

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

CARLOS MEDEIROS DA FONSECA

**DEMOCRACIA E CONTRADITÓRIO A PARTIR DA  
JUSFILOSOFIA DE JÜRGEN HABERMAS: UMA ANÁLISE  
DE DECISÕES DA JUSTIÇA DO TRABALHO**

VITÓRIA

2017

Dados Internacionais de Catalogação-na-publicação (CIP)  
(Biblioteca Central da Universidade Federal do Espírito Santo, ES, Brasil)

---

F676d Fonseca, Carlos Medeiros da, 1985-  
Democracia e contraditório a partir da jusfilosofia de Jürgen  
Habermas : uma análise de decisões da Justiça do Trabalho /  
Carlos Medeiros da Fonseca. – 2017.  
153 f.

Orientador: José Pedro Luchi.  
Dissertação (Mestrado em Direito Processual) –  
Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências  
Jurídicas e Econômicas.

1. Habermas, Jürgen, 1929-. 2. Direito – Filosofia. 3. Juízes –  
Decisões. 4. Democracia. 5. Contraditório (Direito). 6. Pesquisa  
jurídica. I. Luchi, José Pedro, 1955-. II. Universidade Federal do  
Espírito Santo. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. III.  
Título.

CDU: 340

---

CARLOS MEDEIROS DA FONSECA

**DEMOCRACIA E CONTRADITÓRIO A PARTIR DA  
JUSFILOSOFIA DE JÜRGEN HABERMAS: UMA ANÁLISE  
DE DECISÕES DA JUSTIÇA DO TRABALHO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração “Justiça, Processo e Constituição”.  
Orientador: Prof. Dr. José Pedro Luchi.

VITÓRIA

2017

CARLOS MEDEIROS DA FONSECA

**DEMOCRACIA E CONTRADITÓRIO A PARTIR DA JUSFILOSOFIA  
DE JÜRGEN HABERMAS: UMA ANÁLISE DE DECISÕES DA  
JUSTIÇA DO TRABALHO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração “Justiça, Processo e Constituição”.

Aprovada em 19 de abril de 2017.

**COMISSÃO EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. José Pedro Luchi  
Universidade Federal do Espírito Santo  
Orientador

---

Prof. Dr. Geovany Cardoso Jevaux  
Universidade Federal do Espírito Santo

---

Prof. Dr. Alexandre de Castro Coura  
Faculdade de Direito de Vitória – FDV  
Membro Externo

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, pela vida e luz.

Aos meus pais, pela educação e caráter.

À minha esposa, pelo amor, estímulo e paciência.

Ao estimado Professor Doutor José Pedro Luchi, pelos ensinamentos, incentivo e diálogo.

Aos Professores Doutores Geovany Cardoso Jevaux e Alexandre de Castro Coura, pelas lições e voto de confiança.

Ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, pela oportunidade de crescimento acadêmico, intelectual e pessoal.

Ao Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, pelo estímulo ao constante aperfeiçoamento profissional.

## RESUMO

Esta pesquisa, a partir de alguns conceitos filosóficos de Jürgen Habermas, como a ação comunicativa e a Teoria do Discurso, pretende aplicá-los ao princípio do contraditório no âmbito do Direito. Além disso, demonstra-se a integral composição do princípio do contraditório, decompondo-o nas facetas de informação, reação e poder de influência. Na sequência, a pesquisa busca evidenciar a associação existente entre os conceitos habermasianos e a produção da decisão judicial legítima, no desenvolvimento do procedimento dialético permeado pelo contraditório efetivo, o qual obteve nova valorização com o Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15). Trabalha-se a incidência do artigo 7º do CPC/15 no Processo do Trabalho, haja vista a lacuna normativa constatada na seara processual trabalhista, no que diz respeito especificamente ao contraditório efetivo. Em seguida, procede-se à análise sobre como esse princípio vem sendo aplicado em decisões proferidas pelo tribunal de cúpula da Justiça do Trabalho, levando-se em conta determinados casos-paradigma. Por último, trabalha-se a conclusão no sentido de que o contraditório se constitui em fator de legitimação da decisão judicial, sob o ponto de vista do exercício do poder jurisdicional em uma democracia, apontando-se a necessidade de aprofundamento da reflexão e discussão sobre essa temática no âmbito da Justiça do Trabalho.

## **ABSTRACT**

This research, from some philosophical concepts of Jürgen Habermas, as communicative action and the Discourse Theory, intends to apply them to the adversarial principle in the law. Furthermore, it is shown the full composition of the adversarial principle, decomposing it in information, reaction and power of influence facets. Further, the research seeks to highlight the association between Habermasians concepts and the production of legitimate court decision, development of dialectical procedure permeated by effective contradictory, which obtained new value to the 2015 Civil Procedure Code (CPC/15). Works with the effect of Article 7 of the CPC/15 in the Labour Process, given the regulatory gap found in labor procedural scope, with regard specifically to the actual contradictory. Then proceeded to the analysis of how this principle has been applied in decisions handed down by the Superior Labor Court, taking into account certain cases-paradigms. Finally, it is clear in the sense that the contradictory constitutes the ruling legitimizing factor from the point of view of the exercise of judicial power in a democracy, pointing to the need for further reflection and discussion on this topic under the Labor Court.

## SUMÁRIO

<b>1 – INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>2 – FORMAÇÃO DA NORMA JURÍDICA NO CONTEXTO DEMOCRÁTICO E A TEORIA DO DISCURSO DE JÜRGEN HABERMAS</b> .....	15
2.1 – TEORIA DO DISCURSO E O DIREITO ENTRE FACTICIDADE E VALIDADE .....	15
2.2 – AÇÃO COMUNICATIVA E CONSENSO NO CAMPO JURÍDICO .....	21
<b>2.2.1 – Fundamentação da ordem jurídica legítima pela ação comunicativa</b> .....	26
2.3 – PARADIGMA DELIBERATIVO-PROCEDIMENTAL DO DIREITO.....	34
<b>2.3.1 – Princípio do discurso aplicado ao processo judicial</b> .....	41
<b>2.3.2 – Sucintas considerações sobre a legitimação pelo procedimento na teoria de Niklas Luhmann</b> .....	45
2.4 – ALGUMA CRÍTICA À TEORIA HABERMASIANA.....	48
<b>2.4.1 – Um breve parêntese: a situação brasileira</b> .....	51
2.5 – A DECISÃO JUDICIAL COMO NORMA JURÍDICA CONCRETA OU COMO APLICAÇÃO DA NORMA JURÍDICA?.....	55
<b>3 – O CONTRADITÓRIO E O ARTIGO 7º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015</b> .....	62
3.1 – CONTRADITÓRIO .....	62
<b>3.1.1 – Notas sobre a dialética</b> .....	62
<b>3.1.2 – Brevíssima contextualização histórica</b> .....	64
<b>3.1.3 – Conteúdo do princípio do contraditório</b> .....	67
3.2 – MODELOS PROCESSUAIS TRADICIONAIS: ADVERSARIAL E INQUISITORIAL.....	75
3.3 – O MODELO COOPERATIVO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 .....	77
3.4 – UMA LACUNA NA SEARA PROCESSUAL TRABALHISTA.....	80
<b>3.4.1 – Contraditório efetivo e razoável duração do processo: uma aparente incompatibilidade no processo do trabalho</b> .....	84

<b>4 – PROCEDIMENTO E CRITÉRIO DE JUSTIÇA INSTITUCIONALIZADO</b> .....	89
4.1 – A INSUFICIÊNCIA DO JULGAMENTO “CONFORME A CONSCIÊNCIA” DO JUIZ .....	89
4.1.1 – O “livre convencimento motivado” à luz do Código de Processo Civil de 2015 .....	96
4.1.2 – Um olhar sobre a ordem normativa juslaboral .....	100
4.2 – A NECESSÁRIA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA DECISÃO JUDICIAL .....	103
4.3 – CRITÉRIO PROCEDIMENTAL DE JUSTIÇA .....	110
<b>5 – CONTRADITÓRIO EFETIVO E JUSTIÇA DO TRABALHO</b> .....	119
5.1 – SOBRE COMO O CONTRADITÓRIO É APLICADO EM DECISÕES TRABALHISTAS .....	119
5.1.1 – O livre convencimento motivado e a Justiça do Trabalho .....	119
5.1.2 – O contraditório efetivo e a Justiça do Trabalho .....	121
5.2 – ANÁLISE DE CASOS PARADIGMÁTICOS .....	124
5.2.1 – Pesquisa referente à expressão “livre convencimento motivado” .....	125
5.2.2 – Pesquisa referente à expressão “contraditório efetivo” .....	137
<b>6 – NOTAS CONCLUSIVAS</b> .....	143
<b>7 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	148

## 1 – INTRODUÇÃO

A Constituição Federal, promulgada em 1988, reintroduziu o regime democrático no Estado Brasileiro, inaugurando uma nova fase político-institucional que permite o enquadramento do Brasil na categoria de Estado Democrático de Direito, a começar pelo reconhecimento das liberdades públicas subjetivas como direitos fundamentais, passando pela autoridade conferida à vontade da comunidade jurídica – instrumentalizada pelo voto direto, secreto, periódico e universal, e culminando com a garantia de participação da sociedade na formação das decisões estatais.

A noção de que a sociedade deva ser ativo partícipe das tomadas de decisões públicas é característica marcante do Estado Democrático de Direito. Embora em sociedades complexas contemporâneas seja quase impossível a obtenção de consenso a respeito de qualquer temática, o estímulo ao desenvolvimento da autonomia pública, a partir da garantia da autonomia privada individual, formando-se um círculo virtuoso de conscientização e potencialização da cidadania, é fundamental para o estabelecimento de arenas comunicativas em que prevaleça o melhor entendimento coletivo racionalmente alcançável.

Democracia traz ínsito o conceito de participação, de primazia da vontade coletivamente obtida<sup>1</sup>. E um regime democrático deve, para ser merecedor de tal alcunha, institucionalizar as ferramentas possibilitadoras da participação dos cidadãos na formação da *vontade* estatal. Significa dizer que o Estado, por meio do ordenamento jurídico, deve instaurar procedimentos que permitam aos sujeitos de direitos interferirem na condução das discussões de cunho coletivo, bem como nas conclusões vinculativas emanadas do sistema jurídico estatal, de modo que os destinatários das decisões obrigatórias estatais também possam perceber-se como seus coautores. Seguindo-se essa linha deliberativo-procedimental, torna-se viável a obtenção de legitimidade democrática pelas resoluções assim extraídas.

---

<sup>1</sup> Não no sentido de “prevalência do interesse coletivo” sob o enfoque utilitarista, permitindo-se o aniquilamento do indivíduo em proveito do melhor benefício para o corpo social majoritário. O que se defende, aqui, na esteira das lições habermasianas, é que o regime democrático demanda que se sobreponha a vontade filtrada coletivamente às vontades individualmente consideradas.

O *ponto fulcral* do presente trabalho, como seu próprio título já adianta, consiste no estudo da relação direta que há entre Democracia e Contraditório, que se trata de uma derivação do vínculo intrínseco entre Democracia e Participação. Pretende-se trazer a lume a aplicabilidade da Teoria do Discurso e suas implicações jusfilosóficas, nos moldes traçados por Jürgen Habermas, no âmbito do Direito e, mais especialmente, na seara do Direito Processual, demonstrando-se a legitimidade democrática das decisões judiciais resultantes de processos judiciais permeados pelo efetivo contraditório. É dizer, a *problemática* de partida enfrentada nesta pesquisa baseia-se na ilegitimidade de decisões judiciais proferidas em descon sideração ao contraditório participativo – ou efetivo –, na linha da Teoria do Discurso habermasiana, em descompasso com o Estado Democrático de Direito. Adotando-se a linguagem interrogativa, pode-se assim expor o *problema* ora defrontado: há legitimidade democrática nas decisões judiciais prolatadas com inobservância do contraditório efetivo?

Nesse sentido, a *relevância* da investigação a que se propõe esta dissertação assenta-se na necessidade de legitimação democrática das decisões judiciais, mais especificamente, daquelas exaradas pela Justiça do Trabalho, como forma de restauração da confiabilidade do Poder Judiciário diante da sociedade, bem como da conseqüente pacificação dos dissensos sociais, dando-se, assim, cumprimento à função mediadora de conflitos inerente ao Direito.

A análise em curso ancora-se na *hipótese* de que a Justiça do Trabalho, ao se valer do “livre convencimento motivado” e do julgamento “conforme a consciência” do juiz para fundamentar suas decisões, incorre em ilegitimidade jurídico-democrática, ao menos formal, pelo fato de tal conduta não satisfazer a imperiosa observância do contraditório efetivo<sup>2</sup>.

Atendendo-se à necessidade de justificativa da *aderência* deste trabalho a uma das linhas de pesquisa do Programa de Pós-Graduação em Direito desta Universidade, esclarece-se que, conforme as especificações dos objetivos da linha de pesquisa

---

<sup>2</sup> Refere-se à Justiça Laboral por se tratar do limite metodológico definido para este trabalho, porém, decerto, a hipótese aventada estende-se ao Poder Judiciário como um todo.

JUSTIÇA, MEIOS DE DEFESA E DE IMPUGNAÇÃO DE DECISÕES<sup>3</sup>, a presente investigação parte de um diagnóstico de déficit democrático nas sentenças judiciais e direciona-se em busca do alcance da justiça/legitimidade das decisões, com fundamento no paradigma deliberativo-procedimental do Direito, mantendo-se a coerência com as garantias processuais constitucionais.

A aderência à referida linha toca diretamente o próprio *objetivo* do trabalho, que tem por aspiração legar um contributo, ainda que modesto, à evolução da discussão sobre a legitimidade democrática das decisões exaradas pelo Judiciário – mormente, pela Justiça Laboral –, superando-se o restrito enfoque na dimensão formal do contraditório, ampliando-se o olhar, igualmente, para a sua faceta substancial, tendo em vista, ainda, a harmonização com as garantias da celeridade e da efetividade da prestação jurisdicional.

Na primeira parte do trabalho, abordam-se os conceitos e entendimentos formulados pelo referido filósofo alemão, como a Teoria do Discurso, a ação comunicativa e a tensão do Direito entre facticidade e validade, procedendo-se à conexão de tais institutos ao processo de formação da norma jurídica no contexto democrático, além de abordar a sua aplicação no âmbito específico do processo judicial. Trata-se, também, da apresentação do paradigma deliberativo-procedimental do Direito proposto por Habermas, como modelo de ultrapassagem dos paradigmas jurídicos liberal e social, bem como a exposição de visões críticas à teoria habermasiana, contextualizando-se a realidade político-jurídica brasileira. Ainda são expostas as teorias que consideram a decisão judicial como norma jurídica *in concreto* e, por outro espectro, como aplicação da norma jurídica, distinguindo-a da norma geral emanada do processo legislativo – leia-se: lei em sentido amplo – com base nos níveis dos discursos jurídicos de fundamentação e de aplicação normativa.

O núcleo do capítulo seguinte é o princípio do contraditório, com todas as suas facetas e respectivas garantias observáveis no curso do processo judicial, quais

---

<sup>3</sup> Conforme extraído do sítio eletrônico do Programa de Pós-Graduação, *in verbis*: “Identificar os entraves teóricos e práticos existentes no Poder Judiciário para a realização da justiça e edificar elementos para a superação de um paradigma meramente formalista do processo civil a ser substituído por uma concepção de processo como meio adequado de garantia dos direitos fundamentais erigidos em estatura constitucional” (*In*: <http://direito.ufes.br/pos-graduacao/PPGDIR/detalhes-da-linha-de-pesquisa?id=427>).

sejam: informação, manifestação e influência. Aborda-se, de forma sucinta, o conceito de dialética como método necessário à legítima condução processual, além de um breve esboço histórico sobre a forma como o contraditório tem sido aplicado ao longo do tempo e do desenvolvimento da cultura jurídica. Outrossim, há a exposição da releitura do contraditório realizada pelo novo Código de Processo Civil Brasileiro, promulgado em 2015, que prestigia o modelo processual cooperativo/colaborativo na direção do processo judicial pelo juiz, cabendo esclarecer que, em decorrência de lacuna jurídica na seara processual trabalhista, o novo paradigma, com o fortalecimento do contraditório, merece aplicação no Processo do Trabalho.

A seguir, aborda-se a controversa questão da insuficiência do julgamento “conforme a consciência” do juiz, expondo-se o afastamento do “livre convencimento motivado” da ordem jurídica vigente. A partir do Novo Código de Processo Civil, sobrelevou-se no ordenamento brasileiro a figura do efetivo contraditório, em sentido amplo, que impede a condução, a instrução e a apreciação de processo judicial de maneira descompassada com a dialética. Abandonou-se, de vez, a indesejável figura do juiz solipsista, ensimesmado, incapaz de se manter em permanente diálogo com as partes até o remate da decisão judicial. Nesse sentido, a sentença assim exarada possui legitimidade democrática, por ser o produto de um procedimento dialético que assegura a participação dos interessados e destinatários da decisão estatal. Uma decisão desse jaez pode ser denominada de *justa*, tendo em vista que o critério de justiça (de validade, de legitimidade) encontra-se institucionalizado no procedimento alimentado pelo contraditório.

Por fim, esta pesquisa aborda a maneira como o contraditório vem sendo aplicado no Processo do Trabalho, partindo-se da análise de casos coletados da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. A conclusão a que se chega não é nada alvissareira, porquanto se nota um déficit de incidência do efetivo contraditório no desenrolar dos processos trabalhistas, nos quais se constata a marcante presença do “livre convencimento motivado”, em detrimento da deliberação e participação cooperativa dos litigantes. Estes, por um lado, têm respeitadas as garantias de informação e de manifestação no curso do processo, que se referem à dimensão formal do contraditório. No entanto, por outro lado, não se percebem como

coautores da decisão emanada do Estado-juiz, razão por que se conclui pela inobservância da garantia de influência das partes na formação da decisão, no tocante à dimensão substancial do contraditório.

Há um longo trajeto a ser percorrido até que o efetivo contraditório seja plenamente respeitado, na forma delineada pela Constituição Federal de 1988 e esmiuçada pelo Código de Processo Civil de 2015. É bem verdade que a efetividade e a celeridade<sup>4</sup> também devem ser obrigatoriamente perseguidas pelo julgador, o que demanda a incessante busca pelo equilíbrio entre o contraditório efetivo e as mencionadas garantias. Esse direcionamento requer, necessariamente, profunda reflexão e sincera postura crítica dos atores envolvidos no desenvolvimento teórico e prático do Direito Processual, de modo que o processo seja, finalmente, instrumento democrático de evolução da cidadania e de reconhecimento de direitos.

---

<sup>4</sup> Saliendo-se, por oportuno, que a *razoável duração do processo* é garantia fundamental e princípio processual estampado na Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LXXVIII.

## 2 – FORMAÇÃO DA NORMA JURÍDICA NO CONTEXTO DEMOCRÁTICO E A TEORIA DO DISCURSO DE JÜRGEN HABERMAS

### 2.1 – TEORIA DO DISCURSO E O DIREITO ENTRE FACTICIDADE E VALIDADE

Jürgen Habermas é o responsável pelo desenvolvimento da chamada *Teoria do Discurso*, que, aplicada à filosofia jurídica, defende que os conflitos sociais sejam resolvidos por meio da participação, do debate e do consenso racionalmente obtido entre todos os envolvidos no litígio. Como consequência desse procedimento comunicativo, a referida teoria possibilita a integração do tecido social e o fortalecimento da cidadania e da democracia<sup>5</sup>.

A filosofia habermasiana aparta-se da razão prática de origem kantiana, ou seja, da tradição prescritiva proveniente da razão prática considerada individualmente, em primeiro lugar<sup>6</sup>. Não se fundamenta, pois, em uma normatividade, um *dever-ser*, relacionada aos fins da conduta do indivíduo, como em Kant, mas apresenta uma normatividade atrelada aos meios, ao caminho a ser perseguido, ao procedimento a ser observado na formação da *vontade* coletiva.

A normatividade presente na filosofia de Habermas é mediata, ligada ao procedimento discursivo que, necessariamente, deve ser seguido. Desse modo, passa-se da razão prática à *razão comunicativa*, de ordem procedimentalista<sup>7</sup>. Nessa linha, explicita Luiz Moreira:

“Mas qual é a importância desse rompimento (com a razão prática) para uma teoria do discurso? E qual é a importância para uma teoria discursiva do direito? Em nossa opinião, é de fundamental importância (...) porque a normatividade da razão comunicativa só se dará mediatamente, isto é, só

---

<sup>5</sup> DARÓS MALAQUIAS, Roberto Antônio. **A função social do processo no estado democrático de direito**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 129.

<sup>6</sup> Para um aprofundamento de maneira bem acessível acerca da teoria da razão prática kantiana, ver: MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 208-229; ou diretamente em KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

<sup>7</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**, v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 19.

se torna prescritiva após ser estabelecida por um consenso discursivamente estabelecido.”<sup>8</sup>

Retomando-se o fio de raciocínio, compreende-se que, em Habermas, a *vontade* não tem o sentido conhecido da formação no âmbito das relações particulares, ou seja, de *autonomia privada* ou *liberdade negocial*. A vontade, aqui, significa o consenso e o acordo político em torno da questão social, de modo a determinar com quais normas todos poderiam concordar e, em seguida, quais seriam os direitos atribuíveis a que indivíduos. Sobre a caracterização da vontade, assim escreve Habermas:

“A justificação existencial do Estado não reside primeiramente na defesa dos mesmos direitos subjetivos, mas sim na garantia de um processo inclusivo de formação da opinião e da vontade, em que cidadãos livres e iguais chegam ao acordo mútuo quanto a quais devem ser os objetivos e normas que correspondam ao interesse comum. Com isso, exige-se do cidadão republicano mais que a orientação segundo seus respectivos interesses próprios”.<sup>9</sup>

No desenvolvimento de sua teoria social, o filósofo promoveu uma interpretação reconstrutiva das transformações da sociedade ocidental contemporânea, tendo por fim a *estabilização social* obtida por intermédio do Direito. Essa estabilização seria alcançada pela mediação que o Direito é capaz de realizar entre a *facticidade* e a *validade*, isto é, o Direito é dotado de condições para equilibrar a tensão existente entre o que é de fato respeitado e o que merece respeito racional – o que será mais bem explicado nos parágrafos seguintes, tendo como efeito a integração dos membros da sociedade.

A referida tensão entre facticidade e validade apresenta uma dimensão interna e uma dimensão externa ao Direito. Enquanto esta contrapõe a autonomia dos cidadãos ao poder político, econômico, social e não dominado juridicamente, aquela opõe a coercitividade das normas jurídicas e a legitimidade dessas mesmas normas. Nesses termos, leciona Marcelo Neves, *in verbis*:

“Do ponto de vista interno, a tensão entre validade e facticidade manifesta-se inicialmente na relação entre positividade e legitimidade. O direito vale não apenas porque é posto, mas sim enquanto é posto de acordo com um

---

<sup>8</sup> MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Jürgen Habermas**. Belo Horizonte: UFMG/FAFICH, 1999, p. 160-161.

<sup>9</sup> HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**: Estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002, p. 273.

procedimento democrático, no qual se expressa intersubjetivamente a autonomia dos cidadãos”.<sup>10</sup>

Respeitando-se os limites deste trabalho, deter-se-á na análise da dimensão interna ao Direito da tensão entre facticidade e validade<sup>11</sup>.

Conforme a leitura que Habermas realiza da teoria jurídica proposta por Kant, o Direito é capaz de sustentar a relação entre coerção e liberdade, sendo esta garantida pelo uso daquela, sob o monopólio estatal. Assim, a liberdade jurídica, compreendida como a compatibilização das liberdades externas de todos os indivíduos, é alcançada pela tutela da coerção, unidas na racionalidade jurídica, isto é, sob o complexo racional da legalidade<sup>12 13</sup>. A coerção se justifica como impedimento do impedimento à liberdade e as leis jurídicas são, sem contradição, leis livres e coercitivas.

Sobre o Direito propriamente, Habermas o conceitua a partir de uma estrutura normativa e coercitiva direcionada ao agir:

“Por ‘direito’ eu entendo o moderno direito normatizado, que se apresenta com a pretensão à fundamentação sistemática, à interpretação obrigatória e à imposição. O direito não representa apenas uma forma do saber cultural, como a moral, pois forma, simultaneamente, um componente importante do sistema de instituições sociais. O direito é um sistema de saber e, ao mesmo tempo, um sistema de ação. Ele tanto pode ser entendido como um texto de proposições e de interpretações normativas, ou como uma instituição, ou seja, como um complexo de reguladores da ação. E, dado que motivos e orientações axiológicas encontram-se interligados no direito interpretado como sistema de ação, as proposições do direito adquirem uma eficácia direta para a ação, o que não acontece nos juízos morais. De outro lado, as instituições jurídicas distinguem-se de ordens institucionais naturais através de seu elevado grau de racionalidade; pois, nelas, se incorpora um sistema de saber mantido dogmaticamente, isto é, articulado, trazido para um nível científico e interligado com uma moral conduzida por princípios”.<sup>14</sup>

Mas as normas jurídicas, para além da força coercitiva que as faz serem respeitadas, também devem poder merecer respeito. Significa afirmar que as normas jurídicas precisam possuir algo além da coercitividade; devem, igualmente,

---

<sup>10</sup> NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 114.

<sup>11</sup> SEGATTO, Antonio Ianni. **A tensão entre facticidade e validade**. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (org.). *Direito e Democracia: um guia de leitura de Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 37.

<sup>12</sup> HABERMAS, Jürgen. 2003, op. cit., p. 48-49.

<sup>13</sup> MOREIRA, Luiz. Op. cit., p. 136.

<sup>14</sup> HABERMAS, Jürgen. 2003, op. cit., p. 110-111.

ser legitimadas com base em uma validade racionalmente justificável – aqui já se apresenta a tensão supramencionada<sup>15</sup>. Percebe-se, então, que a teoria habermasiana contrapõe-se ao normativismo kelseniano<sup>16</sup>, o qual defendia a aferição de validade da norma apenas com base na análise de sua inserção formalmente hígida no ordenamento jurídico, ignorando, por outro turno, a questão da validade material do Direito.

Nesse contexto de uma filosofia pós-positivista, Habermas permite reacender, na teoria jurídica, a antiga dicotomia entre *validade material* e *validade formal*. Na história das ideias jurídicas, a referida dicotomia sempre se apresentou como uma *dualidade*.

A validade se relaciona à legitimidade e à aceitabilidade de uma ordem jurídica. Quando se prioriza a validade formal, dá-se importância ao aspecto procedimental de criação da lei: se ela resulta da autoridade competente e de um processo que adequadamente seguiu os parâmetros fixados pela própria legislação. Já a validade material tem preocupação com o conteúdo da lei produzida pelo Estado. Deve a lei expressar o que socialmente prevalece como sendo o *bom*, o *justo* e o *moralmente aceito*. Logo, a sanção deve ser o meio que permite a realização de valores, e ela mesma não pode ser moralmente rejeitada.

A ameaça de sanção externa, isto é, a coercitividade, é a imposição do Direito pelo Estado e configura o que Habermas denomina de *facticidade*, enquanto o que ele chama de *validade* deriva do processo racional de normatização do Direito, “por garantir a liberdade e fundar a legitimidade”<sup>17</sup>. Isso, como já exposto, restringindo-se a análise ao âmbito interno ao Direito.

---

<sup>15</sup> Nesse passo, afirma Coura: “Ainda que a racionalidade jurídica tenha se ligado anteriormente, de forma fundamental, à ideia de coerção, Habermas salienta que, contemporaneamente, a necessária afirmação da legitimidade do sistema de direitos não decorre simplesmente do exercício da força ou domínio em uma ordem concreta. As normas são consideradas legítimas na medida em que são passíveis de serem racionalmente sustentadas e aceitas por aqueles que, além de afetados por elas, devem sentir-se seus coautores” (COURA, Alexandre de Castro. **Heremênutica jurídica e jurisdição (in)constitucional**: para uma análise crítica da “Jurisprudência de Valores” à luz da Teoria Discursiva de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009, p. 205).

<sup>16</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

<sup>17</sup> HABERMAS, Jürgen. 2003, op. cit., p. 48.

Na discussão sobre a validade de determinada norma jurídica, a facticidade e a validade se separam, uma vez que a aceitação do comando jurídico, seja por imposição, seja por ameaça de sanção, é circunstância que difere da aceitabilidade das razões sobre as quais se fundamenta a pretensão de legitimidade da norma em questão<sup>18</sup>. Assim, para o autor, a validade da norma jurídica tem duas faces:

- a) *Validade social*, que pode ser decorrente da observância tradicional ou costumeira da lei (convencional) ou derivar da ameaça de imposição de sanções pela desobediência (artificial); e
- b) *Validade normativa*, que se baseia na legitimidade da criação da lei, ou seja, na justificação racional das pretensões de validade da norma jurídica em análise, em sua defensabilidade argumentativa.

Nessa mesma linha, nas palavras do próprio Habermas:

“A legitimidade de uma regra independe do fato de ela conseguir impor-se. Ao contrário, tanto a validade social, como a obediência fática, variam de acordo com a fé dos membros da comunidade de direito na legitimidade, e esta fé, por sua vez, apoia-se na suposição da legitimidade, isto é na fundamentabilidade das respectivas normas”.<sup>19</sup>

O mencionado filósofo compreende, por conseguinte, que a legitimidade de uma norma jurídica não depende de sua observância social, mas exatamente o oposto: a adequação da conduta da sociedade ao comando normativo é que depende da crença na legitimidade da norma<sup>20</sup>.

Para que uma norma jurídica seja considerada válida, o Estado deve assegurar que (i) a maioria dos cidadãos obedeça a essa norma, ainda que sob sanção ou ameaça; e que (ii) existam elementos institucionais para a legítima criação da norma, de modo que ela também possa ser obedecida “por respeito à lei”<sup>21</sup>.

E a obtenção de normas jurídicas dotadas de validade e legitimidade só é possível mediante a incidência do *princípio do discurso* no procedimento de elaboração das

---

<sup>18</sup> Idem, p. 59.

<sup>19</sup> Idem, p. 50.

<sup>20</sup> LUCHI, José Pedro. **Propedêutica habermasiana ao Direito**. Revista de Filosofia da UFES. Vitória, ano VII, n. 7, 2001, p. 175-200.

<sup>21</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**, v. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011, p. 308.

normas. O conteúdo abstrato do princípio discursivo, denominado de princípio “D”, é expresso pela seguinte fórmula: “são válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”<sup>22</sup>. Nessa linha, percebe-se que Habermas afasta-se, sob certo ponto de vista, da tradição do *contrato social*, fundada em Rousseau<sup>23</sup>, Kant<sup>24</sup> e Rawls<sup>25</sup>, na medida em que constrói sua teoria fundamentando a possibilidade de manutenção da integração social com base no modelo discursivo:

“Do ponto de vista da teoria do direito, as ordens jurídicas modernas extraem sua legitimação da ideia de autodeterminação, pois as pessoas devem poder se entender a qualquer momento como autoras do direito, ao qual estão submetidas. (...) Isso levou Kant a atribuir às pessoas que se encontram no estado natural – e posteriormente Rawls aos sujeitos que se situam na *original position* – uma capacidade genuinamente moral. No entanto, após a guinada linguística, é possível reinterpretar essa compreensão deontológica da moral em termos de uma teoria do discurso. Com isso, o modelo do contrato é substituído por um modelo do discurso ou da deliberação: a comunidade jurídica não se constitui através de um contrato social, mas na base de um entendimento obtido através do discurso”<sup>26</sup>.

Em resumo, a teoria discursiva habermasiana afirma que todo indivíduo, ao proferir um ato de fala, isto é, uma ordem, uma assertiva, uma interjeição etc, pretende que seu ato de fala seja considerado válido pelos interlocutores, que pode significar verdade, correção ou legitimidade e veracidade<sup>27</sup>. Isso significa, então, que há uma *pretensão de validade* em todas as proposições exaradas pelos sujeitos. É bem verdade que nem todo ato de fala terá sua validade reconhecida pelos receptores da proposição, por discordância quanto à sua validade ou por dificuldade de compreensão do enunciado. A partir de então, o sujeito emissor tem o dever de defender os motivos que fundamentaram sua proposição, argumentando racionalmente, fazendo surgir, assim, o que Habermas chama de *discurso*, que

---

<sup>22</sup> HABERMAS, Jürgen. 2003, op. cit., p. 142.

<sup>23</sup> ROUSSEAU, J. J. **Do contrato social**. São Paulo: CD, 2003, p. 29 e ss.

<sup>24</sup> KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua**: um projecto filosófico. Covilhã (Portugal), 2008, p. 11-12.

<sup>25</sup> RAWLS, John. **Justiça e Democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 245 e ss.

<sup>26</sup> HABERMAS, Jürgen. 2011, op. cit., p. 309.

<sup>27</sup> *Verdade*, para proposições assertivas; *correção ou legitimidade*, para proposições normativas morais ou jurídicas, respectivamente; e *veracidade*, para proposições expositivas.

consiste no ato de argumentar, de tentar demonstrar a validade de uma proposição que se pretende verdadeira<sup>28</sup>.

Do seio dessa *discussão*, em que se questiona a validade de enunciados apresentados, por um lado, e argumenta-se em favor de sua pretensão de validade, por outro, extrai-se o que Habermas denomina de *consenso*. O consenso é o melhor entendimento obtido coletivamente a partir dos argumentos e contra-argumentos. Por isso, o filósofo descarta a existência de uma *verdade* absoluta, única e indiscutível, uma vez que, no contexto da Teoria do Discurso, a verdade e a correção devem ser os produtos finais do processo de discussão acerca das pretensões de validade propostas, ou seja, considera-se como verdade “um acordo entre os envolvidos que depende da demonstração argumentativa da validade do discurso”. Esse acordo é finito e poderá ser reformulado em momentos posteriores, a partir de nova situação de argumentação.

## 2.2 – AÇÃO COMUNICATIVA E CONSENSO NO CAMPO JURÍDICO

Com o escopo de produzir normas dotadas de legitimidade, portanto, o processo legislativo é visto como um momento de integração social, considerando-se que o legislador deve agir como um mediador do entendimento entre todos os participantes da comunidade, para que as leis tenham suas pretensões de validade racionalmente compreendidas e aceitas por todos.

O Direito ocupa posição central na teoria da *ação comunicativa*, mantendo relação direta com a questão da integração social. O Direito é visto como um local de dissipação de tensões, em que as convicções pessoais dos legisladores, dos juízes e dos participantes da comunidade político-jurídica devem ceder diante do melhor entendimento entre todos. Nesse quadro, os membros da sociedade se percebem como destinatários e, ao mesmo tempo, autores das normas jurídicas produzidas

---

<sup>28</sup> ARRUDA ALVIM, Eduardo *et al.* **Habermas e contraditório**: a dialética e a participação como condições de possibilidade da decisão. *In*: Clodomiro José Bannwart Júnior (coord.). *Direito & teoria crítica: reflexões contemporâneas*. Birigui/SP: Boreal Editora, 2015, p. 468.

dessa maneira, extraindo-se do Direito, assim, a sua força sócio-integrativa, ou seja, extrai seu ideal poder de integração social exatamente da união entre a positividade das normas jurídicas, chamada de *facticidade*, e a pretensão de justificação racional dessas normas, denominada de *validade*, mediando a tensão entre ambas. Nessa esteira, explica o próprio J. Habermas:

“(...) a positividade do direito não pode fundar-se somente na contingência de decisões arbitrárias, sem correr o risco de perder seu poder de integração social. O direito extrai a sua força muito mais da aliança que a positividade do direito estabelece com a pretensão à legitimidade. Nessa ligação, reflete-se o entrelaçamento estrutural entre a aceitação, que fundamenta os fatos, e a aceitabilidade exigida por pretensões de validade (...).”<sup>29</sup>

Também a respeito do potencial sócio-integrador do Direito, veja-se o que diz Moreira, *in verbis*:

“(...) o Direito põe para si a tarefa de realizar o fardo da integração social sem, no entanto, restringir o espaço para a prática comunicativa. Isso justamente é o que possibilita o acoplamento de duas exigências do moderno sistema de Direito: a positividade e a pretensão à legitimidade racional. O nexó entre positividade e legitimidade possibilita ao Direito moderno desempenhar satisfatoriamente seu poder de integração. (...). Não se trata de uma vontade arbitrária que tudo transforma em lei. A força do ordenamento jurídico emana da sua expressão de legitimidade – ‘todo poder emana do povo e em seu nome será exercido’, diz o texto constitucional em conformidade com a tradição jurídica. É essa suposição de legitimidade que transforma o ordenamento jurídico em algo aceitável racionalmente para desempenhar a função de integração. Essa relação entre positividade e legitimidade assume uma forma de tensão pelo fato de o Direito reunir em si elementos sancionadores e elementos provenientes de uma autolegislação”.<sup>30</sup>

Por conseguinte, Habermas compreende que a estabilização dos conflitos sociais passa diretamente pela função mediadora do Direito, conciliando-se a coerção do direito, que garante um nível médio de aceitação da regra, com a ideia de autonomia política dos membros da comunidade, que fundamenta a noção de autolegislação e assegura a pretensão de legitimidade da regra, tornando-a racionalmente justificável e aceitável<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> HABERMAS, Jürgen. 2003, op. cit., p. 60.

<sup>30</sup> MOREIRA, Luiz. Op. cit., p. 149-150.

<sup>31</sup> HABERMAS, Jürgen. 2003, op. cit., p. 60-61.

À indagação “como explicar a possibilidade de reprodução da sociedade num solo tão frágil como é o das pretensões de validade transcendentais?”<sup>32</sup>, isto é, válidas para todos, em um ambiente de diversidade ética como o da sociedade contemporânea, o filósofo assim responde:

“O *medium* do direito apresenta-se como um candidato para tal explicação, especialmente na figura moderna do direito positivo. As normas desse direito possibilitam comunidades extremamente artificiais, mais precisamente, associações de membros livres e iguais, cuja coesão resulta simultaneamente da ameaça de sanções externas e da suposição de um acordo racionalmente motivado.”<sup>33</sup>

Nesse sentido, a administração da tensão entre facticidade e validade realizada pelo Direito é que permite a manutenção da coesão social. Isso ocorre porquanto, na concepção habermasiana, o direito atua como uma estratégia de estabilização dos dissensos sociais, pela promoção do consenso através da razão comunicativa:

“A razão comunicativa, ao contrário da figura clássica da razão prática, não é uma fonte de normas do agir. Ela possui um conteúdo normativo, porém somente na medida em que o que age comunicativamente é obrigado a apoiar-se em pressupostos pragmáticos de tipo contrafactual. Ou seja, ele é obrigado a empreender idealizações, por exemplo, a atribuir significado idêntico a enunciados, a levantar uma pretensão de validade em relação aos proferimentos e a considerar os destinatários imputáveis, isto é, autônomos e verazes consigo mesmos e com os outros”.<sup>34</sup>

Isso significa que a instauração de uma *arena de comunicação social*, a que todos os cidadãos tenham o mesmo acesso, é medida condicionante à produção e à reprodução de normas jurídicas legítimas.

O conceito de *ação comunicativa* – ou *agir comunicativo* –, desenvolvido por Habermas, fundamenta-se no estabelecimento de condições de entendimento entre os sujeitos, que devem abandonar o egocentrismo e se submeter aos critérios públicos de racionalidade<sup>35</sup>. Esclarece o filósofo tedesco que:

---

<sup>32</sup> Idem, p. 25.

<sup>33</sup> Idem, ibidem.

<sup>34</sup> Idem, p. 20.

<sup>35</sup> Destaca Alysson L. Mascaro que: “A teoria do agir comunicativo não é meramente uma teoria da linguagem. Por isso, ainda é uma espécie, dialeticamente superior, de formulação de racionalidades que se possam considerar universais. A interação entre os indivíduos, em sociedade, pode produzir, por meio da comunicação, consensos. A estabilidade desses consensos representa o horizonte daquilo que, historicamente, as sociedades entendem por razão” (MASCARO, Alysson Leandro. Op. cit., p. 363).

“O conceito ‘agir comunicativo’, que leva em conta o entendimento linguístico como mecanismo de coordenação da ação, faz com que as suposições contrafactuais dos atores que orientam seu agir por pretensões de validade adquiram relevância imediata para a construção e a manutenção das ordens sociais: pois estas *mantém-se* no modo do reconhecimento de pretensões de validade normativa”<sup>36</sup>.

Pode-se acrescentar, no mesmo sentido, que:

“O conceito de agir comunicativo corresponde, pois, às ações orientadas para o entendimento mútuo, em que o ator social inicia o processo da comunicação a fim de atingir a compreensão mútua e consensual. Habermas trabalha com o conceito de discurso como uma forma de comunicação que consiste na integração dos membros da sociedade.”<sup>37</sup>

Dessa maneira, a sociedade se reproduz e se mantém integrada por conta das “energias aglutinantes de uma linguagem compartilhada intersubjetivamente”<sup>38</sup>. A ação comunicativa é, portanto, orientada ao melhor entendimento coletivo<sup>39</sup>. Não se nega que, mesmo na ação comunicativa, existam também objetivos, finalidades e intenções por parte dos atores. Porém, neste tipo de ação, a primeira finalidade é voltada à busca do entendimento e do reconhecimento não forçado da validade dos argumentos postos<sup>40</sup>. Elucidativa a lição de Marcelo Neves, no tocante aos modos de ação na teoria de J. Habermas, *in verbis*:

“Na teoria habermasiana a diferenciação entre sistema e mundo da vida associa-se, em outro nível, à distinção entre agir comunicativo e agir racional-com-respeito-a-fins. O primeiro, como tenho enfatizado, é orientado para o entendimento intersubjetivo. Os participantes buscam, implícita ou explicitamente, o consenso em torno de referências aos mundos objetivo, social e subjetivo. O segundo orienta-se na busca do êxito, distinguindo-se em dois subtipos, ação instrumental e ação estratégia. A ação instrumental

---

<sup>36</sup> HABERMAS, Jürgen. 2003, op. cit., p. 35.

<sup>37</sup> BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. **O risco do dissenso segundo Jürgen Habermas**. In: Revista Mundo Jurídico, 2006. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25270-25272-1-PB.html>>, acesso em 03.06.2016.

<sup>38</sup> HABERMAS, Jürgen. 2003, op. cit., p. 45-46, nota 19.

<sup>39</sup> Esclarecedor é o texto de Baptista, com a única ressalva de que o agir estratégico é legítimo em seu âmbito de ação, não podendo ser visto como mera degeneração do agir comunicativo, *in verbis*: “A diferença do agir comunicativo e do agir estratégico se dá porque este corresponde a uma ação meramente instrumental. Neste, usa-se a linguagem apenas como meio de informações, como se a linguagem fosse uma ação voltada para a simulação, tratando-se, pois, o agir estratégico, de uma distorção do agir comunicativo. O falante, na teoria do agir estratégico, simula a intenção para perquirir se os meios de argumentação que utiliza são hábeis para produzir os efeitos efetivamente desejados, de sucesso, poder ou influência. O agir comunicativo é a disposição dos particulares para, a partir do diálogo, do discurso, se entenderem, e alcançarem um consenso sobre algo do mundo. A comunicação para Habermas é diálogo e o agir comunicativo é o instrumento para alcançá-lo” (BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. Op. cit.).

<sup>40</sup> REPA, Luiz Sérgio. **Direito e teoria da ação comunicativa**. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (org.). *Direito e Democracia: um guia de leitura de Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 59.

diz respeito à utilização de objetos para satisfação de interesses e necessidades humanas. (...) O agir estratégico ocorre como aplicação da racionalidade instrumental às relações interpessoais, constituindo em si mesmo uma ação social. Implica a escolha dos meios para influenciar um adversário. (...) Nesse sentido, o outro não se apresenta ao agente estratégico como pessoa, mas sim como meio para consecução dos seus objetivos egocêntricos.”<sup>41</sup>

Para o sujeito que age visando ao próprio sucesso, isto é, que *age estrategicamente*, a norma jurídica é vista como limite ao seu arbítrio individual – como lei de coerção, na leitura kantiana; enquanto o que busca o entendimento com os demais atores, ou seja, que *age comunicativamente*, percebe a norma como um escudo para a sua liberdade – lei de liberdade, para Kant<sup>42 43</sup>. O enfoque adotado pelo sujeito vai depender de sua finalidade, seja o seu próprio sucesso, seja o bem-estar coletivo, o que, decerto, inclui o seu próprio bem-estar<sup>44</sup>. Nos dizeres do filósofo alemão:

“(...) o ator poderá atribuir a uma prescrição juridicamente válida o *status* de um fato com consequências prognosticáveis ou a obrigatoriedade deontológica de uma expectativa normativa de comportamento. O curioso é que a validade jurídica de uma norma significa apenas que está garantida, de um lado, a legalidade do comportamento em geral, no sentido de uma obediência à norma, a qual pode, em certas circunstâncias, ser imposta por meio de sanções e, de outro lado, a legitimidade da própria regra, que torna possível em qualquer momento uma obediência à norma por respeito à lei”<sup>45</sup>.

E para que se estabeleçam as condições da ação comunicativa, é necessário que o participante da arena de comunicação social esteja razoavelmente bem informado sobre o assunto a ser objeto de deliberação e, ainda, que tenha argumentos suficientes para que se prove por que determinada visão por ele defendida é a melhor escolha racionalmente válida. Isso faz com que as diferenças de

---

<sup>41</sup> NEVES, Marcelo. Op. cit., pp. 75-76.

<sup>42</sup> HABERMAS, Jürgen. 2003, op. cit., p. 51-52.

<sup>43</sup> MOREIRA, Luiz. Op. cit., p. 138-139.

<sup>44</sup> Apartam-se os conceitos habermasianos de “agir comunicativo” e “agir estratégico” das noções kantianas de “imperativos categóricos” e “imperativos hipotéticos”, respectivamente, por conta da perspectiva encampada por cada um dos filósofos referidos. Por um lado, Kant fundamenta sua teoria no uso da razão, sob o ponto de vista do indivíduo, em primeiro lugar, apoiando-se em um dever-ser moral apriorístico; por outro lado, a filosofia de Habermas propõe uma visão comunitária/coletiva, além de pressupor uma normatividade *a posteriori*, ou seja, o dever-ser só ingressa na conduta do indivíduo a partir do momento em que o melhor entendimento coletivo for atingido, por meio da discussão argumentativo-racional. É claro que, como já exposto, na teoria habermasiana, o indivíduo também parte de um intento inicial, devendo dedicar-se ao consenso (ou o mais próximo disso) com o conjunto social em que está inserido, mas a partir de uma perspectiva não meramente individual, da maneira como elaborada por Kant.

<sup>45</sup> HABERMAS, Jürgen. 2003, op. cit., p. 52.

pensamentos, crenças e ideias existentes entre os concidadãos de uma sociedade civil tornem-se resolvíveis ante a discussão pelo bom entendimento coletivo<sup>46</sup>.

A respeito do âmbito específico do processo judicial, a participação dos atores na formação da decisão idealmente consensual, na forma proposta por Habermas, tem incidência direta e positiva na devida assimilação do conteúdo do princípio do contraditório<sup>47</sup>, revelando-se o caráter racional, democrático e socialmente agregador da decisão exarada no procedimento dialético<sup>48</sup>.

### 2.2.1 – Fundamentação da ordem jurídica legítima pela ação comunicativa

Nas sociedades tradicionais, a coesão social era garantida por critérios metafísicos, como as religiões e os costumes (moral) e, posteriormente, pelo Direito natural – também extraído daquelas proposições morais<sup>49</sup>. Na linha de entendimento de um direito racional, encampada por Kant, atrela-se a fundamentação do Direito à sua sujeição à moral, defendendo-se um escalonamento hierárquico entre Direito e moral, à medida que esta deve determinar até onde alcança a legitimidade daquele. Assim, os comandos jurídicos seriam válidos desde que derivados dos preceitos morais e estabelecidos positivamente. Portanto, a mera legalidade garantiria a

---

<sup>46</sup> No sentido da obtenção do melhor entendimento coletivo com o auxílio da Teoria do Discurso, Habermas leciona que: “Em face disso, a teoria do discurso conta com a intersubjetividade mais avançada presente em processos de entendimento mútuo que se cumprem, por um lado, na forma institucionalizada de aconselhamentos em corporações parlamentares, bem como, por outro lado, na rede de comunicação formada pela opinião pública de cunho político. Essas comunicações sem sujeito, internas e externas às corporações políticas e programadas para tomar decisões, formam arenas nas quais pode ocorrer a formação mais ou menos racional da opinião e da vontade acerca de temas relevantes para o todo social e sobre matérias carentes de regulamentação” (HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**: Estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002, p. 280-281).

<sup>47</sup> ARRUDA ALVIM, Eduardo *et al.* Op. cit., p. 468.

<sup>48</sup> Consoante ponderada exposição de Zaneti Jr., “nas sociedades democráticas, o essencial é o *dissenso*. O processo atua, entre outros tantos meios possíveis, como espaço vocacionado para solução e composição desse *dissenso*, constringendo ao diálogo e impedindo (na medida do possível) a ruptura do tecido social” (ZANETI JR., Hermes. **A constitucionalização do processo**: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 109, destaque no original).

<sup>49</sup> Não apenas a coesão social, mas também a legitimidade do Poder era enraizada em um modelo teológico de mandato divino da autoridade estatal, passando, depois, com a secularização da soberania, para o formato de legitimidade apoiada na razão como característica inerente da natureza humana (GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?**: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 279).

legitimidade da norma jurídica, uma vez que apoiada no pressuposto de que o Direito positivo era diretamente derivado das prescrições morais – e a elas submetido hierarquicamente<sup>50</sup>.

É relevante ressaltar, porém, que, na teoria habermasiana, a mera legalidade do Direito não tem o condão de garantir os fundamentos de legitimidade da ordem jurídica<sup>51</sup>. É preciso um algo mais. E esse “algo mais” é fornecido pela Teoria do Discurso.

Faz-se necessário, todavia, ressaltar o universalismo de ambas as modalidades de razão, prática-kantiana e comunicativa-habermasiana. Ademais, cabe destacar que a razão comunicativa diferencia-se, por certo, da razão prática, porém, não é completamente desprendida de conceitos morais, uma vez que a obtenção de um acordo coletivo racional passa, necessariamente, pela consideração da carga moral aportada por cada sujeito participante da deliberação.

A referida diferenciação, bem como o devido esclarecimento do que seja a razão comunicativa, fundamento da teoria da ação comunicativa, mostram-se necessárias à apreensão da teoria de integração social erguida por Habermas, fundada no diálogo e no consenso racionalmente atingido.

Em sociedades complexas pós-modernas, os fundamentos metafísicos – religiosos, éticos etc – que proporcionavam a integração social nas sociedades tradicionais perderam força, além do que houve um desencantamento com a obediência a um Direito natural supostamente derivado da razão. Surge, portanto, um enorme desafio, que é o de possibilitar a manutenção da coesão das sociedades pós-modernas, uma vez que a mera coerção imposta pela norma jurídica não seria suficiente para atingir esse intento aglutinador, pois desaguardaria em simples arbítrio e violência monopolizada instrumentalmente pelo Estado. Na leitura que Habermas faz

---

<sup>50</sup> Assevera Mascaro, *in verbis*: “(...) na filosofia de Kant, o direito possui um papel que é próximo, mas que não se confunde com o da moralidade. O campo do direito independe da motivação pessoal do sujeito. As razões pelas quais alguém cumpre a lei não são tão importantes quanto o simples fato de cumpri-la; por sua vez, no campo moral, não importa apenas cumprir mas sim querer cumprir. (...) Para Kant, o direito se distingue da moral porque esta última busca uma espécie de prática da lei por si mesma, tendo seu âmago na vontade interna do sujeito, enquanto o direito se impõe como uma ação exterior, concretizando-se no seu comprimento ainda que as razões do sujeito não sejam morais” (MASCARO, Alysson Leandro. Op. cit., p. 223).

<sup>51</sup> HABERMAS, Jürgen. 2003, op. cit., p. 54.

desse contexto, o Direito moderno é a instância capaz de assegurar tal integração, em razão de sua força integradora derivada da mediação realizada entre a facticidade e a validade, possibilitada pela ação comunicativa e pela liberdade discursiva dos cidadãos, culminando em legitimidade da norma jurídica produzida<sup>52</sup>. Nas palavras do filósofo:

“Pois, sem um respaldo religioso ou metafísico, o direito coercitivo, talhado conforme o comportamento legal, só consegue garantir sua força integradora se a totalidade dos *destinatários* singulares das normas jurídicas puder considerar-se *autora* racional dessas normas. Nesta medida, o direito moderno nutre-se de uma solidariedade concentrada no papel do cidadão que surge, em última instância, do agir comunicativo. (...) Essa conexão interna entre a facticidade e a validade da imposição do direito e da legitimidade do processo de legislação que funda a validade social (*Geltung*) constitui uma hipoteca pesada para sistemas jurídicos destinados a tirar dos ombros dos atores que agem comunicativamente a sobrecarga da integração social”<sup>53</sup>.

Nessa mesma direção, de maneira bastante didática, esclarece Moreira:

“(...) com as exigências pós-metafísicas que exorcizaram as bases sacrorreligiosas, que, durante séculos, ofereceram uma base factual ao Direito, e com a crescente fragilidade de ordenamentos jurídicos incapazes de legitimar racionalmente suas pretensões de validade, o Direito só poderá conservar sua função de integração social se, e somente se, puder eliminar as fronteiras que colocam os sujeitos de direito como meros espectadores da jornada jurídico-política. Somente quando pudermos ter no Direito a compreensão de que suas normas contêm uma manifestação racional e livre de nossas vontades, ele se transformará em fonte primária de integração social”<sup>54</sup>.

Como exposto, o Direito é o *medium* apto a harmonizar a coerção da norma/sanção ou ameaça de sanção (facticidade) e a liberdade de obediência racional/legitimidade da norma (validade), o que enseja a produção de proposições jurídicas cujos destinatários podem perceber-se, igualmente, como seus cocriadores, possibilitando a coesão de sociedades díspares e pluralistas, quanto aos valores, e gerando uma ordem jurídica munida de robusta consistência democrática, em nível moral normativo da justiça.

---

<sup>52</sup> Bem resume Goyard-Fabre: “Em outras palavras, uma vez que ‘a atividade comunicacional’ é constitutiva da sociedade, as bases do direito só podem ser encontradas no pensamento, dito ‘pós-metafísico’, da intersubjetividade. Depois da queda das grandes metafísicas, uma norma jurídica deve buscar sua validade (*Geltung*) no acordo, ou ‘consenso’, que resulta, numa comunidade, de uma ‘discussão prática’ entre seus diversos membros.” (GOYARD-FABRE, Simone. op. cit., p. 319, destaque no original).

<sup>53</sup> HABERMAS, Jürgen. 2003, op. cit., p. 54-55.

<sup>54</sup> MOREIRA, Luiz. Op. cit., p. 143.

A formação de um Direito positivo dotado de legitimidade depende da obediência a um procedimento racional-discursivo a que todos os sujeitos de direito tenham amplo acesso e possibilidade de interferência e questionamento. Esse processo de construção da vontade coletiva, harmonizando-se as autonomias privadas individuais, possibilita a aquiescência geral em relação às normas jurídicas assim produzidas. Nessa esteira, expõe o filósofo alemão:

“A legitimidade do direito positivo não deriva mais de um direito moral superior: porém ele pode consegui-la através de um processo de formação da opinião e da vontade que se presume racional. (...) E, neste trabalho, apoiêi-me no princípio segundo o qual podem pretender legitimidade as regulações normativas e modos de agir merecedores do assentimento de todos os possíveis envolvidos enquanto participantes de discursos racionais”<sup>55</sup>.

É bem verdade que se pode acusar a formação de normas jurídicas por intermédio do processo legislativo nos moldes teorizados por Habermas como um tanto idealista, o que seria, porém, injusto anátema. Se bem compreendido, o modelo procedimentalista defendido pelo filósofo mostra-se bastante plausível na medida em que propõe conciliar os interesses particulares – autonomias privadas individuais, no interior de uma arena comunicacional ampla e racional, em que os sujeitos tenham condições de apresentar suas pretensões de validade, não apenas estrategicamente, mas interessados no melhor entendimento coletivo, o que, ao fim e ao cabo, será a melhor resolução para todos, inclusive, para os sujeitos individualmente considerados, por serem membros da comunidade jurídica. Por isso, é fundamental que os atores exerçam seus direitos de participação na formação da vontade coletiva, visando à compatibilização dos interesses gerais, de modo que, somente assim, o procedimento democrático de estabelecimento do Direito terá êxito<sup>56</sup>.

Segundo o filósofo, a garantia de liberdade individual – autonomia privada – caminha inexoravelmente atrelada à liberdade de definição da ordem jurídica – autonomia pública<sup>57</sup>. O sujeito só pode compreender-se verdadeiramente autônomo se alcançar

---

<sup>55</sup> HABERMAS, Jürgen. 2011, op. cit., p. 319.

<sup>56</sup> Idem, p. 323.

<sup>57</sup> Sobre a ligação entre a autonomia privada e a pública, o filósofo alemão assevera que “a fundamentação do sistema dos direitos pela via da teoria do discurso esclarece o nexo interno que existe entre autonomia privada e pública. O direito não consegue o seu sentido normativo pleno *per se* através de sua *forma*, ou através de um *conteúdo* moral dado *a priori*, mas através de um

o exercício das duas facetas de sua liberdade: autodeterminar-se livremente no âmbito privado e atribuir-se as normas de conduta a serem obrigatoriamente seguidas. Assim, uma forma de autonomia é, ao mesmo tempo, dependente e possibilitadora da outra<sup>58 59</sup>. E, para Habermas, o Direito legitima-se como um “meio para o asseguramento equânime da autonomia pública e privada”<sup>60</sup>, sendo que ambas as formas de liberdade “pressupõem-se mutuamente, sem que haja primazia de uma sobre a outra”<sup>61</sup>.

Utilizando-se as liberdades comunicativas, não somente *estrategicamente*, isto é, voltadas apenas à defesa das finalidades e interesses próprios, mas assumindo, igualmente, o papel de integrantes de um processo coletivo de entendimento racional, ou seja, agindo *comunicativamente*, os cidadãos detêm a razoável possibilidade da *autolegislação*, produzindo-se uma ordem jurídica válida e legítima, edificando-se, assim, um Estado democrático de Direito<sup>62</sup>.

Cabe ressaltar, outrossim, que a lei jurídica deve ser colocada, isto é, inserida no conjunto normativo estatal, em posição comunicativa, porém, os cidadãos podem acolhê-la em dupla posição, comunicativa e estratégica. Significa dizer que a composição de uma norma jurídica legítima, ou melhor, o processo legislativo de colocação da lei deve ter como substrato o agir comunicativo. No entanto, a obediência ou não a essa norma pode se dar sob o enfoque do entendimento com a coletividade, partindo-se do melhor interesse coletivo, ou mesmo a partir dos meros interesses individuais estrategicamente considerados, o que se insere na autonomia privada do cidadão.

É claro que a descrita participação dos sujeitos de direito na formação da ordem jurídica legítima só pode ser garantida pela igualdade das liberdades subjetivas. Explica-se. Possuindo cada ator a mesma possibilidade de se manifestar, de

---

*procedimento* que instaura o direito, gerando legitimidade” (HABERMAS, J. 2003, op. cit., p. 172, destaques no original).

<sup>58</sup> HABERMAS, Jürgen. 2002, op. cit., p. 290.

<sup>59</sup> CATTONI DE OLIVEIRA, M. A. **Coesão interna entre Estado de Direito e democracia na Teoria discursiva do Direito e do Estado Democrático de Direito de Jürgen Habermas**. In: *Virtuajus*, Belo Horizonte, 2003. Disponível em <[www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/ano2\\_2/Coesao%20interna.pdf](http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/ano2_2/Coesao%20interna.pdf)>, acesso em 24.06.2016, p. 6.

<sup>60</sup> HABERMAS, Jürgen. 2002, op. cit., p. 291.

<sup>61</sup> CATTONI DE OLIVEIRA, M. A. op. cit., p. 9.

<sup>62</sup> HABERMAS, Jürgen. 2011, op. cit., p. 324.

apresentar suas pretensões de validade e, também, de questionar as que já foram apresentadas, estará, desse modo, assegurada a igualdade na distribuição da liberdade comunicativa.

De maneira inerente, o Direito apresenta, por um lado, a feição de coercitividade e, por outro, a possibilidade de revogação de suas prescrições – *falibilidade*. Sendo assim, para que a sua criação seja legítima (e estável), conforme a teoria de J. Habermas, os integrantes da comunidade devem chegar a um entendimento coletivo acerca do que deve ser *juridicamente obrigatório*<sup>63</sup>. Por isso é que se disse que a igualitária liberdade comunicativa é medida necessária à obtenção desse entendimento, pois os sujeitos devem ter idênticas condições de arguir pretensões de validade, questioná-las, debatê-las, expor racionalmente os fundamentos dessas pretensões e, uma vez aceitos tais fundamentos pela comunidade, chega-se a uma “normatividade legítima”<sup>64</sup>. Por conseguinte, de acordo com tal procedimento de formação da vontade pública, o arbítrio individual não ganha terreno e a única coerção que se legitima, nesse processo, é a do melhor argumento coletivamente debatido e eleito.

A norma jurídica posta não é detentora de autoridade absoluta, mas está sempre em posição de ser questionada, discutida e expurgada do ordenamento, caso o entendimento da coletividade jurídica seja alterado. Nessa linha, afirma Habermas:

“À luz dessa ideia da autoconstituição de uma comunidade de pessoas livres e iguais, as práticas usuais de criação, de aplicação e de imposição do direito são expostas inevitavelmente à crítica e à autocrítica. Sob a forma de direitos subjetivos, as energias do livre arbítrio, do agir estratégico e da autorrealização são liberadas e, ao mesmo tempo, canalizadas através de uma imposição normativa, sobre a qual as pessoas têm que entender-se, utilizando publicamente suas liberdades comunicativas, garantidas pelo direito, ou seja, através de processos democráticos. A realização paradoxal do direito consiste, pois, em domesticar o potencial de conflito embutido em liberdades subjetivas desencadeadas, utilizando normas cuja força coercitiva só sobrevive durante o tempo em que forem reconhecidas como legítimas na corda bamba das liberdades comunicativas desencadeadas”.<sup>65</sup>

A coercitividade, portanto, deriva do reconhecimento coletivo da validade racional da norma e perdura tão somente pelo espaço de tempo em que vigorar esse mesmo

---

<sup>63</sup> MOREIRA, Luiz. Op. cit., p. 191-192.

<sup>64</sup> Idem, p. 192.

<sup>65</sup> HABERMAS, Jürgen. 2011, op. cit., p. 325.

reconhecimento. O produto normativo derivado desse processo comunicacional é, pois, legítimo, haja vista que os destinatários da norma enxergam-se, igualmente, como seus coautores.

Importante explicitar que o princípio do discurso, supramencionado, subdivide-se em: Princípio Moral e Princípio da Democracia. Aquele “resulta de uma especificação do princípio geral do discurso para normas de ação que só podem ser justificadas sob o ponto de vista da consideração simétrica dos interesses”<sup>66</sup>, sendo aplicado, pois, como parâmetro de decisões morais. O segundo princípio, a seu turno, deriva do princípio do discurso com a forma de normas de ação jurídicas “que podem ser justificadas com o auxílio de argumentos pragmáticos, ético-políticos e morais – e não apenas com o auxílio de argumentos morais”<sup>67</sup>. Na elucidativa lição de J. P. Luchi, *in verbis*:

“O Princípio Moral funciona como critério de decisão em questões morais, isto é, que têm como horizonte o interesse universal em casos de conflito e então é um princípio que se refere ao plano interno das regras de argumentação. O Princípio da Democracia estabelece as condições para uma legítima colocação de leis, isto é, que seja processada pelas instâncias autorizadas de discussão e assim possam obter a adesão de todos os consociados jurídicos. Tal Princípio já pressupõe a possibilidade de fundamentações em discursos e diz somente como pode ser institucionalizada a formação racional da opinião e da vontade política, isto é, através de um sistema de Direitos. O Princípio da Democracia se refere ao plano externo da institucionalização da participação simétrica na formação política da vontade (...).”<sup>68</sup>

Assim, o princípio do discurso, trabalhado por Habermas, culmina, também, no princípio democrático, a partir do momento em que a comunidade jurídica alcança atribuir-se sua própria ordem normativa através de um processo coletivo e racional de formação da vontade pública. Nos dizeres de Baptista:

“O princípio do discurso é abordado, na teoria de Habermas, fundamentalmente, quando se trata da autolegislação, ou seja, da efetiva participação dos cidadãos, através do discurso e do consenso, no processo legislativo. A consequência inalienável da autolegislação, segundo a teoria habermasiana, é, justamente, a legitimação do Direito, uma vez que, se produzido pelos próprios cidadãos, em consenso, de comum acordo, em

---

<sup>66</sup> HABERMAS, Jürgen. 2003, op. cit., p. 143.

<sup>67</sup> Idem, ibidem.

<sup>68</sup> LUCHI, J. P. A lógica dos Direitos Fundamentais e dos Princípios do Estado. In: \_\_\_\_\_ (org.). **Linguagem e socialidade**. Vitória: EDUFES, 2005, p. 122, destaques no original.

condições justas e de efetiva igualdade, certamente, será por eles aceito e aplicado”.<sup>69</sup>

Para que se possa garantir que os cidadãos percebam-se, simultaneamente, como destinatários e autores das normas jurídicas, Habermas aponta alguns passos considerados imprescindíveis. Esclareça-se, antes de tudo, que os passos a serem discriminados não possuem uma separação cronológica, uma ordem sequencial. Na verdade, “trata-se de uma análise lógica, e não cronológica”<sup>70</sup>. Pois bem.

Em primeiro lugar, enquadrando-se os cidadãos na condição de destinatários do Direito, o filósofo tedesco ressalta haver<sup>71</sup>:

(i) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação, os quais demandam a correlação com:

(ii) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *status* de um membro em uma associação voluntária de parceiros do direito; e

(iii) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual.

Como passo subsequente, de modo que os atores possam enxergar-se como criadores da ordem jurídica, indica o filósofo:

(iv) Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os cidadãos exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direito legítimo.

Por fim, essa construção jurídica origina:

(v) Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (i) até (iv).

---

<sup>69</sup> BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. Op. cit.

<sup>70</sup> MOREIRA, Luiz. Op. cit., p. 194.

<sup>71</sup> HABERMAS, J. 2003, op. cit., p. 159-160.

São os direitos fundamentais acima descritos que possibilitam a avaliação da legitimidade – ou não – de uma determinada ordem jurídica. Nas palavras de Moreira:

“Assim, à institucionalização das iguais liberdades subjetivas corresponde um reconhecimento intersubjetivo dos co-autores do Direito. À medida que os referidos direitos fundamentais são institucionalizados, assegura-se que a formação discursiva da opinião e da vontade seja determinante do grau de legitimidade do sistema jurídico. Determinante, uma vez que a normatividade, proveniente da legalidade, tem de estar acoplada a uma pretensa revogabilidade, toda vez que não se mostrar compatível com os direitos fundamentais ou, ainda, quando contrariar disposição contida na vontade discursiva dos cidadãos”<sup>72</sup>.

Por oportuno, cabe ressaltar que os direitos enumerados de (i) a (iv), que são direitos de liberdade e participação, são absolutamente fundamentados; enquanto os elencados sob o número (v) são relativamente fundamentados, dependendo das condições e disponibilidades concretas para a sua efetivação<sup>73</sup>.

O ordenamento jurídico erguido com base no procedimento discursivo-racional proposto por Habermas, baseado na aplicação do princípio do discurso e pressupondo a ação comunicativa dos sujeitos de direito, no âmbito da esfera pública de construção da vontade coletiva, consegue desvincular o Direito da moral, com sua razão prática e sua ótica individualmente considerada, e mostra-se dotado de legitimidade democrática por desvelar o melhor entendimento alcançado pela comunidade. Sobre tal legitimidade do Direito e no sentido da participação coletiva na formação da ordem jurídica, arremata precisamente J. P. Luchi, *in verbis*:

“Habermas insiste em que o Sistema de Direitos, para ser legítimo, não pode ser outorgado, mas deve poder ser observado por uma visão racional e estruturado de modo politicamente autônomo, isto é, com a participação em princípio de todos os interessados.”<sup>74</sup>

### 2.3 – PARADIGMA DELIBERATIVO-PROCEDIMENTAL DO DIREITO

---

<sup>72</sup> MOREIRA, Luiz. Op. cit., p. 196.

<sup>73</sup> LUCHI, José Pedro (org.). **Linguagem e socialidade**. Vitória: EDUFES, 2005, p. 134.

<sup>74</sup> Idem, p. 136.

Quando Habermas alude a um *paradigma deliberativo-procedimental do Direito*, ele pretende fazer referência a um paradigma de ultrapassagem dos modelos liberal e social de Direito e de Estado<sup>75 76</sup>.

O paradigma liberal do Direito, tradicionalmente ancorado no Direito privado e no formalismo, preconizava a institucionalização de ampla liberdade de exercício dos direitos de propriedade e de contrato – livre iniciativa<sup>77</sup>. Este paradigma pressupõe uma sociedade econômica de mercado que se institucionaliza por meio do Direito Privado, alimentando-se a expectativa de se poder alcançar a justiça social pela garantia de um *status* negativo, ou seja, pela delimitação de esferas de liberdades individuais<sup>78</sup>, sobretudo, em face do Estado<sup>79</sup>. O exaurimento de tal modelo decorreu da constatação social de que as medidas de liberdade não eram distribuídas igualmente entre os indivíduos para que pudessem exercer plenamente seus direitos e potencialidades pessoais. É dizer, o exercício dos direitos de liberdade privada – notadamente, propriedade e contrato – não se mostrou acessível na mesma medida a todos os membros da comunidade jurídica. Nas palavras de Coura:

“Todavia, enquanto se buscava proteger os cidadãos contra o Estado, as relações horizontais entre pessoas privadas, especialmente as relações

---

<sup>75</sup> Para um estudo mais detalhado sobre a evolução dos paradigmas jurídico-constitucionais, ver LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 26-31.

<sup>76</sup> Esclarecendo o contexto de desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, assevera Zaneti Jr.: “O Estado Democrático de Direito é o Estado que consolida as conquistas liberais (direitos fundamentais de primeira dimensão – liberdades negativas), as conquistas decorrentes do surgimento da questão social, entendidas como conquistas igualitárias, de busca de uma igualdade substancial (direitos fundamentais de segunda dimensão – preocupação promocional do direito e liberdades positivas) e as conquistas da solidariedade e da comunidade, direitos difusos e coletivos, como o meio ambiente e os direitos dos consumidores, que são também as conquistas da sociedade civil organizada (direitos fundamentais de terceira dimensão) (ZANETI JR., Hermes. **A constitucionalização do processo**: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 107).

<sup>77</sup> NADAI, Bruno; LESSA MATTOS, Paulo Todescan. **Paradigmas de direito: compreensão e limites**. In: NOBRE, Marcos; TERRA Ricardo (org.). *Direito e Democracia: um guia de leitura de Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 273.

<sup>78</sup> CATTONI DE OLIVEIRA, M. A. op. cit., p. 10.

<sup>79</sup> Vigorava, nesse modelo de Estado, o “império da lei” e a fortíssima adstrição da atividade judicial à legislação, evidenciando-se um “inquestionável primado do Legislativo sobre os demais poderes no Estado Liberal (...). Em outros termos, a estrita vinculação legal das questões judiciais e administrativa, segundo o esquema clássico da separação dos poderes, foi desenvolvida para controlar a possibilidade de arbítrio da autoridade estatal, notadamente do Judiciário, foco de intensa desconfiança por parte da burguesia” (COURA, Alexandre de Castro. **Hermenêutica jurídica e jurisdição (in)constitucional**: para uma análise crítica da “Jurisprudência de Valores” à luz da Teoria Discursiva de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009, p. 51).

intersubjetivas constituintes da prática comum dos cidadãos, não foram devidamente enfocadas no esquema liberal de separação de poderes.”<sup>80</sup>

Sobreveio, pois, o paradigma do Direito ligado à concepção de Estado Social<sup>81</sup>. Em verdade, o paradigma do Direito social opera como instrumento do mesmo ordenamento jurídico, isto é, daquele conjunto de normas relativas aos direitos de propriedade e de livre contrato, acrescido de novas espécies normativas: os direitos sociais – que exigem prestações positivas por parte do aparato estatal. Ocorre que a leitura habermasiana desse contexto aponta que o Estado trouxe para si a atribuição de definir e executar os direitos, inclusive, os de liberdade, limitando sobremaneira a autonomia privada dos cidadãos<sup>82</sup>. Significa que houve um “aumento da capacidade normativa do Estado na regulação da vida social”<sup>83</sup>, ensejando a ingerência estatal nos diversos âmbitos de atividade social. Em resumo: “A autodeterminação do indivíduo na sociedade passa a competir com a determinação das condições de exercício de direitos pelo Estado”<sup>84</sup>.

Nesse sentido, o paradigma do Direito social, no afã de compensar as diferenças em relação às possibilidades de exercício de direitos entre os cidadãos e de promover a igualdade de fato quanto a esse exercício, passou a regular exageradamente as condições de vida social, estrangulando a capacidade de o indivíduo autodeterminar-se livremente, ou seja, reduzindo o espaço de liberdade jurídica a ele concedido.

Cabe ressaltar, ademais, que as promessas de igualdades jurídicas e fáticas apresentadas pelo Estado de bem-estar social não foram executadas a contento. A

---

<sup>80</sup> Idem, p. 53.

<sup>81</sup> Habermas esclarece que as “desigualdades opõem-se ao mandamento da igualdade de tratamento jurídico, pois discriminam determinadas pessoas ou grupos, prejudicando realmente as chances para o aproveitamento de liberdades de ação subjetivas, distribuídas por igual. As compensações do Estado do bem-estar social criam a igualdade de chances, as quais permitem fazer uso simétrico das competências de ação asseguradas; por isso, a compensação das perdas em situações de vida concretamente desiguais, e de posições de poder, serve à realização da igualdade de direito. Nesta medida, a dialética entre igualdade de direito e de fato transformou-se num dos motores do desenvolvimento do direito sem ressalvas do ponto de vista normativo” (HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**, v. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011, p. 155).

<sup>82</sup> Explicita Habermas que “(...) essa relação se transforma num dilema, quando as regulamentações do Estado do bem-estar social, destinadas a garantir, sob o ponto de vista da igualdade do direito, uma igualdade de fato a situações de vida e posições de poder, só conseguem atingir esse objetivo em condições ou com a ajuda de meios que *reduzem* significativamente os espaços para a configuração de uma vida privada autônoma dos presumíveis beneficiários” (Idem, ibidem).

<sup>83</sup> NADAI, Bruno; LESSA MATTOS, Paulo Todescan. Op. cit., p. 275.

<sup>84</sup> Idem, ibidem.

mera previsão de proteção formal aos direitos sociais não é o que basta para assegurar a legitimidade do paradigma social de Direito, sob o risco de incorrer na mesma falha verificada no modelo jurídico liberal<sup>85</sup>.

Criticando a falta de efetividade do modelo de Direito social para promover a igualdade de fato, além de não conseguir potencializar o exercício da autonomia pública cidadã, apregoa J. Habermas:

“Por isso, a distribuição equitativa de direitos subjetivos não pode ser dissociada da autonomia pública dos cidadãos, a ser exercitada em comum, na medida em que participam da prática da legislação. O paradigma do direito liberal e o do Estado social cometem o mesmo erro, ou seja, entendem a constituição jurídica da liberdade como ‘distribuição’ e a equiparam ao modelo da repartição igual dos bens adquiridos ou recebidos.”<sup>86</sup>

O filósofo tedesco compreende que, diante do examinado contexto, faz-se imperiosa uma busca pela reinterpretação do sistema jurídico, que não elimine as formas jurídicas alcançadas pelos paradigmas predecessores – liberal e social, mas que dê conta de proporcionar equilíbrio entre as demandas por igualdade de fato e por liberdade. Isso não significa que se pode prescindir de “especificar o conteúdo das normas vigentes do Direito Privado, nem de se introduzir direitos fundamentais de cunho social”<sup>87</sup>. Em outras palavras: o jusfilósofo alemão propõe um modelo jurídico que permita conciliar a autonomia privada individual com a autonomia pública do cidadão. Habermas tem em vista um paradigma que perceba o Direito como *medium* capaz de promover integração social em comunidades jurídicas tão complexas e multiformes como as do mundo contemporâneo.

Na esteira dessa dicotomia entre os paradigmas jurídicos liberal e de bem-estar social, Habermas assevera que:

“Nos desdobramentos posteriores da dialética entre liberdade jurídica e factual, revelou-se que os dois paradigmas do direito estão igualmente comprometidos com a imagem produtivista de uma sociedade econômica capitalista e industrial (...). As duas partes só discordam quanto a se poder

---

<sup>85</sup> Lecionam NADAI *et al.*: “As políticas públicas estatais destinadas à distribuição de recursos e à correspondente regulação social determinada pela administração têm de produzir os efeitos pretendidos. É nesse sentido que, na ausência dos efeitos pretendidos, há o risco de perda da validade da constituição, na medida em que suas normas perdem condições de eficácia” (Idem, p. 277).

<sup>86</sup> HABERMAS, J. 2011, op. cit., p. 159.

<sup>87</sup> HABERMAS, J. 2002, op. cit., p. 294.

garantir a autonomia privada diretamente mediante direitos de liberdade, ou a se dever assegurar o surgimento da autonomia privada mediante outorga de reivindicações de benefícios sociais. Em ambos os casos, todavia, perde-se de vista a coesão interna entre autonomia privada e pública”<sup>88</sup>.

Essa perda da “coesão interna entre autonomia privada e pública” é justificada pelo fato de que, por um lado, no paradigma jurídico liberal, prioriza-se a concessão de direitos de liberdade como meios de valorização da esfera de autonomia individual, adotando-se as “regras de mercado” como mecanismo de distribuição de parcelas de igualdade – o que se mostrou malgrado<sup>89</sup>. E, por outro lado, no contexto do paradigma jurídico de cunho social, aportam-se primordialmente direitos sociais como instrumentos de emancipação individual, optando-se pela igualdade de direitos como o caminho para o atingimento da liberdade jurídica. No entanto, na linha deste paradigma, a presença forte do Estado nas relações privadas termina por sufocar a autonomia individual, sem que, em contrapartida, forneça meios eficientes para o estabelecimento de uma esfera de autonomia pública de formação da vontade coletiva legítima.

Portanto, o modelo jurídico encampado pelo jusfilósofo alemão é o *deliberativo-procedimental*, que define critérios procedurais para que se viabilize uma esfera pública de formação da vontade coletiva e que o interior dessa arena comunicacional seja indene de coações, à exceção da do *melhor argumento*. Nesse sentido, a proposta habermasiana é a de conferir autonomia privada e pública em níveis máximos possíveis, na medida em que os cidadãos, na trilha do paradigma procedimental do Direito, poderão assumir a responsabilidade pelo processo de formação de direitos, com base na *discussão pública e racional*<sup>90</sup>.

---

<sup>88</sup> Idem, p. 295.

<sup>89</sup> Idem, p. 294.

<sup>90</sup> No paradigma procedimental, evidencia-se a suma importância do direito de *participação* dos sujeitos nas tomadas de decisões públicas. Nesse sentido, afirma Zaneti Jr.: “Vai além, pois reconhece como fundamental o direito à participação do cidadão, superando a dimensão das liberdades políticas dos direitos cívicos clássicos (votar e ser votado – estrutura democrático-representativa), de forma a assegurar a participação dos destinatários do ato final de decisão nos atos intermediários de formação dessa decisão, bem como o direito de questionar a posteriori a decisão tomada nas esferas próprias de competência e que reflita na sua esfera de interesses (considerado como indivíduo ou grupo, os chamados corpos intermediários da sociedade civil). Trata-se da quarta dimensão dos direitos fundamentais. A dimensão da participação na formulação das decisões políticas, em senso amplo” (ZANETI, Jr., op. cit., p. 108).

Enaltecendo o modelo procedimentalista do Direito, em comparação aos paradigmas liberal e social, Habermas expõe que:

“O substrato social, necessário para a realização dos direitos, não é formado pelas forças de uma sociedade de mercado operante espontaneamente, nem pelas medidas de um Estado do bem-estar que age intencionalmente, mas pelos fluxos comunicacionais e pelas influências públicas que procedem da sociedade civil e da esfera pública política, os quais são transformados em poder comunicativo pelos processos democráticos”<sup>91</sup>.

Não resta dúvida de que este modelo defendido por Habermas encontra forte respaldo no princípio democrático, uma vez que a autonomia pública é alçada a um patamar privilegiado, com a apuração da vontade do conjunto de sujeitos de direito, sem se desprestigiar a autonomia privada. Tudo a depender das escolhas coletivas e racionais realizadas de acordo com o procedimento de produção das normas jurídicas.

Percebe-se, por conseguinte, que Habermas nega a existência de um modelo de ordenamento jurídico pré-definido. A Teoria do Discurso habermasiana não defende um direito de cunho formal, próprio do paradigma liberal, nem um direito material, ligado ao modelo social de Estado, mas visa ao estabelecimento de uma liberdade comunicativa que garante a ininterrupta criação, recriação e evolução da norma jurídica como um processo perene<sup>92 93</sup>.

Ao contrário dos paradigmas liberal e social do Direito, em que vigora uma prescritividade *a priori*, já identificada com uma determinada opção política de vida coletiva e fundada na razão prática kantiana, o paradigma procedimental do Direito exposto pelo filósofo encampa uma normatividade *a posteriori*, ou seja, a prescritividade só passa a vigor depois de extraída a norma jurídica do consenso. É possível concluir, nessa linha, que a teoria habermasiana é, sim, normativa, embora

---

<sup>91</sup> HABERMAS, J. 2011, op. cit., p. 186.

<sup>92</sup> Esclarece LEAL, op. cit., p. 31: “A teoria habermasiana afasta, por um lado, a ideia de um Estado mediador de cidadãos gladiadores e, por outro, o entendimento segundo o qual o Estado aparece como um macrossujeito abarcador de uma hipotética unidade cívica. É exatamente esse paradigma procedimental do Estado Democrático de Direito (o qual foi adotado pela Constituição Brasileira de 1988, em seus arts. 1º, caput, 5º, LV, e 93, IX) que vem servindo de apoio ao desenvolvimento das teorias do processo desconectadas do Estado Social e da retrocarga que pende sobre a figura idealizada de um julgador magnânimo, só acolhível em sociedades não seculares”.

<sup>93</sup> MOREIRA, Luiz (org.). Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia. São Paulo: Landy, 2004, p. 189-190.

tal normatividade dê-se apenas posteriormente ao estabelecimento do consenso racional acerca do ato jurídico<sup>94</sup>.

Assim, para Habermas, a realização do Direito não pode ser um procedimento meramente formal, pois situado social e historicamente; nem eminentemente material, uma vez que não identificado com nenhum paradigma materialmente específico; mas deve ser vinculado tão somente ao procedimentalismo capaz de gerar consenso a partir das questões problemáticas identificadas pelos próprios membros da comunidade e por eles igualmente – e democraticamente – solucionadas<sup>95</sup>. Por essa razão, o procedimentalismo de cunho habermasiano não se aparta da moral, tendo em vista que a relação de cooriginariedade e complementariedade entre direito e moral – como defendido por Habermas – implica a conexão necessária entre ambos nos processos discursivos de criação e realização das normas juridicamente postas.

Na concepção teórica habermasiana, o paradigma jurídico-procedimental encontra-se intrinsecamente atrelado ao sistema democrático de direitos, como esclarece J. P. Luchi, *in verbis*:

“A solução habermasiana vai na linha da cooriginariedade de autonomia privada e pública, ou de Direitos e democracia. Quer dizer, não é possível o exercício da democracia sem a garantia de Direitos subjetivos e, por sua vez, Direitos devem ser reconhecidos e assegurados publicamente, de acordo com os procedimentos democráticos.”<sup>96</sup>

Por fim, destaque-se que o juiz, como organizador e condutor do processo judicial, exerce papel crucial na realização do paradigma procedimental do Direito no âmbito jurisdicional, considerando-se que a atuação que se exige do julgador na condução do processo demonstra a alternativa de cunho democrático efetuada pelo corpo social, que se materializa na organização do Estado<sup>97 98</sup>.

---

<sup>94</sup> Idem, p. 190.

<sup>95</sup> HABERMAS, J., 2011, op. cit., p. 190.

<sup>96</sup> LUCHI, J. P. (org). 2005, op. cit., p. 157.

<sup>97</sup> Expõe Zaneti Jr., com apoio na doutrina habermasiana, que “o papel do juiz é fundamental no Estado Democrático de Direito e seu desempenho no processo descreve a opção democrática efetuada pelo Estado. O primeiro momento foi identificado com o *paradigma liberal* (ou individual), o segundo momento com o *paradigma comunitarista* (ou social) e o terceiro momento corresponde ao retorno ao juízo e à racionalidade problemática do direito, no que vem a ser denominado paradigma

Passa-se, então, à análise da incidência do princípio do discurso no desenvolvimento regular, válido e legítimo do processo judiciário, sob a condução do julgador.

### **2.3.1 – Princípio do discurso aplicado ao processo judicial**

Embora com as adaptações inerentes à diferenciação entre a criação e a aplicação da lei jurídica, é possível empregar-se a mesma lógica discursiva de formação das normas jurídicas à construção das decisões judiciais, no bojo do processo. Isso porque, como a decisão judicial é fruto de uma deliberação que deve ser alimentada dialeticamente, por força do contraditório, pode-se valer da teoria da ação comunicativa habermasiana para, também, explicar a aferição da legitimidade da decisão proferida<sup>99</sup>.

Nesse sentido, a busca pelo consenso, por meio da discussão, tem o condão de gerar a aceitabilidade, pelos participantes do procedimento comunicacional – *in casu*, as partes do processo judicial –, das pretensões de validade enunciadas na decisão. Na medida em que as partes tenham a oportunidade de declinar suas proposições, produzir provas sobre a validade dessas assertivas e argumentar em favor de suas pretensões, com o fito de influenciar a ordem jurídica a ser formada ao final do processo, *exsurge* dessa *efetiva participação* na formação da *vontade* do Estado-juiz, manifestada na resolução discursivamente alcançada, a legitimidade da sentença judicial, assim proferida em um Estado Democrático de Direito.

A busca pela realização da justiça e da integração social, entendidas como fins do sistema jurídico, aporta consequências, também, no processo judicial, exigindo “a preservação de condições de participação discursiva dos cidadãos na formação da

---

*deliberativo-procedimental* ou democrático em senso estrito” (ZANETI JR., op. cit., p. 118, destaques no original).

<sup>98</sup> Para uma análise sobre a atuação do Judiciário nos três modelos de Estado apresentados (Liberal, Social e Democrático de Direito), ver ZANETI JR., op. cit., p. 148-154.

<sup>99</sup> ARRUDA ALVIM, Eduardo *et al.* Op. cit., p. 470.

decisão”, o que se concebe com a institucionalização de procedimentos capazes de criar o entendimento da “decisão como uma (auto) imposição da sociedade”<sup>100</sup>.

Aplicando-se os conceitos da filosofia habermasiana ao plano estrito do processo judicial, tem-se que a decisão judicial, por se constituir em um ato de poder emanado do Estado-juiz, também deve promover a união entre a facticidade e a validade<sup>101</sup>, para que se configure a aplicação da norma jurídica dotada de legitimidade. Isso significa dizer que, além da imposição de seu comando normativo concreto pela força estatal, por meio das fases processuais do cumprimento de sentença ou da execução, a decisão deve ser racionalmente justificada e apoiada em elementos discursivos emanados do procedimento levado a cabo. Nessa linha, expõe Coura:

“Assim, além do caráter vinculante das decisões judiciais, deve-se assegurar o cumprimento, a um só tempo, de certas garantias no âmbito da aplicação do Direito, para que a legitimidade do sistema jurídico não seja comprometida. Nesse passo, para que a atividade de julgar satisfaça a pretensão de legitimidade do Direito e não comprometa sua função socialmente integradora, é necessário que as decisões judiciais possam cumprir, simultaneamente, as condições de consistência e de aceitabilidade racional”.<sup>102</sup>

Os argumentos (teses e antíteses) e elementos probatórios inseridos no processo pelas partes devem ser efetivamente considerados na formação da vontade estatal materializada na decisão judicial, por meio do trabalho racional-discursivo do magistrado. Em outras palavras, a decisão do órgão julgador deve sempre procurar observar as pretensões de validade declinadas pelas partes em litígio no curso do procedimento comunicacional que se denomina *processo judicial*.

Com isso, quer-se dizer que a força normativa da decisão judicial não decorre tão somente do fato de ter sido exarada por um juiz, no exercício do poder jurisdicional, como representante do Estado, mas, sobretudo, da circunstância de ser o produto final de um procedimento racional-discursivo em que aos participantes tenham sido

---

<sup>100</sup> COURA, A. C.; AZEVEDO, S. A. **Interpretação constitucional e os desafios para a jurisdição no estado democrático de direito**. In: Anais do XIX Encontro Nacional do Conpedi. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2010, p. 5872.

<sup>101</sup> Essa tensão entre facticidade e validade, que é inerente ao próprio Direito, apresenta-se, durante o exercício da jurisdição, como uma “tensão entre o princípio da segurança jurídica e a pretensão de tomar decisões corretas” (HABERMAS, J. 2003, op. cit., p. 245).

<sup>102</sup> COURA, A. C.; AZEVEDO, S. A. op. cit., 2010, p. 5876.

garantidas iguais possibilidades de apresentação e defesa de suas pretensões de validade – inclusive, por óbvio, utilizando-se dos meios probatórios legítimos. Assim como as normas jurídicas não extraem sua suficiente normatividade da mera positivação levada a cabo pelo legislador, mas dependem da chancela proveniente do acordo obtido na esfera pública de formação da vontade coletiva, também as decisões judiciais não são legítimas apenas por serem prolatadas pelo juiz, sendo exigível, para que atinjam um patamar mínimo de legitimidade, que reproduzam a síntese fundamentada da *discussão* travada no curso do procedimento dialético que é o processo.

O Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), conforme se depreende do *caput* do art. 9º, confirma essa necessidade dialética para a correta finalização do processo e a obtenção dos provimentos, tanto interlocutórios quanto finais:

“Art. 9º. Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no *caput* não se aplica:

I – à tutela provisória de urgência;

II – às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;

III – à decisão prevista no art. 701”.

Significa que a oportunidade de manifestação das partes e, ainda, a necessária consideração pelas manifestações apresentadas são tarefas quase que absolutamente incontornáveis pelo julgador, ressaltando-se, por certo, as exceções expressamente consignadas na legislação processual.

A partir do momento em que o juiz logra estabelecer condições discursivas adequadas no desenrolar do processo judicial, criando uma arena comunicativa equilibrada e imparcial, em que as partes litigantes possam expor suas razões e contrarrazões – evidentemente, pressupondo-as sempre escoradas na boa-fé e com sincera pretensão de validade – manifestações com conteúdo veraz, conforme o art. 5º do Código de Processo Civil de 2015 –, a tarefa de produção da decisão judicial torna-se verdadeiramente complexa. Porém, o *decisum* se legitima, tendo em vista que a consideração de todos os interesses conflitantes e a sua síntese concretizada na decisão conferem a necessária legitimidade racional que se exige de um ato de poder estatal, no contexto do Estado Democrático de Direito. Nessa linha, expõe Jeveaux:

“No caso da decisão judicial, que também expressa uma decisão política e igualmente exige para sua legitimidade uma autocompreensão e uma participação dos sujeitos do discurso, Habermas recomenda que o juiz interprete o direito aplicável de modo cooperativo, ou seja, como resultado de uma comunicação pública entre os envolvidos, na qual a cooperação envolve também um esforço para invalidar qualquer suspeita ideológica em torno daquela compreensão”.<sup>103</sup>

Não se pode negar, por outro lado, que as partes processuais, com frequência, também *agem estrategicamente* e isso não se mostra de todo ilegítimo. Deixar de apresentar todas as provas a que tinham acesso, vislumbrando um benefício futuro; interpor um novo recurso, ainda que sabidamente com poucas chances de sucesso; formular propostas conciliatórias mais favoráveis aos seus interesses, enfim, todas essas são espécies de condutas baseadas no *agir estratégico*, comumente adotadas durante o processo e praticadas pelos litigantes em proveito próprio. O que não se deve perder de vista é que, mesmo diante de estratégias formais, cabíveis no processo, o fato de as partes submeterem suas causas a julgamento pelo Estado-juíz pressupõe a aceitação prévia de critérios comunicacionais e resolutivos típicos do processo judicial, entre os quais estão inseridas a legitimidade decorrente do procedimento e a predisposição a um mínimo agir comunicativo, com fulcro na boa-fé objetiva e na cooperação.

No sentido da inclusão da decisão judicial no rol dos comandos jurídicos carecedores de legitimidade democrática pela via do procedimento racional-discursivo, bem esclarece Coura:

“No complexo e plural paradigma do Estado Democrático de Direito, a racionalidade da tarefa de julgar dependerá da conciliação da segurança jurídica e da pretensão de justiça acerca das decisões judiciais, para que seja preservada a conexão interna entre a tomada de decisão e o processo democrático que, num aspecto muito mais amplo, permite aos cidadãos participar da criação e aplicação das normas que os afetam”.<sup>104</sup>

Então, por meio do estabelecimento de condições discursivas ideais e da ação comunicativa, o processo judicial, que se apresenta como um procedimento dialético, pode – e deve – resultar em uma decisão racionalmente fundamentada em argumentos desenvolvidos pelas partes e debatidos com o magistrado, em uma relação cooperativa entre todos os sujeitos do processo: autor, réu e juiz.

---

<sup>103</sup> JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Teorias do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2015, p. 474.

<sup>104</sup> COURA, A. C.; AZEVEDO, S. A. op. cit., 2010, p. 5877.

O Código de Processo Civil de 2015 estabelece situações e posições processuais na relação dialética que confirmam como a jusfilosofia habermasiana pode contribuir para a obtenção de uma decisão racionalmente aceitável.

A cooperação é regra fundamental do processo civil, conforme se verifica no art. 6º do CPC/2015:

“Art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

A cooperação, apesar dos múltiplos significados que possa ter, não pode ser avaliada de maneira apaixonada, nem pueril, mas deve ser notada como um impedimento ao uso da torpeza pela parte no intuito de obter, a todo custo, um provimento judicial que lhe seja favorável. Se não houver cooperação das partes entre si e delas com o juiz, a ação comunicativa restará prejudicada pela ilegitimidade do diálogo (CPC/2015 – “Art. 5º. Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”).

Por conseguinte, a decisão judicial – que é a norma jurídica *in concreto* – formada consoante o modelo procedimentalista-discursivo sustentado por Habermas, por se amparar em uma relação dialética e em argumentos com pretensão de validade, preenche a condição de ato de poder democraticamente concebido e racionalmente acatável pela comunidade de cidadãos livres e iguais.

### **2.3.2 – Sucintas considerações sobre a legitimação pelo procedimento na teoria de Niklas Luhmann**

Niklas Luhmann, partindo dos pressupostos de sua célebre Teoria dos Sistemas, lançou um olhar para o direito e sua legitimidade. Considerando o direito como um sistema autopoietico<sup>105</sup>, Luhmann defende que a legitimidade do sistema jurídico

---

<sup>105</sup> Sistema autopoietico é aquele que se produz e reproduz com base nos próprios elementos, ou seja, o sistema é criado e possui elementos e estes se multiplicam e continuam a se reproduzir por eles mesmos, sem o concurso necessário de elementos externos ao próprio sistema. Nas palavras de Luhmann: “(...) *autopoiesis* significa que um sistema só pode produzir operações na rede de suas

ancora-se no procedimento de sua própria formação e reprodução, que não depende, para a sua funcionalidade, de elementos de outros sistemas sociais, como a moral e a economia, por exemplo. As normas estatuídas, positivadas no âmbito jurídico são os elementos que conferem a possibilidade de autorreprodução – autopoiese – do direito, de forma específica e independente, ou seja, a positividade das normas jurídicas é percebida como “autodeterminidade ou fechamento operacional do direito”, enquanto sistema normativamente fechado em sua capacidade de autorreprodução<sup>106</sup>.

O sistema do direito, possuindo suas regras e elementos reprodutivos, justifica a sua normatividade com base em si mesmo, admitindo aportes de outros sistemas e do ambiente, desde que tais aportes sirvam à reprodução da lógica normativa do próprio sistema jurídico<sup>107</sup>. Isso significa que as normas positivadas conforme as regras de produção legislativa do sistema jurídico são válidas e não se destinam à evitabilidade de conflitos, mas apenas à resolução não violenta de conflitos havidos na sociedade. E essa resolução de litígios é realizada de acordo com as regras de comunicação e funcionamento do direito<sup>108</sup>.

Especificamente quanto à moral, Luhmann compreende que a sua separação do direito é condição de especificidade, diferenciação e liberdade do próprio sistema jurídico<sup>109</sup>. Essa posição de apartamento entre direito e moral significa, ao fim e ao cabo, que as resoluções produzidas no interior do sistema do direito estão

---

próprias operações, sendo que a rede na qual essas operações se realizam é produzida por essas mesmas operações. (...) entende-se, então, por *autopoiesis*, que o sistema se produz a si mesmo, além de suas estruturas” (LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Petrópolis: Vozes, 2011, p. 119-120, destaques no original).

<sup>106</sup> NEVES, Marcelo. Op. cit., p. 81.

<sup>107</sup> Como assevera Luhmann: “(...) não significa que o direito surge a partir de si mesmo, sem um estímulo externo; mas sim que só se torna direito aquilo que passa pelo filtro de um processo e através dele possa ser reconhecido. Nesse mesmo sentido, a diferenciação do direito não quer dizer que o direito não tem nada a ver com as outras estruturas, regulamentações e formas de comunicação social e estaria como que solto no ar; mas tão-só que agora o *direito está mais consequentemente adequado à sua função específica de estabelecer a generalização congruente de expectativas comportamentais normativas, aceitando dos outros âmbitos funcionais apenas aquelas vinculações e aqueles estímulos que sejam essenciais para essa função especial*” (LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, p. 19, destaquei).

<sup>108</sup> SIEBENEICHLER, Flavio Beno. **A compreensão procedimental do direito, de Jürgen Habermas, ante a folha de contraste da teoria sistêmica, de Niklas Luhmann**. Lisboa: Philosophica, v. 28, 2006, p. 213-214.

<sup>109</sup> CORREA, Murilo Duarte Costa. **O plano de consistência do direito como processo: do sociologismo decisionista de Niklas Luhmann à teoria procedimental do direito de Jürgen Habermas**. Revista de Doutrina TRF 4. Região, v. 29, 2009, p. 1-27.

protegidas da influência direta dos elementos morais. Por isso, na concepção luhmanniana, a aferição da *justiça* da norma ou da decisão só pode ser feita com base nos critérios inerentes ao próprio sistema do direito. Em síntese, é justa e legítima a decisão que se adequar à positividade jurídica, à lógica de produção de atos decisórios imposta pelo sistema jurídico<sup>110</sup>.

A respeito da separação entre direito e moral na teoria de Luhmann, assevera Geovany C. Jevaux:

“De acordo com Luhmann, o conceito de legitimidade perdeu seu fundamento moral com a positivação do direito, enquanto que o consenso e a coação não são mais capazes de explicar, por si só, a legitimidade, que não passa de uma disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda indefinido. A legitimação pelo procedimento substitui os antigos fundamentos jusnaturalistas (inclusive o consenso), assegurando que as decisões obrigatórias sejam consideradas como premissas do comportamento”.<sup>111</sup>

Nesse sentido, Luhmann não reconhece a relação de complementaridade entre direito e moral, como o faz Habermas. O procedimentalismo sustentado na teoria luhmanniana é baseado na autorreferencialidade e na autorreprodução dos elementos normativos positivados no sistema jurídico, o que garante que os demais atos normativos – incluindo-se as decisões judiciais – serão legitimados pela lógica interna do próprio sistema. Dessa forma, a legitimação pelo procedimento nos moldes defendidos por Luhmann diverge dos pressupostos estabelecidos nesta pesquisa, tendo em vista que o citado autor encampa uma legitimidade aferida unicamente pela validade formal dos elementos jurídicos, ou seja, uma legitimidade que se identifica com a legalidade; enquanto que, por outro lado, neste trabalho, supõe-se a inafastabilidade entre conteúdos jurídicos e morais no desenvolvimento das discussões públicas que devem culminar com o estabelecimento de entendimentos coletivos racionais<sup>112</sup>, materializados na criação das normas, que serão objeto de aplicação nas decisões judiciais.

---

<sup>110</sup> NEVES, Marcelo. Op. cit., p. 85.

<sup>111</sup> JEVEAUX, Geovany Cardoso (org.). **Uma teoria da justiça para o acesso à justiça**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012, p. 45.

<sup>112</sup> Cf. item anterior.

## 2.4 – ALGUMA CRÍTICA À TEORIA HABERMASIANA

Uma das principais críticas direcionadas ao aparato teórico desenvolvido por Habermas é baseada na suposta abstração excessiva de sua doutrina, que, partindo do pressuposto das condições ideais de fala para o exercício da ação comunicativa, presume um sujeito muito bem informado acerca dos temas objetos de deliberação, que esse sujeito ainda possua argumentos suficientemente fortes para alcançar provar por que a visão por ele defendida é a que deve prevalecer, por se tratar da pretensão de validade racionalmente mais adequada, e, além disso, que esse ator dirija sua conduta, no interior da arena comunicacional, tendo por fim o melhor entendimento para a coletividade, ou seja, agindo comunicativamente.

Ocorre que a acusação de “abstratidade” da teoria habermasiana<sup>113</sup> parte, em geral, de uma posição de fala muito diferente da adotada pelo filósofo alemão (o que será mais bem explanado no tópico seguinte), o que acarreta inevitáveis distorções na recepção e aplicação dos conceitos habermasianos, de forma indiscriminada, a toda e qualquer ordem jurídica, política e social. A consideração do lugar de fala do filósofo, do contexto histórico e social de onde partem suas asserções, é medida imprescindível à compreensão adequada de sua teoria.

A praticabilidade da teoria habermasiana, especificamente em relação à possibilidade de obtenção de consenso adequado, também é objeto de crítica. Em diversos âmbitos de deliberações práticas, o consenso apresenta-se dificilmente alcançável, como é o caso, especialmente, das decisões emanadas dos órgãos judiciais<sup>114</sup>, por se tratar de um contexto sujeito a diversas variáveis, como a fixação de prazos e a limitação de oportunidades de manifestação. É claro e esperado que o agir estratégico seja considerado no desenrolar dos processos judiciais, em que os interesses contrapostos das partes são discutidos. Todavia, é necessário reconhecer que, nada obstante as dificuldades práticas, a teoria do discurso busca a produção de um resultado correto e justo, ao fim do procedimento dialético. Mais a mais, o

---

<sup>113</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 184.

<sup>114</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 138-139.

estabelecimento discursivo de regras, mesmo em caso de dissenso, é igualmente trabalhado por Habermas, admitindo-se a possibilidade de continuidade da discussão, seja em outras instâncias judiciárias, seja pelo debate promovido pela Ciência do Direito<sup>115</sup>.

Outro ponto alvo de crítica é aquele que aponta que a lei, produzida dentro da normalidade democrática do procedimento legiferante, não pode ser enquadrada, ela própria, como “discurso de fundamentação”, em se tratando da ordem jurídica brasileira<sup>116</sup>. Isto significa que a lei brasileira, por si, não deve ser considerada um discurso de fundamentação de legitimidade, diante dos distúrbios procedimentais e do déficit democrático observado neste país. Consoante Lenio Luiz Streck:

“Ver a lei como discursos de fundamentação (e simplesmente isso) gera outro problema para qualquer habermasiano que queira aplicá-lo ao direito brasileiro. Assim, por exemplo, o orçamento municipal tratado nesse caso teria sido elaborado sob as condições quase transcendentais necessárias à validade da ação comunicativa? É ele resultado de um ‘verdadeiro’ consenso? Habermas, em uma passagem de *Validade e facticidade*, alerta que o direito tem de ser visto como um todo! Isso quer dizer que *eu só posso aplicar o direito habermasianamente se o direito foi feito habermasianamente.*”<sup>117</sup>

Como se verá no item subsequente, não se pode negar que há uma realidade muito discrepante, no Brasil, daquela constatada na Europa ocidental, em termos de nível de cidadania da população e de consciência de coletividade. O próprio Habermas jamais afirmou que sua teoria crítica seria voltada a países em processo de desenvolvimento tardio, como é o caso brasileiro. Realmente, “a teoria de Habermas me parece mais própria para pensar o diálogo entre interlocutores culturalmente (e evolutivamente) homogêneos”<sup>118</sup>. Todavia, os postulados da filosofia de Habermas não merecem ser solapados com base na aludida crítica, uma vez que se trata da proposta de fixação de balizas procedimentais a serem seguidas com o intento de assegurar que a decisão a ser tomada seja a “melhor”, do ponto de vista de toda a comunidade. Portanto, embora, neste país, haja uma notória dificuldade em se retratar na norma jurídica a efetiva vontade coletiva racionalmente alcançada, não se deve refutar a aplicabilidade da doutrina procedimentalista de Habermas, mesmo

---

<sup>115</sup> STRECK, Lenio L. Op. cit., 2014, p. 139.

<sup>116</sup> Idem, p. 186.

<sup>117</sup> Idem, ibidem, nota 7.

<sup>118</sup> LUCHI, J. P. (org). 2005, op. cit., p. 177.

que progressivamente, à medida que o nível de instrução e de cidadania da sociedade seja elevado<sup>119</sup>. O que não se pode é simplesmente aceitar a desistência do processo comunicacional, diante das dificuldades circunstanciais ora encontradas<sup>120</sup>, pois, conforme bem argumenta Baptista:

“Para Habermas, a comunicação é a busca incessante de um entendimento entre as pessoas. Quer dizer, a comunicação consiste no instrumento para a realização do consenso, sendo certo que este é, com efeito, inatingível. O que se precisa preservar, segundo o estudo da teoria habermasiana, é, justamente, o dissenso, a heterogeneidade. Importa perceber, nesse contexto, que o consenso, conforme propõe Habermas, não é algo que nega a heterogeneidade, a diferença, a individualidade dos sujeitos, mas, por outro lado, um mecanismo capaz de proporcionar uma unidade da razão na multiplicidade de vozes. O consenso não é um acontecimento estático, mas dinâmico, provisório e político.”<sup>121</sup>

Por conseguinte, a luta travada pelo estabelecimento de condições adequadas à livre comunicação entre os sujeitos de direito deve ser permanente, uma vez que retrata a natureza perene do próprio dissenso em sociedades pluralistas e complexas. Convém destacar, nessa linha, nas palavras de J. P. Luchi, que:

“A teoria da deliberação pública, almejando consenso, não visa negar os conflitos ou simplesmente homogeneizar as diferenças, mas precisamente dissolver racionalmente dissensos, atravessando-os. Diversidades são aceitas e bem vindas. É claro que uma discussão séria pressupõe que os interlocutores apresentam razões e estejam dispostos a se deixar convencer por bons argumentos”.<sup>122</sup>

Uma derradeira menção crítica que se pretende destacar consiste na alegada dificuldade de correção de escolhas realizadas através do processo legislativo. Nesse sentido, afirma-se que o procedimentalismo entende que, uma vez traçada a “escolha” pelo legislador, estabelecendo-se a norma jurídica, não haveria um meio

---

<sup>119</sup> Esclarece o filósofo alemão: “A teoria do discurso não faz a realização de uma política deliberativa depender de uma cidadania coletivamente capaz de ação, mas sim da institucionalização dos correspondentes procedimentos e pressupostos comunicativos” (HABERMAS, J., 1995, op. cit., p. 47).

<sup>120</sup> Rebatendo a referida crítica, LUCHI (2005, op. cit., p. 179) afirma ser compreensível “a incapacidade da teoria habermasiana de lidar com confrontos entre níveis culturais heterogêneos, de acordo com seus critérios evolutivos e a sua maior habilidade para interlocutores culturalmente (evolutivamente) homogêneos.” Mas esclarece: “Talvez tal dificuldade provenha do modelo original da comunicação entre cientistas, que se supõe estejam em níveis homogêneos de saber e agir”. E mencionando a realidade brasileira, pondera que não parece correto que “baste deixar uma cultura política, por exemplo, a brasileira, simplesmente como está. O nepotismo, a imposição social de particularismos, não podem ser aceitos a não ser que se pretenda a perpetuação de dependências tradicionais.”

<sup>121</sup> BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. Op. cit.

<sup>122</sup> LUCHI, J. P. **Democracia, exigências normativas e possibilidades empíricas**. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 45, n. 180, out./dez. 2008, p. 156.

para correção dessas escolhas<sup>123</sup>. Deve-se esclarecer, entretanto, que, no procedimentalismo defendido pelo filósofo germânico, as pretensões de validade que fundamentam o melhor argumento encontram-se, ininterruptamente, sujeitas a questionamento, debate, exigência de comprovação, tudo isso no sentido de se garantir que, ao se atingir um consenso racional, não haja dúvidas quanto à sua legitimidade discursiva. Porém, se tais dúvidas ainda houver, basta que os sujeitos de direito aptos a inserir pretensões de validade na arena de comunicação social ajam nesse sentido, o que deverá forçar a retomada da *discussão* e, ao fim, a renovação do *consenso*. Nas palavras do próprio filósofo, “o novo paradigma submete-se às condições da discussão contínua”<sup>124</sup>, o que demonstra a perenidade da possibilidade de reinício do debate acerca das posições assumidas no processo de produção normativa.

Trata-se, pois, de uma constante aptidão ao debate, com a realização de *rodadas* de discussão a cada questionamento da pretensão de validade então dominante e, por isso, transformada em norma jurídica. Não há um engessamento da escolha feita no processo legislativo, abrindo-se nova discussão sempre que houver contraposição fundamentada ao argumento anteriormente consensual. Demonstra-se, conforme o exposto, a efetiva – e permanente – possibilidade de correção e/ou alteração das opções efetuadas ao término daquela rodada do processo legislativo, evidenciando-se a excessiva severidade da crítica proferida a esse aspecto da teoria habermasiana.

#### **2.4.1 – Um breve parêntese: a situação brasileira**

No contexto social, político e jurídico observado no Brasil, a proposta teórica discursivo-procedimental de Habermas depara-se com obstáculos relevantes e complexos à sua devida aplicação.

---

<sup>123</sup> STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 193-194.

<sup>124</sup> HABERMAS, J. 2011, op. cit., p. 190.

A apuração de uma vontade racional coletiva, obtida por meio de um procedimento comunicacional em que os indivíduos tenham iguais condições e possibilidades de manifestação e, mais, de efetiva consideração de suas manifestações, é um mecanismo sustentado por Habermas como suficiente à validade democrática da norma jurídica gerada a partir daí. A produção do consenso derivado do dissenso exige elevados critérios procedurais, como já exposto nos tópicos precedentes, tais como razoável padrão de cidadania, de consciência comunitária, de interesse pela melhor resolução das questões coletivas, bem como igualitárias oportunidades de argumentação na esfera pública de formação da vontade (além da própria existência dessa esfera pública). É dizer, o enfrentamento racional entre as diversas pretensões de validade suscitadas pelos sujeitos de direito, desde que mediante uma postura comunicativa, possibilita a extração da “escolha” consensual, que se afigura, por isso, democraticamente legítima.

A realidade brasileira, todavia, ainda se mantém distante dos critérios exigidos para a produção da norma jurídica consensual e racional, nos moldes preconizados pelo filósofo. Embora se observe alguma evolução no volume de participação popular na definição da pauta legislativa, o histórico desequilíbrio socioeconômico constatado no Brasil, aliado ao baixo grau de instrução da população, bem como a desigualdade de acesso à informação crítica e à oportunidade de manifestação no âmbito da esfera pública de construção da vontade coletiva, além da cultura do privilégio para certos grupos, todas essas são situações que desfavorecem a instauração de uma arena comunicacional em que possa vigorar a ação comunicativa e a busca pelo melhor entendimento comum. Por isso, a mudança dessas condições observadas na sociedade brasileira é tão necessária à possibilidade de incidência completa da teoria crítica habermasiana ao sistema político-jurídico brasileiro.

A respeito da necessidade de formação e capacitação dos indivíduos para o exercício da ação comunicativa, assevera Habermas:

“O paradigma procedimental do direito orienta o olhar do legislador para as *condições de mobilização* do direito. Quando a diferenciação social é grande e há ruptura entre o nível de conhecimento e a consciência de grupos virtualmente ameaçados, impõem-se medidas que podem ‘capacitar

os indivíduos a formar interesses, a tematizá-los na comunidade e a introduzi-los no processo de decisão do Estado”.<sup>125</sup>

Na mesma esteira, leciona Luchi:

“Quer dizer, não basta um Sistema de Direitos para garantir uma convivência social legítima, sem uma cultura política de liberdade e do respeito universal às leis da liberdade. Para que instituições jurídicas funcionem, é preciso uma formação progressiva da população. Do contrário, ou o sistema jurídico se desintegrará, ou haverá uma crescente cisão entre lei e prática social efetiva.”<sup>126</sup>

Outrossim, releva dizer que a representatividade dos políticos brasileiros, não obstante sejam legitimados formalmente por resultados eleitorais, não se apoia em substrato consistente e, ao revés disso, apresenta ausência de sintonia com as pretensões populares. Em muitos debates promovidos durante o processo legislativo, percebe-se verdadeira desconexão entre os argumentos declinados pelos legisladores e o entendimento da sociedade. Sendo assim, no caso específico do Brasil, ainda que o procedimento formal de produção da norma jurídica seja devidamente obedecido, na forma estabelecida pela Constituição Federal (CF), o resultado que daí se extrai não encontra automática ressonância em forma de consenso comunicativo no conjunto dos sujeitos de direito.

Nesse sentido, é compreensível que se vislumbrem dificuldades na aplicação da teoria do discurso habermasiana à formação de normas jurídicas no contexto brasileiro. Veja-se o que diz, lucidamente, Streck:

“É evidente que o procedimentalismo, entendido como superação de modelos já realizados, assume proporções fundamentais nas democracias onde os principais problemas de exclusão social e dos direitos fundamentais foram resolvidos. Parte, implicitamente, do pressuposto de que a etapa do *Welfare State* foi realizada e, com isso, pressupõe sociedades com alto grau de emancipação social e autonomia dos indivíduos. Em Habermas fica claro que uma comunicação sem constrangimento nem distorção pressupõe uma sociedade definitivamente emancipada, com indivíduos autônomos.”<sup>127</sup>

A teoria alemã não se acopla à realidade brasileira, portanto, em razão dos diferentes níveis de emancipação social e de autonomia individual observados nos dois países. Ao formular sua tese crítica, Habermas presumiu a superação de

---

<sup>125</sup> Idem, p. 185.

<sup>126</sup> LUCHI, J. P. 2005, op. cit., p. 179.

<sup>127</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 172.

determinados problemas relativos à desigualdade social e ao baixo padrão educacional e informativo de uma comunidade, o que permitiu seu avanço na construção teórica do procedimentalismo discursivo e da ação comunicativa como sustentáculos de uma democracia deliberativa capaz de gerar normas jurídicas dotadas de legitimidade.

Por outro lado, ao se deparar com uma realidade de déficit de participação popular na formação da *vontade coletiva*, isto é, de *déficit democrático*, torna-se inexequível o reconhecimento da aplicação da teoria discursiva em um ambiente como este que é constatado no Brasil – assim como em outros países considerados periféricos, como México, África do Sul e Índia, por exemplo.

A emancipação social e a autonomia dos indivíduos em uma comunidade jurídica são requisitos indispensáveis à ação comunicativa, permitindo aos atores a inserção de seus argumentos na discussão, por meio do discurso, apurando-se dialeticamente uma posição consensual da coletividade, que receberá a coercitividade estatal por se trasmudar em norma jurídica. Frise-se que a coercitividade só incidirá depois de atestada a concordância da comunidade, garantindo-se, assim, a liberdade e a autonomia em altíssimo grau. Disto decorre a legitimidade democrática dessa norma, exatamente do sentimento compartilhado pelos sujeitos de direito de que são, a um só tempo, destinatários e coautores da ordem jurídica. Em países onde se observa o retromencionado déficit democrático, os cidadãos não conseguem se enxergar como autores da norma, mas tão somente como destinatários, por não terem o justo acesso às instâncias de discussão e decisão, o que contribui para o esvaziamento da legitimidade democrática dos atos jurídicos produzidos nesse contexto.

Cabe ressaltar, igualmente, que, no contexto apontado, os representantes políticos também não são efetivamente cobrados e avaliados, sendo necessário fixar-se a premissa de que a emancipação social e individual, ou seja, a autonomia pública de formação da vontade coletiva e a autonomia individualmente considerada – liberdade clássica – são processos que se reforçam reciprocamente e atuam na superação do referido déficit democrático.

De todo modo, a teoria de Habermas continua sendo um estímulo ao aperfeiçoamento democrático e um ideal regulativo dificilmente negligenciável.

## 2.5 – A DECISÃO JUDICIAL COMO NORMA JURÍDICA CONCRETA OU COMO APLICAÇÃO DA NORMA JURÍDICA?

Desde o início deste capítulo, há um evidente esforço no sentido de demonstrar os requisitos considerados suficientes para a formação democrática da norma jurídica, na linha da jusfilosofia apresentada por J. Habermas. Ademais, como estampado no título do presente trabalho, esta pesquisa se propõe a fundamentar a construção da decisão judicial, no contexto do Estado Democrático de Direito, a partir da análise do contraditório. Portanto, mostra-se oportuno salientar o conceito de norma jurídica aqui empregado, estabelecendo, também, a íntima ligação que atrela tal conceito à definição de decisão judicial.

No âmbito semântico, cabe destacar a diferenciação existente entre *norma* e *enunciado normativo*. O enunciado é a formulação frásica ou o suporte físico que expressa a norma. Logo, a norma é o significado de um enunciado normativo<sup>128</sup>. É dizer, as significações dos enunciados normativos – suportes físicos – são dirigidas a regular a conduta humana, sendo construídas a partir dos enunciados. Essas significações que se extraem dos textos do Direito positivo são as normas. Assim, considerando-se as definições retromencionadas, o conceito de norma é tido como primário em relação ao de enunciado normativo, razão pela qual os critérios de identificação de normas devem ser averiguados no nível da norma (significação), e não no nível do enunciado (significante)<sup>129</sup>. Outra importante definição de *norma* é a apresentada por Miguel Reale, *in verbis*: “uma estrutura proposicional enunciativa de uma forma de organização ou de conduta, que deve ser seguida de maneira objetiva e obrigatória”<sup>130</sup>.

---

<sup>128</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 53-54.

<sup>129</sup> Idem, p. 54.

<sup>130</sup> REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 95.

A tese sustentada por Hans Kelsen defende que a decisão judicial também é uma norma, de caráter individual, derivada da aplicação da norma geral – lei em sentido amplo. O famoso jusfilósofo austríaco afirmava que, na medida em que um indivíduo se conduz de acordo com o que lhe é consentido por uma norma geral, este indivíduo estará aplicando determinada norma. Da mesma forma, quando um juiz, diante do caso concreto submetido à sua jurisdição, aplica a lei, que é uma norma geral, estará produzindo uma norma individual e concreta. E ao executar a decisão judicial, haverá aplicação da norma individual contida na decisão exequenda<sup>131</sup>. Nessa linha que aponta a existência de norma jurídica na decisão proferida pelo Judiciário, recorre-se às palavras do próprio Kelsen:

“Do ponto de vista de uma consideração centrada sobre a dinâmica do Direito, o estabelecimento da norma individual pelo tribunal representa um estágio intermediário do processo que começa com a elaboração da Constituição e segue, através da legislação e do costume, até a decisão judicial e desta até a execução da sanção.”<sup>132</sup>

Mais explicitamente, ainda, prossegue o jusfilósofo:

“A norma individual, que estatui que deve ser dirigida contra um determinado indivíduo uma sanção perfeitamente determinada, só é criada através da decisão judicial. (...) Somente a falta de compreensão da função normativa da decisão judicial, o preconceito de que o Direito apenas consta de normas gerais, a ignorância da norma jurídica individual, obscureceu o fato de que a decisão judicial é tão-só a continuação do processo de criação jurídica e conduziu ao erro de ver nela apenas a função declarativa.”<sup>133</sup>

Miguel Reale corrobora, parcialmente, a tese arguida por Kelsen, ao compreender que a jurisprudência inova em matéria jurídica, estabelecendo normas que não se contêm estritamente na lei, resultando de uma construção racional realizada no curso do processo judicial. Nessas ocasiões, assevera o jurista brasileiro que o juiz “compõe, para o caso concreto, uma norma que vem completar o sistema objetivo do Direito”<sup>134</sup>. Isso implica dizer que o magistrado, ao aplicar a norma geral – entenda-se: lei –, no âmbito de sua competência jurisdicional, converte em decisão judicial o próprio conteúdo da norma geral, ou seja, a decisão particulariza a incidência da norma geral sobre o caso concreto. Disso resulta a conclusão de que a decisão/sentença proferida pelo juiz também é norma, mas particular, individual e

---

<sup>131</sup> KELSEN, Hans. Op. cit., p. 17.

<sup>132</sup> Idem, p. 263.

<sup>133</sup> Idem, p. 265.

<sup>134</sup> REALE, Miguel. Op. cit., p. 168.

concreta<sup>135</sup>. A diferença entre a lei e a decisão judicial, isto é, entre a norma geral e a particular está no respectivo âmbito de incidência<sup>136</sup>. Miguel Reale esclarece, *in verbis*: “A diferença entre a obrigatoriedade do Direito criado pela jurisdição consiste em que ela se circunscreve à órbita de ação ou de competência do juiz, não obrigando os demais juízes.”<sup>137</sup>. Respeitosamente, acrescenta-se à lição do jusfilósofo brasileiro o fato de que se, por um lado, a sentença de um juiz restringe-se ao âmbito de sua competência e às partes envolvidas no litígio e não obriga aos outros juízes, por outro lado, exige-se de todo o corpo de magistrados, na composição de seus atos decisórios, o respeito à coerência e à integridade do sistema jurídico.

Trata-se de entendimento forte na doutrina esse que aponta a decisão judicial como *norma jurídica individual e concreta*<sup>138</sup>. Esta linha doutrinária é muito presente em estudos vinculados ao dogmatismo e ao positivismo normativista: a de que a decisão judicial, ao aplicar conteúdos jurídicos emanados do processo legislativo ou, ainda, ao preencher lacunas do ordenamento jurídico, também pode ser enquadrada, ela mesma, como norma jurídica concreta<sup>139</sup>.

Outros juristas também defendem a produção normativa por meio do processo judicial. O italiano Mauro Cappelletti é mais um representante dessa linha de pensamento. Ao patrocinar a tese de que a decisão judicial tem a aptidão de gerar conteúdo normativo, o citado autor esclarece que a diferença na formação de normas pelo legislador e pelo juiz é apenas procedimental, asseverando que tanto o processo judiciário quanto o legislativo ensejam a criação de normas, diferindo essencialmente tão só quanto ao modo, ao mecanismo, ao procedimento de

---

<sup>135</sup> Idem, p. 169.

<sup>136</sup> A respeito da relação entre a norma geral (lei) e a individual (decisão), pontua José Souto Maior Borges, *in verbis*: “A verdade processual não é uma verdade por correspondência da proposição descritivo-explicativa (doutrinária) com a proposição prescritiva (norma). É sintaticamente uma adequação, relação de correspondência/concordância entre normas. É dizer: adequação entre sentença e a lei processual. Adequação, portanto, entre *normas de âmbitos de validade pessoal (geral, individual) diversos*” (BORGES, José Souto Maior. **O contraditório no processo judicial** (uma visão dialética). 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 85, destaque nosso).

<sup>137</sup> REALE, Miguel. Op. cit., p. 170.

<sup>138</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 1. ed. Bauru: Edipro, 2001, p. 180-183.

<sup>139</sup> Nesse mesmo sentido da atribuição do caráter de “enunciado normativo singular” à decisão judicial, mas tão somente nos casos em que não há previsão na lei geral, ou seja, nas hipóteses de preenchimento de lacuna na lei pelo julgador: ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 19.

formação do próprio Direito<sup>140</sup>. É oportuno destacar, a propósito, que Cappelletti mostra-se um entusiasmado defensor das virtudes do procedimentalismo, uma vez que as questões procedurais são, no seu entender, relevantes para assegurar o livre e imparcial exercício da função jurisdicional<sup>141</sup>. No entanto, é bom que se esclareça que esse posicionamento do jurista italiano não implica adesão irrestrita ao paradigma procedimentalista habermasiano, nos moldes delineados no tópico 2.3 supra.

Como se depreende dos parágrafos acima, existem importantes fundamentos para que se conclua no sentido de que a decisão/sentença judicial possa ser considerada como *norma* – individual e concreta, como visto –, na medida em que, ao decidir o caso posto à sua análise e ao seu julgamento, o juiz exercerá a sua parcela de jurisdição, ou seja, dirá qual o conteúdo jurídico – *jurisdictio* – a ser aplicado àquela situação específica, gerando, assim, a norma própria para o caso concreto.

Entretanto, caminhando-se com Ronald Dworkin e Jürgen Habermas<sup>142</sup>, é necessário demarcar a fundamental diferenciação entre as lógicas das funções estatais atinentes ao Legislativo e ao Judiciário. As atividades são distintas, os pressupostos de seus atos são diferentes, logo, seus resultados também o serão. As diversas atribuições competenciais definidas pela Constituição, que distinguem as atividades legislativas das judiciais – ponto que tem pertinência para a presente pesquisa –, podem ser apartadas, de início, com base na lógica argumentativa utilizada para a produção do respectivo ato de poder estatal. É dizer, o exercício da competência legislativa se apoia na argumentação de *fundamentação* das normas, enquanto a competência judiciária é exercida por meio da argumentação de *aplicação* normativa. Nas palavras de Habermas:

“A competência legislativa, que fundamentalmente é atribuída aos cidadãos em sua totalidade, é assumida por corporações parlamentares, que *fundamentam* leis de acordo com um processo democrático. Leis formam a base para pretensões jurídicas individuais; estas resultam da *aplicação* de leis a casos singulares (...)”. (destaques no original)<sup>143</sup>

---

<sup>140</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993, p. 74.

<sup>141</sup> *Idem*, p. 79.

<sup>142</sup> Não obstante diverjam em alguns aspectos teóricos, Dworkin e Habermas concordam a esse respeito.

<sup>143</sup> HABERMAS, J. 2003, op. cit., p. 215.

Prossegue o jusfilósofo alemão, no tocante às discrepâncias entre argumentação de fundamentação e de aplicação, respectivamente, do Legislativo e do Judiciário:

“(...) a diferença lógica e argumentativa entre fundamentação e aplicação de normas reflete-se nas formas comunicativas de discursos de fundamentação e de aplicação, que precisam ser institucionalizados juridicamente, de diferentes maneiras. Em discursos jurídicos de aplicação, é preciso decidir qual das normas tidas como válidas, numa situação dada, e cujas características são descritas da forma mais completa possível, é adequada”.<sup>144</sup>

Por conta dessa diversidade de funções, o mencionado filósofo apresenta uma visão restritiva quanto à possibilidade criativa judicial<sup>145</sup>. Se, por um lado, compreende-se que toda atividade interpretativa comporta natural criatividade, por outro, não se pode assemelhar a função judicial à legislativa, no que se refere ao amplo potencial de inovação do ordenamento jurídico, sob pena de perda da legitimidade daquela, por violação à lógica imperante nos discursos de formação e de aplicação normativa.<sup>146</sup>

O Legislativo adota, pois, discursos de formação da norma, ao passo que o Judiciário encampa discursos de aplicação normativa, ensejando, neste caso, a concretização do programa e do âmbito contidos no texto normativo<sup>147</sup>, conforme determinado pelo legislador, este, sim, detentor da criação normativa. Por isso, diz-se que o julgador não cria a norma, mas a concretiza ao aplicá-la à realidade fática submetida à sua apreciação.<sup>148</sup>

---

<sup>144</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>145</sup> Sobre a suposta criatividade normativa judicial e a atividade decisória como conformação do sentido da norma, Luiz Guilherme Marinoni *et al* lecionam que: “(...) a tarefa empreendida com a interpretação judicial não é meramente cognitiva, declaratória de uma norma preexistente, nem tampouco uma atividade que implique propriamente sua criação judicial, mas é uma atividade que colabora com a própria conformação da norma, outorgando significado ao seu texto” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil, v. 1: Teoria do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 109).

<sup>146</sup> Afirma Habermas: “A clássica divisão de poderes é explicada através de uma diferenciação das funções do Estado: enquanto o legislativo fundamenta e vota programas gerais e a justiça soluciona conflitos de ação, apoiando-se nessa base legal, a administração é responsável pela implementação de leis que necessitem de execução. Ao decidir autoritariamente no caso particular o que é direito e o que não é, a justiça elabora o direito vigente sob o ponto de vista normativo da estabilização de expectativas de comportamento.” E arremata: “Sob pontos de vista da lógica da argumentação, os discursos jurídicos servem para a aplicação de normas” (Idem, p. 232).

<sup>147</sup> MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 54-67.

<sup>148</sup> Expõe Coura: “Segundo Habermas, o fato de tanto o Judiciário quanto o Legislativo estarem vinculados à Constituição não significa que devam competir no mesmo plano. Na perspectiva do

Na linha teórica de Dworkin, outra notável diferença entre as funções dos poderes do Estado consiste na compreensão de que, ao contrário do processo legislativo, em que se abre um leque de alternativas passíveis de inserção no conteúdo da norma jurídica, no processo judicial, é possível chegar-se à “única decisão correta” para o caso concreto, por meio de uma interpretação construtiva do sistema jurídico. Como bem esclarece J. P. Luchi, *in verbis*:

“A práxis judicial implica uma investigação racional que permite chegar a uma ‘única decisão correta’. Dworkin vê tal processo metodologicamente como uma ‘interpretação construtiva’ que permite um ponto de referência para além das tradições já comprovadas e, portanto, uma impostação crítica da história institucional do Direito. O juiz não está completamente entregue à história dos efeitos de uma tradição, mas deve efetuar uma apropriação crítica da História institucional do Direito. Trata-se de uma reconstrução racional do conteúdo do direito à luz de um conjunto coerente de Princípios onde se pode diagnosticar certa porção da tradição como errática. O juiz então constrói uma Teoria a partir da qual toma a decisão.”<sup>149</sup>

Há um “entrecruzamento de perspectivas entre os participantes” dos discursos de fundamentação e de aplicação das normas jurídicas. Porém, a formação da lei jurídica, pelo processo legislativo, é permeada por razões morais, éticas e pragmáticas, enquanto a criação da decisão judicial, por meio do processo judicial, parte dessas razões já consolidadas na norma jurídica posta e, atrelada aos elementos fáticos, interpreta o arcabouço jurídico preexistente<sup>150</sup>. Trata-se, portanto, de momentos distintos em relação à própria existência da lei.

Habermas indica que “a tensão entre facticidade e validade, imanente ao direito, manifesta-se *na jurisdição* como tensão entre o princípio da segurança jurídica e a pretensão de tomar decisões corretas”<sup>151</sup>. E continua, ao explicar que o problema da racionalidade do processo de formação da decisão judicial consiste em “saber como a *aplicação* de um direito contingente pode ser feita internamente e fundamentada racionalmente no plano externo, a fim de garantir simultaneamente a segurança

---

Legislativo, a Constituição é interpretada tanto na elaboração quanto no desenvolvimento do sistema de direitos, tendo em vista a realização de políticas. O Judiciário, por sua vez, numa atividade de interpretação, toma as razões da Constituição para reger coerentemente casos concretos, de forma que as decisões tenham por base princípios jurídicos vigentes” (COURA, Alexandre de Castro. Op. cit., 2009, p. 171).

<sup>149</sup> LUCHI, José Pedro. **A racionalidade das decisões jurídicas segundo Habermas**. In: *Revista da Ajuris*. Porto Alegre, ano XXXIV, n. 107, set. 2007, p. 162.

<sup>150</sup> Idem, p. 169.

<sup>151</sup> HABERMAS, J. 2003, op. cit., p. 245, destaques nossos.

jurídica e a correção”<sup>152</sup>. Evidencia-se, assim, a lógica da aplicação do direito no âmbito da jurisdição, divergindo da função normativa inovadora realizada tipicamente pelo processo legislativo.

Como analisado, Kelsen é o mais insigne membro de uma corrente doutrinária que entende que a sentença judicial é uma norma individual derivada da norma geral – lei. No entanto, tal compreensão não se coaduna com os pressupostos adequados ao desenvolvimento deste trabalho. É importante ressaltar que o termo *norma* remete a um conteúdo generalizante, sobretudo, quanto aos seus destinatários, o que não se enquadra, por certo, no conceito de decisão judicial, ato de poder estatal com destinatários bem definidos.

Eugenio Bulygin, jurista ucraniano radicado na Argentina, expõe, com clareza e acerto a esse respeito:

“En primer lugar, decir que la sentencia judicial es una norma individual es por lo menos una exageración, producto de una simplificación excesiva. La sentencia es una entidad compleja que consta de dos partes: los considerandos y la parte resolutive o dispositiva. (...) En esto estribaba una diferencia fundamental entre el acto del legislador y el acto del juez: los jueces, a diferencia de los legisladores, están obligados a justificar expresamente sus decisiones y esta justificación forma parte de la sentencia. El legislador también justifica, a veces, las normas que dicta, agregando a la ley una explicación de motivos, pero ésta no forma parte de la ley, mientras que la justificación o fundamentación de la decisión judicial es una parte imprescindible de la sentencia. (...) Cabe agregar que es dudoso que las llamadas “normas individuales” sean *normas*. El término “norma” – y con mayor razón el término “regla” – parece requerir la generalidad, al menos respecto del sujeto o destinatario de la norma. Por este motivo sería probablemente más razonable denominar a la parte resolutive de una sentencia “disposición” o “mandato” y no “norma individual”.<sup>153</sup>

Por conseguinte, a norma, enquanto produto legítimo do processo legislativo democrático, deve ser objeto de *aplicação* no processo judicial – e não o seu resultado, destacando-se que o processo judicial também precisa possuir legitimidade democrática, a qual é assegurada pela efetiva participação dos litigantes por força do efetivo contraditório.<sup>154</sup>

---

<sup>152</sup> Idem, p. 247, destaque nosso.

<sup>153</sup> BULYGIN, Eugenio. **Los jueces crean derecho?**. In: Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, n. 18, abr 2013, p. 12-13. Disponível em <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/los-jueces-crean-derecho-0/>>, acesso em 29.07.2016.

<sup>154</sup> Como será esmiuçado a partir do capítulo seguinte.

## 3 – O CONTRADITÓRIO E O ARTIGO 7º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

### 3.1 – CONTRADITÓRIO

#### 3.1.1 – Notas sobre a dialética

Dialética e diálogo são etimologicamente similares, ambos derivam da mesma raiz linguística. Como bem se compreende, o diálogo não é exatamente um ambiente de coincidência de interesses e convicções. Originalmente, diálogo – e, portanto, dialética – traduz a ideia de discussão, confronto de posições, contraposição de perspectivas<sup>155</sup>. “Dialética é, em suma, controvérsia: o método da controvérsia dialética, o entrechoque de opiniões”<sup>156</sup>. A dialética, então, indica um mecanismo apto a gerar o refinamento de entendimentos contrários, apurando-se uma convicção final razoável e racionalmente aceitável pelos contendores/debatedores<sup>157</sup>.

Todavia, a dialética, como exposta, não é encontrada na norma em si. A lógica dos enunciados normativos – portanto, prescritivos – é, sobretudo, monológica. Isso significa dizer que o modo *deôntico*, isto é, a lógica do *dever-ser* característica das normas, no âmbito de interpretação ou de aplicação normativa, não é conformada em um ambiente dialógico, não havendo espaço para o diálogo. Ela exprime tão somente uma conduta autorizada, obrigatória ou proibida pela ordem jurídica<sup>158</sup>. Por isso, diz-se que a lógica deôntica é monológica.

---

<sup>155</sup> BORGES, José Souto Maior. **O contraditório no processo judicial** (uma visão dialética). 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 45.

<sup>156</sup> Idem, p. 52.

<sup>157</sup> Esclarece José Souto Maior Borges: “Sob o crivo da crítica desenvolve-se o diálogo no processo, com vistas a uma decisão terminativa (preclusão). Mas a dialética é a arte de distinguir e definir a significação precisa de termos gerais da linguagem. Os diálogos e discussões que os filósofos praticam preenchem justamente esse ofício” (Idem, p. 52).

<sup>158</sup> Idem, p. 26.

Interessante notar, contudo, que a simples lógica monológica, que impera no âmbito dos enunciados normativos, não pode ser aplicada à formação desses enunciados, já que tal processo de produção normativa não é redutível à simplicidade de um silogismo, sob pena de pura mecanização do Direito e indesejável preterição dos critérios de justiça<sup>159</sup>. A lógica deôntica monológica não cabe no processo. Nesse sentido, a obtenção das normas por meio dos processos legislativo e judicial deve ser inspirada, não pela lógica monológica, mas pelo diálogo entre os interessados e destinatários da norma a ser produzida, pela *lógica dialética*, portanto.

Esclareça-se que a sentença é, necessariamente, na visão dialética, fruto da devida consideração das teses e antíteses propostas pelos sujeitos interessados. A oitiva das pretensões e razões das partes litigantes é imprescindível ao estabelecimento de um contexto dialético e, logo, à produção de uma decisão legítima.

A dialética, portanto, exige a oposição de entendimentos. Por muitos séculos, ela foi relegada pela ciência jurídica, com a figura do pensador jurídico isolada em si mesma e em suas teorias lógico-dedutivas e solipsistas, seguindo a toada do individualismo moderno. No entanto, contemporaneamente, com a inserção do princípio do contraditório em inúmeros textos constitucionais e códigos processuais, a observância do método dialético de apuração da *verdade*<sup>160</sup> recuperou seu protagonismo no cenário jurídico.

---

<sup>159</sup> Leciona Borges: “Mas a sentença judicial jamais mostrar-se-á redutível a um encadeamento meramente dedutivo, a partir de um fundamento em texto legal. Serão frustradas todas as tentativas de transformar o juiz em “máquina de dedução”. É do ofício do juiz avaliar e ponderar as opiniões em choque, na instância judiciária; conduzir a discussão, repelindo os argumentos *impertinentes*, e sobretudo preservar o mais precioso dos legados processuais: o princípio do contraditório (...)” (Idem, p. 27, destaque no original).

<sup>160</sup> A respeito da *verdade* apurada por meio do processo dialético, é bom esclarecer que se trata de uma verdade provável, e não de uma certeza evidente. Ressalvando-se a visão excessivamente positivista da ciência, veja-se o que diz Borges: “A dialética é o discurso do provável e não do apodítico, isto é, do evidente ou demonstrável. Arte – não ciência – que se move no campo da opinião. Daí por que afirma Villey não poder o dialético, partindo de opiniões, evadir-se da esfera da opinião”. Prossegue o autor afirmando que: “A verdade processual não é uma verdade por correspondência da proposição descritivo-explicativa (doutrinária) com a proposição prescritiva (norma). É sintaticamente uma adequação, relação de correspondência/concordância entre normas. É dizer: adequação entre sentença e a lei processual. Adequação, portanto, entre normas de âmbitos de validade pessoal (geral, individual) diversos” (BORGES, J. S. M., op. cit., p. 63 e 85).

Por conseguinte, depreende-se do acima exposto que a dialética é derivada do diálogo, sendo aquela o conteúdo deste<sup>161</sup>. O método dialético apenas distancia-se do diálogo cotidiano por força das regras que determinam os limites de sua atuação, ou seja, a dialética não pode ser considerada um diálogo qualquer, mas um “diálogo regrado”<sup>162</sup>, em que se verificam condições de adequação e pertinência com o fim almejado: a obtenção de uma sentença – em sentido amplo – racionalmente admissível pelos interessados e atingidos por seus efeitos.

Parece evidente a estreita ligação que há entre a dialética e o contraditório, na medida em que este pode ser considerado o principal instrumento de aplicação daquela. Tratando-se do processo judicial, que deve produzir a norma aplicada, a observância do contraditório na arena comunicacional instaurada entre as partes e o juiz é fundamental à conclusão racional e legítima do processo. No campo jurídico, pois, a dialética é essencialmente manifestada no processo. E isso se verifica, na ordem jurídica brasileira, inclusive, por uma exigência normativo-constitucional (art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988), que assegura a impossibilidade de existência válida de qualquer processo sem o respeito ao contraditório<sup>163</sup>.

### 3.1.2 – Brevíssima contextualização histórica

Iniciando-se este sintético apanhado histórico pela Era Medieval, tem-se que a conformação do modelo processual vigente à época, o denominado *ordo iudicarius*, privilegiava o que, atualmente, é conhecido como “princípio do contraditório”, constituindo-se um método dialético de investigação da verdade provável no

---

<sup>161</sup> A respeito do diálogo racional como modelo ideal de dialética, assevera Atienza: “O diálogo racional ou discussão crítica parece ocupar, de todas as formas, um papel privilegiado, ou seja, funciona como uma espécie de modelo da boa argumentação dialéctica. As regras que regem esse diálogo encarnam por antonomásia a “racionalidade” dialéctica, (...) é o tipo de diálogo em que se baseiam as regras do discurso racional de Habermas e de Alexy (...)” (ATIENZA, Manuel. **O direito como argumentação**. Lisboa: Escolar, 2014, p. 343).

<sup>162</sup> BORGES, J. S. M., op. cit., p. 83.

<sup>163</sup> Nessa linha, afirma Borges: “o processo (seja civil, penal, trabalhista, administrativo, tributário etc.) é a única província normativa do Direito que abriga a dialética como *conditio sine qua non* para a aplicação de suas normas. E essa exigência já se instaura no nível constitucional” (Idem, p. 87).

processo<sup>164</sup>. Nesse contexto, valorizava-se a ordem processual interna isonômica, não apenas no tratamento igualitário entre as partes, mas também entre as partes e o juiz, com o fito de se alcançar o resultado provavelmente verdadeiro. As alegações proferidas pelos interessados e as provas a serem produzidas deveriam ser, invariavelmente, submetidas ao crivo crítico do contraditório<sup>165</sup>.

Na Baixa Idade Média, pelos idos do século XV, consolidou-se a atribuição da origem jusnaturalista ao princípio do contraditório<sup>166</sup>, atrelando-o, inclusive, a uma passagem do livro bíblico do Gênesis (Capítulo 3, versículo 9: “Deus chamou Adão”), indicando que a citação do réu e a oitiva de ambas as partes, acusador e acusado, seriam medidas indispensáveis ao proferimento da decisão<sup>167</sup>.

Avançando na História, chega-se aos séculos XVII e XVIII, quando uma atmosfera cultural diversa tomou conta da Europa, com o fortalecimento do laicismo e o conseqüente distanciamento do jusnaturalismo, o que contribuiu para a “passagem do *ordo iudiciarius* medieval ao processo em sentido moderno” associada a uma “radical mudança no próprio modo de conceber o fenômeno processual: da ‘ordem isonômica’ à ‘ordem assimétrica’”<sup>168</sup>. O início da fase de positivação de regras, inclusive, processuais, bem como o desenvolvimento de uma racionalidade objetiva, científica, formal e mecânica foram fatores que impactaram na depreciação dos princípios jusnaturalistas outrora soberanos.

Nesse passo, a clássica concepção de verdade provável obtida ao fim do processo é, paulatinamente, substituída pela crença na real possibilidade de obtenção de uma verdade absoluta e objetiva. Passou-se a sobrevalorizar a prova documental em detrimento da prova testemunhal (oral) e, igualmente, a privilegiar-se a manifestação escrita das partes em prejuízo do diálogo entre os interessados e o juiz. A medieval ordem isonômica vigente no desenrolar procedimental do *ordo iudiciarius* cedeu espaço à ordem processual assimétrica, marca do processo moderno, baseada na autoridade burocrática e na elevação hierárquica do juiz em relação às partes e

---

<sup>164</sup> PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 128-129.

<sup>165</sup> Idem, p. 129.

<sup>166</sup> NUNES, Dierle José Coelho. **O princípio do contraditório**. In: Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre, v. 5, n. 29, maio/jun. 2004, p. 74.

<sup>167</sup> PICARDI, Nicola. Op. cit., p. 132.

<sup>168</sup> Idem, p. 135.

advogados<sup>169</sup>. A condução do procedimento pelo magistrado ganhou relevância, enquanto a concepção processual dialética foi definindo. Em suma: o *princípio do contraditório* perdeu, aos poucos, sua fundamentação jusnaturalista, seu estofo metafísico, axiológico, passando a ser identificado com a mera obediência ao conteúdo de regras positivas. O desprestígio do modo dialético atingiu tamanha expressão que houve até corrente doutrinária que defendesse a supressão do contraditório no processo civil, durante o período de domínio nacional-socialista na Alemanha<sup>170</sup>.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial e a revelação do genocídio e das demais atrocidades cometidas *com base na lei*, iniciou-se uma fase de descrença em relação ao paradigma positivista, diante de sua apontada insuficiência para proteger os mais caros direitos humanos, culminando, na seara jurídico-processual, na revalorização da clássica aceção do princípio do contraditório, que vem retomando seu lugar principal no processo<sup>171</sup>. A doutrina teve papel central no recrudescimento do contraditório, passando a percebê-lo como absolutamente essencial à obtenção de uma decisão justa e adequada e, muito além disso, resgatando a identificação do conceito de processo com a concepção de contraditório, o que pode ser ilustrado com a emblemática assertiva de que “há processo quando no iter de formação de um ato há contraditório”<sup>172</sup>. É dizer, *a contrario sensu*: sem contraditório, não há processo.

Nessa esteira, nas palavras de Elio Fazzalari:

“Existe, em resumo, ‘processo’, quando em uma ou mais fases do iter de formação de um ato é contemplada a participação não só – e obviamente – do seu autor (jugador), mas também dos destinatários dos seus efeitos (partes), em contraditório, de modo que eles possam desenvolver atividades que o autor do ato deve determinar, e cujos resultados ele pode desatender, mas não ignorar.”<sup>173</sup>

Nesta quadra, o princípio do contraditório recupera sua estatura decisiva no processo, revitalizando-se a concepção axiológico-dialética que tem por intento o proferimento de uma decisão final robustecida pela efetiva participação dos

---

<sup>169</sup> Idem, p. 136-137.

<sup>170</sup> NUNES, D. J. C. Op. cit., p. 75.

<sup>171</sup> PICARDI, N. Op. cit., p. 140.

<sup>172</sup> FAZZALARI *apud* PICARDI, op. cit., p. 141.

<sup>173</sup> FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Campinas: Bookseller, 2006, p. 120.

interessados e, por isso, dotada de legitimidade (característica que será estudada mais à frente).

Especificamente quanto ao ordenamento jurídico brasileiro, releva destacar que a Constituição Federal promulgada em 1988 (CF/1988) expandiu expressamente a incidência do princípio do contraditório para os processos de toda e qualquer natureza, judicial ou administrativa, conforme estampado no art. 5º, inciso LV<sup>174</sup>, ao passo que no texto constitucional anterior – Constituição Federal de 1969 (CF/1969)<sup>175</sup>, o contraditório era assegurado tão somente no âmbito do processo criminal, não obstante a doutrina jurídica, de há muito, já defender a sua aplicação sobre todos os tipos processuais, com fulcro na igualdade e na concepção de devido processo legal<sup>176</sup>.

O novo Código de Processo Civil brasileiro, promulgado em 2015 e vigente desde março de 2016, caminha no mesmo passo delineado pela CF/1988. Trata-se de um diploma normativo bastante auspicioso e exemplar dessa contemporânea valorização da dialética processual, primando pela participação colaborativa das partes entre si e para com o julgador, como será minuciosamente analisado nos tópicos que seguem.

### 3.1.3 – Conteúdo do princípio do contraditório

O novo Código de Processo Civil (CPC/2015) traz como regra explícita o corolário máximo da ampla defesa, qual seja, o *contraditório*. O CPC/2015 preenche uma

---

<sup>174</sup> CF/1988: Art. 5º (...) LV - aos litigantes, *em processo judicial ou administrativo*, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (destaque nosso).

<sup>175</sup> CF/1969: Art. 153 (...) § 16. A *instrução criminal será contraditória*, observada a lei anterior, no relativo ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu (destaque nosso).

<sup>176</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 46; NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 169; ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de *et al.* **Teoria Geral do Processo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 64-65; e OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Comentário ao artigo 5º, inciso LV**. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 432-433.

lacuna normativa, considerando-se que o CPC/1973 não era específico quanto a esse aspecto. A CF/1988 já cumpria o papel de garantir às partes processuais a oportunidade de se comunicarem dialeticamente, consoante previsto no art. 5º, inciso LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Mesmo assim, o novo CPC pretendeu ser mais específico e estabeleceu parâmetros para a realização do contraditório<sup>177</sup>:

“Art. 7º. É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”.

A leitura tradicional do comentado princípio percebia duas facetas a ele inerentes: *informação e reação*<sup>178</sup>, que podem ser assim sistematizadas:

- a) *Informação*: também chamada de *ciência*, corresponde ao dever de o Estado-juíz conferir ciência às partes litigantes de todos os atos processuais relevantes, como a realização de provas (art. 369) ou a prolação de decisões (arts. 269 e segs.); e
- b) *Reação*: também chamada de *oportunidade*, é assegurada às partes a manifestação a respeito dos atos processuais e, mais ainda, a produção de provas quanto à veracidade dessa manifestação<sup>179</sup>.

---

<sup>177</sup> A respeito das funções do princípio do contraditório, apregoa André Cordeiro Leal: “(...) o princípio constitucional do contraditório determina, por um lado, que às partes sejam dadas iguais oportunidades de atuação no ‘*procedimento que prepara o provimento*’ e, por outro, que essas partes, a partir da reconstrução e interpretação compartilhadas também dos próprios fatos, possam efetivamente contribuir argumentativamente para a escolha da norma aplicável ao caso concreto, gerando repercussões obrigatórias na atividade de fundamentação desenvolvida pelos órgãos judicantes” (LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 20, destaque no original).

<sup>178</sup> ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 66. Ver também: FERREIRA, William Santos. **Princípios Fundamentais da Prova Cível**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 45; NUNES, D. J. C. Op. cit., p. 75; e OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Op. cit., 2013, p. 433.

<sup>179</sup> Tecendo críticas à visão dicotômica do princípio do contraditório (como *informação e reação*), assevera Dierle Nunes: “Ocorre que essa visão de um contraditório estático somente pode atender a uma estrutura procedimental monologicamente dirigida pela perspectiva unilateral de formação do provimento pelo juiz” (NUNES, D. J. C. Op. cit., p. 76).

Hodiernamente, entende-se o contraditório como extensão do princípio democrático. Nas lições de Fredie Didier Jr.<sup>180</sup>, democracia é *participação*, que no processo civil se dá pela efetivação da garantia do contraditório. Dessa maneira, conclui o autor que “O princípio do contraditório deve ser visto como exigência para o exercício democrático de um poder”. A decisão judicial, como ato de poder estatal que é, deve ser, portanto, *legítima*. Nessa linha, compreende-se que a legitimidade da atuação do Poder Judiciário, por não se basear no voto livre e universal, como ocorre com os demais Poderes do Estado, deve encontrar seu respaldo na correta e efetiva aplicação do *contradictorium*<sup>181</sup>, que assegura a participação das partes interessadas no iter procedimental que culminará com o provimento jurisdicional<sup>182</sup>. Na feliz definição de Lúcio Delfino, “no Estado Democrático de Direito o contraditório é a ponte de ouro entre jurisdição e democracia”<sup>183</sup>.

Por conta disso, uma releitura do contraditório se faz necessária, integrando-se à informação e à reação um terceiro e imprescindível componente: a *consideração*

---

<sup>180</sup> DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**, v. 1. Salvador: Juspodium, 2015, p. 78.

<sup>181</sup> Alexandre Freitas Câmara expõe que o princípio do contraditório é essencial ao Direito Processual, mas deve ser compreendido sob dois aspectos: o jurídico e o político. Em relação ao enfoque jurídico, em resumo, trata-se da garantia individual de ciência e participação nos atos processuais. Quanto ao aspecto político, o contraditório deve ser tido como o meio de assegurar a legitimidade do exercício do poder jurisdicional pelo Estado. Leciona o mencionado autor: “Como se sabe, em um Estado Democrático de Direito o exercício do poder deve ser não apenas legal, mas também legítimo. Tal legitimidade é exigida em todas as manifestações do exercício do poder, inclusive quando do exercício da função jurisdicional. Em outras palavras, cada ato ou procedimento estatal para exercício de poder deve ser encarado como um microcosmo do Estado Democrático de Direito. O exercício da função jurisdicional, como várias outras manifestações de exercício do poder soberano do Estado, se dá através de um procedimento destinado à elaboração de um provimento. Tais procedimentos só se legitimam pela participação dos interessados no provimento que se vai formar. (...) Em outras palavras, só se poderá ter como legítimo um provimento jurisdicional emanado de um processo em que se tenha assegurado o direito de participação de todos aqueles que, de alguma forma, serão atingidos pelos efeitos do referido provimento” (CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**, v. 1. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 53-54).

<sup>182</sup> Fundamentando-se a legitimidade do exercício do poder jurisdicional no devido processo, expõe acertadamente Lúcio Delfino, *in verbis*: “Em resumo: num Estado Democrático de Direito, as *atividades estatais* e as *decisões públicas* delas oriundas adquirem legitimidade se e *quando* conformes aos vetores constitucionalmente estabelecidos. E isso não se dá apenas mediante um único critério, apesar de incluídos todos numa única categoria denominada *legitimidade pelo devido processo*. Assim é que, no âmbito da atividade jurisdicional, fala-se em *legitimidade pelo contraditório* – ou *legitimidade pela participação*, ou *legitimidade pela cooperação* – o que denota a indispensabilidade da *construção participada dos provimentos* e a consequente abolição de decisões elaboradas segundo os padrões encontrados unicamente num *espaço metafísico não fiscalizável* decorrente da subjetividade do juiz” (DELFINO, Lúcio. **O processo democrático e a ilegitimidade de algumas decisões judiciais**. In: *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 14, nº 1117, 20 de março de 2014. Disponível em <<http://www.tex.pro.br/index.php/artigos/261-artigos-mar-2014/6442-o-processo-democratico-e-a-ilegitimidade-de-algumas-decisoes-judiciais-1-2>>, acesso em 21.04.2016).

<sup>183</sup> DELFINO, Lúcio. Op. cit., p. 4.

*judicial*. Isso porque seria inócuo o atendimento aos dois elementos anteriores, se os atos realizados pelas partes fossem ignorados pelo órgão julgador:

“O primeiro componente do contraditório é a imprescindibilidade de informação sobre atos processuais realizados ou a ocorrer. O réu precisa ser citado, as partes comunicadas da audiência e da oportunidade para apresentação do rol de testemunhas e tantas situações em que o conhecimento é a primeira etapa do contraditório. (...). É inócuo informar a parte de uma ação proposta, da juntada de documentos, de contestação, do laudo pericial, se não se lhe confere oportunidade para manifestação e comprovação de seus argumentos. Cumpre-se aqui o segundo estágio do contraditório. (...) Finalmente, de nada adianta o cumprimento das duas etapas prévias, ciência e oportunidade, quando o ato realizado é desconsiderado pelo juiz. (...) O exposto não significa que tudo que a parte alega ou mesmo todas as provas apresentadas devem constar sempre exaustivamente nas decisões judiciais, o que representaria ônus excessivo e inútil. O que é inadmissível é a desconsideração”.<sup>184</sup>

Não à toa o art. 7º, *in fine*, do CPC/2015 estabelece que compete ao juiz “zelar pelo efetivo contraditório”. Significa isso que o contraditório deixa de ser apenas uma garantia para as partes litigantes e passa a representar um instrumento indispensável à efetivação de um processo judicial democrático, que se inicia com a participação das partes e se finda com a decisiva influência destas no julgamento pelo juiz<sup>185</sup>. Acertadamente, afirma Marinoni que a “legitimidade do processo se liga a uma possibilidade real, e não meramente formal, de participação”<sup>186</sup>. Assim sendo, a motivação da decisão prolatada deve, inexoravelmente, conter elementos que se fundamentem nas manifestações relevantes das partes em litígio, concluindo-se, em sentido contrário, pela vedação à desconsideração das alegações e provas levadas aos autos<sup>187</sup>. Como bem assevera Dierle Nunes, impõe-se “a leitura do contraditório

---

<sup>184</sup> FERREIRA, William Santos. Op. cit., p. 46-50.

<sup>185</sup> Sobre a relevância do contraditório para a legitimidade democrática da decisão judicial, André Cordeiro Leal afirma que é “exatamente o contraditório que vai proporcionar, quanto às oportunidades de pronunciamento, uma atuação equitativa dos partícipes nos procedimentos judiciais. Vai também garantir, em conexão com o princípio (requisito) da fundamentação das decisões jurisdicionais, que a decisão se fundamente no Direito debatido pelas partes e nos fatos por elas reconstruídos”. Ainda assevera que o “processo constitucionalizado traz em si princípios que não pode ser desconsiderados se se tem em mente a legitimação democrática das decisões judiciais” (LEAL, André Cordeiro. Op. cit., p. 77 e 87).

<sup>186</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 419.

<sup>187</sup> A decisiva e relevante participação das partes é bem exposta na lição de Alvaro de Oliveira: “(...) mesmo o juiz mais competente não está inteiramente habilitado, sem a ajuda do advogado, a conduzir um processo complicado do ponto de vista prático. Ele não terá tempo e, ainda com a melhor boa vontade, o mesmo interesse dos representantes das partes, para classificar o material por elas trazido, processá-lo e formá-lo com independência” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **O juiz e o princípio do contraditório**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, v. 9, 1993, p. 178-184).

como garantia de influência no desenvolvimento e resultado do processo”<sup>188</sup>. Nessa linha, é esclarecedora a explanação do filósofo Jürgen Habermas, *in verbis*:

“Os direitos processuais garantem a cada sujeito de direito a pretensão a um processo equitativo, ou seja, uma clarificação discursiva das respectivas questões de direito e de fato; deste modo, os atingidos podem ter a segurança de que, no processo, serão decisivos para a sentença judicial argumentos relevantes e não arbitrários”.<sup>189</sup>

A propósito, o CPC/2015, no *caput* do art. 11, impôs a fundamentação das decisões judiciais como um requisito de validade do ato decisório interlocutório ou da sentença:

“Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade. (...)”.

O contraditório, por conseguinte, é uma garantia capaz de evitar que o exercício da autoridade do magistrado se exceda em arbítrio<sup>190</sup>.

Nesse sentido, lapidar é a lição de Alvaro de Oliveira:

“De tal sorte, o conteúdo mínimo do princípio do contraditório não se esgota na ciência bilateral dos atos do processo e na possibilidade de contraditá-los (conceito tradicional), mas se estende a todo o material de interesse jurídico para a decisão, tanto jurídico (debate com as partes de todo material jurídico relevante para a decisão) quanto fático (requerimento de provas, indicação dos meios de prova, participação na produção da prova, manifestação sobre a prova produzida)”.<sup>191</sup>

Como dito, então, são três os elementos componentes do princípio do contraditório:

- a) *Ciência dos atos processuais*;
- b) *Oportunidade para manifestação e prova das alegações*; e
- c) *Consideração judicial*<sup>192 193</sup>.

---

<sup>188</sup> NUNES, D. J. C. Op. cit., p. 78.

<sup>189</sup> HABERMAS, Jürgen. 2003, op. cit., p. 274.

<sup>190</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 2. ed. São Paulo: RT, 1994, p. 60.

<sup>191</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Op. cit., 2013, p. 433.

<sup>192</sup> FERREIRA, William Santos. Op. cit., p. 45.

<sup>193</sup> A respeito da moderna concepção do contraditório, aponta, acertadamente, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *in verbis*: “A ampliação do conceito (de contraditório) decorre de duas vertentes fundamentais. De um lado, a tomada de consciência de que só há processo quando no *iter* de formação de um ato há contraditório. Significa isso que o processo deve ser *estruturado* de modo a

Os dois primeiros elementos são apontados como a *dimensão formal* do princípio, enquanto o último componente, também conhecido como “poder de influência”<sup>194</sup>, é identificado como a sua *dimensão substancial*, por conferir à parte a efetiva possibilidade de influir no conteúdo da decisão judicial a ser prolatada<sup>195</sup>, ou seja, a possibilidade de influenciar substancialmente a decisão<sup>196</sup>.

A dimensão substancial tem o condão de evitar que o órgão julgador profira *decisões-surpresa*<sup>197</sup>, porque, necessariamente, a decisão precisa se fundamentar nas alegações e provas produzidas pelas partes, sob pena de nulidade<sup>198</sup>. É dizer: “o contraditório não se efetiva apenas com a ouvida da parte; exige-se a participação com a possibilidade, conferida à parte, de influenciar no conteúdo da decisão”<sup>199</sup>. E ainda que o juiz considere, de ofício, alguma questão de ordem pública no julgamento, antes de proferir a decisão, deve ser aberta às partes a oportunidade de manifestação sobre tal questão, justamente para que não se deparem, ao final do processo, com uma decisão-surpresa, o que colidiria com o princípio do

---

permitir a efetiva participação dos destinatários dos efeitos do ato final (sentença ou providência executiva) na fase preparatória de tal pronunciamento (todos os atos do procedimento). (...) De outro lado, a intensificação do diálogo entre o órgão judicial e as partes e das partes entre si, pressuposto pela mudança de perspectiva antes mencionada, é determinada pelo incremento do papel desempenhado pelo princípio da cooperação. (...) Tanto o princípio da cooperação quanto o da lealdade intensificam a necessidade, já posta pelo princípio do contraditório e da ampla defesa, de ser submetida ao crivo do contraditório das partes toda a matéria que será empregada na decisão da causa, bem como considerados os argumentos e fundamentos por estas trazidos ao conhecimento do juízo” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Op. cit., 2013, p. 433).

<sup>194</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 258-259.

<sup>195</sup> DIDIER JR., Fredie. Op. cit., p. 79.

<sup>196</sup> Doutrinariamente, como exposto, compreende-se haver duas dimensões do contraditório: uma *formal*, abrangendo os direitos de informação e de manifestação da parte, e outra *substancial*, que comporta o direito de efetiva influência na decisão a ser prolatada (DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil, v. 1. Salvador: Juspodium, 2015, p. 79; LEAL, André Cordeiro. O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 77 e 87; MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 419; NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório. In: Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre, v. 5, n. 29, maio/jun. 2004, p. 78). Nesse passo, é possível harmonizar-se a teoria deliberativo-procedimental de J. Habermas com a dimensão substancial do contraditório na medida em que esta exige apenas que as alegações, provas e razões declinadas pelos participantes do processo sejam consideradas pelo julgador, em sua decisão. Ou seja, a faceta substancial do princípio do contraditório encontra-se inserida no procedimento, como garantia procedural das partes.

<sup>197</sup> Dierle Nunes expõe um conceito sucinto e preciso de *decisão-surpresa*, ao afirmar que esta espécie de decisão ocorre “quando o provimento não deriva do contraditório entre as partes, mas da escolha autônoma e, às vezes, arbitrária do juízo” (NUNES, D. J. C. Op. cit., p. 83).

<sup>198</sup> Para uma análise mais detalhada sobre a nulidade da *decisão-surpresa*, ver: MALLETT, Estêvão. **Notas sobre o problema da chamada “decisão-surpresa”**. Revista de Processo. São Paulo, n. 233, 2014, p. 43-64.

<sup>199</sup> DIDIER JR., Fredie. Op. cit., p. 79.

contraditório, na defendida acepção constitucional-democrática do processo<sup>200</sup>.  
Nessa direção, aponta Alvaro de Oliveira:

“Por isso, em tais hipóteses, impõe-se ao juiz prudente diálogo com as partes, (...) suscitando nos autos a possibilidade de aplicação de tal ou qual norma, ou o exame da questão sob determinada perspectiva jurídica inovadora, ou informando ainda da possibilidade de ser apreciada, de ofício, questão totalmente nova e desconhecida dos litigantes”.

E prossegue:

“Como se constata, mostra-se insuficiente (...) a velha definição da garantia do contraditório. O princípio deve ter por conteúdo também a oportunidade concedida às partes para se manifestarem, em prazo razoável, sobre todas as questões de fato e de direito essenciais para a decisão da causa”.<sup>201</sup>

Tanto é assim que o art. 10 do CPC/2015 exige que o juiz intime as partes para manifestação mesmo em casos em que tem o poder de decidir *ex officio*:

“Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

Assim, “o próprio juiz é ligado ao contraditório de maneira a não poder colocar na base de suas decisões questões embora releváveis de ofício (...) que não tenham sido submetidas à discussão entre as partes”<sup>202</sup>.

Cabe ressaltar, inclusive, que tal entendimento pode muito bem ser extraído, também, do princípio da motivação das decisões judiciais, expresso no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, que exige uma resposta do órgão julgador devidamente fundamentada no conjunto das alegações (teses e antíteses) e

---

<sup>200</sup> Sobre a *decisão-surpresa*, argutamente afirma Alvaro de Oliveira: “Demais disso, inadmissível sejam os litigantes surpreendidos por decisão que se apoie, em ponto fundamental, numa visão jurídica de que não se tenham apercebido. O tribunal deve, portanto, dar conhecimento prévio de qual direção o direito subjetivo corre perigo, permitindo-se o aproveitamento na sentença apenas dos fatos sobre os quais as partes tenham tomado posição, possibilitando-as assim melhor defender seu direito e influenciar a decisão judicial. (...) Aliás, a problemática não diz respeito apenas ao interesse das partes, mas conecta-se intimamente com o próprio interesse público, na medida em que qualquer surpresa, qualquer acontecimento inesperado, só faz diminuir a fé do cidadão na administração da justiça. O diálogo judicial torna-se, no fundo, dentro dessa perspectiva, autêntica garantia de democratização do processo, a impedir que o poder do órgão judicial e a aplicação da regra iura novit curia redundem em instrumento de opressão e autoritarismo, servindo às vezes a um mal explicado tecnicismo, com obstrução à efetiva e correta aplicação do direito e à justiça do caso” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **A garantia do contraditório**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, v. 15, 1998, p. 7-20).

<sup>201</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Op. cit., 1993.

<sup>202</sup> PICARDI, Nicola. Op. cit., p. 142, nota 81.

provas<sup>203</sup> produzidas no curso do processo, sob pena de nulidade da decisão. Associando os princípios da motivação das decisões judiciais e do contraditório<sup>204</sup>, aponta Teresa Arruda Alvim Wambier que “a garantia da motivação consiste na última manifestação do contraditório”<sup>205</sup>. No mesmo sentido, afirma o jurista italiano Michele Taruffo:

“Análoga função de garantia instrumental desempenha o princípio da obrigatoriedade da motivação a respeito do direito de defesa (...). Trata-se, também aqui, de uma garantia de controlabilidade (que não destoa daquela que concernem à imparcialidade e à legalidade da decisão) acerca do respeito dos direitos de defesa por parte do juiz. No entanto, o que se cuida de verificar mediante a motivação não é tanto o fato de que as partes tenham tido a concreta possibilidade de valer-se de todos os instrumentos fornecidos pelo ordenamento processual para o exercício idôneo das respectivas razões, mas especialmente sim o fato de que o juiz tenha adequadamente levado em consideração as alegações em que se consubstanciou concretamente o exercício do direito de defesa”.<sup>206</sup>

Será pelo contraditório que as partes exercerão seu agir comunicativo (item 2.2 supra) e o juiz poderá decidir, formando uma norma jurídica *in concreto* – a sentença ou a decisão interlocutória – com a legitimidade socialmente predominante<sup>207</sup>.

O contraditório exerce um indispensável papel na instrução do processo, especialmente quanto à produção probatória. Por conseguinte, cabe ressaltar em detalhes como a referida garantia possibilita uma instrução mais equânime, ponto a ser analisado doravante.

---

<sup>203</sup> A respeito da propalada liberdade do julgador na apreciação das provas, afirma Cordeiro Leal: “Ao contrário do que afirma o Código de Processo Civil (de 1973), o juiz não goza de liberdade na apreciação da prova, porque a prova passa a ser entendida como instituto jurídico que orienta a extração, da realidade extra-autos, dos chamados *elementos de prova*. Esses elementos se formalizam nos *instrumentos* pelos *meios* legalmente previstos. E tais expedientes devem ser estruturados de maneira dialógica, de maneira que reste afastada a possibilidade de o juiz extrair dos autos algum fato ou circunstância ‘não alegados pelas partes’(...)” (LEAL, André Cordeiro. Op. cit., p. 106-107, destaques no original).

<sup>204</sup> Sobre o estreito liame existente entre contraditório e fundamentação da decisão judicial, afirma Dierle Nunes que: “(...) o contraditório possui um nexos profundo com a garantia da fundamentação das decisões, uma vez que o juiz, ao enunciar os fundamentos da decisão, deve levar em consideração os resultados do contraditório, delineando o procedimento formativo do provimento com a indicação efetiva da possível participação dos interessados em todos os seus aspectos relevantes, sejam eles fáticos e/ou jurídicos” (NUNES, D. J. C. Op. cit., p. 80).

<sup>205</sup> ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. **Omissão judicial e embargos de declaração**. São Paulo: RT, 2005, p. 389.

<sup>206</sup> TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 335-337.

<sup>207</sup> Realçando a legitimidade conferida pela obediência ao princípio do contraditório, leciona LEAL (op. cit., p. 21) que “o contraditório, na qualidade de norma constitucional, deve encontrar acatamento tanto na legislação infraconstitucional quanto na *efetiva* aplicação desses textos legais na *praxis* decisória, sob pena de perda de legitimidade do direito e das decisões judiciais” (destaques no original).

### 3.2 – MODELOS PROCESSUAIS TRADICIONAIS: ADVERSARIAL E INQUISITORIAL

Tradicionalmente, a processualística civil identifica dois modelos de organização do processo no que concerne à *iniciativa* e à *produção de provas*: os modelos *adversarial* e o *inquisitorial*. Didier Jr. assevera que:

“o modelo *adversarial* assume a forma de competição ou disputa, desenvolvendo-se como um conflito entre dois adversários diante de um órgão jurisdicional relativamente passivo, cuja principal função é a de decidir. O modelo *inquisitorial* (não adversarial) organiza-se como uma pesquisa oficial, sendo o órgão jurisdicional o grande protagonista do processo. No primeiro sistema, a maior parte da atividade processual é desenvolvida pelas partes; no segundo, cabe ao órgão judicial esse protagonismo”.<sup>208</sup>

O *sistema adversarial* imperou durante muito tempo, baseado na absoluta e exclusiva iniciativa probatória pelas partes, relegando ao magistrado o papel de mero observador da instrução, em uma postura de completo desinteresse em relação ao resultado efetivo da prestação jurisdicional. Argumentava-se que o processo era “coisa das partes”<sup>209</sup> e, em respeito ao princípio dispositivo, o julgador não poderia se imiscuir na atividade probatória<sup>210</sup>, demonstrando-se a prevalência de uma visão privatística do processo. Uma postura diversa do julgador, segundo os defensores deste modelo, poderia implicar quebra da imparcialidade e do tratamento isonômico entre as partes litigantes<sup>211</sup>.

Por outro lado, o *sistema inquisitorial* se baseia em um sistema de organização processual em que o magistrado deixa de ser um espectador de uma “luta” travada entre as partes para ser um dos protagonistas do debate processual, realizando

---

<sup>208</sup> DIDIER JR., Fredie. **Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo**. In: Fredie Didier Jr.; José Renato Nalini; Glauco Gumerato Ramos e Wilson Levy (coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodium, 2013, p. 208.

<sup>209</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Método, 2015, p. 500.

<sup>210</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 93.

<sup>211</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo**. *Temas de direito processual – Nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 43.

intensa atividade probatória em busca da mais efetiva satisfação do direito material submetido à sua apreciação. O campo de incidência do princípio dispositivo fica restringido, no modelo inquisitorial, passando a abranger tão somente o momento de fixação dos limites do litígio pelas partes, por meio da ação e da exceção (defesa)<sup>212</sup>. Por conseguinte, neste modelo de organização do processo, prevalece o chamado *princípio inquisitivo*, que orienta a atuação positiva do juiz em busca da máxima efetividade da instrução. Esse sistema é o mais aceito atualmente, pois valoriza a atuação do julgador, que deve ser dirigida à profícua resolução da lide, com a entrega de uma prestação jurisdicional qualitativamente equânime<sup>213</sup>.

A busca pelas provas necessárias ao adequado julgamento das questões que lhe forem apresentadas demonstra que o juiz está “velando pela justiça das decisões e por uma correta aplicação do direito, atendendo aos escopos do processo, que tem a efetividade como um de seus princípios”<sup>214</sup>. Além disso, é perfeitamente rechaçável a alegação de que a atividade probatória do juiz enseja violações à sua imparcialidade e à isonomia entre as partes, uma vez que o magistrado, ao determinar a realização de uma prova, não consegue antever qual será o seu resultado, que pode favorecer as alegações do autor ou do réu, a depender do que restar provado (ou do que não for provado). Sob este prisma, acentua-se a evidente feição publicística do processo civil, que passa a não ser mais percebido tão somente como “coisa das partes”<sup>215</sup>.

Identifica-se o modelo adversarial com o sistema jurídico predominante nos países anglo-saxões (*Common Law*). De outra banda, o sistema jurídico prevalecente nos países europeus continentais e latino-americanos (*Civil Law*) adota majoritariamente o modelo inquisitorial<sup>216</sup>. Todavia, é relevante destacar que nenhum sistema atual é, pura e simplesmente, adversarial ou inquisitorial. Na realidade, os modelos encontrados, tanto em países de tradição de *Common Law*, quanto em países tipicamente de *Civil Law*, apresentam uma miscelânea de elementos dos dois

---

<sup>212</sup> FERREIRA, William Santos. Op. cit., p. 224.

<sup>213</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit., p. 500.

<sup>214</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito processual civil contemporâneo**, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 266.

<sup>215</sup> ALBUQUERQUE, Maria do Carmo Seffair Lins de. **O princípio dispositivo, a instrução probatória e os poderes do juiz**. São Paulo: USP/Faculdade de Direito, 2014. 152 f., p. 113.

<sup>216</sup> FERREIRA, William Santos. Op. cit., p. 228. Além de: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Op. cit., p. 43.

modelos ora analisados, com protagonismo menor ou maior da atividade instrutória desempenhada pelo magistrado<sup>217</sup>. Conforme Didier Jr., *in verbis*:

“Difícil, portanto, estabelecer um critério identificador da *dispositividade* e da *inquisitorialidade* que não comporte exceção. Não há sistema totalmente dispositivo ou inquisitivo: os procedimentos são construídos a partir de várias combinações de elementos *adversariais* e *inquisitoriais*. Não é possível afirmar que o modelo processual brasileiro é totalmente *dispositivo* ou *inquisitivo*. O mais recomendável é falar em predominância em relação a cada um dos temas: em matéria de produção de provas, no efeito devolutivo dos recursos, na delimitação do objeto litigioso etc”.<sup>218</sup>

Importante destacar que, no Brasil, a legislação processual, de maneira tradicional, encampa a tendência inquisitorial na condução pelo magistrado da instrução do processo. O Código de Processo Civil de 1973, em seu art. 130, confere ampla liberdade ao julgador para determinar, mesmo sem a iniciativa das partes, a produção das provas que entender necessárias à correta instrução do feito: “Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”. E o novo Código de Processo Civil (CPC/2015), aparentemente, não alterou esse panorama, haja vista que seu artigo 370 afirma caber ao juiz a determinação da instrução probatória necessária ao julgamento do mérito, inclusive de ofício: “Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito”. Esta é a posição doutrinária que tem prevalecido<sup>219</sup>.

### 3.3 – O MODELO COOPERATIVO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

---

<sup>217</sup> Para uma visão mais completa sobre as possibilidades instrutórias e os poderes probatórios das partes e do juiz, com ênfase, sobretudo, no contexto jurídico europeu, ver: TARUFFO, Michele. **Poderes probatórios de las partes y del juez em Europa**. In: Doxa, n. 29, pp. 249-271, 2006. Disponível em <<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmct15h9>>, acesso em 23.06.2016.

<sup>218</sup> DIDIER JR., Fredie. 2013, op. cit., p. 209-210.

<sup>219</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Juiz, processo e justiça**. In: Fredie Didier Jr.; José Renato Nalini; Glauco Gumerato Ramos e Wilson Levy (coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodium, 2013, p. 111-146. E mais: CÂMARA, Alexandre Freitas. **Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático**. In: Fredie Didier Jr.; José Renato Nalini; Glauco Gumerato Ramos e Wilson Levy (coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodium, 2013, p. 65-78.

Há, além dos modelos supramencionados (adversarial e inquisitorial), um terceiro modelo de organização do processo, que vem sendo denominado de *cooperativo*, também chamado de *colaborativo*. Ele recebe essa designação por exaltar a valorização da cooperação no processo, que é promovida por uma releitura do contraditório. Sob a ótica do processo cooperativo, o julgador é inserido na relação dialógica processual, participando efetivamente da relação processual contraditada, e não figurando apenas como um observador supostamente neutro<sup>220</sup>. É nesse contexto que se insere o art. 6º do novo CPC, que introduziu no Direito positivo pátrio o dever de cooperação no processo, o que abrange, decerto, a figura do julgador, pelo fato de ser amplamente reconhecido como um dos sujeitos processuais<sup>221</sup>. Do mesmo modo como a relação dialética, que tem como espinha dorsal o contraditório, cinge as partes e o juiz<sup>222</sup>, também o dever de cooperação é dirigido a todos os sujeitos do processo, incluindo-se aí o julgador.

Assim, o modelo processual brasileiro, a partir da entrada em vigor do CPC/2015, não é compatível com os parâmetros de classificação no sistema adversarial, uma vez que as partes não gozam de exclusiva iniciativa probatória (art. 370 do CPC/2015), nem no paradigma inquisitorial, pois a ampla liberdade do juiz para determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito fica condicionada ao efetivo respeito ao diálogo processual inerente ao contraditório, que restou redimensionado pelo novo esquema processual delineado pelo CPC/2015. Nesse sentido, Nicola Picardi escreve que:

“(...) o contraditório não constitui tanto um instrumento de luta entre as partes quanto, mais do que tudo, um instrumento de operação do juiz e, assim, um momento fundamental do juízo. (...) Uma vez deslocado o ângulo visual em direção ao juiz, o contraditório torna-se o ponto principal da investigação dialética, conduzida com a colaboração das partes”.<sup>223</sup>

Por conseguinte, o julgador deve ter sempre em mente a sua presença inarredável no debate processual e a necessidade intransponível de oportunizar às partes a

---

<sup>220</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 89-90.

<sup>221</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., 2011, p. 464.

<sup>222</sup> Nessa direção, pontua Dierle Nunes: “Assim, a garantia opera não somente no confronto entre as partes, transformando-se também num dever-ônus para o juiz, que passa a ter que provocar de ofício o prévio debate das partes sobre quaisquer questões de fato ou de direito determinantes para a resolução da demanda” (NUNES, D. J. C. Op. cit., p. 77).

<sup>223</sup> PICARDI, Nicola. Op. cit., p. 142.

manifestação sobre todo ato realizado (ou a ser realizado), bem como sobre qualquer fundamento relevante para a decisão a ser proferida. É papel fundamental do juiz o esmero na concretização do revigorado princípio constitucional do contraditório, em uma relação de diálogo constante com as partes até a prolação da sentença<sup>224</sup>.

Da mesma forma, a cooperação incide, obviamente, sobre as partes, que precisam compreender que o constante esforço para se chegar à melhor solução do litígio é um dever de todos os sujeitos do processo, e não apenas do julgador, porquanto a instrução probatória “deve ser vista como uma busca *coletiva* pelo esclarecimento dos fatos”<sup>225</sup>.

É possível, então, afirmar que o contraditório efetivo e o *modelo colaborativo* – ou cooperativo – são decorrências de um mesmo fenômeno: o processo civil democrático. Por consequência, o “modelo cooperativo parece ser o mais adequado para uma democracia” e que se trata do “modelo de direito processual civil adequado à cláusula do devido processo legal e ao regime democrático”<sup>226</sup>.

A respeito da cooperação no processo, Mitidiero escreve que o:

“(…) juiz do processo cooperativo é um juiz isonômico na condução do processo e assimétrico quando da decisão das questões processuais e materiais da causa. Desempenha duplo papel, pois ocupa dupla posição: paritário no diálogo, assimétrico na decisão. Visa-se a alcançar, com isso, um ‘ponto de equilíbrio’ na organização do formalismo processual, conformando-o como uma verdadeira ‘comunidade de trabalho’ entre as pessoas do juízo. A cooperação converte-se em uma prioridade no processo.”<sup>227</sup>

De todo modo, a nomenclatura do modelo processual – seja adversarial, seja inquisitorial ou, ainda, cooperativo – não se trata de uma questão de fundamental relevância, sendo mesmo imprescindível a clara compreensão de que o órgão julgador continua com grande liberdade de instrução probatória (como visto no art. 370 do CPC/2015), não obstante tenha que envidar esforços pela efetivação do

---

<sup>224</sup> CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 143-148.

<sup>225</sup> FERREIRA, William Santos. Op. cit., p. 245.

<sup>226</sup> DIDIER JR., Fredie. 2013, op. cit., p. 212-213.

<sup>227</sup> MITIDIERO, Daniel. **Bases para construção de um processo civil cooperativo**. O direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo. Porto Alegre: UFRGS/Faculdade de Direito, 2007, p. 53.

princípio do contraditório, estabelecendo um permanente diálogo com os litigantes até a decisão final.

Em decorrência do exposto, pode-se concluir que o CPC/2015 aporta inegáveis avanços na ordem jurídico-normativa brasileira, no tocante ao aprofundamento democrático do processo, refinando-se a comunicação entre a Constituição Federal e o diploma processual geral, por força do efetivo contraditório, que tem o condão de expandir o campo de atuação do princípio democrático para o interior do processo jurisdicional<sup>228</sup>.

### 3.4 – UMA LACUNA NA SEARA PROCESSUAL TRABALHISTA

Na cultura jurídica contemporânea, ainda é muito forte a crença na completude do Direito. Acredita-se que o Direito possui – e deve possuir – respostas para toda e qualquer questão ou conflito de natureza jurídica. Nesse sentido, o juiz não está autorizado a recusar-se a julgar um processo sob o argumento de incompletude da ordem jurídica, como indicado expressamente no CPC/2015<sup>229</sup>. No entanto, ao contrário do Direito, o ordenamento ou conjunto de leis *lato sensu* apresenta lacunas, ou seja, é evidente que o legislador não consegue prever todas as situações de possível ocorrência na sociedade e, assim, inseri-las no texto legal.

---

<sup>228</sup> Em reforço, afirma Lúcio Delfino sobre o CPC/2015: “Constata-se ali verdadeira intenção de se realizar a indispensável interface entre Constituição e ordenamento processual, percebida já em seu artigo inaugural. No que diz respeito sobretudo ao *princípio democrático*, nota-se que o legislador se conscientizou da sua importância ao vedar que decisões sejam proferidas contra uma das partes sem que antes seja ela previamente ouvida, excepcionados alguns casos a envolver urgência e evidência (CPC/15, artigo 9º). Tampouco a autoridade judicial está autorizada a decidir, *em qualquer grau de jurisdição*, com base em *fundamento* sobre o qual não se tenha dado aos litigantes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria que possa ser decidida de ofício (artigo 10)” (DELFINO, Lúcio. **A naturalização do indevido processo legal no Judiciário brasileiro**. In: *Consultor Jurídico*, 1º de junho de 2016. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-jun-01/lucio-delfino-naturalizacao-indevido-processo-legal>>, acesso em 02.06.2016).

<sup>229</sup> CPC/2015: Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.

Deparando-se com lacunas no ordenamento, o juiz deve supri-las de modo a realizar o julgamento da questão *sub judice*<sup>230</sup>, promovendo a integração normativa.<sup>231 232</sup>

A Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) trata-se de um texto legal promulgado há mais de setenta anos. Com o transcurso de tanto tempo e a ocorrência de inúmeras transformações sociais, econômicas, científicas, culturais e políticas, é natural que haja um *envelhecimento* das previsões normativas contidas na CLT, acarretando a superação das circunstâncias que justificaram a positivação de determinados dispositivos, bem como o aparecimento de novas situações e relações impensáveis décadas atrás. Sendo assim, faz-se necessário um mecanismo de *atualização* das disposições celetistas, ainda que sem alteração literal do texto, de maneira que o juiz alcance aplicar o Direito ao processo do trabalho consoante os cânones e princípios jurídicos vigentes. É dizer, independentemente do tipo de lacuna percebida na legislação processual trabalhista – seja normativa, ontológica ou axiológica, é preciso uma espécie de *válvula de escape* para que o sistema juslaboral não se imobilize e permita a resolução dos litígios em consonância com o atual estágio de desenvolvimento jurídico<sup>233</sup>.

Nessa linha, a CLT prevê um instrumento descompressor e atualizador. Em seu art. 769, discrimina-se a possibilidade de aplicação subsidiária das normas processuais comuns ao processo do trabalho<sup>234</sup>. Assim, na hipótese em que a legislação processual trabalhista seja omissa em relação a determinada matéria, aplica-se,

---

<sup>230</sup> Nos termos da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942): Art. 4º: Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

<sup>231</sup> LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 96-97; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito processual civil contemporâneo**, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 138; REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 292.

<sup>232</sup> A lacuna pode ser de natureza normativa, ontológica ou axiológica, a depender da carência que se constate na ordem jurídica analisada. Sobre o tema, explana Maria Helena Diniz: “Três são as principais espécies de lacunas: 1ª) *normativa*, quando se tiver ausência de norma sobre determinado caso; 2ª) *ontológica*, se houver norma, mas ela não corresponder aos fatos sociais, quando, p. ex., o grande desenvolvimento das relações sociais, o progresso técnico acarretaram o anquilosamento da norma positiva; 3ª) *axiológica*, ausência de norma justa, isto é, existe um preceito normativo, mas, se for aplicado, sua solução será insatisfatória ou injusta” (DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 452, destaques no original).

<sup>233</sup> SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 108-116.

<sup>234</sup> CLT: Art. 769. Nos 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.

subsidiariamente, o direito processual comum, que encontra sua fonte infraconstitucional primária no Código de Processo Civil (CPC). Isso, claro, desde que não haja incompatibilidade normativa entre os conteúdos da CLT e do CPC, como assevera a regra supramencionada<sup>235</sup>.

Na medida em que se analisa o conteúdo da CLT, na parte destinada ao processo, depreende-se que o tema do *contraditório* não foi objeto de minuciosa atenção nem de regular atualização pelo legislador, havendo clara omissão a respeito da integralidade do conteúdo do contraditório. Indubitável que há alguns dispositivos celetistas que abordam o assunto, a exemplo dos artigos 841<sup>236</sup>, 845<sup>237</sup>, 847<sup>238</sup> e 850<sup>239</sup>. No entanto, na esteira dos pressupostos já firmados no que se refere à tríplice composição do princípio do contraditório, conclui-se que as previsões contidas na CLT abrangem tão somente a dimensão formal daquele princípio, por estipularem requisitos que asseguram apenas o exercício dos direitos de informação/ciência (art. 841) e manifestação/produção probatória (arts. 845, 847 e 850), deixando, por outro lado, de contemplar a dimensão substancial do contraditório, que garante às partes a efetiva influência no conteúdo da decisão a ser prolatada. Assim, essa temática não foi especificamente trabalhada no conjunto normativo dedicado ao processo do trabalho, o que enseja, portanto, a necessidade de aplicação suplementar do direito processual comum. Por essa razão, considerando que não há qualquer incompatibilidade entre a regra contida no art. 7º do CPC/2015<sup>240</sup> e o processo do trabalho, uma vez que o contraditório é princípio constitucional que, por isso, incide sobre todos os ramos processuais (seja civil, penal, trabalhista, administrativo, tributário etc.), democratizando-se o processo pela

---

<sup>235</sup> LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Op. cit., p. 97.

<sup>236</sup> CLT: Art. 841 - Recebida e protocolada a reclamação, o escrivão ou secretário, dentro de 48 (quarenta e oito) horas, remeterá a segunda via da petição, ou do termo, ao reclamado, notificando-o ao mesmo tempo, para comparecer à audiência do julgamento, que será a primeira desimpedida, depois de 5 (cinco) dias.

<sup>237</sup> CLT: Art. 845 - O reclamante e o reclamado comparecerão à audiência acompanhados das suas testemunhas, apresentando, nessa ocasião, as demais provas.

<sup>238</sup> CLT: Art. 847 - Não havendo acordo, o reclamado terá vinte minutos para aduzir sua defesa, após a leitura da reclamação, quando esta não for dispensada por ambas as partes.

<sup>239</sup> CLT: Art. 850 - Terminada a instrução, poderão as partes aduzir razões finais, em prazo não excedente de 10 (dez) minutos para cada uma. Em seguida, o juiz ou presidente renovará a proposta de conciliação, e não se realizando esta, será proferida a decisão.

<sup>240</sup> CPC/2015: Art. 7º. É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

participação dos litigantes, pode-se afirmar, sem hesitação, a incidência do referido art. 7º do CPC/2015 no direito processual do trabalho, nos termos da cláusula de abertura estampada no art. 769 da CLT. Nessa linha, conforme as acertadas palavras de Bezerra Leite:

“De outro giro, é imperioso romper com o formalismo jurídico e estabelecer o diálogo das fontes normativas infraconstitucionais do CPC e da CLT, visando à concretização do princípio da máxima efetividade das normas (princípios e regras) constitucionais de direito processual (...)”.<sup>241</sup>

Discute-se, ademais, se a faceta substancial do contraditório<sup>242</sup> tem aplicação na seara processual laboral, tendo em vista o §1º do art. 840 da CLT<sup>243</sup>, que dispõe ser suficiente, como causa de pedir, a “breve exposição dos fatos de que resulte o dissídio”, não exigindo expressamente a exposição de fundamentos jurídicos na petição inicial. Há divergência doutrinária e jurisprudencial quanto à teoria aplicável à causa de pedir no processo trabalhista, se da *substanciação* ou da *individuação*<sup>244</sup><sup>245</sup>. Encampa-se, nesta pesquisa, a incidência da teoria da substanciação no processo do trabalho, considerando-se que o advento da Constituição Federal de 1988, com a inserção, no rol de direitos fundamentais, do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a eles inerentes (art. 5º, LV), expungiu do ordenamento jurídico – pela não recepção constitucional – qualquer norma que desrespeite ou apequene tais garantias. Sendo assim, compreender uma breve descrição fática como causa de pedir satisfatória significa permitir o menoscabo do contraditório e da ampla defesa do réu, dificultando-lhe sobremaneira a oposição eficaz de fatos jurídicos extintivos ou modificativos do direito do autor. Por essa razão, entende-se que a expressão “breve exposição dos fatos”, contida no §1º do art. 840 da CLT abarca, também, a sucinta apresentação dos fundamentos jurídicos

---

<sup>241</sup> LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Op. cit., p. 103.

<sup>242</sup> Como explicitado no item 3.1.3 supra.

<sup>243</sup> CLT: Art. 840 - A reclamação poderá ser escrita ou verbal.

§1º - Sendo escrita, a reclamação deverá conter a designação do Presidente da Junta, ou do juiz de direito a quem for dirigida, a qualificação do reclamante e do reclamado, uma breve exposição dos fatos de que resulte o dissídio, o pedido, a data e a assinatura do reclamante ou de seu representante.

<sup>244</sup> A teoria da *substanciação* defende que a causa de pedir é composta pelo fato jurídico e pela relação jurídica que dele decorre; enquanto a teoria da *individuação* considera como suficiente, na causa de pedir, apenas a discriminação da relação jurídica, que é causada pelo fato jurídico (cf. DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**, v. 1. Salvador: Juspodium, 2015, p. 552).

<sup>245</sup> A análise pormenorizada desse debate será retomada no item 4.1.2 infra.

do pedido, de molde a possibilitar elementos suficientes à viabilidade do exercício da defesa<sup>246</sup>.

Por conseguinte, constata-se não haver previsão adequada sobre o contraditório efetivo no conjunto normativo trabalhista, razão pela qual se propugna pela aplicação do direito processual comum, subsidiariamente, ao processo laboral. Diante da omissão observada nas regras que regulam o processo do trabalho acerca do tema em apreço e da ausência de incompatibilidade entre os sistemas normativos processuais – comum e laboral, no tocante ao *efetivo contraditório*, não restam dúvidas quanto à possibilidade de incidência direta do art. 7º do CPC/2015 no processo laboral, por se tratar de regra inovadora que explicita o conteúdo do contraditório e impõe ao juiz o manejo do contraditório efetivo, o que, decerto, igualmente se aplica ao ramo processual trabalhista.

Como se percebe, então, o direito processual laboral carece de previsão específica sobre a mais moderna e ampla concepção do contraditório, havendo uma lacuna normativa que alcança a completude com o seu preenchimento pelas normas processuais comuns, consoante preceito permissivo e atualizador contido na própria ordem positiva juslaboral.

### **3.4.1 – Contraditório efetivo e razoável duração do processo: uma aparente incompatibilidade no processo do trabalho**

Quando se propugna pela aplicação do contraditório efetivo ao processo juslaboral, com a revalorização do contraditório e a defesa da dupla dimensão desse princípio, pode-se argumentar, em sentido contrário, que a razoável duração do processo será prejudicada. Contraditório amplo significaria processo lento. Tratando-se o processo trabalhista, em regra, de instrumento de tutela de verbas alimentares, a razoável duração do processo não poderia ser afetada, sob pena de inefetividade da jurisdição.

---

<sup>246</sup> LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Op. cit., p. 442.

No entanto, não se pode olvidar que tanto o contraditório quanto a razoável duração do processo são garantias fundamentais, insculpidas, respectivamente, no art. 5º, incisos LV e LXXVIII, da Constituição Federal. São princípios regentes do processo, seja ele de que natureza for.

Ainda que de forma não exauriente, é relevante expor algumas nuances características do princípio da razoável duração do processo. Inicialmente, cabe destacar que o direito fundamental previsto no inciso LXXVIII do art. 5º da CF<sup>247</sup> é o da *razoável duração do processo*, com os meios que garantam a *celeridade* de sua tramitação. Todavia, é preciso ter moderação ao atrelar esse princípio à tão propalada *celeridade*. Celeridade é sinônimo de rapidez, ligeireza, velocidade, o que nem sempre encontra ressonância com a razoabilidade<sup>248</sup>.

A razoável duração do feito é o tempo necessário à elucidação da matéria fático-jurídica suficiente à resolução satisfativa do conflito, sem dilações indevidas por parte dos litigantes nem do próprio aparato judiciário e desde que as demais garantias fundamentais processuais sejam observadas<sup>249</sup>. Como bem assinala Humberto D. B. de Pinho, *in verbis*:

“Compreendemos que a demora na prestação jurisdicional gere a sensação de ser nociva, de submeter os sujeitos do processo, muitas vezes, a desconforto, angústia e lesões de ordem material; por outro lado, sabemos que a prestação jurisdicional precisa de um tempo mínimo a fim de garantir

---

<sup>247</sup> CF: Art. 5º - LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

<sup>248</sup> Como esclarece Leonardo Carneiro da Cunha, *in verbis*: “A duração razoável não significa celeridade nem rapidez do processo. O processo há de ser adequado ao caso, com a realização de todos os atos necessários e suficientes à melhor solução possível. A depender do caso, é possível que haja uma demora maior, em respeito ao contraditório e às demais garantias fundamentais do processo. O importante é que não haja dilações indevidas. A duração do processo deve ser *razoável*, e não rápida, expedita, célere, urgente” (CUNHA, Leonardo. **Art. 4º**. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; \_\_\_\_\_ (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 35).

<sup>249</sup> Nessa linha, expõe Didier Jr.: “*Não existe princípio da celeridade. O processo não tem de ser rápido/célere: o processo deve demorar o tempo necessário e adequado à solução do caso submetido ao órgão jurisdicional*. Bem pensadas as coisas, conquistou-se, ao longo da história, um direito à demora na solução dos conflitos. A partir do momento em que se reconhece a existência de um *direito fundamental ao devido processo*, está-se reconhecendo, implicitamente, o direito de que a solução do caso deve cumprir, necessariamente, uma série de atos obrigatórios, que compõem o conteúdo mínimo desse direito. A exigência do contraditório, os direitos à produção de provas e aos recursos certamente atravancam a celeridade, mas são garantias que não podem ser desconsideradas ou minimizadas. É preciso fazer o alerta, para evitar discursos autoritários, que pregam a celeridade como valor. Os processos da Inquisição poderiam ser rápidos. Não parece, porém, que se sinta saudade deles.” (DIDIER JR., Fredie. Op. cit., v. 1, 2015, p. 96, destaques no original).

que os mecanismos de processamento dos feitos sejam realizados de modo a garantir que elementos inerentes a um Estado Democrático de Direito sejam preservados.”<sup>250</sup>

O CPC/2015, em seu art. 4º, previu expressamente o acolhimento desse princípio, salientando, inclusive, que a fase processual de execução também é por ele regida<sup>251</sup>. Podem-se apontar inúmeras alterações na legislação pátria com o objetivo de acelerar a tramitação processual, notoriamente lenta no Brasil. No entanto, houve melhoras realmente significativas depois de tais ajustes legislativos? O entendimento doutrinário predominante e a sensação popular generalizada são no sentido negativo. É de se questionar se a culpa pela morosidade na prestação jurisdicional é atribuível às normas processuais, aos procedimentos, ao número de recursos existentes ou à carência de “dinheiro, estrutura e organização profissional” no âmbito do Poder Judiciário<sup>252 253</sup>.

A garantia da razoável duração do processo é um direito a ser efetivado, sobretudo, pelo Poder Judiciário, com base na gestão eficiente de seus recursos materiais e humanos e na profissionalização de sua administração, o que, reconheça-se, não é muito comum, no Brasil<sup>254</sup>. O conteúdo desse direito não pode ser predefinido pelo número de dias ou meses de duração do feito, mas deve ser avaliado de acordo com critérios maleáveis e já estabelecidos pela jurisprudência dos tribunais internacionais de direitos humanos, que também têm sido acolhidos pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. Tais critérios são, em resumo: (i) complexidade do caso, de acordo com detalhes fáticos, probatórios e jurídicos do

---

<sup>250</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito processual civil contemporâneo**, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 114.

<sup>251</sup> CPC/2015: Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

<sup>252</sup> NEVES, Daniel A. A.. op. cit., p. 105.

<sup>253</sup> Nas palavras de J. J. Florentino dos Santos Mendonça: “A duração do processo civil é determinada pelo comportamento das partes, pela atuação dos serventuários e auxiliares da justiça, pela conduta dos magistrados, pelo formalismo procedimental e pelas deficiências materiais dos órgãos judiciais” (MENDONÇA, J. J. Florentino dos Santos. **Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 318-319).

<sup>254</sup> A respeito do direito à razoável duração do processo, leciona Samuel Miranda Arruda: “O juiz brasileiro é simultaneamente juiz e administrador da justiça. Desta forma, não há dúvida de que esta norma *jus* fundamental obriga o administrador do judiciário. E será ele – administrador do judiciário – o responsável maior pela observância do direito fundamental em larga escala. Só haverá justiça estruturalmente célere com boa governança judiciária” (ARRUDA, Samuel Miranda. **Comentário ao artigo 5º, inciso LXXVIII**. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 509).

processo específico; (ii) conduta das autoridades<sup>255</sup>, o que inclui a tramitação do feito nos cartórios judiciais; e (iii) conduta dos litigantes, que deve ser dirigida com instrumentos como a coibição de abusos e aplicação de multas por litigância de má-fé<sup>256</sup>.

Verifica-se que o suposto paradoxo entre contraditório efetivo e razoável duração do processo não pode ser empecilho para que o Poder Judiciário conduza os conflitos submetidos à sua apreciação de maneira paritária, racional, equilibrada e tendo por objetivo a legitimidade democrática de seus provimentos decisórios. Contraditório efetivo não é obstáculo à razoável duração do processo, nem vice-versa. O que implica atrasos inaceitáveis na marcha processual são fatores de outra natureza<sup>257</sup>, que não a mera observância de um direito fundamental, o qual deve ser harmonizado com as demais garantias de ordem processual<sup>258</sup>.

Por isso, diante dos pressupostos fixados nesta pesquisa, é imperioso que a Justiça do Trabalho incorpore ao processo juslaboral as alterações benéficas introduzidas no ordenamento brasileiro pelo CPC/2015, mormente no que diz respeito ao contraditório efetivo e seu condão de legitimar democraticamente a decisão judicial,

---

<sup>255</sup> Quanto à responsabilidade dos juízes pela *demora processual*, destaca-se a interessante reflexão apresentada por Marinoni *et al*, *in verbis*: “A lentidão da justiça, nesse sentido, seria fruto de vários interesses. Portanto, há certa dose de ingenuidade em pretender atribuir aos juízes a responsabilidade pela lentidão dos processos. Ainda que os juízes devam aplicar a legislação processual à luz do direito fundamental à tempestividade e à efetividade da tutela jurisdicional, devam evitar a atuação processual voltada a protelar o processo e sejam responsáveis o ônus do tempo do processo entre as partes, é evidente que a lentidão da justiça não pode ser jogada nas suas costas. Acusar os juízes pela demora da justiça constitui um reducionismo imperdoável, uma vez que a questão da demora passa por uma dimensão muito mais profunda, ou seja, pela própria ideologia que permite que o Poder Judiciário seja o que é, pois, como é intuitivo, nada, absolutamente nada, possui uma determinada configuração sem razão ou motivo algum. Nessa dimensão nenhuma ‘justiça’ é boa ou má, ou efetiva ou inefetiva, já que ela sempre será da ‘forma’ que os detentores do poder a desejarem, e, portanto, para alguns, sempre ‘boa’ e ‘efetiva’” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil, v. 1: Teoria do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 221).

<sup>256</sup> ARRUDA, Samuel Miranda. Op. cit., p. 510-511.

<sup>257</sup> Como, por exemplo, a má gestão das unidades judiciárias; a divisão desigual da força de trabalho entre o 1º grau de jurisdição e as instâncias superiores, com a lotação elevada e desproporcional de servidores nos 2º e 3º graus; a falta de estrutura física, financeira e tecnológica para a implementação de mecanismos adequados de controle da tramitação dos feitos; a própria cultura de morosidade, já incorporada em determinados setores do Judiciário.

<sup>258</sup> A garantia da razoável duração do processo deve ser concretizada “a partir da harmonização do seu conteúdo com o de outros direitos processuais fundamentais, cuja observância também constitui requisito necessário para a conformação de uma decisão justa, dentre os quais se ressaltam o direito de acesso à justiça em sentido estrito, o direito ao contraditório, à paridade de armas, à dilação probatória, à motivação dos provimentos e ao duplo grau de jurisdição” (MENDONÇA, J. J. Florentino dos Santos. Op. cit., p. 321).

compreendendo-se que tal postura, por si só, não acarreta violação à razoável duração do processo.

## 4 – PROCEDIMENTO E CRITÉRIO DE JUSTIÇA INSTITUCIONALIZADO

### 4.1 – A INSUFICIÊNCIA DO JULGAMENTO “CONFORME A CONSCIÊNCIA” DO JUIZ

Na vigência do Estado Democrático de Direito, normativamente instaurado, no Brasil, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, as decisões emanadas dos órgãos estatais que podem interferir na esfera privada dos indivíduos devem estar sujeitas à possibilidade de participação dos cidadãos no curso de seu procedimento formativo. Os destinatários das decisões estatais são, também, em um regime democrático, seus coautores – ou, quando menos, seus anuentes –, de modo que a resolução que afetará a autonomia privada individual tenha sido questionada, discutida e referendada por um debate travado na esfera pública de formação da vontade coletiva e, conseqüentemente, justificado pelo exercício da autonomia pública cidadã. Tal entendimento caminha *pari passu* com a Teoria do Discurso e a ação comunicativa delineadas por Habermas<sup>259</sup>.

Nos planos Legislativo e Executivo, os representantes da sociedade são eleitos por meio de votação secreta, universal e periódica. Assim, os sujeitos de direito participam das resoluções de caráter normativo por intermédio dos representantes chancelados por escrutínio, além de poderem interferir diretamente na condução dos processos de formação das normas realizando gestões pessoalmente junto aos legisladores e chefes do Executivo, bem como por manifestações e debates públicos, abaixo-assinados, leis de iniciativa popular, entre outros instrumentos de estímulo e pressão coletiva.

No âmbito do Judiciário, as decisões a serem tomadas, em tese e por uma questão de imparcialidade do julgador, devem ser imunes à pressão popular. No entanto, o indivíduo a ser afetado pela sentença judicial tem o direito de se manifestar, produzir provas e questionar as resoluções adotadas. Isso significa, em outros termos, que o

---

<sup>259</sup> Cf. itens 2.1 e 2.2 supra.

cidadão destinatário da decisão judiciária deve ter a possibilidade de *interferir* na formação daquela decisão, inserindo seus argumentos e contra-argumentos com pretensão de validade na discussão que culminará na sentença. E mais: o partícipe tem o direito de constatar que suas manifestações foram efetivamente consideradas na construção da decisão judicial. Tudo isso em decorrência do princípio do contraditório, analisado em suas dimensões formal e substancial, ou seja, como direito de informação/ciência, reação/produção probatória e consideração judicial/poder de influência<sup>260</sup>.

Percebe-se, portanto, que o resultado decisório exarado ao fim do procedimento dialético judicial não pode derivar de meras elucubrações solipsistas, ainda que proferidas por um agente tecnicamente preparado e experimentado, recrutado por rigoroso concurso público de provas e títulos, como são os magistrados brasileiros. Isso porque a democracia é um regime político que não se coaduna com a imposição de decisões subjetivistas à totalidade do conjunto social. O juiz não tem o poder de resolver a *quaestio* discutida no processo tão somente com base no seu entendimento unilateral, em menoscabo das pretensões de validade apostas pelos litigantes, bem como das provas carreadas aos autos processuais, nem, por certo, das normas jurídicas aplicáveis ao caso *sub judice*. Do contrário, estaria decretada a inaceitável falência do princípio do contraditório, corolário do princípio democrático, em sua acepção ampla.

Como já afirmado no capítulo precedente, a democracia traz ínsita a noção de participação. Por conseguinte, uma decisão judicial, para merecer os adjetivos de “legítima” e “democrática”, deve derivar de um procedimento em que vigore o efetivo contraditório e apresentar elementos que reflitam a síntese das teses e antíteses declinadas no curso desse procedimento, a fim de que as partes em conflito possam compreender o ato emanado do Estado-juiz como racionalmente justificável e democraticamente elaborado, e não como uma decisão extraída da consciência individual do julgador.

A famigerada “decisão conforme a consciência do juiz” mostra-se insatisfatória, do ponto de vista da legitimidade democrática, porquanto se baseia em requisitos

---

<sup>260</sup> Cf. item 3.1.3 supra.

absolutamente subjetivistas e racionalmente imperscrutáveis, o que vai de encontro ao ordenamento jurídico pátrio<sup>261</sup>, que determina o compartilhamento das razões capazes de fundamentar as decisões estatais, de maneira que o resultado final do processo seja fruto do trabalho dialético de todos os sujeitos processuais: autor, réu e juiz.

Nesse sentido, a democracia não se realiza adequadamente com a atuação de juízes do tipo *Azduk*, como detalhado em famosa peça dramaturgicamente de Bertolt Brecht<sup>262</sup>. Pelo contrário, o regime democrático exige uma postura judiciária aberta à apresentação dos argumentos parciais e sua inserção e filtragem na consolidação da decisão final<sup>263</sup>.

A definição do *direito* do caso concreto, no contexto do Estado Democrático de Direito, modelo que ora vige no Brasil, não pode depender do que dita a consciência de um só membro da comunidade jurídica, aferrado às suas idiosincrasias e submetido ao “tribunal da razão” prática individual, como diria Kant, sob pena de fundamentar-se em decisionismo, voluntarismo ou, até mesmo, tirania judicial, o que, de resto, não se mostra compatível com o paradigma deliberativo-

---

<sup>261</sup> Refere-se, neste caso, especialmente, ao artigo 5º, inciso LV, da CF/1988 e aos artigos 7º, 9º e 10 do CPC/2015.

<sup>262</sup> O juiz *Azduk*, personagem do teatro “O círculo de giz caucasiano”, do alemão Bertolt Brecht, bem representa o julgador solipsista, que decide os casos postos à sua apreciação tão somente de acordo com a sua compreensão pessoal acerca da realidade, ignorando solenemente a legislação e os argumentos dos litigantes. No brilhante texto de Brecht, o juiz *Azduk* preside os julgamentos, ironicamente, sentado sobre o livro que contém o código legislativo, utilizando-o apenas como assento, e não como fundamento para as decisões. Ver: BRECHT, Bertolt. **O círculo de giz caucasiano**. São Paulo: Cosac Naify, 2002.

<sup>263</sup> O jurista argentino Ricardo L. Lorenzetti expõe o problema da imposição da convicção pessoal do juiz diante da decisão judicial e apresenta determinados critérios de superação do julgamento solipsista, *in verbis*: “O problema é que a decisão baseada nas próprias convicções pode afetar a igualdade perante a lei, assim como princípios da democracia republicana. Por essa razão é que, nos casos em que há paradigmas concorrentes, ou concepções diferentes de vida, o juiz imparcial, em uma sociedade pluralista, deveria aplicar os seguintes critérios: i) não substituir as decisões das maiorias por suas próprias convicções, mas tratar de reforçar os procedimentos para que estas se expressem; ii) identificar os consensos básicos da sociedade para que a vida em comum seja possível, e não substituí-los por suas próprias apreciações; iii) tratar de harmonizar os diferentes paradigmas concorrentes, examinando os benefícios-prejuízos de cada um deles; iv) ser consciente de que existem princípios e valores em tensão, mas que há um ‘metavalor’, que é o pluralismo de valores (...); v) o juiz não é necessariamente um cientista, no sentido de que sua preocupação principal seja citar doutrina e jurisprudência, e com isso construir um conceito normativo preciso; (...) vii) em todos esses casos expõe-se o problema de que as decisões das maiorias poderiam ser injustas, totalitárias ou moralmente censuráveis, e por isso deve ser admitido um limite baseado nos direitos fundamentais; viii) a tarefa do juiz nesse caso é identificar os consensos majoritários e limitá-los quando transgridam direitos fundamentais” (LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 184-185).

procedimental que se almeja implantar como mecanismo de institucionalização do critério democrático de justiça<sup>264</sup>.

Admitir-se o entendimento contrário, ou seja, de que a sentença pode ser construída “conforme a consciência” do julgador representaria a aceitação da tese positivista-normativista kelseniana de que a decisão judicial não passa de simples *ato de vontade* do juiz, de mera *escolha* que este realiza diante de opções normativas<sup>265</sup>. Alertando sobre o risco de tal postura subjetivista para a legitimidade dos procedimentos democráticos, pontua criticamente Lenio Luiz Streck:

“Numa palavra final: acreditar que a decisão judicial ou a promoção de arquivamento (ou um pedido de absolvição feito pelo MP) são produtos de um ato de vontade (de poder) nos conduz inexoravelmente a um fatalismo. Ou seja, tudo depende(ria) da vontade pessoal (se o juiz quer fazer, faz; se não quer, não faz...!). Logo, a própria democracia não depende(ria) de nada para além do que alguém quer...! Fugamos disso!”<sup>266</sup>

A obediência ao sentido estrito do texto legal é, em regra, percebida de maneira negativa por parte da doutrina brasileira, em razão de que a interpretação extremada do positivismo possibilitou a fundamentação jurídica de atrocidades cometidas, especialmente, durante a Segunda Guerra Mundial, com o massacre de minorias pelo exército nazista. O regime nacional-socialista alemão, capitaneado por Adolf Hitler, implantou a sistemática eliminação de grupos sociais, sobretudo, os judeus, alterando pouquíssimas leis, ou seja, praticamente com base no mesmo ordenamento anteriormente vigente, buscou-se legitimar juridicamente as barbaridades praticadas – e com o aval de boa parte da magistratura tedesca. A estrutura burocrática do Estado alemão justificou, então, a denominada “solução final” como simples submissão aos comandos legais, classificando-se violações horrendas aos direitos humanos como triviais atos de subordinação à lei<sup>267</sup>.

---

<sup>264</sup> Cf. itens 2.3 supra e 4.3 infra.

<sup>265</sup> Apregoa Hans Kelsen, *in verbis*: “Na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva. (...) Através deste ato de vontade se distingue a interpretação jurídica feita pelo órgão aplicador do Direito de toda e qualquer outra interpretação, especialmente da interpretação levada a cabo pela ciência jurídica”. (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 394, sublinhei).

<sup>266</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 39-40).

<sup>267</sup> Para uma análise mais acurada dos conceitos de “solução final” e “banalização do mal”, ver: ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

Portanto, o trauma do holocausto realizado pela ordem nazista *com base na lei* ainda repercute em forma de rechaço à obediência rigorosa ao texto legal.

Todavia, deve-se compreender que, em um Estado Democrático de Direito, a aceitação às leis democraticamente debatidas e aprovadas é medida imprescindível para a sedimentação da cultura jurídica e a consolidação de uma cidadania ativa, quanto mais no Brasil, onde a lembrança da ditadura militar ainda se faz bastante presente. Obedecer ao sentido estrito da lei, atualmente, não significa aderir ao positivismo primitivo<sup>268</sup>, tendo em vista que a moral não se encontra mais apartada do Direito, mas atrelada cooriginariamente a ele<sup>269</sup>. A própria ordem legal, erguida a partir de mecanismos democráticos de produção normativa, em que sejam asseguradas a participação e a influência dos sujeitos e destinatários do Direito, é detentora de legitimidade. Por isso, nas exatas palavras de Streck: “cumprir a letra da lei’ significa sim, nos marcos de um regime democrático como o nosso, um avanço considerável”<sup>270</sup>.

Decerto, não se proscribe a possibilidade de *interpretar*, inerente a qualquer atividade humana, mormente à função jurisdicional, que se depara cotidianamente com a ligação entre fatos, valores e normas carecedores de interpretação. O que não se admite é classificar a interpretação como *ato de vontade*, da forma acima exposta, mas pelo contrário:

“O que deve ser entendido é que a realização/concretização desses textos (isto é, a sua transformação em normas) *não depende* – e não pode depender – de uma subjetividade assujeitadora, como se os sentidos a serem atribuídos fossem fruto da vontade do intérprete. Ora, fosse isso verdadeiro, teríamos que dar razão a Kelsen, para quem *a interpretação a ser feita pelos juízes é um ato de vontade*. Isso para dizer o mínimo! Na verdade, o ‘drama’ da discricionariedade que crítico reside no fato de que *esta transforma os juízes em legisladores*”.<sup>271</sup>

Como já analisado em tópico precedente<sup>272</sup>, há uma diferença orgânico-funcional entre as atividades desempenhadas pelo Legislativo e pelo Judiciário, sendo que a legitimidade democrática de cada um desses Poderes reside, também, em um

---

<sup>268</sup> STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 89.

<sup>269</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**, v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 139 e ss.

<sup>270</sup> STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 90.

<sup>271</sup> Idem, p. 95, destaques no original.

<sup>272</sup> Cf. item 2.5.

exercício de autocontenção (*self-restraint*), de modo a não ultrapassar as balizas de sua devida e equilibrada atuação no regime do Estado Democrático de Direito.

É preciso condenar e, mais que isso, superar o solipsismo judiciário, na medida em que o aprofundamento do caráter democrático da função judicante depende diretamente da abertura à participação dos litigantes e à efetiva influência dos argumentos e contra-argumentos declinados na formação da sentença judicial. Essa abertura é a garantia de participação do indivíduo na decisão a que estará vinculado, podendo perceber-se como coautor da norma *in concreto* exarada pelo juiz.

Assim, a decisão proferida não deve ser o resultado de reflexões ocorridas no âmago da consciência do julgador porque a mera subjetividade de um indivíduo é pouco, muito pouco para justificar a inserção de um comando obrigatório na ordem jurídica estatal. Nesse sentido, é relevante demarcar a diferença que há entre *decisão* e *escolha*<sup>273</sup>. Enquanto esta depende da opção, vontade, interesse pessoal diante de várias alternativas, aquela implica a vinculação a um contexto prévio, pré-determinado, originário que impossibilita a existência de opções voluntaristas. A escolha é parcial e identifica-se com a discricionariedade<sup>274</sup>, enquanto a decisão parte do “comprometimento com algo que se antecipa”<sup>275</sup>, que é justamente a ordem jurídica estabelecida democraticamente pela comunidade. E esse dado prévio, que vincula a decisão judicial, é bem distinto do conjunto de conceitos morais subjetivos que cada indivíduo – logo, cada julgador – carrega consigo.

A decisão judicial “não se apresenta como um processo de escolha do julgador das diversas possibilidades de solução da demanda”<sup>276</sup>. Pelo contrário, deve fundar-se em um compromisso pré-definido com a ordem jurídica construída pela sociedade<sup>277</sup>, de maneira que o caso *sub judice* seja solucionado a partir da noção de integridade do Direito<sup>278</sup>.

---

<sup>273</sup> Idem, p. 106-108.

<sup>274</sup> Sobre o embate doutrinário travado entre Ronald Dworkin e H. L. A. Hart a respeito da existência ou não de discricionariedade no âmbito da atividade judicante, ver uma exposição resumida em: HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 351-356.

<sup>275</sup> STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 108.

<sup>276</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>277</sup> Nessa linha, afirma Streck: “Combater a discricionariedade, o ativismo, o positivismo fático, etc. – que, como se sabe, são algumas das várias faces do subjetivismo – quer dizer *compromisso com a Constituição e com a legislação democraticamente construída*, no interior da qual há uma discussão,

A concepção de interpretação e aplicação jurídica fundada na integridade do Direito foi trabalhada pelo jusfilósofo norte-americano Ronald Dworkin, que compreendeu como ideal interpretativo a busca pela realização da estrutura política e da doutrina jurídica de cada comunidade, partindo-se do conjunto coerente de princípios a respeito dos direitos e deveres dos cidadãos, resgatando-se, assim, a história institucional da ordem jurídica então vigente<sup>279</sup>. Por essa razão, o juiz tem a missão hercúlea<sup>280</sup> de filtrar os princípios jurídicos reinantes na sociedade em que inserido, promovendo uma leitura retrospectiva e prospectiva do ordenamento jurídico, bem como dos julgamentos já realizados pelos tribunais, com o fito de prolatar uma decisão que possa ser incluída no sistema do Direito, mantendo-o íntegro e coerente<sup>281</sup>.

A atividade judicante, na visão dworkiniana, seguindo a linha da integridade, deve cuidar para que, na aplicação de cada lei, seja apresentada uma fundamentação que se ajuste a essa lei e guarde coerência com o restante da legislação vigente<sup>282</sup>, além de considerar o entendimento jurisprudencial já firmado – ainda que seja para superá-lo, caso em confronto com os princípios em vigor na comunidade político-jurídica. Não cabe, nessa atividade, a inserção de elementos conscienciosos do próprio julgador, por se tratar de medida antidemocrática e violadora da integridade jurídica<sup>283</sup>.

---

no plano da esfera pública, das questões ético-morais da sociedade. Portanto, não será o juiz, com base na sua particular concepção de mundo, que fará correções morais de leis ‘defeituosas’”. (Idem, p. 112).

<sup>278</sup> A respeito da *integridade do Direito*, ver: DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 271-331.

<sup>279</sup> Idem, p. 305.

<sup>280</sup> Daí a figura do “juiz Hércules” idealizada pelo jusfilósofo norte-americano: DWORKIN, Ronald. op. cit., p. 404-409.

<sup>281</sup> Sobre a integridade em Dworkin, assevera Albert Calsamiglia: “La virtud de la integridad exige, por tanto, que las leyes no sean el fruto de un compromiso entre concepciones de justicia subjetivas contradictorias, sino que respondan a una concepción coherente de la justicia pública. Una sociedad democrática requiere – por tanto – que los actos de coacción estatal estén justificados conforme a principios. Supone tratar la comunidad como si fuera una persona moral y exigir a esa persona integridad moral” (CALSAMIGLIA, Albert. **El concepto de integridad en Dworkin**. In: *Doxa*, n. 12, 1992, p. 167. Disponível em <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/el-concepto-de-integridad-en-dworkin-0/>>, acesso em 01.08.2016).

<sup>282</sup> DWORKIN, Ronald. op. cit., p. 405.

<sup>283</sup> Aduz o jusfilósofo: “Como afirmei, Hércules respeita a integridade do texto legal, de modo que não irá pensar que aprimora uma lei só por projetar nela suas próprias convicções; respeita a equidade política, por isso não irá ignorar totalmente a opinião pública tal como esta se revela e exprime nas declarações ligadas ao processo legislativo” (DWORKIN, Ronald. op. cit., p. 409).

No intuito de ilustrar como deve ser o trabalho de preparação da decisão judicial, de modo a atender ao critério da integridade no Direito, Dworkin apresentou a alegoria do *romance em cadeia*, promovendo a relação entre Direito e Literatura, *in verbis*:

“Suponha que um grupo de romancistas seja contratado para um determinado projeto e que jogue dados para definir a ordem do jogo. O de número mais baixo escreve o capítulo de abertura de um romance, que ele depois manda para o número seguinte, o qual acrescenta um capítulo, com a compreensão de que está acrescentando um capítulo a esse romance, não começando outro, e, depois, manda os dois capítulos para o número seguinte, e assim por diante. Ora, cada romancista, a não ser o primeiro, tem a dupla responsabilidade de interpretar e criar, pois precisa ler tudo o que foi feito antes para estabelecer, no sentido interpretativista, o que é o romance criado até então. (...) Decidir casos controversos no Direito é mais ou menos como esse estranho exercício literário. (...) Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. (...) Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora”.<sup>284</sup>

Cada juiz deve interpretar a história institucional do Direito a ser aplicado ao caso posto à sua apreciação, respeitando os princípios adotados pelo corpo social, e não embarcando apenas na sua própria convicção subjetiva. Dworkin sintetiza muito bem qual deve ser a postura do julgador: “O dever de um juiz é interpretar a história jurídica que encontra, não inventar uma história melhor”<sup>285</sup>.

#### **4.1.1 – O “livre convencimento motivado” à luz do Código de Processo Civil de 2015**

O modelo do *livre convencimento motivado*, também conhecido como da *persuasão racional*, foi uma decorrência evolutiva dos modelos da *prova legal* ou *prova tarifada*, em que se atribuíam valores prefixados e inalteráveis aos elementos probatórios; e da *íntima convicção* ou *livre convencimento*, que concedia absoluta liberdade para o julgamento, inclusive, com base em circunstâncias fora dos autos. Pouco antes da Revolução Francesa, começou a ser desenhado o sistema do livre convencimento motivado, que temperava a inflexibilidade do modelo da prova legal e a desregrada

---

<sup>284</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 235-238.

<sup>285</sup> Idem, p. 240.

liberdade daquele da íntima convicção. Assim, o juiz passou a ter que fundamentar a sua decisão de maneira vinculada aos elementos carreados ao processo, os quais, no entanto, poderia valorar livremente<sup>286</sup>.

Enquanto, no Brasil, vigeu o CPC/1973, imperava o chamado *livre convencimento motivado* como sistema de apreciação e valoração das provas constantes dos autos. Isso era expressamente designado pelo artigo 131 do antigo Código<sup>287</sup>, de modo que o julgador deveria apoiar a sua decisão no conjunto probatório produzido, mas lhe era garantida ampla liberdade para analisar as provas existentes. Na esclarecedora explanação de Humberto Dalla Bernardina de Pinho, percebe-se a visão da doutrina processualista acerca da elevada autonomia do julgador, nesse particular:

“Assim sendo, se o juiz pode determinar a busca das provas, pode atribuir a elas o valor que achar adequado. É a *discricionariiedade*, o *juízo de conveniência e oportunidade* permitidos pela lei, para avaliar as provas produzidas no processo” (destaquei).<sup>288</sup>

A seu turno, a exigência de motivação apresentava-se como garantia de controle de que a decisão, efetiva e racionalmente, baseava-se nos elementos probatórios – daí o cognome *persuasão racional*<sup>289</sup>.

A entrada em vigor do CPC/2015 expungiu do ordenamento processual civil pátrio toda e qualquer expressão que pudesse remeter ao sistema do livre convencimento motivado. Antes mesmo da promulgação do novo Código, setores da doutrina já se manifestavam contrariamente ao modelo de apreciação probatória então vigente, sob a alegação de que não se coadunava com o paradigma processual democrático, por permitir que o julgador analisasse as provas produzidas como bem entendesse,

---

<sup>286</sup> ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 76-77; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito processual civil contemporâneo**, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 109-110; CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**, v. 1. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 404-406; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Método, 2015, p. 503-504.

<sup>287</sup> CPC/1973: Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

<sup>288</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Op. cit., p. 110.

<sup>289</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit., p. 406.

valorando-as conforme seu íntimo convencimento, seu pessoalíssimo juízo de consciência<sup>290</sup>.

É bem verdade que, sendo o julgamento realizado por um ser humano, a subjetividade é inafastável, a apreciação subjetiva dos elementos postos à análise é inexorável. No entanto, defende-se que a decisão judicial seja o resultado de um procedimento dialético, no curso do qual todas as teses e antíteses possivelmente consideradas na formação da decisão possam ser debatidas e contraditadas. É dizer, a sentença deve ser a consequência dialogal de um processo racional-deliberativo, para que não se degenere na antidemocrática figura da *decisão-surpresa*<sup>291</sup>.

Seguindo essa linha de entendimento, segmentos da doutrina jurídica realizaram gestões junto à Comissão de Juristas e aos parlamentares federais responsáveis pela condução do, até então, Projeto do Novo CPC, com o objetivo de extrair as expressões “livre” e “livremente” de todos os dispositivos que abordassem o tema da apreciação probatória pelo juiz<sup>292</sup>. E obtiveram sucesso no intento, uma vez que o artigo 371 do CPC/2015<sup>293</sup>, emblemático dessa nova visão, não contém o termo “livremente”, de maneira diversa do constante do art. 131 do CPC/1973.

O expurgo do *livre convencimento motivado* do CPC/2015 nada mais é do que um corolário do contraditório, pois tão somente as provas constantes dos autos podem ser consideradas no julgamento, além do que a fundamentação da decisão deve ser *racionalmente* sustentada pelos elementos colhidos no debate travado no desenrolar do processo, realizando o juiz uma filtragem dos “cânones racionais comumente aceitos e reconhecidos no contexto da cultura média daquele tempo e daquele lugar

---

<sup>290</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Como assim “cada um analisa de acordo com o seu convencimento”?**. In: Consultor Jurídico, São Paulo, 15 abr. 2013. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-15/lenio-streck-assis-cada-analisa-acordo-convencimento>>, acesso em 01.08.2016.

<sup>291</sup> Cf. item 3.1.3 supra.

<sup>292</sup> Como se pode constatar em STRECK, Lenio Luiz. **Livre convencimento no novo CPP: mas, já não apanha(ra)m o suficiente?**. In: Consultor Jurídico, São Paulo, 05 mai. 2016. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-mai-05/senso-incomum-livre-convencimento-ncpp-nao-apanharam-suficiente>>, acesso em 01.08.2016; bem como em DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**, v. 2. Salvador: Juspodium, 2015, p. 102-103.

<sup>293</sup> CPC/2015: Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

em que atua o órgão julgador”<sup>294</sup>, com base na noção de integridade, como visto no tópico anterior.

Há relevantes autores que defendem a manutenção do modelo do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, mesmo na vigência do CPC/2015, alegando-se que, “na Justiça dos homens o fator humano é insuprimível. Por isso, enquanto os julgamentos forem humanos, a livre convicção do julgador, dentro de algumas importantes balizas, sempre estará presente”<sup>295</sup>. Afirma-se, pois, que a liberdade do julgador na apreciação do conjunto probatório permanece incólume.

Como já dito acima, é inegável a presença do elemento subjetivo em qualquer tipo de avaliação ou julgamento realizado dentro das limitações humanas. Ocorre que, no Estado Democrático de Direito, as posições estatais precisam refletir a união dos interesses da coletividade – não a soma de cada interesse individualmente considerado, mas a união em si de todos os interesses. Os sujeitos de direito devem poder se perceber como coautores da *vontade* estatal. Com o Estado-juíz e o processo judicial não é diferente. A resolução da demanda que não espelha a reunião/filtragem racional dos argumentos e contra-argumentos apresentados durante o processo e em cujo resultado não se possa chegar qualquer outro sujeito racional, na mesma posição do juiz, não pode ser tida como uma decisão democraticamente legítima<sup>296</sup>. Por isso, afirma-se que a liberdade de convencimento do julgador deve ser a mais restrita possível, para que o controle social sobre a decisão e as razões de decidir seja amplificado, como exige o salutar paradigma deliberativo-procedimental de Direito<sup>297</sup>. Ao abolir a expressão “livremente” de seu art. 371, o CPC/2015 aponta na direção dessa mudança de paradigma. Os juristas

---

<sup>294</sup> DIDIER JR., Fredie et al. Op. cit., p. 103.

<sup>295</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca . **O livre convencimento motivado não acabou no Novo CPC**. In: Jota, Brasília, 06 abr. 2015. Disponível em <<http://jota.uol.com.br/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc>>, acesso em 01.08.2016.

<sup>296</sup> Nesse passo, afirma Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “(...) não sendo meramente subjetiva a apreciação da prova, a exemplo do julgamento exclusivamente de direito, deve ainda respeitar as expectativas do ambiente a que se dirige e no qual a decisão há de se mostrar convincente ou pelo menos aceitável. Constituirá assim aspiração da atividade judicial, também no plano dos fatos, obter consenso o mais generalizado possível da sociedade em que inserida, no horizonte de uma decisão razoável na medida em que conformada às expectativas sociais” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 163).

<sup>297</sup> Cf. item 2.3 supra.

precisam compreender e trabalhar pela efetividade desse novo quadro jurídico-processual que se descortina com o novo Código.

#### **4.1.2 – Um olhar sobre a ordem normativa juslaboral**

Analisando-se o conjunto normativo juslaboral, notadamente a CLT, percebe-se que não há previsão específica a respeito da apreciação das provas – e alegações – pelo juiz. Pode-se cogitar, por esforço argumentativo, que o art. 765 da CLT tangencie a questão em comento<sup>298</sup>. Todavia, a redação do citado dispositivo é muito clara no sentido de se referir à condução da atividade probatória, isto é, o artigo celetista mencionado limita-se a disciplinar a liberdade na direção do processo pelo juiz, permitindo-se ao magistrado a determinação de diligências para o deslinde da causa, bem como, de outra banda, o indeferimento de atividades protelatórias.

É de se notar que o art. 765 da CLT ainda apresenta a sua redação original, não tendo havido qualquer atualização de seu texto durante os mais de setenta anos de vigência da Consolidação. Por tratar, como visto acima, da condução do processo pelo julgador, esse dispositivo sempre foi comparado, pela doutrina e pela jurisprudência trabalhista, ao art. 130 do CPC/1973<sup>299</sup>, que também se referia à atividade probatória dirigida pelo juiz. Atualmente, com o advento do CPC/2015, o art. 370 do diploma processual comum passou a disciplinar tal matéria<sup>300</sup>.

Assim sendo, o art. 765 da CLT não alberga o “livre convencimento motivado”, como o fazia o art. 131 do CPC/1973 – revogado, mas tão somente a possibilidade de iniciativa probatória e negativa de diligências protelatórias pelo juiz. Por essa razão, conclui-se que a liberdade de apreciação das provas e alegações declinadas no

---

<sup>298</sup> CLT: Art. 765 - Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas.

<sup>299</sup> CPC/1973: Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

<sup>300</sup> CPC/2015: Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

processo, em respeito ao contraditório efetivo, também no âmbito juslaboral, deve ser restrita, de maneira que a sentença a ser proferida possa espelhar a síntese racional das teses e antíteses apresentadas pelos litigantes.

Como se verifica, se, por um lado, o contraditório não foi abordado em sua dimensão substancial pela CLT<sup>301</sup>, por outro, não se pode afirmar que foi tolhido ou, menos ainda, proscrito. De acordo com a apontada lacuna normativa na ordem juslaboral e com o dispositivo autorizador contido no art. 769 da CLT, entende-se que as normas processuais comuns atinentes ao contraditório efetivo merecem aplicabilidade ao processo do trabalho, o que justifica a rejeição do “livre convencimento motivado” ou do julgamento “conforme a consciência” do juiz, não apenas no âmbito processual comum, mas, da mesma forma, no domínio trabalhista, na esteira do paradigma instaurado pelo CPC/2015, estampado, especialmente, em seus arts. 7º e 10.

Outro ponto que merece análise, no conjunto legislativo juslaboral, e que toca diretamente a inviabilidade normativa da manutenção do “livre convencimento motivado” na construção da decisão judicial é a suposta possibilidade de o juiz do trabalho apoiar sua sentença em fundamentos jurídicos não discutidos pelas partes. Explica-se: há entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que o §1º do art. 840 da CLT autoriza que o autor da ação trabalhista decline, na petição inicial, tão somente um resumo dos elementos fáticos que envolvam a lide, sendo desnecessária a exposição dos fundamentos jurídicos que sustentem seu pedido. Nessa linha, o magistrado poderia embasar sua decisão em qualquer elemento jurídico, ainda que este elemento não tenha sido objeto de debate pelos litigantes, por estar adstrito unicamente à discussão fática travada pelas partes. Cabe esclarecer, de pronto, que a interpretação retromencionada é rechaçada pelos pressupostos adotados nesta pesquisa.

Compreende-se que, como explicitado nos parágrafos anteriores, o julgamento “conforme a consciência” ou de acordo com o “livre convencimento motivado” do juiz não atende aos requisitos de legitimidade democrática. Ademais, uma sentença fundamentada em elemento não submetido à discussão das partes é classificada

---

<sup>301</sup> Cf. item 3.4 supra.

como decisão-surpresa<sup>302</sup>, não participativa, violadora do contraditório e antidemocrática em essência. Por conseguinte, se o juiz do trabalho acolher como fundamento jurídico da sua decisão algo não debatido no processo, só se poderá concluir pela ilegitimidade desse provimento judicial, pelo flagrante desrespeito à dimensão substancial do princípio do contraditório, consistente na efetiva possibilidade de influência sobre o conteúdo da decisão.

Releva aprofundar um pouco mais essa questão, de modo que fique clara a aplicabilidade da *teoria da substanciação*<sup>303</sup> ao processo laboral, como afirmado no item 3.4, em que pese respeitável posição contrária. Defende-se, neste trabalho, que a expressão “breve exposição dos fatos”, explicitada no art. 840, §1º da CLT, implica a necessidade de apresentação concisa dos *fatos jurídicos*, ou seja, da descrição da situação fática e, mais, da sua roupagem jurídica, da implicação jurídica daqueles fatos ocorridos, isto é, a indicação da relação jurídica decorrente dos fatos, para que o réu tenha elementos para exercer a contento o seu direito ao contraditório e à ampla defesa. Se assim não fosse, o direito fundamental à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes<sup>304</sup>, estaria seriamente comprometido. Caso apenas os fatos, pura e simplesmente, fossem declinados na peça inicial, sem o enquadramento da relação jurídica a eles subjacente<sup>305</sup>, o exercício da defesa seria extremamente dificultado, fazendo-se tábula rasa do efetivo contraditório.

Então, com base na interpretação do referido dispositivo da CLT à luz dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, firma-se a necessidade de exposição dos fatos e fundamentos jurídicos na petição inicial do processo laboral, não havendo discrepância, neste ponto, em relação ao processo civil comum. Portanto, o magistrado trabalhista também se encontra vinculado à obrigatoriedade de embasar suas sentenças nos elementos fáticos e jurídicos submetidos ao debate

---

<sup>302</sup> Cf. item 3.1.3 supra.

<sup>303</sup> A *teoria da substanciação*, de origem alemã, entende que a causa de pedir é formada pelos fatos e fundamentos jurídicos declinados na petição inicial. A seu turno, a *teoria da individuação*, também oriunda do direito germânico, sustenta que a causa de pedir compõe-se apenas da relação jurídica, prescindindo-se dos fatos que lhe deram causa (*In*: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit., 2015, p. 144).

<sup>304</sup> Art. 5º, LV, da Constituição Federal.

<sup>305</sup> É importante fazer distinção entre *fundamento jurídico* e *fundamento legal*: este é o enquadramento de determinada situação jurídica em um específico dispositivo de lei, sendo dispensável e não vinculante para o juiz e para as partes; aquele compõe a causa de pedir, sendo, pois, obrigatório, e significa a ligação jurídica entre os fatos e o pedido.

das partes, sendo-lhe vedada, tanto quanto a qualquer juiz de competência cível, a adoção do “livre convencimento motivado” para fundamentar as decisões.

Entende-se, pois, tendo em vista as lacunas normativas identificadas, que à seara processual trabalhista aplicam-se as disposições do CPC/2015 relativas ao contraditório efetivo, ao modelo colaborativo de processo e à ultrapassagem do paradigma do “livre convencimento motivado” como critério de avaliação das alegações e provas e de fundamentação das decisões judiciais.

#### 4.2 – A NECESSÁRIA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA DECISÃO JUDICIAL

Fixada a premissa teórica de que a decisão judicial apresenta conteúdo de explicitação normativa – de âmbito individual e concreto<sup>306</sup>, naturalmente, pode-se questionar com que legitimidade um juiz produz esse ato de caráter concretizador da norma jurídica, uma vez que, supostamente, não se encontra autorizado a fazê-lo com base no específico critério eleitoral-democrático, na condição de representante sufragado pelo corpo social, como ocorre com as figuras do legislador e, em determinadas situações (p.ex., expedição de medidas provisórias), do chefe do Poder Executivo.

É bem verdade que, em alguns países, os juízes são eleitos pela comunidade, como em alguns ramos do Judiciário norte-americano. No entanto, em geral, os membros do Judiciário passam a ocupar seus cargos depois de aprovação em seleção pública. É o caso do Brasil. Sendo assim, os juízes brasileiros alcançam o exercício do poder jurisdicional por um caminho diverso do percorrido pelos legisladores para atingirem o poder legiferante. É dizer, o juiz detém a missão de exarar normas *in concreto*, aplicando as normas gerais e abstratas, depois de aprovado em concurso público de provas e títulos, enquanto o legislador recebe a incumbência de produzir normas – em regra, gerais e abstratas – pelo crivo do voto dos cidadãos. De uma forma ou de outra, é possível afirmar-se que ambos são representantes da

---

<sup>306</sup> Cf. item 2.5 supra.

comunidade, exercendo atribuições normativas e aplicativas diversas, em níveis diferentes. Apenas o critério de competência – ou funcional – é o que diferencia ambas as aptidões para a inovação normativa<sup>307 308</sup>.

Não há que se falar em menor legitimidade democrática do juiz pelo fato de não ter sido eleito pela sociedade. A forma de recrutamento dos membros do Judiciário, no Brasil, foi uma opção do constituinte originário, no exercício da plena representatividade da população brasileira. De outra banda, também não se mostra muito consentânea com a realidade política a tentativa de atribuição de maior legitimidade aos legisladores e chefes do Executivo, tendo em vista que estes, com indesejada frequência, não podem ser considerados perfeitos paradigmas da democracia representativa, por não conseguirem alcançar o consenso dos governados – ou, pelo menos, a sua ampla maioria<sup>309</sup>. Pelo fato de os legisladores não poderem afastar-se completamente das pressões dos grupos de interesse e do horizonte eleitoral, não é razoável afirmar-se que eles são *melhores* representantes da sociedade do que os membros do Judiciário. Não é uma medida comparativa justa realizar a confrontação entre juízes reais e legisladores ideais, pois estes não são encontrados na realidade política<sup>310</sup>, isto é, não seriam estes os parâmetros empíricos adequados.

É importante notar, entretanto, que a lógica legiferante é manifestamente diversa da lógica judicante. Por conta disso, os discursos utilizados são diferentes, os critérios

---

<sup>307</sup> Esclarece Jürgen Habermas a diferença competencial e funcional entre o Direito e a Política, afirmando que a função própria da Política é a “realização de fins coletivos”, enquanto a do Direito é a “estabilização de expectativas de comportamento”. In: HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**, v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 182.

<sup>308</sup> Destacando a diferença entre as funções normativas do juiz e do legislador, pontua Eduardo Cambi: “As atividades do juiz e do legislador não se confundem, porque os juízes: a) não se pronunciam por intermédio de normas gerais, sendo chamados a resolver casos concretos definidos pelas partes envolvidas no processo judicial; b) devem decidir, mesmo na ausência ou na insuficiência de regras gerais; c) têm o dever de fundamentar a decisão obtida; d) não estão presos estritamente ao texto legal, devendo buscar a interpretação capaz de produzir a decisão mais adequada possível ao caso concreto.” In: CAMBI, Eduardo. **Neconstitucionalismo e neoprocessualismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 272.

<sup>309</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993, p. 94-95.

<sup>310</sup> POSNER, Richard A.. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 191-192. Nesse sentido, afirma o jusfilósofo norte-americano: “(...) como saber se os legisladores são, de fato, melhores formuladores de políticas públicas do que os juízes? Sem dúvida, *poderiam* sê-lo – desde que pudessem livrar-se do jugo das pressões dos grupos de interesse e da reforma dos procedimentos do poder legislativo, e a ampliar os próprios horizontes políticos para além da próxima eleição. Se não puderem fazer essas coisas, suas vantagens institucionais comparativas podem não passar de uma fantasia”.

procedimentais para o exercício das duas funções são distintos, o que enseja a conclusão de que a forma de obtenção da legitimidade democrática no âmbito do Legislativo seja realmente díspar em relação à do Judiciário.

Além disso, a feição contemporânea de *processo* não permite que se perceba a jurisdição como algo incompatível com a democracia, tendo em vista que o resultado da jurisdição, ou seja, a decisão judicial é produto de um procedimento dialético em cujo desenvolvimento vigora a participação dos interessados e destinatários da referida decisão: as partes litigantes. E é garantida a estas a oportunidade determinante de influenciar no conteúdo da sentença a ser proferida, por força do efetivo contraditório<sup>311</sup>. Trata-se, portanto, de um *falso problema* a suposta tensão entre jurisdição e democracia<sup>312</sup>.

Ademais, não é verdade que o Judiciário seja totalmente privado de representatividade. Basta analisar as formas de acesso às posições judiciais, sobretudo, às de maior hierarquia, para compreender que há mecanismos de *oxigenação popular* dos ramos judiciais, seja em razão dos cargos ocupados por representantes da classe advocatícia, seja por aqueles egressos do Ministério Público – o denominado *quinto constitucional*, seja, ainda, pelos cargos de livre nomeação pelo Chefe do Executivo, passando-se pelo crivo de uma das Casas do Legislativo – Senado Federal (caso dos Ministros do Supremo Tribunal Federal)<sup>313</sup>. Além disso, o acesso à posição de juiz de primeiro grau é assegurado, como já dito, por meio de concurso público de provas e títulos, o que, em tese, consiste em instrumento amplo, transparente e republicano de ingresso nos quadros do Judiciário.

Como reforço dessa tese, é interessante notar que algumas constituições estrangeiras explicitam a representatividade popular do Poder Judiciário, definindo

---

<sup>311</sup> Como analisado no item 3.1.3 supra.

<sup>312</sup> Nesse sentido, apregoa Lúcio Delfino, *in verbis*: “É o processo ambiente democrático porque os resultados dele oriundos não decorrem do labor solitário da autoridade jurisdicional (*solipsismo judicial*), mas, bem diferentemente, também são fruto do empenho dos demais envolvidos (partes), que *participam* e *influenciam* na construção do provimento jurisdicional do qual são destinatários” (DELFINO, Lúcio. **O processo democrático e a ilegitimidade de algumas decisões judiciais**. In: *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 14, nº 1117, 20 de março de 2014. Disponível em <<http://www.tex.pro.br/index.php/artigos/261-artigos-mar-2014/6442-o-processo-democratico-e-a-ilegitimidade-de-algumas-decisoes-judiciais-1-2>>, acesso em 21.04.2016).

<sup>313</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit., p. 96-97.

que a jurisdição é exercida em nome da sociedade<sup>314</sup>. Assim, compreende-se que, se os juízes não atuam como *representantes eleitos* do povo, ao menos, exercem a jurisdição *em representação* do povo<sup>315</sup>.

As diversas formas de recrutamento e preenchimento dos cargos judicantes também asseveram uma renovação das tendências teóricas e jurídicas que dominam os tribunais, garantindo, assim, a alteração de posicionamentos conforme a evolução dos próprios anseios sociais e dos matizes ideológicos prevalentes na comunidade. As teses encampadas nos julgamentos passam pela filtragem das posições erguidas e defendidas pelos corpos sociais, o que mantém os tribunais em permanente renovação intelectual e teórica, situação essa que se pode chamar de *arejamento ético e ideológico*.

De mais a mais, cabe ressaltar que a aplicação da norma geral realizada pela decisão judicial encontra – ou, ao menos, deveria encontrar, como exige a ordem jurídica – robustos elementos fáticos e jurídicos na fundamentação do *decisum*. Os juízes e tribunais só podem se manifestar, nos processos, de maneira escrita e, em regra, pública, o que mantém a sociedade em constante contato com as razões de produção do comando concretizador da norma emitido ao fim do processo judicial. Essa postura do Judiciário pode ser considerada “um contínuo esforço de convencer o público da legitimidade de tais decisões”<sup>316</sup>. Parece bem claro que essa circunstância fortalece o caráter democrático das decisões proferidas no curso do procedimento dialético denominado *processo judicial*.

Outro aspecto que merece relevo é a contribuição que o Judiciário confere ao processo democrático, no âmbito da representatividade geral. Possibilitados pelo amplo acesso à justiça, diversos grupos sociais obtêm reconhecimento e proteção a seus direitos por intermédio do processo judicial, tendo em vista que tais conjuntos sociais, muitas vezes minoritários, não possuem condições de ter acesso ao *processo político*<sup>317</sup>. Com isso, não obstante haja inegáveis obstáculos ao irrestrito

---

<sup>314</sup> P.ex.: Constituição Portuguesa, art. 202, n. 1: “Os tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo” e Constituição Italiana, art. 101: “A justiça é administrada em nome do povo. Os juízes só são sujeitos à lei”.

<sup>315</sup> CAMBI, Eduardo. 2011, op. cit., p. 277.

<sup>316</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit., p. 98.

<sup>317</sup> Idem, p. 99-100.

ingresso ao processo judicial, pode-se afirmar que o Judiciário é, também, um poder que realiza efetivamente a feição representativa da democracia, pois permite que fragmentos da sociedade com baixo poder de influência nos mecanismos políticos de formação normativa tenham suas pretensões consideradas e satisfeitas na esfera pública, por força do processo judicial e da legitimidade democrática de seu produto normativo final: a decisão/sentença<sup>318</sup>.

Há uma crítica doutrinária recorrente a respeito do protagonismo judiciário com base no suposto déficit democrático na formação da decisão judicial, mediante a alegação de que a sociedade não participaria do procedimento de construção da decisão. Ocorre que tal alegação não se apoia em terreno firme, como se pretende demonstrar.

É possível asseverar que o âmago da democracia seja algo que se pode chamar de *sentimento de participação* ou *efetiva participação*, que é definível como o entendimento dominante na sociedade de que exista a participação dos membros da comunidade na definição dos rumos a serem tomados pelo corpo coletivo, notadamente, na produção das normas jurídicas que, por isso, devem ser obrigatoriamente cumpridas. E a chamada *efetiva participação* é perfeitamente constatada no curso do processo judicial, na medida em que este somente tem início pela exclusiva iniciativa das partes, além do que os limites da discussão a ser travada no processo são determinados, igualmente, pelos litigantes. Isso sem falar no contraditório, que deve necessariamente ser observado, sob pena de nulidade do procedimento. O contraditório garante que as partes tenham o direito de manifestação, de produção probatória e, mais, como analisado no capítulo antecedente, que as pretensões de validade arguidas pelas partes sejam verdadeiramente apreciadas na formação da decisão judicial. É nesse sentido que

---

<sup>318</sup> Ressaltando a legitimidade do Poder Judiciário para a defesa dos direitos das minorias, aduz Ronald Dworkin: “Os legisladores que foram eleitos, e precisam ser reeleitos, por uma maioria política tendem mais a tomar o partido de tal maioria em qualquer discussão séria sobre os direitos de uma minoria contrária; se se opuserem com excessiva firmeza aos desejos da maioria, esta irá substituí-los por aqueles que não se opõem. Por esse motivo, os legisladores parecem menos inclinados a tomar decisões bem fundadas sobre os direitos das minorias do que as autoridades que são menos vulneráveis nesse sentido. Disso não decorre que os juízes, à margem da censura da maioria, sejam as pessoas ideais para decidir sobre esses direitos. Os juízes têm seus próprios interesses ideológicos e pessoais no resultado dos casos, e também podem ser tirânicos. *A priori*, porém, não há motivo para considera-los teóricos políticos menos competentes do que os legisladores (...)”. In: DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 448-449.

se pode dizer que o “processo jurisdicional é até o mais participatório de todos os processos da atividade pública”<sup>319</sup>, por possibilitar aos cidadãos a iniciativa, a delimitação do conteúdo e a efetiva consideração das pretensões declinadas durante o curso do referido procedimento dialético.

Exatamente com base nas regras de que a jurisdição não pode ser desempenhada sem o ânimo inicial de um sujeito de direito, de que o conteúdo da discussão desencadeada no processo é definido pelos litigantes e de que o julgador deve abster-se de posições parciais na condução do processo, assegurando o contraditório entre as partes até a construção da decisão final, compreende-se que o exercício jurisdicional é, sim, dotado de legitimidade democrática, atendendo-se à mencionada *efetiva participação* da comunidade jurídica<sup>320</sup>. Assim, como bem destacado por Mauro Cappelletti, o processo judicial possivelmente seja o mais participativo daqueles desenvolvidos no âmbito público de produção normativa.

Se, por um lado, a sentença judicial não é fruto da deliberação de representantes eleitos pela sociedade, ou seja, não se trata de norma que reflete a apuração da *vontade coletiva*; por outro lado, a decisão é o produto final de um procedimento dialético iniciado, motivado e demarcado por membros da comunidade – partes interessadas –, que possuem um papel absolutamente determinante na formação da decisão judicial, por meio do contraditório efetivo, o que evidencia a intrínseca afinidade do processo judicial com a exigência do contexto democrático para a composição de normas jurídicas e de atos estatais vinculativos.

Então, por força do contraditório, o processo é ambiente participativo, é instrumento da jurisdição que assegura a *participação direta* do sujeito de direito na definição da decisão estatal. O contraditório, para além de ser mecanismo de participação direta, é, igualmente, possibilidade de *controle* da decisão prolatada, evitando-se arbítrios e subjetivismos por parte de julgador<sup>321</sup>.

Nesse sentido, mostra-se razoável a conclusão de que o exercício do poder jurisdicional encontra respaldo no princípio democrático por variadas razões: i) por

---

<sup>319</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit., p. 100.

<sup>320</sup> Idem, p. 101-102.

<sup>321</sup> DELFINO, Lúcio. Op. cit., p. 4-5.

ser realizado por alguém que teve acesso ao cargo julgante por meios igualitários e social e juridicamente validados; ii) porque seu produto final é necessariamente escrito, público e fundamentado, além de ter como parâmetros leis e precedentes, permitindo-se o seu controle pela sociedade; iii) por ser condicionado e inspirado pelos interesses dos cidadãos participantes do processo, culminando em um ato jurídico dotado de conteúdo normativo concreto, vinculando-se as partes; iv) pelo fato de a decisão dever refletir a filtragem das manifestações e provas declinadas pelos interessados, assegurando-se o sentimento de participação.

A legitimação democrática obtida pelos juízes possui uma fonte diversa daquela percebida nos demais poderes políticos, uma vez que não se fundamenta no sufrágio universal. Os integrantes dos outros poderes, frequentemente, encontram-se mais conectados à vontade da maioria, até mesmo por serem eleitos por esta. Ainda assim, “a legitimação dos juízes não é menos concreta e fundamental, porquanto é (...) profundamente radicada nas necessidades, ônus, aspirações e solicitações quotidianas dos membros da sociedade”<sup>322</sup>. É dizer, o contato permanente dos juízes e tribunais com as demandas concretas e atuais da comunidade em que se encontram inseridos possibilita uma legitimidade única ao Judiciário, que, ao mesmo tempo, deve conseguir manter-se distante das pressões e anseios contingentes.

A alegação de que os juízes são pessoas alheias às reais necessidades da comunidade não se respalda na realidade. De fato, os membros do Judiciário devem manter uma conduta de imparcialidade e distanciamento salutares ao hígido exercício da jurisdição. Todavia, o cotidiano dos juízes é justamente marcado pela proximidade com os problemas concretos e atuais de uma sociedade, pois este profissional encontra-se diariamente diante de casos reais prementes de solução jurídico-normativa.

Por todo o exposto acima, a atividade judiciária, que se encontra em sensível relação e direto contato com as aspirações sociais, abebera-se diuturnamente na fonte da democracia participativa, além do que a decisão judicial, consistente na aplicação da norma *in concreto*, detém a necessária legitimidade democrática para

---

<sup>322</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit.. p. 104.

regular coercitivamente a conduta dos sujeitos de direito atingidos por seus efeitos, por ser proferida em um contexto procedimental que oportuniza a participação direta dos atores em sua construção. Há, portanto, não obstante em escala reduzida, uma espécie de autoimposição normativa, uma vez que a decisão judicial deve poder ser percebida como fruto da decisiva participação dos litigantes, que integram uma relação dialógica entre si e com o juiz. Em conclusão, as palavras de Mauro Cappelletti mostram-se acertadas, *in verbis*:

“Parece bem evidente que a noção de democracia não pode ser reduzida a uma simples ideia majoritária. Democracia, como vimos, significa também participação, tolerância e liberdade. Um judiciário razoavelmente independente dos caprichos, talvez momentâneos, da maioria, pode dar uma grande contribuição à democracia; e para isso em muito pode colaborar um judiciário suficientemente ativo, dinâmico e criativo, tanto que seja capaz de assegurar a preservação do sistema de *checks and balances*, em face do crescimento dos poderes políticos, e também controles adequados perante os outros centros de poder (não governativos ou quase-governativos), tão típicos das nossas sociedades contemporâneas.”<sup>323</sup>

Compreende-se, por conseguinte, que o princípio da maioria, responsável por sustentar formalmente o regime democrático, em seu caráter eleitoral, não é o único pilar estrutural da democracia. Os direitos fundamentais também conformam substancialmente o Estado Democrático de Direito<sup>324</sup>. E o Poder Judiciário, no exercício de sua função de aplicação normativa ao caso concreto e sendo responsável por assegurar os citados direitos a todos os indivíduos, sequazes ou não da maioria política momentânea, desempenha papel fulcral na defesa e na conservação do Estado Democrático de Direito<sup>325</sup>.

#### 4.3 – CRITÉRIO PROCEDIMENTAL DE JUSTIÇA

---

<sup>323</sup> Idem, p. 107.

<sup>324</sup> CAMBI, Eduardo. 2011, op. cit., p. 280.

<sup>325</sup> A respeito da não exclusividade do critério eleitoral para defesa da legitimidade democrática do exercício da jurisdição, afiança o jurista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni: “Uma instituição não é democrática unicamente porque não provenha de eleição popular, porque nem tudo o que provém desta origem é necessariamente aristocrático. Uma instituição é democrática quando seja funcional para o sistema democrático, quer dizer, quando seja necessária para a sua continuidade, como ocorre com o Judiciário.” *In*: ZAFFARONI, E. R.. **Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 43.

Existe uma íntima conexão entre dois pontos analisados nos capítulos antecedentes: a teoria procedimentalista-discursiva de Habermas, com sua ação comunicativa e sua preocupação com a legítima construção das normas jurídicas na democracia; e a relevância do contraditório como legitimador democrático da decisão judicial.

O uso da razão comunicativa habermasiana transfere o critério de racionalidade e de legitimidade da produção da norma para o procedimento que deve ser seguido. Assim, serão legítimas as normas extraídas de um processo comunicativo no curso do qual determinado procedimento seja necessariamente observado, a fim de se garantir a possibilidade de participação de todo e qualquer membro da comunidade interessado<sup>326</sup>. E a instauração de uma esfera comunicacional dotada de condições discursivas ideais depende da satisfação de alguns requisitos, quais sejam:

- *Utilização de linguagem inteligível*, de modo que todos os participantes possam compreender-se;
- *Emprego de proposições verdadeiras*, para que estas sejam consideradas por todos;
- *Participantes verazes*; e
- *Correção normativa das manifestações*.<sup>327</sup>

Com o estabelecimento das condições discursivas ideais<sup>328 329</sup> e a instauração de uma arena comunicativa a que todos os membros da comunidade interessados tenham amplo acesso e efetiva possibilidade de manifestação, contribuindo para a formação da norma jurídica racionalmente justificável e procedimentalmente legítima, pode-se concluir que o critério de justiça – ou de legitimidade – da norma assim construída está, inequivocamente, atrelado às regras procedimentais que ditam a produção jurídico-normativa.

---

<sup>326</sup> SANTOS JUNIOR, Sândalo Vianna dos. **A relação entre o contraditório e a fundamentação das decisões no processo civil do Estado Democrático de Direito**. Vitória: UFES/PPGDIR, 2013. 232f., p. 35.

<sup>327</sup> Idem, p. 36.

<sup>328</sup> Habermas afirma que a situação ideal de fala apresenta-se quando “a comunicação não pode ser impedida nem por fatores contingentes externos, nem por coações internas da própria estrutura de comunicação”, além do que a comunicação permanece livre de “coações apenas se ocorre uma distribuição simétrica de oportunidades para todos de escolher e efetuar atos de fala” (HABERMAS, Jürgen *apud* ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 123).

<sup>329</sup> Para uma análise mais aprofundada e crítica sobre as “condições ideais de fala” propostas por Jürgen Habermas, ver: ALEXY, Robert. 2013, op. cit., p. 123-127.

Pontuam Vitale e Melo:

“Portanto, o que traz legitimidade ao resultado das deliberações não é a ligação da autodeterminação pública com uma noção de bem comum ou de valores substantivos compartilhados pela comunidade política, mas, antes, o fato de que podemos pressupor que os resultados desse processo puderam ser mais ou menos racionais, uma vez que foram *conforme o procedimento*. Também não é a neutralidade absoluta de princípios de justiça, almejada pelos liberais, que garante a aceitabilidade racional dessas decisões, mas a imparcialidade do procedimento discursivo frente a noções mais substantivas da vida boa, o qual reconstrói somente a atividade intersubjetiva de autodeterminação racional”.<sup>330</sup>

Significa dizer que a medida de justiça da norma, ou seja, a sua legitimidade é depositada na observância do procedimento comunicacional, retirando-se o *peso* e a responsabilidade da resolução das *questões de justiça* do cidadão individualmente considerado. Nas palavras do próprio Habermas:

“O legislador político decide quais normas valem como direito e os tribunais resolvem, de forma razoável e definitiva para todas as partes, a disputa sobre a aplicação de normas válidas, porém carentes de interpretação. O sistema jurídico tira das pessoas jurídicas, em sua função de destinatárias, o poder de definição dos critérios de julgamento do que é justo e do que é injusto. Sob o ponto de vista da complementaridade entre direito e moral, o processo de legislação parlamentar, a prática de decisão judicial institucionalizada, bem como o trabalho profissional de uma dogmática jurídica, que sistematiza decisões e concretiza regras, significam um alívio para o indivíduo, que não precisa carregar o peso cognitivo da formação do juízo moral próprio”.<sup>331</sup>

Nessa mesma linha de compreensão da transferência do critério de justiça de um juízo moral – *individual* – para um procedimento institucionalizado – *coletivamente estabelecido* – que assegure validade e legitimidade às normas, esclarece Moreira:

“Assim, o momento de definição da retidão do ato, ou seja, da formação do critério de justiça, é transferido de um momento de formação de juízos para a formação institucional da validade das normas. Essa transferência é realizada pelo Direito à medida que alivia os sujeitos dos fardos cognitivos de definição do que é justo ou injusto. O critério de justiça ou de injustiça, para a ação, encontra-se institucionalizado por meio da normatividade que emana do Direito. (...) Assim, as questões de justiça passam a ter sede institucional e sua formação se dá através da elaboração de procedimentos

---

<sup>330</sup> VITALE, Denise; MELO, Rúrion Soares. **Política deliberativa e o modelo procedimental de democracia**. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (org.). *Direito e Democracia: um guia de leitura de Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 237, destaque no original.

<sup>331</sup> HABERMAS, Jürgen. 2003, op. cit., p. 151.

que encerram uma correção processual interna, que emana da vontade discursiva dos cidadãos”.<sup>332</sup>

Resta claro, por conseguinte, que o paradigma procedimental-discursivo, capaz de garantir a produção de normas legítimas e racionais, está intrinsecamente vinculado ao estabelecimento das supramencionadas condições de comunicabilidade. Estas condições são atingidas por meio da efetividade dos direitos fundamentais, sobretudo, os de igualdade e de liberdade<sup>333</sup>.

O paradigma procedimentalista de Direito, defendido por Habermas, é uma categoria explicativa que busca dar sentido normativo a direitos que foram inseridos no ordenamento jurídico no contexto dos Estados liberal e de bem-estar social, mas que ainda vigem, não obstante a superação dos paradigmas de Direito liberal e social, conciliando-se as esferas de autonomia privada e pública do indivíduo. O paradigma procedimental é uma tentativa habermasiana de justificar o Direito como *medium* de integração social<sup>334</sup>.

A aposta de Habermas no modelo procedimentalista de Direito é tão elevada que ele deposita toda a possibilidade de legitimação da ordem jurídica na observância do processo democrático de formação da vontade. Senão vejamos:

“O *processo democrático* carrega o fardo da legitimação. Pois tem que assegurar simultaneamente a autonomia privada e pública dos sujeitos de direito (...). Por conseguinte, a compreensão procedimentalista do direito tenta mostrar que os pressupostos comunicativos e as condições do processo de formação democrática da opinião e da vontade são a única fonte de legitimação”<sup>335</sup>.

Não são mais as justificativas morais, religiosas e metafísicas que fundamentam e conferem legitimidade à ordem jurídica. No entender de Habermas, a razão comunicativa e procedimental, que difere da razão moral prática de viés kantiano, assume o lugar de ferramenta e motriz da construção da vontade pública. Assim, a teoria discursiva do Direito habermasiana mantém-se entre a normatividade mediata

---

<sup>332</sup> MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Jürgen Habermas**. Belo Horizonte: UFMG/FAFICH, 1999, p. 176-177.

<sup>333</sup> Consoante exposto no item 2.2.1 supra.

<sup>334</sup> NADAI, Bruno; LESSA MATTOS, Paulo Todescan. **Paradigmas de direito: compreensão e limites**. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (org.). *Direito e Democracia: um guia de leitura de Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 277-278.

<sup>335</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**, v. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011, p. 310.

e a revogabilidade – *falibilidade*, buscando institucionalizar a máxima liberdade possível<sup>336</sup>. Assevera Habermas:

“A compreensão discursiva do sistema dos direitos conduz o olhar para os dois lados: de um lado, a carga da legitimação da normatização jurídica das qualificações dos cidadãos desloca-se para os procedimentos da formação discursiva da opinião e da vontade, institucionalizados juridicamente. De outro lado, a juridificação da liberdade comunicativa significa também que o direito é levado a explorar fontes de legitimação das quais ele não pode dispor”<sup>337</sup>.

Portanto, o Direito permanece situado na tensão entre facticidade e validade, ou seja, entre a falibilidade – que consiste na possibilidade de revogação, uma vez alteradas as circunstâncias ou desrespeitada a vontade coletiva – e a legitimidade de sua criação, observado o procedimento racional-discursivo<sup>338</sup>. Privilegiando-se, pois, a razão procedimental em detrimento da razão moral prática subjetiva, no tocante ao estabelecimento do critério de legitimidade (justiça), a normatividade do Direito passa a se sujeitar sempre ao questionamento e à comprovação do melhor argumento.

O procedimentalismo defende a perene abertura à rediscussão das razões fundantes da norma posta, bem como a íntima ligação entre justiça e procedimento, justificando a legitimidade normativa com base nos critérios procedurais com que fora definido o conteúdo da ordem jurídica. Nesse passo, a justiça da norma não se situa mais em um juízo moral e individual – como firmado na teoria kantiana, mas, sim, na sua formação coletiva, participativa, racional e discursiva, isto é, a legitimidade encontra-se institucionalizada no procedimento discursivo<sup>339</sup>.

Portanto, para se garantir a legitimidade da sentença judicial, considerada norma aplicada ao caso concreto, depende-se igualmente da observância de um procedimento discursivo que seja delimitado racionalmente e tenha como

---

<sup>336</sup> MOREIRA, Luiz. Op. cit., p. 197.

<sup>337</sup> HABERMAS, Jürgen. 2003, op. cit., p. 168.

<sup>338</sup> MOREIRA, Luiz. Op. cit., p. 198.

<sup>339</sup> Sob o ponto de vista da formação democrática do Direito, expõe Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, *in verbis*: “O direito deve fundar-se tão-somente no princípio democrático, não mais compreendido como mecanismo liberal de decisão majoritária ou a partir de uma pretensa ‘vontade geral’ republicana, mas como institucionalização de processos estruturados por normas que garantam a possibilidade de participação discursiva dos cidadãos no processo de tomada de decisões” (CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido processo legislativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 93).

sustentáculo o efetivo exercício do contraditório, produzindo-se, dessa forma, uma decisão judicial em compasso com o paradigma procedimental do Direito<sup>340</sup>, proposto por Habermas, e com o Estado Democrático de Direito.

O processualista Zaneti Jr. bem resume a relevância do procedimentalismo e do contraditório que deve permeá-lo:

“Trata-se de uma cultura institucional capaz de, independentemente do consenso, fornecer um ato final, um ato decisório, do qual as partes interessadas tenham tido a possibilidade de participar na formação, influenciando e debatendo efetivamente todos os tópicos relevantes do *thema in decidendum* (auxiliando inclusive na identificação correta dos “problemas” apresentados à solução), tudo em contraditório, no máximo grau possível de igualdade com a autoridade decisória”.<sup>341</sup>

Nesse mesmo sentido da atribuição do critério de legitimidade da norma ao procedimento racional-deliberativo, sustenta Jeveaux:

“Em Habermas esse problema não é diferente, porque para ele o direito não adquire sentido normativo por conta de sua forma ou por qualquer conteúdo moral estabelecido *a priori*, mas por meio de um procedimento que o instaura e que lhe confere legitimidade. Esse procedimento se caracteriza pela discussão e pela publicidade, de modo que o direito nele produzido somente se legitima se o resultado for aceito racionalmente por todos que dele participam (...)”.<sup>342</sup>

Seguindo a linha de raciocínio eleita para este trabalho, esclarece-se que o princípio do contraditório, inicialmente, compõe-se pela garantia da informação/ciência da parte litigante, que tem o direito de ser informada sobre todos os atos processuais realizados (ou designados). Passa-se, depois disso, à garantia de manifestação sobre as ocorrências processuais, a qual é integrada, igualmente, pelo direito à produção de prova a respeito da veracidade da manifestação exarada pela parte. Por fim, o contraditório é identificado no efetivo poder de influência da parte sobre a construção da decisão judicial a ser proferida, o que significa dizer que o magistrado deve considerar na fundamentação da sua decisão as alegações e provas produzidas pelos litigantes, evitando-se, com isso, a antidemocrática “decisão-surpresa”, conforme Leonardo C. da Cunha:

---

<sup>340</sup> Cf. item 2.3 supra.

<sup>341</sup> ZANETI JR., Hermes. **A constitucionalização do processo**: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 158.

<sup>342</sup> JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Teorias do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2015, p. 471.

“Estado democrático não se compraz com a ideia de atos repentinos, inesperados, de qualquer dos seus órgãos, mormente daqueles destinados à aplicação do Direito. A efetiva participação dos sujeitos processuais é medida que consagra o princípio democrático, cujos fundamentos são vetores hermenêuticos para aplicação das normas jurídicas”.<sup>343</sup>

Compreende-se o contraditório como uma garantia, um direito fundamental do jurisdicionado. Porém, muito mais do que uma garantia processual individual, o contraditório, considerado assim em sua integralidade, apresenta-se como um relevantíssimo instrumento que confere legitimidade à atuação do Poder Judiciário, no seu inerente exercício da jurisdição. Ocorre que a decisão judicial prolatada pelo magistrado, para ser dotada de legitimidade/validade, deve ser produzida por meio de um procedimento institucionalizado capaz de assegurar às partes a efetiva possibilidade de participação e influência na formação da *vontade* do Estado-juiz, cristalizada na decisão judicial. Portanto, a participação e a influência do jurisdicionado na confecção da norma jurídica em questão (sentença) são possibilitadas pela observância do supramencionado procedimento discursivo (processo), que tem como um de seus pilares o *contraditório*.

Trata-se de responsabilidade compartilhada entre juiz, autor e réu a instauração e a manutenção de um ambiente propício à ação comunicativa de todos os sujeitos processuais, isto é, o estabelecimento de condições discursivas favoráveis voltadas à formação da decisão judicial mediante a efetiva participação de todos os interessados no deslinde da causa. Isso implica que os sujeitos litigantes devem poder constatar, ao se depararem com a sentença judicial, que suas manifestações foram deveras consideradas durante o trabalho racional-discursivo empreendido pelo magistrado, que culminou na decisão final.

Atento a essa necessidade, o novo CPC impõe ao juiz o dever de fundamentar as decisões ponto por ponto – art. 489, *caput*, inciso II. Para verificar se tal dever foi cumprido, o § 1º do art. 489 estabelece as hipóteses em que a sentença (ou a decisão interlocutória no caso de julgamento antecipado parcial) *não* foi fundamentada:

“Art. 489. (...).

---

<sup>343</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 61.

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

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

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

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

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

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

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

As pretensões de validade inseridas no procedimento, pelas partes, devem poder ser identificadas na norma exarada. Ademais, a motivação declinada pelo órgão julgador deve ser racionalmente justificável para toda a comunidade submetida à norma em questão, ou seja, as razões de decidir precisam estar acessíveis aos cidadãos sujeitos à decisão proferida.

Atendendo à proposta de Habermas de institucionalização do critério de justiça/legitimidade, pode-se concluir que a correta observância das regras que balizam o procedimento dialético judicial – *processo*, devidamente institucionalizado pela normatividade do direito, é medida necessária à garantia de produção de normas jurídicas legítimas a partir de tal processo. É dizer, o procedimento judicial alcança instituir em si o critério de justiça das decisões prolatadas em seu bojo. Nesse sentido, o contraditório – seguido em todas as suas feições acima explicadas – é um alicerce que tem o condão de legitimar a decisão judicial exarada ao final do procedimento discursivo.

Em suma, o contraditório é um elemento estruturante do processo, um direito fundamental e um instrumento processual capaz de imprimir o caráter democrático à norma *in concreto* derivada do processo judicial. Tudo isso porque o contraditório, ao possibilitar à parte litigante a irrestrita ciência dos atos processuais, a adequada manifestação e produção probatória a respeito de tais atos e, por fim, a efetiva consideração judicial acerca de suas pretensões de validade, viabiliza o amplo controle da norma jurídica criada pelos destinatários dessa norma, que também devem poder se perceber como seus coautores, enxergando suas próprias razões na decisão proferida. Daí advém o caráter democrático do ato de poder estatal

produzido nesse contexto procedimental-discursivo, de onde se extrai a sua legitimidade.

## 5 – CONTRADITÓRIO EFETIVO E JUSTIÇA DO TRABALHO

### 5.1 – SOBRE COMO O CONTRADITÓRIO É APLICADO EM DECISÕES TRABALHISTAS

Neste capítulo, serão expostos e analisados os resultados de uma pesquisa realizada no repositório de jurisprudência disponibilizado no sítio eletrônico do Tribunal Superior do Trabalho (TST)<sup>344</sup>, com o intuito de comparar o nível de incidência das expressões “livre convencimento motivado” e “contraditório efetivo”. Adotou-se como parâmetro de investigação a utilização das exatas expressões retromencionadas, constantes de acórdãos proferidos de abril a dezembro de 2016. Note-se, portanto, que se trata de uma análise de julgados bastante recentes, prolatados já na vigência do CPC/2015<sup>345</sup>.

A intenção desta pesquisa jurisprudencial foi averiguar a forma como o tribunal de cúpula da Justiça do Trabalho tem empregado as referidas expressões, durante a vigência do novo CPC, além de, sobretudo, perquirir a respeito da interpretação e da relevância para o julgamento que têm sido dadas, de um lado, ao “livre convencimento motivado” e, de outro, ao “contraditório efetivo”, nos acórdãos oriundos da corte superior trabalhista.

#### 5.1.1 – O livre convencimento motivado e a Justiça do Trabalho

Inserindo-se, no campo de pesquisa, além da limitação temporal – abril a dezembro de 2016 –, a exata construção sintática “livre convencimento motivado”, chega-se ao resultado de incríveis 3.148 (três mil, cento e quarenta e oito) ocorrências com

---

<sup>344</sup> Acessível em: [www.tst.jus.br/consulta-unificada](http://www.tst.jus.br/consulta-unificada).

<sup>345</sup> O CPC/2015 foi oficialmente publicado no Diário Oficial da União no dia 17/03/2015, tendo *vacatio legis* com duração de um ano, como apregoa o seu art. 1.045. Segundo interpretação administrativa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça, a vigência do novo Código teve início em 18/03/2016.

menção direta a essa expressão. Significa dizer que, em um período de menos de nove meses, foram produzidos mais de três mil acórdãos, pelo TST, utilizando-se ou transcrevendo-se a expressão citada. Registre-se, ainda, que durante a atenta investigação de todos os acórdãos objeto desta pesquisa, houve a identificação de raríssimas menções críticas à livre persuasão racional, ou seja, quase toda vez que o “livre convencimento motivado” foi mencionado, serviu como um dos fundamentos da decisão ou, ao menos, como argumento de reforço para a conclusão final do voto condutor do acórdão.

Como já visto, o modelo de apreciação probatória do livre convencimento motivado imperou enquanto esteve em vigor o CPC/1973, com base na dicção de seu art. 131, que autorizava o juiz a apreciar *livremente* a prova produzida. No entanto, o advento do CPC/2015, que expurgou toda e qualquer expressão que remetesse à *livre* apreciação das provas, inaugurou um novo modelo de instrução e avaliação probatória, apoiado no contraditório efetivo e na formação democrática da decisão judicial<sup>346</sup>.

Compreende-se não haver mais espaço, nesta quadra, para que o julgador exerça com amplíssima liberdade a tarefa de avaliar as alegações e provas carreadas ao processo, na medida em que as partes devem poder se enxergar como coautoras da decisão, isto é, os litigantes precisam perceber-se como membros de uma comunidade de trabalho – formada por juiz, autor e réu, no interior da qual prevaleça a força do melhor argumento racionalmente válido<sup>347</sup>, e não a sujeição a uma mera manifestação de escolha, elucubração voluntarista ou pessoalíssimo juízo de consciência feito pelo julgador.

Nesse sentido, também em relação ao processo do trabalho, deve-se expungir a fundamentação decisória baseada no “livre convencimento motivado”, buscando-se a legitimidade democrática das decisões judiciais. No contexto do Estado Democrático de Direito, a liberdade do juiz na valoração do conjunto probatório não pode ser ampla em demasia. A solução da lide que não traduza a filtragem racional das alegações apresentadas no curso do processo e cujo resultado não possa ser

---

<sup>346</sup> Cf. item 4.1.1.

<sup>347</sup> Cf. item 2.2.2.

alcançado por outro indivíduo racional, colocando-se na mesma posição do juiz, não pode ser considerada uma decisão legítima, do ponto de vista democrático.

É de se notar que a ordem normativa juslaboral não prevê dispositivo específico para a questão da valoração probatória, mas apenas, de maneira geral, para a condução da instrução e do processo pelo juiz – art. 765 da CLT. Por isso, os magistrados trabalhistas, diante da lacuna citada, acorriam ao CPC/1973, especialmente ao seu art. 131, para apoiar suas decisões no livre convencimento motivado. Ocorre que, como esclarecido alhures, o CPC/2015, em vigor desde março de 2016, promoveu a mitigação da livre persuasão racional.

Mantida a lacuna normativa na CLT e instaurada a referida mudança no CPC – fonte subsidiária –, a liberdade de apreciação probatória e de convencimento, pelo julgador, deve ser a mais contida possível, igualmente no campo do processo do trabalho, de modo que seja potencializada a possibilidade de controle social sobre a sentença, bem como sobre as razões que a fundamentem, na esteira do paradigma deliberativo-procedimental do Direito<sup>348</sup>.

Por conseguinte, a elevada incidência da expressão “livre convencimento motivado” nos acórdãos extraídos do sítio eletrônico do TST demonstra que, posto que na vigência do novo CPC, a cúpula da Justiça do Trabalho ainda ancora muitos de seus julgados no ultrapassado modelo de liberdade de valoração do conjunto probatório, caminhando em descompasso com a ideia de busca pela maior legitimidade democrática das decisões judiciais. O sistema ora testilhado, decerto por se tratar de marca jurídica culturalmente arraigada, mostra-se muito presente na fundamentação dos acórdãos exarados pelos ministros do ramo trabalhista do Judiciário, como se constata na amostra jurisprudencial colhida na pesquisa feita junto ao Tribunal Superior do Trabalho<sup>349</sup>.

### **5.1.2 – O contraditório efetivo e a Justiça do Trabalho**

---

<sup>348</sup> Cf. item 2.3.

<sup>349</sup> A ser detalhada no item 5.2 infra.

Defende-se, nesta pesquisa, a aplicação do paradigma cooperativo/colaborativo do novo CPC ao processo do trabalho, diante da lacuna normativa havida na ordem juslaboral, especialmente no que se refere à dimensão substancial do princípio do contraditório<sup>350</sup>, considerando-se a cláusula autorizadora do art. 769 da CLT, além de não haver incompatibilidade entre o fortalecimento do contraditório e os princípios regentes do processo laboral.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LV, inscreveu no rol de garantias fundamentais o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos inerentes. A moderna doutrina processualista atesta que o princípio do contraditório, em sua integralidade, compreende duas dimensões, a substancial e a formal. Enquanto esta abrange os direitos à informação e à reação, incluindo-se aí a produção de provas, aquela consagra o direito de influência, isto é, a garantia de efetiva consideração judicial pelas manifestações das partes<sup>351</sup>. O CPC/2015 pormenorizou o conteúdo do contraditório, esclarecendo a faceta substancial do princípio, haja vista que a dimensão formal já era consagrada na doutrina e na jurisprudência, vedando a antidemocrática decisão surpresa (art. 10) e determinando ao juiz o empenho pela realização do efetivo contraditório (art. 7º).

O conjunto normativo – regras e princípios – que ordena o processo do trabalho não impõe óbice à incidência do efetivo contraditório ao processo juslaboral. Por se tratar de garantia constitucionalmente estabelecida, o contraditório deve reger processos de quaisquer naturezas, sejam criminais, administrativos, cíveis e, também, trabalhistas. Como não há regramento específico, na legislação juslaboral, a respeito do efetivo contraditório, da forma como delineado pelo CPC/2015, é natural que as previsões deste Código sejam aplicadas ao processo do trabalho, conforme autorização de incidência subsidiária da legislação processual comum contida no art. 769 da CLT.

Assim, é imperioso que os intérpretes e aplicadores do Direito Processual do Trabalho atentem para o fato de que se descortina um novo momento, no que se refere à valorização do contraditório como instrumento de legitimação democrática

---

<sup>350</sup> Cf. item 4.1.2.

<sup>351</sup> Cf. item 3.1.3.

das decisões judiciais. Pelo exposto, conclui-se que a defesa do contraditório efetivo, em suas dimensões formal e substancial, como redesenhado pelo CPC/2015, encontra aplicabilidade no processo juslaboral, pela ausência de norma específica sobre o tema na legislação trabalhista e, ainda, pela compatibilidade com o processo do trabalho.

No entanto, uma análise da prática processual trabalhista, em especial, no tocante à atividade decisória dos magistrados, não evidencia o acolhimento do contraditório em sua dupla dimensão na fundamentação das decisões. O respeito à faceta substancial do referido princípio, que determina a consideração judicial pelas alegações e provas declinadas pelas partes, garantindo-lhes o direito de influência sobre a decisão a ser proferida, mostra-se muito incipiente. Faz-se tábula rasa exatamente do critério que confere legitimidade democrática à decisão, por possibilitar aos interessados a efetiva participação na confecção do ato vinculativo, dando-lhes a certeza de que tiveram seus interesses não apenas ouvidos, mas verdadeiramente considerados na elaboração da sentença que vinculará sua conduta e/ou seu patrimônio.

Isso pode ser comprovado pelo fato de que a pesquisa realizada no sítio eletrônico do TST, utilizando-se como parâmetro a expressão “contraditório efetivo”, encontrou apenas 5 (cinco) registros em acórdãos publicados entre abril e dezembro de 2016. Note-se que, no mesmo período de investigação, o “contraditório efetivo” foi mencionado em somente cinco acórdãos, enquanto houve referência ao “livre convencimento motivado” em mais de três mil decisões da corte superior trabalhista. A abissal diferença de tratamento convida à reflexão.

A toda evidência, a valorização que se espera do contraditório ainda está muito longe do estado ideal e, de outra banda, a decisão baseada na livre convicção do julgador campeia desembaraçadamente. E mais: de acordo com os resultados da análise jurisprudencial, nem toda ocorrência da expressão “contraditório efetivo” significa a adoção do conteúdo integral do princípio. Encontrou-se, como se demonstrará no item seguinte, a utilização da referida expressão, porém, com o seu sentido parcial, limitando-se à sua acepção formalista, isto é, à tradicional dimensão formal do contraditório. Portanto, além da baixíssima incidência do “contraditório

efetivo” nos acórdãos do TST, durante o período perquirido, verifica-se que o sentido encampado nem sempre corresponde à concepção completa do contraditório.

## 5.2 – ANÁLISE DE CASOS PARADIGMÁTICOS

Inicialmente, cabe esclarecer que a investigação jurisprudencial ora analisada ocorreu entre os dias 05 e 09 de dezembro de 2016 e foi realizada no sítio eletrônico do Tribunal Superior do Trabalho<sup>352</sup>, com a adoção dos seguintes parâmetros de pesquisa:

*i)* Tipo de decisão: apenas acórdãos;

*ii)* Limite temporal: com publicação entre os dias 1º de abril de 2016 e 05 de dezembro de 2016;

*iii)* Contendo as expressões: “livre convencimento motivado” e/ou “contraditório efetivo”.

Como já informado em tópico precedente, a investigação resultou em 3.148 (três mil, cento e quarenta e oito) ocorrências para a primeira expressão e em 5 (cinco) registros para a segunda expressão.

A seguir, uma exposição sintética de casos paradigmáticos selecionados. É importante ressaltar que, em algumas situações, a simples ementa ou até mesmo trechos do julgado mostraram-se suficientes para evidenciar a posição adotada na decisão, atingindo-se o desiderato desta pesquisa, o que justifica o fato de, na maioria dos itens arrolados abaixo, os acórdãos estarem parcialmente transcritos. Além disso, as partes grafadas em vermelho são destacadas propositalmente, realçando-se as expressões objeto da pesquisa.

---

<sup>352</sup> Acessível em: [www.tst.jus.br/consulta-unificada](http://www.tst.jus.br/consulta-unificada).

### 5.2.1 – Pesquisa referente à expressão “livre convencimento motivado”

Resultado: 3.148 (três mil, cento e quarenta e oito) registros com a expressão “livre convencimento motivado”.

a) **Processo:** RR - 1677-64.2012.5.18.0181. **Data de Julgamento:** 15/06/2016, **Relator Desembargador Convocado:** Marcelo Lamego Pertence, 1ª Turma, **Data de Publicação:** DEJT 17/06/2016.

**“RITO SUMARÍSSIMO. MULTA PELA INTERPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROTETÓRIOS.** A arguição de violação do artigo 5º, LIV e LV, da Constituição da República não se revela capaz de impulsionar a pretensão recursal relativa à exclusão da multa aplicada, uma vez que o tema encontra regência no parágrafo único do artigo 538 do Código de Processo Civil de 1973. Recurso de Revista não conhecido.

**RITO SUMARÍSSIMO. HORAS IN ITINERE. NORMA COLETIVA. SUPRESSÃO.** A previsão convencional de pagamento de apenas uma hora de percurso, independentemente do tempo gasto, não tem o condão de obstar a pretensão obreira ao pagamento do tempo efetivamente gasto, visto que a própria reclamada deixou de aplicar referida norma coletiva, pagando duas horas, o que denota, de forma objetiva, sua disposição em não se valer dela. Inviável, em tais circunstâncias, a discussão no presente caso acerca da validade da norma coletiva, visto que a reclamada não se valeu da previsão convencional, preferindo conceder condição mais favorável aos empregados, que deve ser respeitada, em razão do princípio da prevalência da condição mais benéfica ao trabalhador. Recurso de Revista não conhecido.

**INTERVALO INTRAJORNADA. PROVA TESTEMUNHAL. DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO.** O Tribunal Regional deixou claro em seu pronunciamento que a não fruição integral do intervalo intrajornada ficou demonstrado, tanto por meio da prova emprestada quanto por meio das testemunhas apresentadas pelo autor (três homens), que foram mais firmes em seus depoimentos do que as apresentadas pela reclamada (duas mulheres), e que o intervalo não era usufruído em sua totalidade em razão de o coordenador da equipe não permitir. Não se extrai, nem com esforço, a ocorrência de discriminação

de gênero, visto que o Tribunal Regional apreciou livremente o conjunto das provas e demonstrou, de forma clara, os motivos de seu convencimento quanto à realidade dos fatos. Recurso de Revista não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº **TST-RR-1677-64.2012.5.18.0181**, em que é Recorrente **DU PONT DO BRASIL S.A.** e Recorrido **PAULO ERNANE ALVES LOURENÇO FERREIRA**.

(...)

É o relatório.

**V O T O**

(...)

**INTERVALO INTRAJORNADA. PROVA TESTEMUNHAL.  
DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO.**

(...)

Sustenta a reclamada, em suas razões de Recurso de Revista, que o Tribunal Regional, em seu pronunciamento, discriminou as testemunhas ouvidas, dando prevalência ao depoimento de três homens convidados pelo autor e, por outro lado, desprezando por completo o depoimento de duas mulheres convidadas pela empresa. Alega discriminação de gênero e acrescenta que as testemunhas do reclamante litigam contra o mesmo empregador. Aponta violação do artigo 5º, I, da Constituição da República.

Ao exame.

Por se tratar de causa submetida ao procedimento sumaríssimo, a interposição de recurso de revista somente se viabiliza mediante a demonstração de violação direta e inequívoca de preceito da Constituição da República ou contrariedade a súmula da jurisprudência uniforme desta Corte superior, conforme o disposto no artigo 896, § 6º, da Consolidação das Leis do Trabalho.

**O sistema processual pátrio consagra o princípio do livre convencimento motivado**, devendo o magistrado explicitar os motivos pelos quais deu prevalência a determinada prova em detrimento de outra.

A prova, segundo Luiz Rodrigues Wambier, é o "*modo pelo qual o magistrado toma conhecimento dos fatos que embasam a pretensão das partes*" (Curso Avançado de Processo Civil, 2ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1999). Portanto, **a atividade probatória deve ser direcionada ao juiz, condutor do processo e destinatário das provas produzidas**, pois é a esse que cabe dizer a solução jurídica adequada.

Não há, no caso dos autos, a alegada discriminação de gênero, tendo em vista que o Tribunal Regional deixou claro em seu pronunciamento que a não fruição integral do intervalo intrajornada ficou demonstrado, tanto por meio da prova emprestada quanto por meio das testemunhas apresentadas pelo autor, que foram mais firmes em seu depoimento e que o intervalo não era usufruído em sua totalidade em razão de o coordenador da equipe, Sr. Célio, não permitir.

Não é possível extrair, nem com esforço, a ocorrência de discriminação de gênero, visto que **o Tribunal Regional apreciou livremente a prova** e demonstrou, de forma clara, os motivos de seu convencimento quanto à realidade dos fatos.

Incólume o artigo 5º, I, da Constituição da República.

**Não conheço** do Recurso de Revista.

(...)."

Percebe-se, no julgado acima, a utilização do livre convencimento motivado como expressão da centralidade do juiz na produção probatória, compreendendo-se o julgador como o único destinatário das provas e alegações, enquanto se defende, neste trabalho, que todo o acervo argumentativo produzido no processo tem por fim a resolução do conflito existente com base no melhor entendimento racionalmente

alcançável, de modo que, além do juiz, também as partes possam acatar a decisão de acordo com sua legitimidade democrática.

Ademais, fica evidente o entendimento de que o Tribunal Regional possui amplíssima liberdade de apreciação da prova, o que não encontra ressonância na ordem jurídica vigente, na linha dos pressupostos encampados nesta dissertação.

b) **Processo:** AIRR - 167700-45.2013.5.17.0002 **Data de Julgamento:** 08/06/2016, **Relator Ministro:** Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, **Data de Publicação:** DEJT 17/06/2016.

**“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014 - DESCABIMENTO. LEI 5.869/73. 1. VÍNCULO EMPREGATÍCIO.** Não merece reparo a decisão regional que, com esteio na prova dos autos, reconhece relação de emprego entre as partes, quando, efetivamente, preenchidos os requisitos essenciais ao negócio jurídico (arts. 2º e 3º da CLT). **2. MULTA DO ART. 477, § 8º, DA CLT. VÍNCULO EMPREGATÍCIO RECONHECIDO EM JUÍZO. CABIMENTO DA PENALIDADE.** Com o cancelamento da Orientação Jurisprudencial nº 351 da SBDI-1, a jurisprudência desta Corte está firmada no sentido de que a multa prevista no § 8º do art. 477 da CLT apenas é indevida quando o trabalhador der causa à mora. Nesse contexto, o reconhecimento da relação empregatícia em juízo não afasta a incidência da penalidade. Precedentes. Agravo de instrumento conhecido e desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº **TST-AIRR-167700-45.2013.5.17.0002**, em que é Agravante **FESTPAN ALIMENTOS IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.** e Agravado **FABRÍCIO STURZENEKER BARBOSA.**

(...)

**MÉRITO.**

**VÍNCULO EMPREGATÍCIO.**

O Regional, na fração de interesse, deu provimento ao recurso ordinário do reclamante, sob os seguintes fundamentos, transcritos nas razões de recurso de revista (art. 896, § 1º-A, I, da CLT), fls. 369/371):

(...)

Insurge-se a reclamada, alegando a inexistência de vínculo empregatício. Aponta violação dos arts. 2º e 3º da CLT, 131 do CPC/73 e Lei nº 4.886/1965. Colaciona arestos ao confronto. Não lhe assiste razão. Ao contrário do alegado pela ora agravante, a Corte de origem, com alicerce nos elementos instrutórios dos autos, em especial a prova oral produzida, concluiu pela presença do vínculo de emprego nos moldes dos artigos 2º e 3º da CLT.

A reforma da decisão, neste aspecto, demandaria o revolvimento de fatos e provas, intento vedado nesta esfera recursal, a teor da Súmula 126/TST.

Observa-se que **a valoração da prova constitui prerrogativa do julgador, pelo princípio da persuasão racional, que tem previsão no ordenamento processual, na aplicação subsidiária do art. 131 do CPC**. Assim, não há que se falar em equívoco quanto às regras de distribuição do ônus da prova, quando o julgador, confrontando o acervo instrutório dos autos, reputa comprovados os fatos constitutivos do direito postulado.

Diante de tal contexto, não há que se falar em ofensa aos dispositivos legais evocados, tampouco em divergência jurisprudencial hábil ao confronto de teses (Súmulas 23 e 296 desta Corte), sem prejuízo da constatação de que os arestos ofertados não preenchem os requisitos da Súmula 337, IV, “c”, do TST.

(...).”

No trecho acima transcrito, nota-se a adoção irrestrita do livre convencimento motivado, afirmando-se a liberdade de valoração da prova como prerrogativa do juiz e sequer ressaltando-se a relevância do contraditório na apuração da decisão. Destaque-se, ainda, que o acórdão em análise menciona a aplicabilidade do art. 131 do CPC/1973 ao processo do trabalho, posto que o CPC/2015 já estivesse em vigor à época do julgamento e não previsse dispositivo equivalente ao art. 131 do Código pretérito.

c) **Processo:** RR - 816-20.2012.5.15.0001 **Data de Julgamento:** 08/06/2016, **Relator Ministro:** Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, **Data de Publicação:** DEJT 17/06/2016.

**“I - AGRAVO DE INSTRUMENTO. CORREÇÃO MONETÁRIA. PROVIMENTO.** A potencial violação do art. 39 da Lei nº 8.177/91 impulsiona o recurso de revista. Agravo de instrumento conhecido e provido. **II - RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014 - DESCABIMENTO. 1. NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVA ORAL. LEI Nº. 5.869/73.** A determinação ou o indeferimento da produção de prova constituem prerrogativas do Juízo, com esteio nos arts. 130 e 131 do CPC e 765 da CLT. Logo, não há nulidade a ser declarada, com base no art. 5º, LV, da Constituição Federal, quando o indeferimento da perícia encontra lastro no estado instrutório dos autos. Recurso de revista não conhecido. **2. CORREÇÃO MONETÁRIA.** Diante da decisão monocrática proferida pelo Exmo. Ministro Dias Toffoli, pela qual foi determinada a suspensão dos

efeitos da decisão proferida pelo Pleno do TST (inconstitucionalidade da expressão "equivalentes à trd" prevista no artigo 39 da lei nº 8.177/91) e da tabela única editada pelo CSJT, mantém-se a TR como índice de atualização dos débitos trabalhistas. Recurso de revista conhecido e provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº **TST-RR-816-20.2012.5.15.0001**, em que é Recorrente **PRÓ-FOOD - COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.** e Recorrida **GISLAINE BIANCA FIRMINO DA SILVA.**

(...)

**V O T O**

(...)

**1 - NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVA ORAL.**

**1.2 – CONHECIMENTO.**

O Regional decidiu, conforme fundamentos transcritos nas razões do recurso de revista, nos termos do art. 896, § 1º-A, I, da CLT (fls. 1.372/1.373-PE):

‘Inicialmente, há que se esclarecer que **nosso ordenamento jurídico é pautado pelo princípio do livre convencimento motivado, sendo o juiz o único e verdadeiro destinatário da prova**, competindo-lhe indeferir as diligências que considerar inúteis, desnecessárias ou meramente protelatórias, consoante o disposto nos artigos 765 da CLT e 130 do CPC.

Neste sentido, os ensinamentos de Wagner D. Giglio, em sua renomada obra "Direito Processual do Trabalho", 7ª edição, Ed. LTr, 1993, pág. 241, a saber:

‘A adoção do princípio inquisitório constrange o juiz a, dirigindo a instrução processual, só permitir a prova de fatos relevantes e pertinentes, recusando diligências desnecessárias e indeferindo as inúteis ou protelatórias (CPC, art. 130). Em decorrência, o juiz vedará a prova de fato que, embora relevante, não tenha interesse para a solução do litígio, isto é, seja impertinente; e vice-versa: não permitirá prova de fato que, não obstante atinente à lide, seja irrelevante ou sem importância para o seu deslinde.’

No presente caso, o Magistrado agiu corretamente, ao indeferir prova oral sobre matéria eminentemente técnica e que já estava devidamente albergada por prova pericial, evitando prolongar o deslinde do litígio, que contraria o princípio da razoável duração do processo, o que não se admite.

Veja-se que a Reclamada pretendia provar que as atividades eram eventuais e, portanto, não havia insalubridade. Ocorre que as informações na diligência foram dadas pelas partes (fls. 554/555), não havendo controvérsia quanto ao ponto, e, na impugnação ao laudo (fls. 564v), insiste que, por serem eventuais, não caracterizam a insalubridade.

Registre-se que, ao prestar esclarecimentos, o perito judicial afastou a alegação de eventualidade (fl.571), o que não seria elidido por prova oral, inapta para tal fim, justamente porque, quanto à descrição das funções, foram as partes que o fizeram ao Sr. Perito.

Demais disso, a avaliação do que é eventual ou não pertence ao Magistrado, o que foi feito, em conformidade com as pertinentes provas produzidas nos autos.

Some-se a isso, o fato de a sentença ter apreciado as provas à luz do princípio da persuasão racional e dos fatos que entendeu comprovados, motivando suas conclusões, nos termos dos artigos 93, IX e 5º, XXXV, ambos da CF/88.

Por fim, a partir do efeito devolutivo em profundidade inerente ao recurso ordinário (art. 515, §1º e 2º, do CPC e Súmula 393 do TST), compete à instância ad quem decidir sobre o argumento suscitado e não examinado pelo juízo de origem, eventualmente complementando a prestação jurisdicional.

Insiste a agravante, em recurso de revista, na arguição de nulidade da sentença e do acórdão recorrido por cerceamento de defesa, ao argumento de que com produção da prova oral e o depoimento do reclamante pretendia demonstrar ser indevido o adicional de insalubridade. Indica violação do art. 5º, LV, da Constituição Federal.

Nos termos do art. 765 da CLT, 'os juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e **velarão pelo andamento rápido das causas**, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas' (destaquei).

No mesmo sentido, o art. 130 do CPC dispõe que 'caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, **indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias**' (destaquei).

**O art. 131 do CPC estabelece que 'o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento'.**

Na hipótese, o Regional esclarece que, 'o Magistrado agiu corretamente, ao indeferir prova oral sobre matéria eminentemente técnica e que já estava devidamente albergada por prova pericial, evitando prolongar o deslinde do litígio, que contraria o princípio da razoável duração do processo, o que não se admite.' e, ainda, que 'as informações na diligência foram dadas pelas partes (fls. 554/555), não havendo controvérsia quanto ao ponto.' Consignou, ainda, que, "ao prestar esclarecimentos, o perito judicial afastou a alegação de eventualidade (fl.571), o que não seria elidido por prova oral, inapta para tal fim, justamente porque, quanto à descrição das funções, foram as partes que o fizeram ao Sr. Perito'.

Conforme evidenciado pelo acórdão regional, **o laudo pericial mostrou-se suficiente para formar o convencimento do juiz acerca da matéria**, restando desnecessária a produção de prova oral, especialmente porque foram **as partes** de descreverem as funções para o perito, como revelou a Corte de origem.

Não se vislumbra, portanto, qualquer constrangimento no direito de acesso ao Judiciário. O devido processo legal está sendo respeitado e tem-se franqueado à parte a utilização de todos os institutos úteis a cada momento processual, restando assegurado, portanto, o contraditório e a ampla defesa.

Conclui-se, assim, que, havendo elementos que formem o convencimento do juiz acerca de matéria controvertida, não se cogita de ofensa ao dispositivo indicado.

O condutor da instrução processual nada mais fez do que, de forma fundamentada, indeferir providências que, no seu entender, seriam inúteis ou protelatórias.

A reabertura da fase de instrução apenas impediria a celeridade do processo.

**A decisão regional, pelo que se tem, encontra respaldo nos arts. 130 e 131 do CPC e 765 da CLT.**

Consequentemente, demonstradas as razões de decidir, não há que cogitar de nulidade por cerceamento do direito de defesa, remanescendo ileso o dispositivo constitucional indicado.

Não conheço.  
(...)."

Mais uma vez, a decisão indica que as provas (no caso, o laudo pericial) devem dirigir-se apenas à formação do convencimento pessoal do magistrado, o que demonstra menoscabo pela busca pelo melhor entendimento racional coletivo, ignorando, também, a renovação da estatura do contraditório conforme o CPC/2015.

Além disso, promove-se a associação entre os arts. 130 e 131 do CPC/1973 e o art. 765 da CLT, o que já foi devidamente combatido nesta pesquisa, compreendendo-se que o art. 131 do antigo CPC, por já se encontrar revogado e sem equivalente no novo Código, não merece aplicação subsidiária ao processo juslaboral<sup>353</sup>.

d) **Processo:** AIRR - 665-60.2013.5.09.0656 **Data de Julgamento:** 15/06/2016, **Relator Ministro:** João Batista Brito Pereira, 5ª Turma, **Data de Publicação:** DEJT 17/06/2016.

**“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. LEI 13.015/2014. PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.** Nega-se provimento a agravo de instrumento quando suas razões, mediante as quais se pretende demonstrar que o recurso de revista atende aos pressupostos de admissibilidade inscritos no art. 896 da CLT, não conseguem infirmar os fundamentos do despacho agravado.

Agravo de Instrumento a que se nega provimento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº **TST-AIRR-665-60.2013.5.09.0656**, em que é Agravante **JOSE NADIR DO PRADO** e Agravadas **BRF S.A. e SEARA ALIMENTOS LTDA.**

(...)

**V O T O**

(...)

Assim, o Tribunal Regional, mediante a decisão recorrida, apresentou solução fundamentada para o conflito, mesmo que contrária ao interesse da recorrente, configurando-se a efetiva prestação jurisdicional.

Ressalte-se que a omissão que configura nulidade por negativa de prestação jurisdicional só se verifica quando o juízo deixa de se manifestar acerca de aspecto sobre o qual deveria se pronunciar, que não ocorreu na hipótese dos autos.

Incólume os arts. 93, inc. IX, da Constituição da República, 458 do CPC/73 e 832 da CLT.

Impertinente a indicação de violação ao art. 5º, incs. XXXV, XXXVI e LV, da Constituição da República e colação de divergência jurisprudencial para confronto de teses, conforme diretriz contida na Súmula 459 do TST.

**Saliente-se que na Justiça do Trabalho adota-se o princípio do livre convencimento motivado, consubstanciado na livre apreciação da prova, desde que a decisão seja fundamentada na lei e nos elementos dos autos; é o sistema da persuasão racional, consagrado no art. 131 do CPC/73.**

(...).”

---

<sup>353</sup> Cf. item 4.1.2.

É facilmente perceptível como a incidência do livre convencimento motivado é consagrada no âmbito do processo trabalhista. Reitere-se: mesmo na vigência do CPC/2015, no qual não há referência à *liberdade* na apreciação probatória pelo juiz, ainda se recorre ao art. 131 do CPC/1973 – revogado, para embasar decisão judicial, pautando-se a atividade decisória pela discricionariedade e mitigando-se a legitimidade democrática das decisões assim proferidas.

e) **Processo:** AIRR - 287900-04.2001.5.02.0040 **Data de Julgamento:** 15/06/2016, **Relatora Ministra:** Delaíde Miranda Arantes, 2ª Turma, **Data de Publicação:** DEJT 17/06/2016.

**“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. EXECUÇÃO. PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL (AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO CONSTITUCIONAL). PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE (CONSONÂNCIA COM A SÚMULA 114 DO TST). GRUPO ECONÔMICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA (VIOLAÇÃO CONSTITUCIONAL NÃO CONFIGURADA). Não merece ser provido agravo de instrumento que visa a liberar recurso de revista que não preenche os pressupostos contidos no art. 896, § 2.º, da CLT. **Agravo de instrumento não provido.****

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n.º **TST-AIRR-287900-04.2001.5.02.0040**, em que é Agravante **ÁGUAS DE MANDAGUAHY S.A.** e são Agravados **VALTER SANTOS, MASSA FALIDA DE MASTERBUS TRANSPORTES LTDA. e ALBERTO GOMES DA SILVA e OUTROS.**

(...)

#### **V O T O**

(...)

#### **2 – MÉRITO**

O recurso de revista da executada teve seu seguimento denegado pelo juízo primeiro de admissibilidade, aos seguintes fundamentos:

(...)

O manejo do recurso de natureza extraordinária em execução de sentença tem seus estreitos limites traçados no § 2º, do art. 896, da Consolidação das Leis do Trabalho e na Súmula nº 266 da colenda Corte Revisora, que restringem a possibilidade de recorrer de revista à hipótese de violação a preceito constitucional, única e exclusivamente. E, sob a ótica da Corte Suprema, a violação direta é aquela que não implique, prejudicialmente, a análise de normas infraconstitucionais, vale dizer, aquela que baste em si mesma.

A configuração da nulidade por negativa da prestação jurisdicional pressupõe a falta de explicitação dos motivos do ato que indefere a pretensão da parte litigante, e a leitura dos acórdãos exarados no duplo grau autoriza a conclusão de que a matéria encontra-

se devidamente analisada e fundamentada, ainda que em tese contrária à sustentada pelo recorrente. Assim, não há como vislumbrar a indigitada violação, em tese, do artigo 93, IX, da CF. No mais, alegação de ofensa a incisos do artigo 5º da CF não se presta como supedâneo ao seguimento da Revista pela preliminar aventada (OJ 115/SBDI-1/TST).

No mérito, a análise do processado evidencia que a conclusão adotada pela C. Turma, obtida através do exame dos elementos fáticos dos autos, não revela a necessária violação direta e literal dos dispositivos constitucionais indicados, apta a ensejar o reexame nesta fase processual (§ 2º do art. 896 da CLT).

Desse modo, por não vislumbrar malferimento direto e literal à letra do Texto Supremo, 'ex vi' do § 2º, do art. 896, da CLT e em consonância com o entendimento sedimentado na Súmula nº 266 do colendo Tribunal Superior do Trabalho, denego seguimento ao recurso de revista.

#### **CONCLUSÃO**

DENEGO seguimento ao Recurso de Revista.'

Em suas razões de agravo de instrumento, a executada pretende a reforma da decisão denegatória.

Examina-se.

Esclareça-se, de início, que o recurso de revista em fase de execução somente é admitido na hipótese de ofensa direta e literal da Constituição Federal, conforme o art. 896, § 2.º, da CLT.

No tocante à arguida preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional, o Tribunal Regional foi expresso ao aduzir que não se aplica no âmbito da Justiça do Trabalho a prescrição intercorrente da pretensão executiva, ante a sua incompatibilidade com a natureza alimentar do crédito trabalhista e os princípios informadores do Direito do Trabalho, além da execução poder se processar de ofício, bem como que "*A executada principal e a agravante possuíam sócios em comum, a Amafi Comercial e Construtora Ltda. e a Multiservice Engenharia Ltda. (fls. 298/299 e 684), sendo que o Sr. Carlos Zveibil Neto era sócio da agravante na situação de gerente delegado (fl. 684) e da Masterbus na situação de sócio administrador*", e ainda que "*atuando o sócio comum como verdadeiro administrador das empresas, não há como afastar o reconhecimento do grupo econômico, sendo presumida, ao menos, a coordenação entre elas*".

Como se nota, a Corte de origem expôs de forma clara e fundamentada todos os motivos que a levaram a afastar a aplicação da prescrição intercorrente da pretensão executiva, bem como à conclusão de que o grupo econômico restou caracterizado, sendo certo ainda que ficaram afastadas todas as argumentações e demais teses aventadas pela executada em sentido contrário, inclusive as embasadas nas premissas fáticas apontadas nos embargos de declaração.

Além disso, **da maneira como a executada expõe sua insurgência, evidencia-se claramente que pretende na verdade questionar o posicionamento adotado pelo Tribunal Regional, no tocante à conclusão extraída da prova dos autos, o que, contudo, não prospera, uma vez que o posicionamento do órgão julgador em sentido contrário aos interesses e expectativas da parte, não constitui omissão e tampouco caracteriza negativa de prestação jurisdicional, mas sim a expressão do livre convencimento motivado (NCP, art. 371).**

Nesse contexto, não prospera a arguida preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional, inexistindo qualquer omissão no julgado. Incólume, por conseguinte, o artigo 93, IX, da Constituição Federal.

(...)."

Este acórdão foi selecionado tão somente para demonstrar que há forte resistência em aceitar que o livre convencimento motivado não integra mais a ordem jurídico-

processual brasileira. No trecho em destaque, nota-se a tentativa de interpretação do art. 371 do CPC/2015 como se o livre convencimento motivado pudesse ser extraído da leitura daquele dispositivo ou ainda estivesse presente no Código. No entanto, como explicitado em tópico anterior<sup>354</sup>, o legislador retirou, propositadamente, toda e qualquer expressão que remetesse à ampla liberdade de apreciação probatória pelo julgador.

Ainda assim, muitos setores do Judiciário – e da doutrina processualista, em geral, defendem a manutenção do antigo modelo de valoração das provas e alegações, inobstante de forma contrária às normas em vigor.

f) **Processo:** RR - 3846-10.2010.5.12.0036 **Data de Julgamento:** 15/06/2016, **Relator Ministro:** Walmir Oliveira da Costa, 1ª Turma, **Data de Publicação:** DEJT 17/06/2016.

**“RECURSO DE REVISTA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. PRINCÍPIO DA RESTITUIÇÃO INTEGRAL. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE LEI ESPECÍFICA (LEI Nº 5.584/70).**

É firme a jurisprudência deste Tribunal Superior quanto à impossibilidade do reconhecimento de perdas e danos pela contratação de advogado particular para atuar na Justiça do Trabalho, em razão da não aplicação dos arts. 389, 395 e 404 do Código Civil às ações trabalhistas, em que os honorários advocatícios são cabíveis apenas nas hipóteses previstas na Súmula nº 219 do TST.

**Recurso de revista parcialmente conhecido e provido.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº **TST-RR-3846-10.2010.5.12.0036**, em que é Recorrente **HEWLETT-PACKARD BRASIL LTDA.** e Recorrido **ANTÔNIO CARVALHO NETO.**

(...)

**VOTO**

**1.3. DESCONTOS INDEVIDOS DOS VALORES DAS VERBAS RESCISÓRIAS. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS**

A Corte Regional negou provimento ao recurso ordinário interposto pela reclamada quanto à indenização por danos morais, adotando os seguintes fundamentos, às fls. 246-247, *verbis*:

[...] 2 - DANO MORAL

---

<sup>354</sup> Cf. item 4.1.1.

A reclamada não se conforma com a condenação ao pagamento da indenização por dano moral no valor de R\$ 5.000,00, em face dos descontos ilícitos da rescisão.

A insurgência não prospera.

O autor alegou na inicial que, em vista de a reclamada ter feito descontos na rescisão acima do valor permitido em lei, teve abalo moral por sofrimento psíquico, pois recebeu de boa-fé, durante o período de afastamento, os valores que acabaram sendo ao final descontados.

Disse que teve de tomar calmantes por perder o emprego e ainda ver seus ganhos rescisórios subtraídos de forma ilegal.

Não tendo o réu oferecido defesa, incide os efeitos da confissão ficta em relação à matéria fática aduzida na inicial.

A configuração do ato ilícito e donexo causal, no caso dos autos são incontroversos, por ser inegável que os descontos indevidos repercutem na vida familiar e social do trabalhador, dificultando a satisfação de outras obrigações assumidas, já que não está na livre e integral disposição do valor que lhe é devido.

A hipótese dos autos enseja o dever de reparação assegurado nos arts. 5º, X, da Constituição Federal e 186 e 927 do Código Civil, já que, reitera-se, o empregado assalariado depende do pagamento tempestivo para quitar em dia as suas obrigações.

Comprovados o dano, o nexocausal e o ato ilícito, no que tange ao valor da indenização por danos morais, deve ser mantida a condenação.

Nego provimento.

Nas razões do recurso de revista, às fls. 265-266, a reclamada sustenta, em suma, que o desconto de verbas entendidas como indevidamente pagas ao empregado no curso do contrato de trabalho não enseja a condenação por danos morais. Alega que *'o reclamante nem mesmo narrou dor afetiva ou psicológica insuportável, humilhações, baixa auto-estima, vergonha perante terceiros, enfim, os atos que um verdadeiro dano moral em si acarreta'* (fl. 266). Alternativamente, requer a redução do *quantum* indenizatório. Indica violação dos arts. 5º, X, da Constituição Federal e 818 da CLT.

O recurso não alcança conhecimento.

Na hipótese, **a Corte Regional, valorando o conjunto fático-probatório e em estrita observância ao princípio do livre convencimento motivado, firmou convicção acerca da caracterização da responsabilidade civil subjetiva capaz de ensejar a reparação por danos morais**, porque demonstrada a ilicitude da conduta da reclamada, consubstanciada na efetuação de descontos indevidos de valores das verbas rescisórias, de forma a denegrir a imagem do trabalhador, dificultando, inclusive, a satisfação de outras obrigações assumidas pelo reclamante.

Registre-se, inicialmente, que o dano moral em si não é suscetível de prova, em face da impossibilidade de se fazer demonstração, em juízo, da dor, do abalo moral e da angústia sofridos.

Trata-se, pois, de *'damnum in re ipsa'*, ou seja, o dano moral é consequência do próprio fato ofensivo, de modo que, comprovado o evento lesivo, tem-se, como consequência lógica, a configuração de dano moral, exsurgindo a obrigação de pagar indenização, nos termos do art. 5º, X, da Constituição Federal.

(...)."

Trata-se de mais uma decisão em que o livre convencimento motivado fora invocado para justificar a liberdade de apreciação do "conjunto fático-probatório" pelo tribunal de origem, valorizando-se a "convicção" pessoal do órgão julgador em detrimento da formação racional e coletiva da decisão judicial. Pode-se afirmar que esta é uma

postura quase generalizada no ramo trabalhista do Judiciário ou, pelo menos, em sua cúpula (TST), conforme apurado na pesquisa que ora se empreende.

g) **Processo:** RR - 494-50.2012.5.15.0146 **Data de Julgamento:** 15/06/2016, **Relator Ministro:** Márcio Eurico Vitral Amaro, 8ª Turma, **Data de Publicação:** DEJT 17/06/2016.

**“RECURSO DE REVISTA – PRELIMINAR DE NULIDADE DO ACÓRDÃO REGIONAL POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.**

Quando o Regional, mesmo instado por embargos de declaração, não se manifesta sobre questão imprescindível ao desate da controvérsia, configura-se negativa de prestação jurisdicional, cuja arguição deve ser acolhida para garantia do amplo direito de defesa. Recurso de revista conhecido e provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso de revista nº **TST-RR-494-50.2012.5.15.0146**, tendo por recorrente **MARIONILDA DO AMARAL CAMPOS** e recorridos **ASSOCIAÇÃO MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO, ECOLOGIA, CULTURA, ORGANIZAÇÃO SOCIAL E SAÚDE** e **MUNICÍPIO DE SALES OLIVEIRA**.

(...)

**V O T O**

(...)

**a) Conhecimento**

**NULIDADE DO ACÓRDÃO REGIONAL POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL**

A reclamante argui a nulidade do acórdão regional por negativa de prestação jurisdicional ao argumento de que o TRT, mesmo instado mediante oposição de embargos de declaração, não se pronunciou quanto à confissão ficta da primeira reclamada, uma vez que seu preposto não soube informar em depoimento qual função ela exercia. Afirma que o Regional deveria ter examinado a questão sob o prisma dos arts. 5º, II, da Constituição Federal, 843, § 1º, da CLT e 334, II, do CPC de 73. Alega violação dos arts. 93, IX, da Constituição da República, 832 da CLT e 458 do CPC de 73.

Com razão.

O Regional assim decidiu:

**‘DIFERENÇAS SALARIAIS**

Buscando a reclamante diferenças salariais decorrentes do alegado acumula às suas funções de agente de saúde comunitária daquelas destinadas aos agentes de combate às endemias, é seu o encargo de provar o fato constitutivo do direito invocado, qual seja, que desempenhava funções dos agentes de combate à endemias (sic.), e desse ônus não se desincumbiu. Não há qualquer prova nos autos que possa convencer o julgador acerca da pretensão autoral. A instrução processual nada prova. Veja-se, fls. 130/130 verso. Logo, indevidas as diferenças salariais postuladas.

**ADICIONAL DE PERICULOSIDADE**

Não prospera.

As partes ajustaram a utilização do laudo pericial realizado nos autos do processo n. 0000173-49.2011.5.15.0146 como prova emprestada, por meio do qual (sic.), a i. Vistora concluiu que as

atividades desempenhadas pela demandante eram passíveis de serem enquadradas como insalubres (grau médio), desde que comprovado o exercício das funções de agente de vetores. Ocorre que, no caso, não há prova documental ou testemunhal que demonstre o desempenho de atividades com exposição à agentes (sic.) nocivos, conforme já decidido no tópico anterior. Portanto, não faz jus a autora ao adicional de insalubridade.

Nada a reparar.' (fls. 435/436)

(...)

O TRT concluiu que a reclamante não logrou comprovar a função por ela exercida, não fazendo jus às diferenças salariais postuladas, tampouco ao adicional de insalubridade.

Contudo, tanto em seu recurso ordinário (fls. 310/315), quanto nos embargos de declaração (fls. 449/451), a reclamante provocou o Tribunal de origem a se manifestar sobre a confissão ficta da primeira reclamada, uma vez que seu preposto não soube informar em depoimento a função por ela exercida.

Ora, **a exigência constitucional, essencial ao Estado Democrático de Direito, de serem públicos e fundamentados todos os julgamentos proferidos pelos órgãos do Poder Judiciário, impõe que as alegações formuladas pelas partes e as teses suscitadas relevantes para a solução da controvérsia sejam devidamente enfrentadas, de modo a garantir o exercício pleno da ampla defesa**, porquanto condicionada a interposição de recursos extraordinários ao devido prequestionamento da matéria e à prévia análise fática nas instâncias ordinárias.

Não poderia o TRT, sem enfrentar expressamente a alegação de confissão ficta da primeira reclamada, concluir que a reclamante não comprovou sua função.

Assim, constata-se violação dos arts. 93, IX, da Constituição Federal e 832 da CLT.

Conheço.

(...).”

O acórdão acima foi escolhido para integrar este trabalho pelo bom exemplo que fornece a respeito da legitimidade democrática a que as decisões judiciais devem aspirar. Evidencia-se, no julgado em exame, a forma constitucionalmente adequada de se abordar o princípio do contraditório, tendo-se em vista sua integral composição e valorizando-se, além da já consagrada dimensão formal, também a dimensão substancial do contraditório. É dizer, o acórdão analisado ratifica a necessidade de que as partes percebam, na decisão proferida, que suas provas e alegações foram objeto de efetiva consideração pelo julgador, concluindo-se, assim, que a decisão nada mais é do que o produto de um trabalho coletivo realizado pelas partes e pelo juiz, com o objetivo de se alcançar o melhor entendimento racionalmente justificável e suficiente à pacificação do conflito social inserido no processo.

## 5.2.2 – Pesquisa referente à expressão “contraditório efetivo”

Resultado: 5 (cinco) ocorrências contendo a expressão “contraditório efetivo”.

a) **Processo:** AIRR - 658-96.2014.5.21.0010 **Data de Julgamento:** 28/09/2016, **Relatora Ministra:** Dora Maria da Costa, 8ª Turma, **Data de Publicação:** DEJT 30/09/2016.

**“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA ECT. AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO. ALTERAÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA. IMPOSSIBILIDADE. OJ Nº 413 DA SDI-1 DO TST.** Encontra-se em consonância com a OJ nº 413 da SDI-1 o posicionamento adotado pelo Regional de que a alteração posterior da natureza jurídica da verba pela adesão da empregadora ao PAT e pela previsão em norma coletiva quanto ao caráter indenizatório não retira o direito à integração salarial do auxílio-alimentação. Incidência da Súmula nº 333 do TST. **Agravo de instrumento conhecido e não provido.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº **TST-AIRR-658-96.2014.5.21.0010**, em que é Agravante **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT** e Agravado **ANTÔNIO FELIPE NETO**.

(...)

**V O T O**

(...)

**AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO. ALTERAÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA. IMPOSSIBILIDADE. OJ Nº 413 DA SDI-1 DO TST.**

O Tribunal Regional adotou os seguintes fundamentos sobre o tema:

2.3. O reclamante busca o reconhecimento da natureza salarial do benefício vale-alimentação concedido pela empresa e o consequente pagamento de seus reflexos. (...)

Desse modo, devidos os reflexos sobre férias com adicional legal, ou convencional, décimos terceiros salários e depósitos do FGTS na conta vinculada. Em relação aos reflexos da verba sobre ‘gratificação de função que por ventura seja calculada percentualmente sobre o salário’ e “adicionais em geral” (58611f9 - Pág. 37), **constata-se que o pedido não atende ao disposto no art. 286 do CPC, por ser genérico, enquanto a regra é a certeza na determinação do pedido, o que se destina tanto a propiciar o efetivo contraditório pela requerida, como a observância pelo julgador do princípio da adstrição ao pedido.** Embora o dispositivo legal tenha algumas exceções em que a formulação de pedido genérico é permitida, deve-se ter em conta que o pedido formulado pelo reclamante não está enquadrado nas hipóteses de exceção contidas no dispositivo.

(...).

Nesse contexto, o conhecimento do recurso de revista encontra óbice na Súmula nº 333 do TST e no artigo 896, § 7º, da CLT.

**Nego provimento.**

(...).”

Como se não bastasse a descomunal diferença no resultado quantitativo da pesquisa jurisprudencial levada a cabo, ainda se constata um déficit qualitativo nos julgados que abordam o “contraditório efetivo”. Isso significa que nos escassos acórdãos em que houve menção ao princípio constitucional, nem sempre está a se referir à sua dupla dimensão. Ou seja, utiliza-se a expressão “contraditório efetivo”, porém, com seu significado parcial.

Analisando-se o acórdão acima indicado, depreende-se que o registro “efetivo contraditório” pretende significar tão somente a dimensão formal do princípio, que garante aos litigantes os direitos de informação sobre os atos processuais e de reação a esses atos. Ignora-se, por outro lado, a dimensão substancial do contraditório, que possibilita o direito de real influência na decisão a ser exarada, relegando ao segundo plano a busca pela legitimidade democrática da decisão judicial.

b) **Processo:** ARR - 1515-70.2013.5.10.0015 **Data de Julgamento:** 14/09/2016, **Relator Ministro:** Douglas Alencar Rodrigues, 7ª Turma, **Data de Publicação:** DEJT 23/09/2016.

**“I. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO RECLAMANTE REGIDO PELA LEI 13.015/2014. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PARA CONTRARRAZOAR RECURSO ORDINÁRIO INTERPOSTO PELO RECLAMADO. CONFIGURAÇÃO.** Caso em que não se verificam nos autos elementos que comprovem a intimação do Reclamante para apresentar contrarrazões ao recurso ordinário do Reclamado, ao qual foi dado provimento parcial pela Corte de origem. Havendo interposição de recurso ordinário, necessário se faz a intimação da parte oposta para que tome conhecimento do recurso e, querendo, manifeste sua contrariedade. Nesse contexto, em face da ausência de regular intimação do Reclamante para contrarrazoar o recurso ordinário do Reclamado, aliado ao fato do "prejuízo" sofrido ante o provimento parcial do recurso empresarial (art. 794 da CLT), tem-se que o Reclamante foi impedido de exercer sua garantia constitucional do contraditório e ampla defesa assegurada pelo artigo 5º, LV, da Constituição Federal.

Precedentes. **Recurso de revista conhecido e provido. II. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO RECLAMADO.** Considerando o provimento do recurso de revista do Reclamante para anular o acórdão regional proferido pela Corte de origem, assim como os atos processuais posteriores, fica prejudicado o exame do agravo de instrumento em recurso de revista interposto pelo Reclamado, em que se discutia o mérito da demanda. **Agravo de instrumento prejudicado.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista com Agravo nº **TST-ARR-1515-70.2013.5.10.0015**, em que é Agravante e Recorrido **SERVIÇO FEDERAL DE PROCESSAMENTO DE DADOS (SERPRO)** e Agravado e Recorrente **CARLOS NAIM EUSÉBIO PEREIRA**.

(...)

### **V O T O**

(...)

**1.1 CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PARA CONTRARRAZOAR RECURSO ORDINÁRIO INTERPOSTO PELO RECLAMADO. CONFIGURAÇÃO.**

(...)

Cinge-se a presente controvérsia em definir se houve cerceamento do direito de defesa ante a ausência de intimação do Reclamante para apresentar contrarrrazões ao recurso ordinário interposto pelo Reclamado, ao qual foi dado parcial provimento pela Corte de origem.

(...)

Ressalto que o princípio do contraditório desdobra-se no princípio da "audiência bilateral", segundo o qual, na relação jurídico-processual, a cada manifestação de uma parte deverá ser concedida oportunidade à outra a correspondente audição.

Nesse sentido, a mais balizada doutrina:

O juiz, por força de seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes, mas equidistante delas: ouvindo uma, não pode deixar de ouvir a outra; somente assim se dará a ambas a possibilidade de expor suas razões, de apresentar suas provas, de influir sobre o convencimento do juiz. (...) pode-se afirmar que a garantia do acesso à Justiça, consagrando no plano constitucional o próprio direito de ação (como direito à prestação jurisdicional) e o direito de defesa (direito à adequada resistência às pretensões adversárias), tem como conteúdo o direito ao processo, com as garantias do devido processo legal. Por direito ao processo não se pode entender a simples ordenação de atos, através de um procedimento qualquer. O procedimento há de realizar-se em contraditório, cercado-se de todas as garantias necessárias para que as partes possam sustentar suas razões, produzir provas, influir sobre a formação do convencimento do juiz. E mais: para que esse procedimento, garantido pelo devido processo legal, legitime o exercício da função jurisdicional(...) . (Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Teoria Geral do Processo, 1999, página 55)

Destaco que **não cabe mais, atualmente, sob a ótica de um processo civil constitucional (art. 1º do CPC/2015), a visão de um contraditório sob o aspecto meramente formal, que traduz a aplicação desse princípio em seu conteúdo mínimo, qual seja, de poder se manifestar sobre os atos processuais que ocorrem no processo.**

**Deve-se analisar, assim como aplicar, o princípio do contraditório sob sua dimensão substancial, por meio do qual se permita a parte participar de forma efetiva do processo, podendo influenciar de maneira efetiva na decisão a ser proferida pelo órgão jurisdicional.**

Tal procedimento tem como escopo fomentar cada vez mais o debate acerca das controvérsias analisadas, expediente esse que ganha cada vez mais relevância nesta Justiça Especializada, ante a crescente complexidade dos casos atinentes às relações de trabalho.

**A mais clara manifestação desse aspecto substancial é a vedação à decisão surpresa, constante de maneira expressa no artigo 10 do CPC/2015, plenamente aplicável ao Processo do Trabalho (art. 4º, §1º, da Instrução Normativa 39/TST).**

**Dessa forma, deve ser respeitado o efetivo contraditório em todas as instâncias e atos processuais (artigo 5º, LV, da Constituição Federal)**, inclusive quando da interposição do recurso ordinário, conforme dispõe o artigo 900 da CLT, de seguinte teor: *‘Interposto o recurso, será notificado o recorrido para oferecer as suas razões, em prazo igual ao que tiver tido o recorrente’*.

Portanto, havendo interposição de recurso ordinário necessário se faz a intimação das partes opostas para que tomem conhecimento do recurso e, querendo, manifestem-se sua contrariedade, sob pena de nulidade caso não observado esse procedimento.

(...).

O acórdão acima declina, como fundamentação, alguns dos pressupostos acolhidos por esta dissertação. Trata-se de uma visão constitucionalizada do processo e que acompanha a evolução processual brasileira, passando pelo advento do CPC/2015, que desvelou uma leitura pormenorizada e elevada do princípio do contraditório. Percebe-se a nítida preocupação do ministro relator em destacar a integral concepção do contraditório, que não pode permanecer reduzido ao seu “conteúdo mínimo”, formal, restrito e individualista.

A visão que se almeja ver implantada na jurisprudência é a de um processo no curso do qual haja um franco, produtivo e leal debate de teses e provas, culminando com a filtragem racional do melhor entendimento, o qual todo e qualquer sujeito pode acatar com base em sua racionalidade e a partir do seu agir comunicativo<sup>355</sup>.

Acrescente-se a isso a valorização da formação democrática da decisão judicial, conferindo-lhe legitimidade no contexto do Estado Democrático de Direito. Como bem exposto no julgado em análise, a ótica limitada do contraditório não tem mais espaço na ordem jurídico-processual vigente, especialmente, em face dos arts. 7º e 10 do CPC/2015 – tão caros a esta pesquisa –, cuja aplicabilidade ao processo do trabalho é muito bem defendida pelo ministro relator.

O referido julgado é um alento de legitimidade democrática em meio ao manancial de discricionariedade que se apoia no livre convencimento motivado para impor a apreciação voluntarista das provas e alegações aos jurisdicionados e, por tabela, ao

---

<sup>355</sup> Cf. item 2.2.

conjunto social como um todo. Espera-se que seja, ainda, um sinal de início de mudança na postura, não apenas da cúpula da Justiça do Trabalho, mas do Poder Judiciário, em geral.

## 6 – NOTAS CONCLUSIVAS

(i)

A Teoria do Discurso, propugnada pelo filósofo Jürgen Habermas, apresenta conceitos capazes de fundamentar a formação e a aplicação legítimas das normas jurídicas, no contexto do Estado Democrático de Direito. Por meio de um processo deliberativo-dialético promovido publicamente e ao qual os cidadãos tenham iguais acesso e possibilidade de inserir suas pretensões de validade e de questionar as conclusões obtidas, ensejando uma sequência ininterrupta de debates alimentados pela autonomia pública dos indivíduos, em que prevaleça o melhor entendimento coletivo racionalmente colhido.

O agir comunicativo é o modo de conduta a ser adotado por cada cidadão com o fim de se alcançar o consenso – ou o mais próximo disso, na medida em que cada um, no seio da esfera pública de formação da vontade coletiva, prescindir de suas pretensões meramente individuais, egocêntricas e voltadas ao sucesso particular, para atingir o máximo entendimento mútuo e consensual, em um ambiente de participação comunicativa igualitária. Sendo assim, as normas jurídicas oriundas desse procedimento racional-discursivo são dotadas de legitimidade democrática.

É bem verdade que o agir estratégico encontra-se presente no direito, haja vista a sua inerente conflituosidade, sobretudo, no processo judicial, em que interesses, em geral, particulares estão contrapostos. Todavia, o processo de formação da lei jurídica deve ser guiado pelo agir comunicativo, embora a interpretação e o cumprimento da norma possam ser matizados pelo agir estratégico.

(ii)

A princípio, como se nota, a Teoria do Discurso é voltada à formação das normas jurídicas no âmbito legislativo. Defende-se, nesta pesquisa, a inserção dessa mesma lógica na produção das decisões judiciais – normas jurídicas *in concreto*, ou seja, a aplicação da teoria discursivo-procedimental habermasiana ao processo judicial. O vetor capaz de introduzir a teoria do discurso e a ação comunicativa no processo

judiciário é o princípio constitucional do contraditório, cujo conteúdo integral, em sua dupla dimensão, possibilita a legitimação democrática da decisão a ser exarada ao fim do procedimento dialético. O contraditório, que pode ser decomposto nas garantias de informação, manifestação e consideração judicial, é fator imprescindível à formação de uma arena comunicativa no interior do processo judicial, em que os sujeitos processuais – juiz, autor e réu – atuem com veracidade e pretensão de legitimidade, de maneira que as teses e antíteses declinadas sejam efetivamente sintetizadas pelo julgador, afastando-se a antidemocrática figura da decisão-surpresa e priorizando-se o estabelecimento de um modelo racional/cooperativo/colaborativo de condução do processo.

(iii)

A justiça, como entidade metafísica, é inalcançável nos procedimentos judiciais, em razão das notórias limitações físicas, estruturais e psicológicas inerentes a todo e qualquer sistema humano e, por consequência, ao Poder Judiciário e aos seus membros. No entanto, é plenamente possível que as decisões proferidas sejam aceitas racionalmente pelos indivíduos por elas atingidos, bastando que o comportamento dos sujeitos processuais seja pautado pela veraz intenção de se atingir um resultado de consenso ou, no mínimo, de melhor síntese entre os argumentos e contra-argumentos inseridos no debate. É dizer, a pretensão de consenso ou de resolução do conflito, que deve nortear a discussão, tem aptidão para garantir a aceitabilidade, pelos participantes do procedimento comunicacional dialético, das razões adotadas como fundamento da decisão judicial, atribuindo-lhe o caráter de ato de poder democraticamente legítimo.

(iv)

O CPC/2015 incrementou o conteúdo positivado do princípio constitucional do contraditório, reforçando a dimensão substancial do mencionado princípio, no tocante ao aspecto que impinge ao julgador a necessidade inarredável de considerar, em sua decisão, as alegações e provas declinadas pelas partes, de modo a legitimar, assim, o exercício do poder jurisdicional. Na ordem normativa juslaboral, observa-se lacuna normativa a ensejar a aplicabilidade subsidiária do

arcabouço normativo contido no CPC/2015 referente ao efetivo contraditório – especialmente, os arts. 7º e 10 do novo Código, tendo em vista a expressa cláusula autorizadora do art. 769 da CLT.

(v)

Analisando-se o panorama jurídico-processual brasileiro, percebe-se facilmente a presença marcante do subjetivismo nas decisões judiciais, estampado nas fundamentações baseadas no “livre convencimento motivado” e no “julgamento conforme a consciência” do julgador. Esses elementos, na verdade, escamoteiam o solipsismo e o decisionismo, ao passo que a condução e o resultado do processo judicial, em um ambiente democrático, devem ser alimentados pela dialética e pelo efetivo contraditório.

Nesse sentido, o CPC/2015 expungiu da ordem jurídica as expressões que pudessem fazer menção ao “livre convencimento motivado”, inaugurando uma nova quadra na processualística positiva pátria, o que abrange, igualmente, pela lacuna normativa já apontada, o sistema processual juslaboral. Por essa razão, encampa-se a tese de que o Direito Processual do Trabalho é atingido pela releitura revigorante do princípio do contraditório realizada pelo novo CPC, sinalizando-se que a Justiça do Trabalho deve adequar suas decisões ao novo paradigma cooperativo/colaborativo permeado pelo efetivo contraditório, refutando-se a condução e a conclusão isolacionistas dos processos juslaborais, de modo que o Direito possa desempenhar sua função máxima de solução de conflitos e estabilização de expectativas de comportamento, dentro de um contexto racionalmente justificável, igualmente participativo e, por conseguinte, democraticamente legítimo.

(vi)

A pesquisa levada a cabo no repositório de jurisprudência disponível no sítio eletrônico do Tribunal Superior do Trabalho, tomando-se em consideração a ocorrência das expressões “livre convencimento motivado” e “contraditório efetivo” nos acórdãos do citado tribunal, limitando-se ao período de abril a dezembro de 2016 – isto é, na vigência do CPC/2015, demonstrou a larga discrepância na

utilização das mencionadas expressões na fundamentação dos acórdãos do TST. Ainda que a pesquisa tivesse sido limitada apenas ao critério quantitativo, o resultado obtido já teria sido bastante significativo, pois enquanto o “livre convencimento motivado” foi encontrado no voto condutor de 3.148 (três mil, cento e quarenta e oito) decisões, os termos “contraditório efetivo” ocorreram em meros 5 (cinco) acórdãos. São, portanto, quase 630 (seiscentos e trinta) registros da persuasão racional para cada invocação do contraditório em sua integralidade.

Além disso, a análise dos acórdãos evidencia um apego do tribunal de cúpula da Justiça do Trabalho à visão formalista e tradicional do princípio do contraditório, sendo praticamente ignorada a sua dupla dimensão, fazendo-se tábula rasa, também, do entendimento consagrado pelo CPC/2015 de que as partes têm o direito de efetivamente influenciar o conteúdo da decisão a ser proferida, ou seja, o direito de perceber que suas manifestações foram objeto de real consideração judicial, pelo que os litigantes devem ter a possibilidade de se enxergar como coautores do resultado final do processo.

Ao revés disso, o “livre convencimento motivado” figura como substrato de milhares de decisões colhidas durante a pesquisa, valorizando-se a equívoca apreciação subjetivista e voluntarista das provas e alegações declinadas no curso do processo, mesmo com a revogação do CPC/1973 e, por óbvio, de seu art. 131, que previa a livre persuasão racional. Não havendo dispositivo equivalente no CPC/2015, expurga-se o livre convencimento motivado do ordenamento jurídico-processual e afasta-se a possibilidade de fundamentação decisória com base na ampla liberdade de valoração dos elementos processuais, o que deve ser compreendido e aplicado pelo Judiciário como um todo e, especificamente no que diz respeito a esta pesquisa, pela Justiça do Trabalho, a começar por sua corte superior.

(vii)

O Poder Judiciário, como ramo de poder estatal, pelo fato de estar inserido no contexto de um Estado Democrático de Direito, como apregoado pela CF/1988<sup>356</sup>,

---

<sup>356</sup> CF/1988: Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...).

precisa ter seus atos vinculativos respaldados democraticamente, assim como ocorre com os demais poderes. As decisões judiciais devem ter legitimidade, a qual pode ser extraída da participação discursivo-dialética dos sujeitos processuais, tendo em vista a construção coletiva do melhor entendimento racionalmente fundamentado pela filtragem de todas as manifestações com pretensão de validade na elaboração do ato final – sentença. À medida que os partícipes do processo judicial tiverem condições de se perceberem como coautores do ato de poder que lhes atingirá o patrimônio, a personalidade etc, tal ato estará ancorado na legitimidade que se espera das atividades estatais em uma democracia.

A Justiça do Trabalho, uma vez consciente de que suas decisões carecem de legitimidade perante a sociedade, por conta do subjetivismo e da amplíssima liberdade com que os julgadores apreciam os conflitos submetidos à sua jurisdição<sup>357</sup>, necessita promover uma inflexão na postura solipsista e estimular mudanças de comportamento em seus membros, com o objetivo de mitigar a cultura do “livre convencimento motivado” e valorizar o novo panorama jurídico-processual fincado no fortalecimento do contraditório – em sua dupla dimensão. Assim, a legitimidade democrática poderá vicejar no exercício da atividade precípua do Judiciário e, no caso específico em análise, da Justiça do Trabalho, respaldando-se as decisões judiciais com elementos absorvidos da discussão racional e veraz travada entre os sujeitos processuais.

Enfim, é preciso que o juiz tenha em mente que sua maior responsabilidade não é a de meramente proferir uma sentença, mas, sobretudo, de conduzir um procedimento dialético em que os interessados tenham o mesmo direito à produção de alegações e provas, bem como o de influenciar efetivamente o ato de poder estatal, culminando com a prolação de uma decisão judicial legítima.

---

<sup>357</sup> Importante destacar que o apontado déficit de legitimidade não é exclusividade da Justiça do Trabalho. A experiência popular demonstra que, de fato, o decisionismo faz-se muito presente nos provimentos exarados pelo Judiciário, em geral, tendo em vista a existência, a propósito, de uma famosa máxima popular que compara “cabeça de juiz” com “fralda de neném”, pela suposta imprevisibilidade do que provirá de ambas.

## 7 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Maria do Carmo Seffair Lins de. **O princípio dispositivo, a instrução probatória e os poderes do juiz**. São Paulo: USP/Faculdade de Direito, 2014. 152 f.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_. **Teoria da argumentação jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ARRUDA, Samuel Miranda. **Comentário ao artigo 5º, inciso LXXVIII**. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

ARRUDA ALVIM, Eduardo; GRANADO, Daniel Willian; SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Habermas e contraditório: a dialética e a participação como condições de possibilidade da decisão**. In: Clodomiro José Bannwart Júnior (coord.). *Direito & teoria crítica: reflexões contemporâneas*. Birigui/SP: Boreal Editora, 2015.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. **Omissão judicial e embargos de declaração**. São Paulo: RT, 2005.

ATIENZA, Manuel. **O direito como argumentação**. Lisboa: Escolar, 2014.

BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. **O risco do dissenso segundo Jürgen Habermas**. In: Revista Mundo Jurídico, 2006. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25270-25272-1-PB.html>>, acesso em 03.06.2016.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo**. *Temas de direito processual – Nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

\_\_\_\_\_. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. **Juiz, processo e justiça.** In: Fredie Didier Jr.; José Renato Nalini; Glauco Gumerato Ramos e Wilson Levy (coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual.* Salvador: Juspodium, 2013.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica.** 1. ed. Bauru: Edipro, 2001.

\_\_\_\_\_. **Teoria do ordenamento jurídico.** 6. ed. Brasília: Editora UNB, 1995.

BORGES, José Souto Maior. **O contraditório no processo judicial** (uma visão dialética). 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRECHT, Bertolt. **O círculo de giz caucasiano.** São Paulo: Cosac Naify, 2002.

BULYGIN, Eugenio. **Los jueces crean derecho?** In: Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, n. 18, abr 2013, p. 6-25. Disponível em <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/los-jueces-crean-derecho-0/>>, acesso em 29.07.2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**, v. 1. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

\_\_\_\_\_. **Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático.** In: Fredie Didier Jr.; José Renato Nalini; Glauco Gumerato Ramos e Wilson Levy (coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual.* Salvador: Juspodium, 2013.

CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993.

CALSAMIGLIA, Albert. **El concepto de integridad en Dworkin.** In: Doxa, n. 12, 1992, p. 155-176. Disponível em <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/el-concepto-de-integridad-en-dworkin-0/>>, acesso em 01.08.2016.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Coesão interna entre Estado de Direito e democracia na Teoria discursiva do Direito e do Estado Democrático de Direito de Jürgen Habermas.** In: Virtuajus, Belo Horizonte, 2003. Disponível em <[www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/ano2\\_2/Coesao%20interna.pdf](http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/ano2_2/Coesao%20interna.pdf)>, acesso em 24.06.2016.

\_\_\_\_\_. **Devido processo legislativo.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

CORREA, Murilo Duarte Costa. **O plano de consistência do direito como processo: do sociologismo decisionista de Niklas Luhmann à teoria procedimental do direito de Jürgen Habermas.** Revista de Doutrina TRF 4. Região, v. 29, 2009, p. 1-27.

COURA, Alexandre de Castro. **Hermenêutica jurídica e jurisdição (in)constitucional**: Para uma análise crítica da “Jurisprudência de Valores” à luz da Teoria Discursiva de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.

\_\_\_\_\_.; AZEVEDO, S. A. **Interpretação constitucional e os desafios para a jurisdição no estado democrático de direito**. In: Anais do XIX Encontro Nacional do Conpedi. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2010, p. 5870-5881.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil**: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro. Coimbra: Almedina, 2012.

\_\_\_\_\_. **Art. 4º**. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; \_\_\_\_\_ (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

DARÓS MALAQUIAS, Roberto Antônio. **A função social do processo no estado democrático de direito**. Curitiba: Juruá, 2010.

DELFINO, Lúcio. **O processo democrático e a ilegitimidade de algumas decisões judiciais**. In: *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 14, nº 1117, 20 de março de 2014. Disponível em <<http://www.tex.pro.br/index.php/artigos/261-artigos-mar-2014/6442-o-processo-democratico-e-a-ilegitimidade-de-algumas-decisoes-judiciais-1-2>>, acesso em 21.04.2016.

\_\_\_\_\_. **A naturalização do indevido processo legal no Judiciário brasileiro**. In: *Consultor Jurídico*, 1º de junho de 2016. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-jun-01/lucio-delfino-naturalizacao-indevido-processo-legal>>, acesso em 02.06.2016.

DIDIER JR., Fredie. **Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo**. In: Fredie Didier Jr.; José Renato Nalini; Glauco Gumerato Ramos e Wilson Levy (coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodium, 2013.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito processual civil**, v. 1. Salvador: Juspodium, 2015.

\_\_\_\_\_. BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**, v. 2. Salvador: Juspodium, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Campinas: Bookseller, 2006.

FERREIRA, William Santos. **Princípios Fundamentais da Prova Cível**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca . **O livre convencimento motivado não acabou no Novo CPC**. *In*: Jota, Brasília, 06 abr. 2015. Disponível em <<http://jota.uol.com.br/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc>>, acesso em 01.08.2016.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. **La filosofía del derecho de Jürgen Habermas**. *In*: Doxa, n. 13, p. 235-258, 1993. Disponível em <<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc7s810>>, acesso em 23.06.2016.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?**: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**, v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

\_\_\_\_\_. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**, v. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011.

\_\_\_\_\_. **A Inclusão do Outro**: Estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002.

\_\_\_\_\_. **Como es posible la legitimidad por vía de legalidade?** *In*: Doxa, n. 5, p. 21-45, 1988. Disponível em <<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc7s808>>, acesso em 23.06.2016.

\_\_\_\_\_. **Três modelos normativos de democracia**. *In*: Lua Nova: Revista de Cultura e Política. São Paulo, CEDEC, n. 36, p. 39-53, 1995. Disponível em <[www.scielo.br/pdf/ln/n36/a03n36.pdf](http://www.scielo.br/pdf/ln/n36/a03n36.pdf)>, acesso em 07.07.2016.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

JEVEAUX, Geovany Cardoso (org.). **Uma teoria da justiça para o acesso à justiça**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012.

\_\_\_\_\_. **Teorias do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2015.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

\_\_\_\_\_. **A Paz Perpétua**: um projecto filosófico. Covilhã (Portugal), 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

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

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LUCHI, José Pedro. **Propedêutica habermasiana ao Direito**. Revista de Filosofia da UFES. Vitória, ano VII, n. 7, 2001, p. 175-200.

\_\_\_\_\_. (org.). **Linguagem e socialidade**. Vitória: EDUFES, 2005.

\_\_\_\_\_. **A racionalidade das decisões jurídicas segundo Habermas**. In: *Revista da Ajuris*. Porto Alegre, ano XXXIV, n. 107, set. 2007, p. 157-170.

\_\_\_\_\_. **Democracia, exigências normativas e possibilidades empíricas**. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 45, n. 180, out./dez. 2008, p. 147-160.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

\_\_\_\_\_. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Petrópolis: Vozes, 2011.

MALLET, Estêvão. **Notas sobre o problema da chamada “decisão-surpresa”**. Revista de Processo. São Paulo, n. 233, 2014, p. 43-64.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral do Processo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil, v. 1: Teoria do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MASCARO, Alysso Leandro. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2014.

MENDONÇA, J. J. Florentino dos Santos. **Acesso Equitativo ao Direito e à Justiça**. São Paulo: Almedina, 2016.

MITIDIERO, Daniel. **Bases para construção de um processo civil cooperativo**. *O direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: UFRGS/Faculdade de Direito, 2007.

\_\_\_\_\_. **Colaboração no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Jürgen Habermas**. Belo Horizonte: UFMG/FAFICH, 1999.

\_\_\_\_\_. (org.). **Com Habermas, contra Habermas**: direito, discurso e democracia. São Paulo: Landy, 2004.

MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Método, 2015.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

NOBRE, Marcos; TERRA Ricardo (org.). **Direito e Democracia: um guia de leitura de Habermas**. São Paulo: Malheiros, 2008.

NUNES, Dierle José Coelho. **O princípio do contraditório**. In: Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre, v. 5, n. 29, maio/jun. 2004, p. 73-85.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997.

\_\_\_\_\_. **A garantia do contraditório**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, v. 15, 1998, p. 7-20.

\_\_\_\_\_. **O juiz e o princípio do contraditório**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, v. 9, 1993, p. 178-184.

\_\_\_\_\_. **Comentário ao artigo 5º, inciso LV**. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito processual civil contemporâneo**, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2013.

POSNER, Richard A.. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

RAWLS, John. **Justiça e Democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROUSSEAU, J. J. **Do contrato social**. São Paulo: CD, 2003.

SANTOS JUNIOR, Sândalo Vianna dos. **A relação entre o contraditório e a fundamentação das decisões no processo civil do Estado Democrático de Direito**. Vitória: UFES/PPGDIR, 2013. 232 f.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009.

SIEBENEICHLER, Flavio Beno. **A compreensão procedimental do direito, de Jürgen Habermas, ante a folha de contraste da teoria sistêmica, de Niklas Luhmann**. Lisboa: Philosophica, v. 28, 2006, p. 205-219.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

\_\_\_\_\_. **Como assim “cada um analisa de acordo com o seu convencimento”?**. *In*: Consultor Jurídico, São Paulo, 15 abr. 2013. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-15/lenio-streck-assis-cada-analisa-acordo-convencimento>>, acesso em 01.08.2016.

\_\_\_\_\_. **STJ estaria refundando um movimento do Direito Livre para o novo CPC?**. *In*: Consultor Jurídico, São Paulo, 28 abr. 2016. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-28/senso-incomum-stj-estaria-refundando-movimento-direito-livre-cpc>>, acesso em 01.08.2016.

\_\_\_\_\_. **Livre convencimento no novo CPP: mas, já não apanha(ra)m o suficiente?**. *In*: Consultor Jurídico, São Paulo, 05 mai. 2016. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-mai-05/senso-incomum-livre-convencimento-ncpp-nao-apanharam-suficiente>>, acesso em 01.08.2016.

TARUFFO, Michele. **Poderes probatórios de las partes y del juez em Europa**. *In*: Doxa, n. 29, pp. 249-271, 2006. Disponível em <<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmct15h9>>, acesso em 23.06.2016.

\_\_\_\_\_. **Jueces y política: de la subordinación a la dialéctica**. *In*: Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, n. 22, pp. 9-19, abril/2005. Disponível em <<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcbc492>>, acesso em 23.06.2016.

\_\_\_\_\_. **A motivação da sentença civil**. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ZANETI JR., Hermes. **A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.