vários níveis, não é neutro. Ele sofre pressão de grupos extremamente fortes que atuam dentro das burocracias estatais, nas secretarias, nas assembleias” (v. KOWARICK, Lúcio. “Centro de cobiça”. In: *O Estado de S. Paulo*. 29.01.2012. p.J-3). E daí se poder afirmar, com

inteira razão, que “[u]ma boa receita para produzir o pior dos mundos é aplicar com máximo zelo todas as leis vigentes” (SCHWARTSMAN, Hélio. “Tão perto, tão longe”. In: *Folha de S. Paulo*. 27.01.2012. p.A-2).

Assim, reservar ao juiz o papel de mero enunciador da lei é, na verdade, retirá-lo do jogo de “*checks and balances*”, vergastando um dos mais importantes mecanismos da forma republicana de governo. E, mais que isso, é manietar o próprio “*procedural due process*”, por combalir a independência judicial. Afinal,

“a independência do juiz há de ser compatível com sua configuração humana como sujeito de capacidade plena, de preocupações pela justiça que vão além de seu exercício profissional, e como titular de todos os direitos que a lei não lhe restrinja ou suprima em atenção a razoáveis medidas de incompatibilidade. Falamos, pois, de **um juiz não facilmente domesticável, não mudo, nem mais diminuído em seus direitos do que o indispensável**” (TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. “*Independencia judicial y garantía de los derechos fundamentales*”. In: *Constitución: Escritos de introducción histórica*. Madrid: Marcial Pons, 1996. p.163 - g.n.).

Ademais, é seguro que o postulado “*in claris cessat interpretatio*” já não se põe, em absoluto, no direito contemporâneo. Não há lei, por mais clara ou detalhada que seja, capaz de recusar ao intérprete/aplicador um mínimo exercício de criatividade e construção semântica. O que se deve discutir hoje, afinal, já não é a *legitimidade* da criação judiciária, mas — seguindo ainda CAPPELLETTI — o *grau*, o *modo*, os *limites* e a própria *aceitabilidade social* da criação do Direito pelas cortes judiciais (*op.cit.*, p.16).

Juízes não são autômatos. Nem são “neutros” (embora devam ser necessariamente *imparciais* — o que é outra coisa). Julgam sob as balizas do sistema jurídico-positivo, mas também manifestam percepções subjetivas do justo, cuja legitimidade se constrói (ou não) pelos referenciais teóricos do respectivo discurso.

Custa a crer que isto ainda precise ser dito.