

4. Artigo

VIA DE MÃO DUPLA - PRECEDENTES VINCULANTES E O RESPEITO ÀS DECISÕES DE PRIMEIRO GRAU COMO FACES DA MESMA MOEDA SOB O NOVO CPC: uma visão de direito comparado¹

Cesar Zucatti Pritsch*

RESUMO: O funcionamento do sistema de precedentes vinculantes introduzido pelo novo CPC pressupõe, em contrapartida, a valorização das decisões de primeiro grau nas matérias não sujeitas à uniformização, restritas ao caso concreto, como as conclusões de fato e as decisões que envolvem discricionariedade judicial. A ausência de limites a tal reforma permite que essas decisões sejam ignoradas e descartadas mesmo quando tecnicamente corretas, bastando a mera divergência de opinião entre a corte revisora e o juízo a quo. Em tal contexto, repete-se desnecessariamente o trabalho de primeiro grau, confunde-se o acórdão com uma nova sentença, desviando aquele de seu foco principal na unificação e aprimoramento do direito. Ademais, a resultante alta taxa de reforma encoraja recursos de pouca substância, contribuindo para a sobrecarga do judiciário e para a deslegitimação do primeiro grau, reduzido a uma instância de passagem. Os standards de revisão recursal, praticados nos países de common law, podem inspirar a adoção jurisprudencial ou legislativa de tais limites, obstando a desnecessária reforma das conclusões de fato do primeiro grau, salvo em caso de erro claro (*clear error*), e das decisões discricionárias (como a aplicação de multas processuais ou o arbitramento de uma indenização), salvo se constatada arbitrariedade (*abuse of discretion*).

PALAVRAS-CHAVES: Processo civil e do trabalho. Novo CPC. Respeito a precedentes. Valorização das decisões do primeiro grau.

ABSTRACT: The binding precedent system introduced by the new Code of Civil Procedure of 2015 presupposes that the appellate courts, to focus on precedents, must defer to the reasonable findings of fact and discretionary rulings of the trial courts. Currently, in the absence of limits to appellate review, courts of appeal in Brazil review *de novo* all subjects, ignoring or discarding the trial court's decision even when technically correct. This method ends up unnecessarily repeating the trial court's work, diverting the appeal's focus away from the consistency and development of precedents. Moreover, the resulting high reversal

¹ O presente artigo foi publicado originalmente em: PRITSCH, Cesar Zucatti. Via de mão dupla - precedentes vinculantes e o respeito às decisões de primeiro grau como faces da mesma moeda sob o novo CPC: uma visão de direito comparado. **Revista trabalhista: direito e processo**, São Paulo, LTr, v. 14, n. 55, p. 68-92, jul./set., 2016. Outra versão deste artigo é PRITSCH, Cesar Zucatti. Standards de Revisão Recursal – uma solução do common law para a valorização das decisões de primeiro grau no Brasil. In: CLAUS, Benhur Silveira (Coord.). **A função revisora dos tribunais: por uma nova realidade recursal**. São Paulo, LTr, 2016.

* O autor é Juiz do Trabalho na 4ª Região/RS e *Juris Doctor* pela Florida International University (FIU), EUA, laureado no grau *magna cum laude*, além de Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Gama Filho/RJ. O presente trabalho é uma adaptação da versão em inglês, apresentada perante a FIU em 2014 para a conclusão de seminário em direito comparado, The Brazilian Appellate Procedure Through Common Law Lenses: How American Standards of Review May Help Improve Brazilian Civil Procedure. **University of Miami Inter-American Law Review**. Miami, v. 48, n. 3, p. 56, maio de 2017. Disponível em <<http://repository.law.miami.edu/umialr/vol48/iss3/5>>. Acesso em: 14 fev. 2018. Todas as traduções a partir da língua inglesa são do autor.

rate encourages frivolous appeals, overburdening the judiciary and bypassing the trial courts. The standards of appellate review, practiced in common law countries, may inspire the adoption of similar appellate review limits in Brazil, by the courts or by legislature. Standards of review, in Brazil, should prevent unnecessary reversals of trial court's findings of facts, except for clear error, and of discretionary rulings, except for abuse of discretion.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 CONTEXTO ATUAL: panorama normativo e consequências práticas **2.1 Precedentes vinculantes e o lado reverso da mesma moeda:** a preservação dos aspectos casuísticos da decisão recorrida salvo erro claro ou arbitrariedade. **a.** precedentes vinculantes do Brasil e nos Estados Unidos – trabalho hercúleo – foco dos tribunais nas questões de direito das decisões recorridas, valorizando as decisões de primeiro grau quanto às demais matérias. **b.** na ausência de limites explícitos à reforma, rediscussão da prova e da justiça do julgado – desperdício e subversão de valores. **2.2 O problema:** desvalorização das decisões de primeiro grau - excessiva recorribilidade, sobrecarga, protelação, desperdício; **3 STANDARDS DE REVISÃO RECURSAL (STANDARDS OF APPELLATE REVIEW) NO DIREITO AMERICANO. 3.1 Questões de direito:** *standard* de revisão recursal *de novo*. **3.2 Conclusões de fato do juiz:** *standard* de revisão recursal *clearly erroneous*. **3.3 Conclusões de fato do júri:** *standard* de revisão recursal *substantial evidence*. **3.4 Questões mistas de direito e de fato:** *standard* de revisão recursal conforme a preponderância da análise do direito ou do fato. **3.5 Decisões discricionárias** - *standard* de revisão recursal *abuse of discretion*; **4 APLICAÇÃO DOS STANDARDS DE REVISÃO RECURSAL AO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO. 4.1 Utilidade e funcionamento dos standards de revisão recursal para o aprimoramento do processo civil brasileiro. a.** interpretação das regras de direito aplicáveis – questões de direito. **b.** decisões que envolvem margem de discricionariedade. **c.** conclusões quanto à verdade dos fatos – questões de fato. **d.** subsunção dos fatos ao direito – questão mista de direito e de fato. **4.2 Possibilidade de aplicação dos standards de revisão recursal ao processo civil brasileiro? a.** harmonia com a tendência de reforma do sistema recursal no Brasil, parcialmente inspirada no direito comparado. **b.** harmonia com a política nacional de valorização do primeiro grau do Conselho Nacional de Justiça e com as aspirações da Magistratura de primeiro grau. **c.** inexistência de impedimento legal ou constitucional ao uso de *standards* restritivos da revisão recursal no processo civil brasileiro. **d.** é necessária alteração legislativa para que se presumam corretas as decisões discricionárias e conclusões de fato do primeiro grau, limitando o corte revisional dos recursos através dos *standards* “abuso de discricionariedade” e “claramente errôneo”? **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS**

1 INTRODUÇÃO

O respeito aos precedentes emanados de instâncias superiores deve ser uma via de mão dupla, com o correspondente respeito das instâncias superiores às decisões do primeiro grau em matérias de fato ou discricionária. O sistema de precedentes que se apresenta através do novo Código de Processo Civil e da Lei 13.015/2014 impõem um novo paradigma nas relações entre o primeiro e segundo graus, bem como destes com os tribunais superiores. Há que se perceber os benefícios que a racionalização dos precedentes trará em termos de diminuição da recorribilidade, desafogamento dos tribunais e aumento da segurança jurídica. Entretanto, impõe-se também o reconhecimento de que a obtenção de tais benefícios não depende apenas da estabilização dos entendimentos de direito nos tribunais, mas também da estabilização das decisões de primeiro grau nas matérias não sujeitas à uniformização de entendimentos.

Tais matérias, em que a decisão de primeiro grau deve ser presumida correta, são as conclusões de fato e as decisões discricionárias. A conclusão sobre a verdade dos fatos, baseada na

valoração da prova, é matéria para a qual os tribunais não estão em posição tão favorável, já que mais distantes da produção probatória. O mesmo ocorre em decisões envolvendo discricionariedade judicial, como o arbitramento do *quantum* em pedidos indenizatórios e multas processuais, indeferimento de provas procrastinatórias e outras situações de gestão do processo (*case management*). Em tais casos, o direito não limita o juiz a apenas uma escolha correta.

Da mesma forma que a resistência do primeiro grau em seguir precedentes dos órgãos colegiados competentes para produzi-los com força obrigatória pode esvaziar o trabalho da instância superior, vulnerando o esforço voltado para a segurança jurídica e redução da litigiosidade, o mesmo ocorre quando o segundo grau ignora ou descarta o trabalho do juiz de primeiro grau pela mera discordância pessoal, embora tecnicamente correta a decisão *a quo*.

Este breve ensaio, pretende apresentar a ideia de que a sistemática adotada pelo novo CPC pressupõe reciprocidade entre as instâncias, para que cada uma funcione bem, dentro de sua especialidade: o segundo grau e tribunais superiores na de unificar o direito, o primeiro grau focado no seu mister de descobrir a verdade e gerir o processo. A sistemática do novo CPC rompe com a típica tradição romano-germânica (ou de *civil law*), de que bebeu nosso ordenamento até o presente, e arroja-o para uma posição intermediária ou híbrida (MELLO FILHO, 2015) entre tal tradição e aquela dos países anglo-saxões, conhecida como *common law*. Lideranças da doutrina processual (muitas das quais influenciaram a própria redação do projeto do novo Código) há anos investigam o direito comparado e buscaram no mesmo soluções para os crônicos problemas de nosso processo. No entanto, quaisquer importações estão fadadas ao insucesso se não examinarem o ambiente de onde extraído o instituto importado. Um transporte pela metade não logra os mesmos resultados que o instituto ensejava em sua origem, dada a sua desfiguração.

No caso dos precedentes vinculantes brasileiros, elencados no art. 927 do CPC de 2015, impõe-se examinar o contexto em que o *stare decisis* do *common law*, funciona em sua origem, qual seja, em conjunto com o profundo respeito às decisões de primeiro grau em matérias não sujeitas à uniformização de jurisprudência, através dos *standards* de revisão recursal (*standards of appellate review*). Tais *standards*, nos países de *common law*, são uma parte vital do sistema, o lado reverso da mesma moeda em que se encontram os precedentes vinculantes, complementando a estabilidade oriunda dos precedentes, emprestando estabilidade e força para as ordens e decisões judiciais de primeiro grau. Como abordaremos abaixo, nos países de *common law*, enquanto a cortes de primeiro grau respeitam as decisões dos colegiados recursais, debatendo-as, comparando-as com os fatos do caso concreto e aplicando-as, as instâncias superiores em contrapartida se abstêm, se autolimitam (*self-restrain*), evitando interferir nas decisões do juiz de primeiro grau em situações que não afetam a uniformização do direito, salvo se houver erro claro (*clear error*) quanto às conclusões de fato, ou arbitrariedade (*abuso of discretion*), em relação às decisões que envolvem discricionariedade judicial.

O presente artigo sugere a harmonia da valorização de certas modalidades de decisões de primeiro grau com a nova sistemática de estabilidade jurisprudencial que decorre do CPC de 2015, bem como a viabilidade de sua implantação, mesmo sem outras alterações legislativas.

Inicialmente, examinaremos em nosso ordenamento a inexistência de norma expressa que regule o método de julgamento ou critérios (*standards*) para a reforma das decisões recorridas. Veremos que a ausência quaisquer limites à reforma de recursos gera desperdício de tempo e energia do Judiciário, além fomentar insegurança jurídica, procrastinação e sobrecarga. Proporemos

a adoção de *standards* de revisão recursal como uma modalidade de valorização do primeiro grau, em harmonia com a Política Nacional de Atenção Prioritária ao Primeiro Grau de Jurisdição, Resolução nº 194/2014 do Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Discutiremos o funcionamento dos *standards* de revisão recursal no direito comparado e sua possível operacionalização no sistema pátrio, inexistindo impedimento legal ou constitucional para a adoção de critérios de julgamento que restrinjam a reforma desnecessária de decisões de primeiro grau. Este breve trabalho não pretende exaurir tal complexo tema, mas tão-somente fomentar o debate acerca da busca da redução da litigiosidade e otimização do processo, à vista do novo sistema proposto pelo Código de Processo Civil de 2015.

2 CONTEXTO ATUAL: panorama normativo e consequências práticas

2.1 Precedentes vinculantes e o lado reverso da mesma moeda: a preservação dos aspectos casuísticos da decisão recorrida salvo erro claro ou arbitrariedade

a) precedentes vinculantes do Brasil e nos Estados Unidos – trabalho hercúleo – foco dos tribunais nas questões de direito das decisões recorridas, valorizando as decisões de primeiro grau quanto às demais matérias:

No sistema proposto pelo Código de Processo Civil de 2015, em que se prioriza a uniformidade dos julgados, demandando trabalho intenso do segundo grau em tal sentido, não mais convém que o segundo grau continue focando a maior parte de seu tempo e energia em aspectos casuísticos das decisões recorridas, como a valoração da prova, conclusões de fato, e as escolhas discricionárias do juiz de primeiro grau dentre opções facultadas pela lei.

Em tal senda, compara-se nossa realidade com o sistema americano, que inspirou a vinculação aos precedentes agora aqui implantada. Lá, o sistema de precedentes possui como corolário lógico e indissociável o foco do tribunal nas questões de direito dos recursos, fiscalizando a atividade do primeiro grau em matéria de fato ou discricionária apenas quanto a erros claros ou arbitrariedades. O foco nos precedentes pressupõe uma dose maior de confiança no primeiro grau para matérias de interesse mais restrito ao próprio caso. Tais tribunais priorizam os aspectos de interesse geral das decisões recorridas, analisando-as sob a ótica da criação ou uniformização de precedentes, com instigantes debates que versam não apenas sobre a interpretação do direito existente, mas também sobre questões de interesse público e política judiciária.² Outrossim, uma vez que a decisão de segundo grau lá tende a aderir ao direito existente, refinando-o, moldando-o ou mesmo inovando, se examina também o “efeito agregado” (*aggregate effect*) de um precedente. Em tal senda, indaga-se se o fundamento determinante (*ratio decidendi* ou *holding*) de um determinado acórdão (*case* ou *opinion*) for aplicado a milhares de casos análogos, qual seria o efeito prático? Quais comportamentos sociais seriam encorajados ou inibidos? A regra de direito que surgiria do *ratio decidendi* proposto seria benéfica e prática? Ou traria mais transtorno e tumulto do que resultados úteis?

Adicionalmente, quando se unifica um precedente nos Estados Unidos, não se edita uma

² Debate que, quanto a assuntos novos ou de “primeira impressão” (*first impression*) se inicia no primeiro grau, já chegando em segundo grau com os argumentos de ambas as partes e aqueles acatados ou adicionados pelo juiz, que enriquecem a discussão em sede recursal.

súmula. Aliás a súmula é desconhecida e até mesmo inconcebível em tal sistema.³ É sempre editado um acórdão onde debatidas, à luz dos fatos do caso concreto, todas as questões de interpretação jurídica e de política judiciária, às claras, expressamente. O julgador não está preso apenas à hermenêutica da lei formal (*statute*), e não tem receio de registrar dentre os fundamentos da decisão questões metajurídicas, pragmáticas, políticas, etc, sendo tais fundamentos considerados essenciais na criação de um precedente justo e socialmente eficaz. Aliás, tais considerações metajurídicas, se forem determinantes para conclusão do julgado (portanto integrantes do *ratio decidendi* ou *holding*) também se tornam vinculantes, podendo ser citadas por advogados e juízes em casos futuros. Logo, o registro claro e honesto de todos os motivos que levaram a uma determinada decisão é necessário para: (1) permitir o conhecimento do real debate travado e o uso dos respectivos argumentos em casos futuros; para (2) permitir que juízes da mesma corte ou cortes inferiores entendam a extensão e aplicação do precedente pacificado, facilitando sua aplicação em casos futuros; bem como para (3) alimentar o debate que irá uniformizar tal questão na instância superior, que não pode prescindir da reunião das melhores ponderações e argumentos sobre o tema, levantados pelas cortes inferiores.

A edição de acórdãos vinculantes pode eventualmente se tornar um problema, quando estes atingem número excessivo, podendo gerar confusão e dificuldade para se aferir quais precedentes vinculantes ainda estão em vigor (*good law*), quais foram superados (*overruled*), etc. Nos Estados Unidos, tais problemas têm sido enfrentados com a filtragem, pelos próprios tribunais, de quais precedentes serão publicados, bem como através de empresas privadas que, além de editarem repositórios de jurisprudência (*law reports*, hoje informatizados), possuem grupos de advogados que analisam as decisões publicadas, inclusive de primeiro grau, checando as citações a outras decisões (que são muitas, dada a praxe do *case law*), separando-as por questão jurídica (a mesma decisão pode conter vinte ou mais *legal issues*, ou questões de direito) alimentando mecanismos de busca informatizados que podem evidenciar se um determinado ponto de direito (*issue*) de uma decisão vem sendo citado favorável ou desfavoravelmente,⁴ se ainda está em vigor, se teve seu alcance restringido ou ampliado por decisão superveniente, etc.

No Brasil, presumivelmente para evitar tal excesso de precedentes vinculantes e sua vulgarização, (acertadamente) limitaram-se os precedentes vinculantes à lista do art. 927 do CPC

³ Registra-se aqui a sugestão de que os regimentos internos de cada tribunal sejam revisados para que quando editada uma súmula, tal se dê com a prévia lavratura do acórdão onde debatidas todas as questões que levaram à edição da súmula, mesmo quando se utilize a faculdade do art. 926, §1º, do CPC de 2015 (uniformização de jurisprudência), e não apenas nos casos dos arts. 976 (incidente de resolução de demandas repetitivas) ou 947 (incidente de assunção de competência). Ter as súmulas como autonomamente vinculantes - despidas do contexto fático onde surgiram - seria um equívoco, ofensivo ao art. 926, §2º do novo CPC. O juiz diz o direito a partir da análise do caso concreto, não se confundindo com o legislador, que elabora a norma em abstrato. Ademais, a súmula, desvinculada dos fatos que lhe deram origem prejudica toda a dinâmica dos precedentes vinculantes, que dependem da análise dos subjacentes fatos para sua compreensão, aplicação e evolução.

⁴ Como citações favoráveis, pode-se identificar, e.g., a simples adoção do precedente, ou a sua extensão a casos análogos (*extending, analogizing*). Citações desfavoráveis, e.g., podem ser o reconhecimento de que um caso foi superado por lei superveniente (*superseded by statute*) ou por acórdão superveniente do mesmo tribunal ou de tribunal superior (*overruling*), ou que uma determinada corte deixou de aplicar um caso por entender que o precedente não tem relação com o caso diverso (*not following, distinguishing*) ou que os fatos concretos justificam o estabelecimento de uma exceção ao entendimento mais geral anteriormente firmado (*limiting, distinguishing*).

de 2015.⁵ Assim, ao contrário do sistema americano, os julgados dos órgãos fracionários (*panels*) de um tribunal não vinculam os juízos dos graus inferiores no Brasil - o que tornaria impraticável a vinculação, dado que seriam milhões de precedentes vinculantes, muitas vezes conflitantes entre si. Afinal, remanescendo precedentes contraditórios entre si, as partes poderiam continuar invocando precedentes da linha que lhe fosse mais conveniente, como é feito hoje, o que equivaleria a nenhuma vinculação.

Entretanto, mesmo considerada a simplificação do sistema de precedentes brasileiro, que limita o efeito vinculante aos precedentes já unificados em um tribunal, o relato acima mostra o quão incompatível esta nova vocação dos tribunais é com o rejuízo de todas as peculiaridades do caso concreto, como se o acórdão fosse uma nova sentença, extrapolando a função de revisar eventuais erros claros ou arbitrariedades da decisão *a quo*. Dentro do hercúleo trabalho da maturação e unificação dos precedentes, inexistente espaço para a repetição do trabalho do primeiro grau, afastando o debate recursal das questões de direito a serem uniformizadas.

b) na ausência de limites explícitos à reforma, rediscussão da prova e da justiça do julgado – desperdício e subversão de valores:

As novas atribuições dos tribunais de segundo grau em matéria de precedentes, como visto, recomendam o foco em tal atividade e certo distanciamento dos aspectos mais casuísticos das decisões recorridas, preservando o decidido pelo juízo *a quo*, salvo se detectados erro claro ou arbitrariedade. A sistemática introduzida pelo novo CPC, portanto, demanda a especialização de funções de primeira e segunda instâncias. No entanto, ante o silêncio normativo quanto a graus, padrões ou limites à reforma, não é incomum que os tribunais ignorem decisões razoáveis dos juízes *a quo*, substituindo-as pelas que teriam prolatado caso tivessem sido o juiz de primeiro grau da causa (FRAGA; VARGAS, 2004). Em tal contexto, as partes apelam simplesmente para ter uma segunda chance, não sendo necessário apontar erro de julgamento. Tal mecânica ignora o fato de que toda a aplicação do direito implica em algum nível de subjetividade e discricionariedade, e que a função dos tribunais é revisar, e não prolatar nova sentença, como já referiram Claus et al.:

Em que pese ao irrecusável caráter hermenêutico da aplicação do direito corporificado na sentença, alguns acórdãos parecem mais uma nova sentença do que um ato de revisão, pois praticamente ignoram a decisão de primeiro grau; reescrevem a litiscontestação e examinam os fatos e a prova como se o tribunal fosse o primeiro destinatário da prova e do debate processual; como se o laborioso trabalho que resultou na sentença pudesse ser desconhecido. Tal atitude decorre de uma compreensão equivocada acerca do que seja a função revisora dos tribunais (objeto), equívoco que se comunica ao modo de proceder no julgamento do recurso (método). (CLAUS et al., 2010, p. 161)⁶.

Em contraponto, na cultura jurídica norte-americana está sedimentado que a decisão de primeiro grau põe fim ao processo, salvo em caso de erro,⁷ e que a função dos tribunais não é repetir o mister da primeira instância, mas unificar o direito e corrigir erros graves (ROSENN, 2002,

⁵ (I) as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; (II) os enunciados de súmula vinculante; (III) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; (IV) os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; (V) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

⁶ Sobre o assunto ver também CLAUS. et al, 2010, p. 597. Ver ainda CLAUS, 2012, p.57.

p. 191)⁸.

Por aqui, tanto o Código de Processo Civil de 1973 (CPC 1973) quanto o CPC 2015 são silentes acerca do método de revisão recursal, limitando-se a mencionar os efeitos devolutivo e suspensivo.⁹ Na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), da mesma forma inexistente critério objetivo que expressamente limite a reforma. Prevalecendo a tradicional tese de que o tribunal tem iguais poderes aos que o juiz originário tinha quando julgou a causa, (SANTOS, 1984, p. 110) tal excessiva devolutibilidade permite não apenas a arguição de erro ou ilegalidade, mas a própria rediscussão da valoração da prova e da justiça do julgado (NERI JUNIOR; NERY, 2010, p. 887, 893)¹⁰. Não há, na tradição jurídica brasileira, uma presunção de que a decisão recorrida está correta (ROSENN, 1986, p. 508). O tribunal tende a se considerar tão bem posicionado quanto o juiz originário para sopesar a prova, subestimando a importância do contato direto com a prova oral (ROSENN, 1986). Assim, a sentença de primeiro grau, exarada por membro de um dos três poderes da República, *ultima ratio* para a solução dos conflitos da sociedade brasileira, tem sido valorizada menos que um ato administrativo, o qual é tido como dotado de *presunção de legitimidade*, como decorrência do poder de império estatal (CARVALHO FILHO, 2005, p. 98).

Trata-se, no mínimo, de uma subversão de valores, além de um inadmissível desperdício da atividade jurisdicional de primeiro e segundo graus, como veremos abaixo.

2.2 O problema: desvalorização das decisões de primeiro grau - excessiva recorribilidade, sobrecarga, protelação, desperdício

No Brasil, a elevadíssima recorribilidade sobrecarrega todo o sistema. A ampla maioria das decisões de primeiro grau são objeto de recurso, com elevada taxa de reforma. A ausência de limites mais estritos à reforma é um dos fatores que, dentre outros, leva a tal panorama. Em contraste, na justiça federal americana, de 375.870 processos ajuizados em 2013, 56.475 foram objeto de apelação (15%) (UNITED STATES COURTS, 2013) e, dentre os mesmos, apenas 12-14% das apelações não-criminais foram providas (menos do que 2% do total) (UNITED STATES COURTS, 2014).

Até o presente, muitos foram os "culpados" pela excessiva recorribilidade, como a pleora de recursos permitida,¹¹ o relativamente baixo custo para recorrer, a rara e insuficiente imposição das penalidades por má-fé processual (c.f. BARRAL; MACHADO, 2011, p. 183), e notadamente a falta de unidade da jurisprudência, permitindo a exploração pelo recorrente dos dissensos entre as cortes.¹² Corrigir este último problema é uma das principais bandeiras do novo CPC - dar força à

⁷ Não se apela, no processo civil americano, sem indicar os pontos de erro da decisão recorrida (*points of error*).

⁸ Tal autor é um importante comparativista norte-americano, com várias publicações acerca do direito brasileiro. Para uma interessante visão comparativa do ordenamento brasileiro, sobretudo os entraves ao funcionamento da Justiça e da burocracia pública, bem como a distância entre o direito positivado e o efetivamente praticado, ver ROSENN, 1998.

⁹ CPC 2015, art. 1012, §1º; CPC 1973, art. 520

¹⁰ No mesmo sentido LEITE, 2005, p. 565 e SCHIAVI, 2014, p. 804.

¹¹ CPC 2015, art. 994; CPC 1973, art. 496; CLT, art. 893.

¹² Tal é historicamente um problema em nosso ordenamento, que vem sendo combatido com as últimas reformas no processo civil, as quais culminaram a edição do CPC 2015, bem como, no âmbito trabalhista, com a edição da Lei 13.015/2014.

jurisprudência, a fim de que as questões já pacificadas não sejam recorridas milhões de vezes, aumentando a segurança jurídica e descongestionando o fluxo dos processos nas cortes. No entanto, a valorização dos precedentes dos tribunais não basta. É igualmente necessária a valorização das decisões do juiz - linha de frente do Poder Judiciário, sua face mais visível perante o jurisdicionado. A redução de pleitos temerários e da excessiva recorribilidade passa necessariamente pela alteração do método de julgamento recursal onde, atualmente, inexistem qualquer inibição ao descarte de conclusões de fato ou decisões de cunho discricionário corretas ou razoáveis:

O resultado que decorre da utilização desse método de apreciação do recurso só pode ser o incremento no número de reformas das sentenças de primeiro grau. E não pode ser diferente. O próprio método induz à reforma da sentença, porquanto não atenta para um pressuposto ínsito ao fenômeno jurídico: desconsidera que o caráter hermenêutico da aplicação do direito implica natural discricionariedade do juiz no julgamento da causa (CLAUS et al., 2010, p. 179-180).

Em que pese muitos julgadores de segundo grau partam de criteriosa análise da sentença para reformá-la apenas se efetivamente encontrado erro, outros a ignoram como se inexistisse, decidindo como se prolatasse nova sentença, eventualmente sequer mencionando a sentença recorrida. Em tal hipótese, a confirmação da sentença é mera obra do acaso, ocorrendo apenas se coincidente a sentença com a conclusão a que independentemente chegou o órgão revisor.¹³

Tal desvalorização das decisões de primeiro grau cria excessivos incentivos ao recurso. As partes sucumbentes enxergam no recurso uma elevada chance de êxito, com baixo custo ou risco.¹⁴ Afinal, a mera discordância do juízo *ad quem* de uma decisão tecnicamente correta do juízo de origem quanto à verdade dos fatos ou quanto ao exercício de discricionariedade (e.g., o arbitramento de uma indenização ou de uma multa processual) é o suficiente para a reforma.

Ademais, a repetição em sede recursal de trabalho similar ao do primeiro grau é matematicamente impossível. Se desembargadores constituem cerca de 14% da totalidade dos juízes no Brasil (BRASIL, 2013, p. 32), e considerando que a maioria das sentenças são objeto de recurso, como podem arcar com o mesmo trabalho que seis vezes mais colegas de primeiro grau esforçadamente desempenham? Com aumento de delegação a auxiliares? É desejável a produção em massa de decisões de segundo grau, com o desembargador gerindo uma grande equipe de assessores que repetiriam trabalho similar ao já feito por um juiz de primeiro grau? Ou o novo sistema positivado pelo CPC de 2015 pressupõe um desembargador preocupado com o refinamento e unificação do direito, e com o uso dos precedentes de forma consistente, lógica e harmônica, exercendo um trabalho de elevada reflexão em um número mais reduzido de acórdãos? É conveniente para a administração da justiça essa repetição em massa, no segundo grau, da mesma sistemática do primeiro grau, em termos de desperdício de recursos humanos? É conveniente para o jurisdicionado em termos de celeridade? A chance de acerto do segundo grau (nas matérias que dizem respeito exclusivamente ao caso concreto e não interessam à unificação de precedentes) é

¹³ De forma similar pensam, CLAUS et al., 2010.

¹⁴ Na seara trabalhista, os autores estão geralmente acobertados pela gratuidade de justiça. Logo, ante a baixíssimo risco de penalização por recursos infundados e a elevada taxa de reversibilidade, tal equação sempre recomendará que se recorra. Do lado dos reclamados - salvo pelas condenações de pequena monta, onde o depósito recursal é suficiente desestímulo ao recurso temerário - a equação não é diferente: a elevada chance de êxito e o baixo custo ou risco encorajará que se recorra (quase) sempre, a despeito do quão correta ou razoável a sentença seja.

maior do que aquela do juiz de primeiro grau, que, e.g., observou pessoalmente a testemunha, ou que já sabe de outros processos em que determinada parte litigou de má-fé?

O novo CPC é uma oportunidade. Seus instrumentos possibilitam a compreensão da diferenciação de funções entre as instâncias. Retiram o foco do segundo grau da rotina, para que este assuma o papel de autoridade que depura e desenvolve o direito em sua região, atuando nos elementos mais concretos dos recursos apenas para corrigir erros ou excessos.

Uma das principais justificativas para o direito ao recurso é sua função de salvaguarda procedimental, a fim de proteger o jurisdicionado de decisões de primeiro grau equivocadas ou injustas (SCHIAVI, 2014, p. 804). Não faz sentido, entretanto, tentar atingir tal meta através de uma revisão recursal ilimitada, tão sujeita a erros quanto o julgamento de primeiro grau. Na lição de Mauro Cappelletti, “o excesso de garantias se volta contra o sistema,” já que a maior demora do processo decorrente da alta recorribilidade afeta desproporcionalmente os economicamente mais frágeis (CAPPELLETTI, 1973, p. 278-279 apud CLAUS et al., 2010, p. 186-189). O excesso de salvaguardas do sistema prejudica justamente a quem deveria resguardar.

Ademais, a irrestrita revisão das conclusões de fato (*fact findings*) pelos tribunais, sem a necessária valorização das conclusões do juízo *a quo*, exclusivamente com base nos registros escritos da prova oral colhida sacrifica a imediatidade do contato entre o juiz e a prova, já que o colegiado de um tribunal não tem como se colocar na posição do juiz singular, para coletar diretamente as mesmas impressões. Em tal sentido, referem Fraga e Vargas que:

[...] essa transmigração é impossível. Por melhor que os registros de ata reproduzam os depoimentos de partes e testemunhas, jamais poderão transmitir a realidade complexa ocorrida na sala de audiência que somente o juiz, “in loco” pode captar. (FRAGA; VARGAS, 2004).

O mesmo raciocínio se aplica quanto a decisões de cunho discricionário, já que raramente a lei comporta apenas uma solução correta para o caso concreto. Aqui não se cogita do termo discricionariedade no sentido de estrito juízo de conveniência e oportunidade do direito administrativo, ou como sinônimo de diversidade de possíveis soluções hermenêuticas, matéria que é justamente o foco dos tribunais, segundo a sistemática do novo CPC. Referimo-nos às situações em que o direito está sedimentado e os fatos já qualificados juridicamente, mas ainda assim o direito permite ao julgador a escolha dentre mais de uma opção válida, conforme a ponderação das peculiaridades do caso concreto. Exemplos típicos são o indeferimento de provas desnecessárias ou impertinentes, a fixação de penalidades processuais, arbitramento de indenizações ou mesmo de dados fáticos faltantes na prova (por exemplo, a jornada de trabalho média em meses para os quais não foram juntados os registros de ponto).

Vejamos como a situação é tratada no direito processual norte-americano.

3 Standards de Revisão Recursal (*Standards of Appellate Review*) no Direito Americano

No *common law*, tal problema é solucionado com o uso dos *standards* de revisão recursal (*standards of appellate review*). Os *standard of review* são uma característica indissociável do sistema de precedentes estáveis, já que não podem os tribunais se concentrar na tarefa de

uniformização se refizerem o julgamento de primeiro grau, com todas as peculiaridades relevantes apenas para o caso concreto. Um *standard of review* é “o nível de deferência dado pela corte revisora à decisão ou ato de outro juízo” (SARGENT, 2014, § 3.01), uma régua que define a profundidade da revisão recursal e aloca funções entre os atores judiciais (GODBOLD, 1976, p. 810). Assim, a reversibilidade das decisões de primeiro grau é limitada por tais *standards*, demandando das cortes recursais o exercício de autolimitação (*self-restraint*) ao prolatar suas decisões (PETERS, 2009, p. 235). O termo *standards* pode ser traduzido como “critérios,” “níveis” ou “padrões” (de revisão recursal). Utilizaremos neste artigo a palavra *standards* para facilitar a referência, bem como para evitar ambiguidades.

Leciona Peters que as razões para o uso dos *standards* de revisão recursal no sistema jurídico americano incluem o equilíbrio de poderes entre os juízes, a eficiência do judiciário, uniformidade (*consistency*) e segurança jurídica (*predictability*). O juízo de primeiro grau está em melhor posição para ser o gestor da lide, bem como para observar diretamente a prova e se pronunciar quanto à verdade dos fatos, enquanto que cabe ao juízo recursal verificar se o juízo *a quo* aplicou o direito corretamente (PETERS, 2009, p. 235-242). *Standards of review* fazem, salvo em questões de direito, com que a decisão *a quo* seja definitiva, salvo em caso de erro que cause efetivo prejuízo (*harmful error*), bem como evitam o desperdício de tempo e recursos da corte de apelação, prevenindo a repetição do trabalho do juízo *a quo*. Finalmente, os níveis de revisão recursal promovem a segurança jurídica, já que as partes têm uma visão realista quanto às chances de êxito de um recurso, desestimula recursos protelatórios e encorajando a conciliação (PETERS, 2009, p. 235-242).

Conforme Casey, Camara e Wright (2002), os *standards* de revisão recursal estão longe de serem uma fórmula com precisão matemática (CASEY; CAMARA; WRIGHT, 2002, p. 284-286). Muitas nuances de um espectro se subsumem a cada *standard*. Em geral, quatro termos principais dividem tal espectro de possibilidades nos Estados Unidos. Uma questão de direito passa por uma revisão *de novo*¹⁵ (no sentido de nova, sem limitações), sem que a decisão recorrida, em tal parte, receba qualquer deferência ou presunção de acerto. Na revisão das conclusões de fato, só há reforma em caso de erro claro (*clear error*), se tal conclusão é “claramente errônea” (*clearly erroneous*).¹⁶ A Suprema Corte americana já se manifestou sobre tal conceito, afirmando que “um achado [conclusão de fato] é ‘claramente errôneo’ quando, mesmo havendo alguma prova que o ampare, o conjunto da prova leva a corte revisora à firme convicção de que um erro foi cometido.”¹⁷ Ainda mais deferência é dada às conclusões de fato emitidas por um júri, as quais são mantidas como regra, bastando que estejam amparadas em “prova substancial” (*substantial evidence*) - um “conjunto probatório que mentes razoáveis possam aceitar como adequado para amparar a conclusão.”¹⁸ Finalmente, o nível de revisão recursal mais leniente é o da arbitrariedade, ou “abuso

¹⁵ Aqui não se trata de tradução, em que pese a coincidência de grafia na língua portuguesa. “*De novo*” é o termo efetivamente utilizado no jargão jurídico norte-americano, trazido do latim.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *United States v. U.S. Gypsum Co.*, 333 U.S. 364, 395 (1948): “A finding is ‘clearly erroneous’ when although there is evidence to support it, the reviewing court on the entire evidence is left with the definite and firm conviction that a mistake has been committed.”

¹⁸ Conforme também manifestou a Suprema Corte americana, em *Universal Camera Corp. v. NLRB*, 340 U.S. 474, 477 (1951): “such relevant evidence as a reasonable mind might accept as adequate to support a

de discricionariedade" (*abuse of discretion*), geralmente utilizado para a revisão de questões processuais (PETERS, 2009, p. 243), permitindo a reformada apenas quando a decisão foge à razoabilidade ou é arbitrária (CASEY; CAMARA; WRIGHT, 2002, p. 284-286). Vejamos.

3.1 Questões de direito: standard de revisão recursal "de novo"

No sistema judiciário americano, as determinações quanto à matéria estritamente de direito do juízo *a quo* não recebem deferência da instância superior - *standard* de revisão recursal que é chamado *de novo*. Teoricamente seria um novo começo, onde o debate recomençaria do ponto inicial (SARGENT, 2014, § 3.04). A corte revisora pode chegar a uma conclusão diferente sem particular deferência à decisão *a quo* (SARGENT, 2014, § 3.04) apreciando as questões de direito de forma independente, à vista da legislação e precedentes existentes, bem como unificando eventuais divergências (CHILDRESS, 2005, p. 229). "Embora o termo *de novo* faça parecer que a matéria seria decidida como se não houvesse uma decisão anterior" (tradução nossa),¹⁹ na praxe norte-americana uma corte de apelação nunca começa do zero. Inicia pela revisão cuidadosa do trabalho de primeiro grau (CASEY; CAMARA; WRIGHT, 2002, p. 291), não podendo ser "simplesmente ignorada a sua visão dos efeitos legais do conjunto de fatos que lhe foi submetido."²⁰

3.2 Conclusões de fato do juiz: *standard* de revisão recursal *clearly erroneous*

No processo civil federal norte-americano,²¹ as "conclusões de fato, tanto as baseadas em prova oral ou quanto em outras provas, não deverão ser afastadas salvo se 'claramente errôneas,' e a corte revisora deverá dar a necessária consideração à oportunidade que o juízo de primeiro grau teve para examinar a credibilidade da testemunha," conforme art. 52(a)(6) das Regras Federais de Processo Civil (*Federal Rules of Civil Procedure*, doravante FRCP).²² "Um achado [conclusão de fato] é 'claramente errôneo' quando, mesmo havendo alguma prova que o ampare, o conjunto da prova leva a corte revisora à firme convicção de que um erro foi cometido."²³ A corte revisora não afasta a conclusão do juízo recorrido "simplesmente porque está convencida de que teria decidido o caso

conclusion."

¹⁹ "...as if it had not been heard before and no decision had been rendered." (CASEY; CAMARA; WRIGHT, p. 291, 2002).

²⁰ Conforme decisão da corte federal de apelação *US Court of Appeals for the Federal Circuit*, situada em Washington DC no caso *Fina Research, S.A. v. Baroid Ltd.*, 141 F.3d 1479, 1481 (Fed. Cir. 1998): "[T]he district court's 'view of the legal effect of the fact pattern before it is not to be lightly disregarded.'" Nos Estados Unidos existem 13 cortes de apelação federais, logo abaixo da *U.S. Supreme Court*. São 12 *U.S. Courts of Appeals* para os 12 "circuitos" regionais, que revisam a aplicação da lei pelas cortes federais de primeiro grau (*U.S. District Courts*, divididas nacionalmente em 94 "distritos") dentro da respectiva área geográfica de tais "circuitos". A décima terceira *Court of Appeals* está vinculada ao chamado *Federal Circuit*, com jurisdição em todo o território dos Estados Unidos e competência recursal para matérias especiais, como patentes, comércio internacional e grande parte das ações em face do governo federal. Em tal sentido ver <<http://www.uscourts.gov/about-federal-courts/court-role-and-structure>>, acesso em 04/12/2015..

²¹ E também na maioria das normas processuais estaduais, que diferem pouco do processo federal.

²² "[f]indings of fact, whether based on oral or other evidence, must not be set aside unless clearly erroneous, and the reviewing court must give due regard to the trial court's opportunity to judge the witnesses' credibility." FRCP 52(a)(6).

²³ "A finding is 'clearly erroneous' when although there is evidence to support it, the reviewing court on the entire evidence is left with the definite and firm conviction that a mistake has been committed." *United States v. U.S. Gypsum Co.*, 333 U.S. 364, 395 (1948).

diferentemente.”(SARGENT, 2014, tradução nossa)²⁴ Se a conclusão é razoável, a corte de apelação

[...] não pode revertê-la, embora convencida de que, se tivesse sido o juiz originário, teria sopesado a prova de forma diferente. Onde há duas visões admissíveis sobre o conjunto probatório, a escolha do juiz originário por uma delas não pode ser claramente errônea. (SARGENT, 2014, tradução nossa).²⁵

Tal se aplica inclusive a provas físicas ou documentais, não apenas à credibilidade de testemunhas. No entanto, se tem reconhecido que ainda mais deferência é devida, sob o *standard* “claramente errôneo”, às decisões de fato que envolvem a credibilidade de testemunhas (SARGENT, 2014).

A pergunta ou teste para aplicação do *standard* “claramente errôneo”, não é se as conclusões de fato estavam corretas, mas sim se elas estavam claramente erradas. Para ter êxito recorrendo de conclusões fáticas, o recorrente teria de mostrar que a conclusão de fato recorrida “não tem qualquer ligação racional com o conjunto probatório, ou que o vasto peso da prova torna a conclusão certamente errada,”²⁶ na praxe americana.

3.3 Conclusões de fato do júri: *standard* de revisão recursal *substantial evidence*

Enquanto o *standard* de revisão “claramente errôneo” se aplica às conclusões de fato exaradas por um juiz, as conclusões de fato constantes de um veredito do júri são de reversibilidade ainda mais rara, submetidas ao *standard* chamado “prova substancial” (*substantial evidence*) (Reeves v. ²⁷ Embora inexista júri no processo civil brasileiro, a presente nota se faz útil para a compreensão do conjunto do sistema dos *standards of review*.

Uma conclusão de fato do júri não pode ser afastada, salvo se “inexistir amparo probatório legalmente suficiente para que um júri razoável chegue a tal conclusão,” o que se examina a partir de “toda a prova dos autos, dela extraindo todas as inferências razoáveis que favoreçam o veredito do júri, sem avaliar a credibilidade de testemunhas ou valorar a prova” (SARGENT, 2014). Tal teste de suficiência da prova é chamado “prova substancial” (*substantial evidence*). A prova é “substancial” quando, sem crítica de sua credibilidade (tarefa exclusiva do júri) o conjunto probatório pode razoavelmente amparar a conclusão de fato do júri,²⁸ ou ao menos mentes razoáveis poderiam discordar. Se a prova que daria suporte ao veredito é irrisória, mera “centelha de prova”,²⁹ ou se nenhuma pessoa imparcial e razoável poderia aceitar a conclusão recorrida baseando-se em tal prova, então inexistente “prova substancial,” devendo haver a reforma (CHILDRESS, 2005, p. 283). Trata-se de salvaguarda para evitar sentenças baseadas em vereditos absurdos, sem suporte nas provas.

²⁴ “...simply because it is convinced that it would have decided the case differently.” (SARGENT, 2014).

²⁵ “...may not reverse it even though convinced that had it been sitting as the trier of fact, it would have weighed the evidence differently. Where there are two permissible views of the evidence, the factfinder’s choice between them cannot be clearly erroneous.” *Ibidem*.

²⁶ “...lack any rational connection to the record or that the vast weight of the evidence renders a finding certainly wrong. Such circumstances are rare.” (CASEY; CAMARA; WRIGHT, 2002, p. 299).

²⁷ *Idem*, p. 307.

²⁸ Ver *Consolidated Edison Co. v. NLRB*, 305 U.S. 197, 229 (1938), citado em CASEY; CAMARA; WRIGHT, 2002, p. 308.

²⁹ “Scintilla of evidence.”

3.4 Questões mistas de direito e de fato: *standard* de revisão recursal conforme a preponderância da análise do direito ou do fato

Questões mistas de direito e de fato são “questões em que os fatos históricos são incontroversos ou já comprovados, o direito abstratamente aplicável não é controvertido, e o debate centra-se na subsunção dos fatos à hipótese legal ou, posto de outra forma, se a regra de direito, da forma como aplicada a tais fatos, foi ou não violada.”³⁰ Assim, a questão mista é o que resta controvertido após o estabelecimento da verdade dos fatos e da pertinente regra de direito em abstrato — a subsunção dos fatos do caso concreto à regra de direito (SARGENT, 2014). Não há fórmula rígida sobre qual *standard* de revisão aplicar em tal caso, referindo a Suprema Corte que

[...] uma revisão recursal com mais deferência [à decisão *a quo*] nas questões mistas de direito e de fato é cabível quando se afigurar que a corte de primeiro grau está melhor posicionada que a corte recursal para decidir a questão ou quando um escrutínio mais aprofundado em nada contribuiria para aclarar a doutrina jurídica (SARGENT, 2014).

Por exemplo, em casos que envolvem a aplicação da Oitava Emenda à Constituição americana,³¹ a aferição de excessividade de uma multa requer a aplicação de um conceito constitucional aos fatos concretos, o que é revisado sob o *standard* “de novo” (CHILDRESS, 2005, p. 276). Em contraste, frequentemente a aplicação do direito aos fatos se confunde com a própria descoberta dos fatos, protegida de excessiva reversibilidade das questões fáticas pela art. 52(6)³² das FRCP (CHILDRESS, 2005, p. 276).

Assim, questões mistas de direito e fato devem ser revisadas *de novo*, sem as restrições da FRCP 52(a), quando os fatos são claros mas existe necessidade de aprimoramento ou uniformização do direito, ou quando, embora a regra jurídica seja clara em abstrato, há importantes desdobramentos de interesse público no caso concreto (CALLEROS, 1983, p. 425). Do contrário, a questão mista deve ser revisada pelo *standard* “claramente errôneo” se a interpretação da regra jurídica é pacífica mas os fatos são complexos, onde o registro da prova nos autos pode não ter captado toda a complexidade da informação, inclusive quanto à credibilidade da prova, colocando o juízo de primeiro grau em melhor posição para apreciar tal aplicação da norma aos fatos.

3.5 Decisões discricionárias: *standard* de revisão recursal *abuse of discretion*

Ao decidir questões processuais — como conflitos na fase de “descoberta” (*discovery*),³³ fixação

³⁰ *Pullman-Standard v. Swint*, 456 U.S. 273, 289 n.19 (1982).

³¹ “Não será exigida fiança excessiva, nem impostas multas excessivas, nem as punições cruéis ou incomuns” (*Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted*). Oitava Emenda à Constituição dos Estados Unidos.

³² “Conclusões de fato, tanto as baseadas em prova oral ou quanto em outras provas, não deverão ser afastadas salvo se claramente errôneas...” (“Findings of fact, whether based on oral or other evidence, must not be set aside unless clearly erroneous, ...”). FRCP 52(a)(6).

³³ Descoberta (*discovery*), na instrução processual norte-americana, é a colheita preliminar de provas conduzida pelos próprios advogados, eventualmente supervisionada pelo juiz, de onde se origina a prova que será apresentada ao júri na audiência de julgamento (*trial*). Os advogados americanos possuem vastos poderes de instrução processual, sujeitos eventuais abusos à penalização sumária pelo juiz da causa, por *contempt of court* (com prisão, multa, ou outros), sem prejuízo de sanções penais e disciplinares severas. Abordaremos mais aprofundadamente o tema em trabalho específico comparando o sistema processual americano e

das datas e prazos para os principais eventos do processo (*trial schedule*), pedidos de adiamento ou dilação de prazos (*motion for continuance*), protestos antipreclusivos (*objections*), deferimento de obrigações de fazer ou não fazer (*equitable relief*) ou sanções processuais (*sanctions*) — geralmente não há apenas uma decisão correta possível. O juízo de primeiro grau tem uma gama de alternativas legítimas e os tribunais ordinariamente privilegiam (*defer to*) a decisão discricionária *a quo*, salvo se a mesma se encontrar fora do espectro permissível — quando então o juízo originário cometeu arbitrariedade (*abuse of discretion*) (SARGENT, 2014).³⁴ A corte revisora não reforma tal decisão meramente porque, dentre as várias decisões defensáveis, teria efetuado escolha diversa daquela do julgador original. Para que tenha havido arbitrariedade, a corte de apelação deve ter a “definida e firme convicção de que a corte *a quo* cometeu um claro erro de julgamento na valoração dos fatores relevantes para a tomada da decisão recorrida” (SARGENT, 2014, tradução nossa).³⁵

Uma corte de apelação norte-americana está predisposta a confirmar a decisão discricionária recorrida. O *standard* arbitrariedade decorre do raciocínio de que a escolha das opções discricionariamente admissíveis devem ser deixadas para o juízo de primeiro grau, que tem maior conhecimento das partes e dos acontecimentos do processo, bem como de que regras abstratas não podem prever a infinita variedade de situações que podem surgir, havendo um espectro com mais do que uma possibilidade correta (CASEY; CAMARA; WRIGHT, 2002, p. 310). Será reformada uma decisão discricionária quando não observada a ponderação de seus requisitos ou pressupostos (por exemplo, ao conceder uma liminar), ou quando baseada a decisão em um erro de direito ou de fato, ou ainda quando não explicitadas as razões para a decisão (CASEY; CAMARA; WRIGHT, 2002, p. 311). Enfim, a corte revisora não afere se a escolha do juízo *a quo* foi a melhor ou mais correta, apenas se foi abusiva ou arbitrária.

4 APLICAÇÃO DOS STANDARDS DE REVISÃO RECURSAL AO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Vimos acima a situação atual da sobrecarga de trabalho em nossos tribunais de segundo grau de jurisdição por conta de uma contraproducente repetição do mesmo tipo de trabalho realizado pelos juízes no primeiro grau. Observamos que o rejuízo dos processos em segundo grau, como se o acórdão se tratasse de uma nova sentença, sem qualquer filtro que limite a reforma de decisões razoáveis, encoraja a recorribilidade lotérica e ilimitada, desviando o sistema recursal de sua finalidade de uniformização do direito (especialmente sob a égide dos arts. 926-927 do CPC) e de correção de erros. Observamos ainda que no direito comparado anglo-saxão existe mecanismo que aborda exatamente tais limites ou filtros à reformabilidade das decisões de primeiro grau.

A seguir, vejamos de que forma tais filtros de revisão recursal podem inspirar em nosso

brasileiro.

³⁴ SARGENT baseia tal parte de sua explanação em dois casos da Suprema Corte americana, *National Hockey League v. Metropolitan Hockey Club*, 427 U.S. 639, 642, (1976) (“the question is not whether the appellate court would have taken the same action; it is whether the trial court abused its discretion in doing so”) e *Pierce v. Underwood*, 487 U.S. 552, 559 n.1 (1988) (“It is especially common for issues involving what can broadly be labeled ‘supervision of litigation’ . . . to be given abuse-of-discretion review”).

³⁵ “...definite and firm conviction that the court below committed a clear error of judgment in the conclusion it reached upon a weighing of the relevant factors.” (SARGENT, § 3.04, 2014).

ordenamento a racionalização do sistema recursal. Veremos a utilidade e funcionamento dos *standards* de revisão recursal para o aprimoramento do processo brasileiro, limitando a reformabilidade em matérias que envolvem margem de discricionariedade judicial ou conclusões quanto à verdade dos fatos, bem como a possibilidade de aplicação de tais institutos em nosso ordenamento.

4.1 Utilidade e funcionamento dos *standards* de revisão recursal para o aprimoramento do processo civil brasileiro

Para aferir a aplicabilidade dos *standards* de revisão recursal ao processo civil brasileiro, a primeira questão é se seriam úteis aos objetivos da lei processual, quais sejam, a obtenção de resultados justos, de forma célere, econômica e efetiva. A resposta é afirmativa.

Segundo o mestre Mauro Cappelletti (1973), uma das principais deficiências dos sistemas jurídicos de *civil law* é o profundo desrespeito pelos juízos de primeira instância e a glorificação de tribunais recursais, um defeito não presente no sistema de direito comum anglo-saxão (CAPPELLETTI, 1973, p. 278-279 apud CLAUS et al., 2010, p. 186-189). O pragmatismo que fundamenta os *standards* de revisão americanos aumentaria o respeito pelos fatos apurados pelo juízo *a quo* e focaria os recursos principalmente em erros de direito. No sistema americano importa mais aferir se o juízo *a quo* efetivamente errou do que decidir novamente a lide individual das partes.

Ainda que os *standards* de revisão não sejam parte da cultura jurídica brasileira atual, foram criados para enfrentar problemas similares aos constatados no processo civil pátrio. Uma divisão mais racional de tarefas entre os juízos de primeiro e segundo grau evitando o desperdício de esforços seria bem-vinda no Brasil, onde a maior parte das sentenças são recorridas, sobrecarregando o Judiciário. O sistema judicial brasileiro também seria beneficiado com o reconhecimento de que o juízo de primeiro grau está em melhor posição para a aferição de credibilidade de testemunhas, e que sua proximidade das partes e procedimentos recomendam a valorização de suas conclusões de fato e escolhas discricionárias razoáveis.³⁶ Como ocorre nos Estados Unidos, a redução da reversibilidade de decisões razoáveis desencorajaria recursos de pouco fundamento e filtraria os recursos mais fortes ou relevantes, economizando precioso tempo do Judiciário, que poderiam ser direcionados para uma maior atenção, aprofundamento e cuidado no julgamento dos recursos remanescentes:

a) interpretação das regras de direito aplicáveis – questões de direito:

Quanto ao *standard* “de novo,” aplicado na revisão das questões de direito no processo civil americano, tal já é a praxe em geral no Brasil, onde a revisão recursal se dá sem qualquer deferência à decisão de primeiro grau. Tal *standard* deve ser mantido em relação às questões de interpretação do direito. Privilegiar diversas e possivelmente conflitantes interpretações de uma regra de direito, mesmo que todas sejam individualmente razoáveis, naturalmente resultaria em inconsistência e insegurança jurídica quanto ao significado e alcance de tal regra. Partes em situação fática similar, sob a mesma regra, obteriam resultados conflitantes em diferentes juízos, gerando o descrédito do Judiciário. A divergência de possibilidades interpretativas é algo natural no direito e a revisão, através de recursos, serve justamente para uniformizar tais entendimentos, assegurando aplicação isonômicas da lei. A unificação da jurisprudência reduz a insegurança quanto

³⁶ Ver CASEY; CAMARA; WRIGHT, 2002, p. 310).

à interpretação e alcance das normas, uma das maiores causas de litigiosidade.³⁷ Por tal razão, a revisão irrestrita (*de novo*) das questões de direito se impõe como necessária à interpretação uniforme da legislação nacional, em harmonia com o vetor legislativo que tem aumentado os instrumentos de unificação da jurisprudência, culminando com a edição da Lei nº 13.015/14 e do novo Código de Processo Civil, cuja vinculação a precedentes coloca nosso sistema a meio caminho da tradição do *common law*.³⁸

b) decisões que envolvem margem de discricionariedade:

Em relação a decisões discricionárias, a mudança de método de julgamento é extremamente necessária. Já não há espaço para falácia napoleônica de que o legislador seria capaz de redigir uma norma completa a ponto de abarcar todo o espectro de possíveis situações futuras, reduzindo o juiz à função de “boca da lei” (*bouche de la lois*), privando-lhe de qualquer atribuição criativa ou discricionária. No caso concreto existem diversas situações em que o juiz terá de escolher entre mais de solução permitida pelo direito. Em tal contexto, as cortes revisoras deveriam intervir o mínimo necessário, apenas para coibir abusos (HERZOG; KARLEN, 1982, § 8.104). O *standard* de revisão “arbitrariedade” (*abuse of discretion*) acertadamente respeita tais escolhas legítimas.

Conforme dados do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, “92% dos quase 95 milhões de processos em tramitação no país estão na primeira instância, e o estoque de 67 milhões de processos pode subir a 78 milhões em 2020 se nenhuma medida for adotada.” (BRASIL, 2015). Assim, cabe ao juiz de primeiro grau a maior parte da responsabilidade pelo gerenciamento do estoque de processos e manutenção de razoável celeridade. Deve ser dado crédito, portanto, a suas decisões discricionárias, e.g. em matéria procedimental ou de aplicação de penalidades pela malícia processual, baseadas em sua experiência quanto a medidas que garantam efetividade da jurisdição, celeridade e boa-fé no processo que tramita na instância inicial (HERZOG; KARLEN, 1982, § 8.104). Quando desembargadores substituem uma decisão discricionária correta do juízo *a quo* (descartando-a) por aquela que teriam adotado se fossem os juízes originários da causa, acabam por ferir o sistema judiciário como um todo, retirando-lhe efetividade. Tal resulta da desnecessária repetição do trabalho do primeiro grau, bem como pela deslegitimação deste, esvaziando-se a sua credibilidade, transformando-o em mera instância de passagem, sem real autoridade.

Em contraponto, o Judiciário americano colhe grandes benefícios sistêmicos em termos de efetividade e de cumprimento espontâneo das normas em decorrência do respeito e temor inspirados pela força das decisões de primeiro grau - raramente reformadas, apenas em caso de arbitrariedade ou de alguma questão relevante para a uniformização jurisprudencial. Como já referido acima, nos Estados Unidos apenas 15% das sentenças são objeto de apelação (15%) (UNITED STATES COURTS, 2013) (e, dentre as apelações, apenas 12-14% das apelações não-criminais são em média providas, ou seja um índice de reforma inferior a 2% das sentenças (UNITED STATES COURTS, 2014). Tal reduzida quantidade de apelos permite aos tribunais americanos maior aprofundamento na análise das questões de direito, concentrando-se em sua função principal, utilizando eficientemente o caráter vinculante de suas decisões para aclarar, aprimorar ou corrigir o direito.

Da mesma forma, com as recentes reformas processuais, especialmente o novo Código de

³⁷ Ver HERZOG; KARLEN, 1982, v. 16, § 8.90).

³⁸ Em tal sentido MELLO FILHO, 2015.

Processo Civil e o caráter vinculante de algumas modalidades de precedentes, os recursos humanos e materiais dos tribunais brasileiros estariam melhor empregados no refinamento do direito do que na repetição do trabalho realizado no primeiro grau que tenha repercussão restrita ao caso concreto individual, como é o caso das decisões de cunho discricionário.

c) conclusões quanto à verdade dos fatos – questões de fato:

Similarmente, as conclusões de fato não deveriam ser reformadas salvo se “claramente errôneas,” evitando-se a reforma quando o colegiado simplesmente se convenceu de que teria decidido de forma diversa, sem que demonstrado erro claro de julgamento. Em um sistema sobrecarregado, descartar as conclusões de fato razoáveis do primeiro grau é um desperdício de energia que o Judiciário não pode se dar ao luxo perpetrar. Tal situação deslegitima o primeiro grau e sobrecarrega o segundo, sem que em contrapartida haja relevantes ganhos em termo de maior índice de acerto e justiça. Quem poderá afirmar com certeza que a verdade dos fatos é aquela encontrada pela turma de desembargadores e não aquela que foi objeto de reforma? Poder-se-ia alegar como fundamento para um corte revisional ilimitado a maior possibilidade de erro dos sobrecarregados juízes de primeiro grau do que de um colegiado de juízes mais experientes no segundo grau? Tal argumento é falho, já que o estímulo à recorribilidade decorrente de uma fácil reforma em segundo grau faz com que os desembargadores estejam tão ou mais assoberbados que a primeira instância, pressionados a montar equipes com múltiplos assessores a fim de dar conta de volume de trabalho desumano, equivalente ao desempenhado por seis vezes mais juízes na primeira instância.³⁹ Ademais, a revisão da prova testemunhal em segundo grau fica prejudicada pela falta de imediação com a testemunha, para fins de avaliação de credibilidade. Logo, uma conclusão de fato deveria ser reformada apenas quando “claramente errônea,” sem qualquer conexão racional com a prova dos autos considerada em seu conjunto.

d) subsunção dos fatos ao direito – questão mista de direito e de fato:

Embora um pouco mais complexa, também poderia ser aplicada ao processo civil brasileiro a sistemática relativa às chamadas questões mistas de direito e de fato, ou seja, envolvendo aplicação do direito aos fatos, após estes haverem sido estabelecidos cada qual conforme seu *standard* de revisão.⁴⁰ Tais questões ensejariam a revisão *de novo* (irrestrita, como feita atualmente) quando houvesse utilidade do debate para a definição do alcance da norma em casos futuros, por exemplo, aferindo se a regra se aplica para um determinado tipo de situação fática. Por outro lado, deve ser aplicado o *standard* “erro claro” ou “claramente errôneo” quando a relevância do debate for restrita ao caso concreto, importando em análise mais casuística e intensivamente dependente dos fatos concretos à luz de conceitos legais já pacificados.⁴¹

³⁹ Como mencionado acima, desembargadores constituem cerca de 14% da totalidade dos juízes no Brasil (BRASIL, 2013, p. 32).

⁴⁰ Ver tópico 2.4, p.17 acima.

⁴¹ Se a aplicação do direito aos fatos fosse sempre revisada pelo *standard* “de novo,” reduziria desnecessariamente a possibilidade de valorização de decisões razoáveis do primeiro grau sem vantagens para a unificação do direito. O contrário também é verdadeiro. Usar o *standard* “claramente errôneo” para toda a aplicação do direito aos fatos faria tábula rasa do *standard* “de novo,” já que em todos os processos se faz necessária a subsunção dos fatos ao direito. Ademais, a manutenção de decisões conflitantes em questões mistas de direito e fato em assuntos relevantes para a uniformização de jurisprudência comprometeria a própria ideia de uniformização.

4.2 Possibilidade de aplicação dos standards de revisão recursal ao processo civil brasileiro?

Depois de debater a conveniência e funcionamento dos standards que limitam a revisão recursal para tornar o sistema pátrio mais racional e eficiente, resta saber se existe óbice à sua introdução no processo civil brasileiro. A resposta é negativa. Há ambiente favorável para inovações que atendam aos vetores axiológicos da efetividade e celeridade. Por outro lado, a inexistência de norma específica expressa não impede que a doutrina e jurisprudência desenvolvam uma forma de autolimitação da revisão recursal, em decorrência do novo sistema de precedentes, inexistindo óbice legal ou constitucional.

a) harmonia com a tendência de reforma do sistema recursal no Brasil, parcialmente inspirada no direito comparado:

No Brasil, há ambiente fértil para a implementação de inovações que promovam a melhoria do processo, especialmente quanto à racionalização dos recursos, que se proliferam em quantidades inviáveis, em detrimento da duração razoável do processo e efetividade da Justiça.

Os últimos vinte anos foram pródigos de alterações legislativas que tentaram limitar a excessiva recorribilidade e unificar a jurisprudência, e.g, para que o relator de um recurso pudesse negar seguimento ao mesmo se “manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou contrário à súmula do respectivo tribunal ou tribunal superior” (CPC 1973, art. 557, com redação dada pela Lei nº 9.139, 1995, grifo nosso), e mesmo autorizando-o a dar provimento monocraticamente ao recurso se a decisão recorrida contrariasse súmula ou jurisprudência dominante de tribunal superior.⁴² Em 2004, a Emenda Constitucional 45 introduziu a *súmula vinculante*⁴³ e a *repercussão geral* para os recursos extraordinários⁴⁴

Não é diferente a situação no processo do trabalho, onde a busca pela celeridade sempre foi central. Recentemente, grande parte da disciplina dos recursos de revista foi alterada pela Lei nº 13.015, de 2014, para facilitar a missão do TST de unificação nacional da jurisprudência trabalhista. O TST deixou de julgar divergências entre Regionais cujas respectivas turmas internamente divergirem entre si, podendo determinar o retorno dos autos ao respectivo Tribunal Regional a fim de que este proceda à uniformização da sua jurisprudência.⁴⁵ Adicionalmente, através do incidente de resolução de demandas repetitivas, como já ocorria no STF e STJ,⁴⁶ o TST passa a poder julgar um caso que exemplifica a controvérsia repetitiva, cuja decisão vincula a todos recursos de revista fundados em idêntica questão de direito.⁴⁷

Tais reformas foram mantidas ou aprofundadas no CPC 2015, que avançou ainda mais, rompendo parcialmente com a tradição romano-germânica. O novo CPC torna nosso ordenamento

⁴² CPC 1973, art. 557, § 1-A com redação dada pela Lei nº 9.756, de 1998.

⁴³ CRFB 1988, art. 103-A, introduzido pela EC 45/2004. Trata-se do primeiro esboço brasileiro de precedente vinculante, notável desvio da tradição dos países de *civil law*, decorrente da constatação que as reformas processuais até então implementadas ainda estavam longe de lograr a “razoável duração do processo,” elevada à estatura de garantia constitucional por força da mesma emenda.

⁴⁴ CRFB 1988, art. 102, § 3º, introduzido pela EC 45/2004.

⁴⁵ Art. 896, § 4º da CLT.

⁴⁶ Art. 896-B da CLT.

⁴⁷ Art. 896-C da CLT.

um híbrido entre o *civil law* e o *common law* (MELLO FILHO, 2015), à vista da ênfase nos precedentes vinculantes e instrumentos para a sua imposição. Tais reformas ilustram o esforço para corrigir falhas na administração da justiça mais, bem como evidenciam a abertura do sistema brasileiro para inovações inspiradas no direito comparado.⁴⁸ Considerando o vetor das reformas, bem como a progressiva aproximação entre o ordenamento brasileiro e *common law*,⁴⁹ não há razões para supor que a incompatibilidade dos *standards* de revisão recursal com o direito processual pátrio.

b) harmonia com a política nacional de valorização do primeiro grau do Conselho Nacional de Justiça e com as aspirações da Magistratura de primeiro grau:

Além da harmonia com a tendência de reforma da lei processual, há também compatibilidade dos limites de revisão recursal com o vetor axiológico determinado pelo CNJ, através da Política Nacional de Atenção Prioritária ao Primeiro Grau de Jurisdição (BRASIL, 2014). Uma vez que 90% dos processos tramitam perante a primeira instância, o CNJ instituiu política visando “iniciativas voltadas ao aperfeiçoamento da qualidade, da celeridade, da eficiência e da efetividade dos serviços judiciários da primeira instância dos tribunais brasileiros.” (BRASIL, 2014).

A mera equalização de orçamento e pessoal entre primeiro e segundo graus, sem que se combatam os desequilíbrios no próprio fluxo do processo, entretanto, não produzirá os resultados almejados. Uma técnica de julgamento dos recursos que evite a duplicidade de tarefas entre as instâncias é decisiva para otimizar tal fluxo, além de elevar a respeitabilidade das decisões do primeiro grau, auxiliando este na efetividade de seu trabalho. A maior previsibilidade de que uma razoável decisão será confirmada, caso recorrida, encoraja seu cumprimento espontâneo, diminuindo incidentes temerários, malícia processual, bem como desnecessárias anulações e retorno dos autos à origem, situações que conturbam e retardam o processo. Não é incomum que partes resistam ao cumprimento de ordens judiciais procrastinando seu cumprimento na expectativa de cassar a ordem e as *astreintes*, retroativamente, em sede recursal. Em contraste, nos Estados Unidos, e.g., um juiz não necessita desperdiçar tempo reiterando ordens ou apreciando escusas infundadas, já que o descumprimento de ordens judiciais e a malícia processual são punidos severamente (*contempt of court*), punições estas que são reformadas em sede recursal apenas em casos teratológicos. Os benefícios do prestígio das decisões do primeiro grau se fazem sentir em todo o sistema. Ordens judiciais são cumpridas imediatamente, o processo flui melhor, a busca pela verdade é mais fácil, as partes e advogados em geral respeitam as regras. Enfim, a adoção dos *standards* de revisão garantiria melhorias na celeridade, eficiência e efetividade dos serviços judiciários de primeira instância, como preconiza a Política Nacional de Atenção Prioritária ao Primeiro Grau de Jurisdição do CNJ.

Finalmente, registro que o presente tema tem sido recorrente no âmbito da Magistratura, no debate à função revisora dos tribunais, a quem não caberia o rejuízo dos processos, como se

⁴⁸ E.g., Exposição de Motivos do CPC 2015, que em diversos momentos menciona a inspiração no direito comparado português, alemão, italiano e inglês. Ver *Exposição de Motivos*, Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, p. 11-33, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 8/12/2015.

⁴⁹ Não apenas o brasileiro, trata-se de fenômeno mundial, com especial ênfase nos países da União Europeia, onde as cortes comunitárias forçam a convivência entre os dois sistemas.

prolatassem nova sentença.⁵⁰ O tema foi inclusive objeto de uma das comissões temáticas⁵¹ do XVI Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Conamat), em 2012, resultando na aprovação de teses similares aos institutos de *common law* aqui debatidos.⁵²

c) Inexistência de impedimento legal ou constitucional ao uso de *standards* restritivos da revisão recursal no processo civil brasileiro:

Não há princípio constitucional expresso ou implícito, nem norma infra constitucional que impeça a adoção de critérios de autolimitação (*self-restraint*) no julgamento de recursos pelos tribunais de segundo grau brasileiros.

Inicialmente, veja-se que os *standards* de revisão recursal não conflitam com a independência judicial. Como uma das garantias de um regime democrático, a independência judicial visa a proporcionar decisões judiciais livres de pressão, seja da sociedade organizada, a partir de grupos de interesses políticos ou econômicos, ou de outros juízes ou tribunais (SOUTO MAIOR; FAVA, 2006, p. 67). No Brasil, a independência judicial está positivada, e.g., no dever de decidir com independência,⁵³ na imunidade quanto ao conteúdo das decisões,⁵⁴ bem como nas garantias

⁵⁰ Ver (CLAUS et al., 2010, p. 161; 2010, p. 597; (CLAUS, 2012, p. 57).

⁵¹ Sob o título "Reconfiguração do Processo do Trabalho. Valorização Sistêmica das Decisões do Juiz Originário."

⁵² E.g., "**VALORIZAÇÃO SISTÊMICA DAS DECISÕES ORIGINÁRIAS. FUNÇÃO REVISORA DOS TRIBUNAIS – Ementa - VALORIZAÇÃO SISTÊMICA DAS DECISÕES ORIGINÁRIAS. FUNÇÃO REVISORA DOS TRIBUNAIS. RESPEITADA A CONVICÇÃO E A INDEPENDÊNCIA DE CADA JULGADOR, OS TRIBUNAIS DO TRABALHO VALORIZARÃO A AVALIAÇÃO DA PROVA ORAL FEITA PELO JUÍZO DE 1º GRAU. A FALTA DE VALORIZAÇÃO SISTÊMICA DAS DECISÕES DO JUIZ ORIGINÁRIO CONTRIBUI DECISIVAMENTE PARA A TAXA DE CONGESTIONAMENTO DOS TRIBUNAIS. O PRINCÍPIO DA IMEDIATIDADE INDUZ À PRESUNÇÃO DE QUE A AVALIAÇÃO DA PROVA ORAL PELO JUIZ DE 1º GRAU É ADEQUADA. DEVERÃO SER ADOTADAS MEDIDAS PARA VALORIZAÇÃO SISTÊMICA DAS DECISÕES DE 1º GRAU.**" (JOSÉ CARLOS KULZER, AMATRA 10 E AMATRA 4, grifos nossos); "**PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA NO DIREITO DO TRABALHO – Ementa - PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA NO DIREITO DO TRABALHO. 1. O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA (ART. 422 DO CC) TEM PLENA APLICAÇÃO AO DIREITO DO TRABALHO, SERVINDO À RESSIGNIFICAÇÃO DE PROBLEMAS JURÍDICO-LABORAIS TRADICIONALMENTE ASSENTADOS SOBRE BASES CONSERVADORAS OU POSITIVISTAS. 2. UMA VEZ QUE OS PRESSUPOSTOS ANALÍTICOS DA BOA-FÉ OBJETIVA ANALISAM-SE E DESCOBREM-SE CASUÍSTICAMENTE, À LUZ DAS CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS DE CADA LITÍGIO, COMO TAMBÉM À VISTA DAS INTERSECÇÕES ENTRE O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ E O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE, CONVÉM ASSENTAR JURISPRUDÊNCIA NO SENTIDO DE QUE AS DECISÕES QUE EM 1º GRAU DE JURISDIÇÃO CALCADAS NOS PARADIGMAS DA BOA-FÉ OBJETIVA SEJAM MANTIDAS EM 2º GRAU, DESDE QUE RAZOÁVEIS.**"(AMATRA 15 e GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO, grifos nossos); "**VALORIZAÇÃO DA SENTENÇA DE 1º GRAU E CONSEQUENTE VALORIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO - Ementa - VALORIZAÇÃO DA SENTENÇA DE 1º GRAU E CONSEQUENTE VALORIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. 1. SENTENÇA JUDICIAL DE 1º GRAU; A LÓGICA DO RAZOÁVEL; VALORIZAÇÃO DA SENTENÇA DO JUIZ DE 1º GRAU. 2. LIMITAÇÃO DA POSSIBILIDADE DE REVISÃO DO 2º GRAU NOS CASOS DE A SENTENÇA ESTAR AMPARADA EM JURISPRUDÊNCIA SUPERIOR (SEJA DO PRÓPRIO TRIBUNAL REVISANDO OU DE TRIBUNAL SUPERIOR AO DO REVISANDO) OU DE ESTAR FUNDAMENTADA DENTRO DA LÓGICA DO RAZOÁVEL. 3. INEXISTÊNCIA DE SENTENÇA IDEAL. 4. DESESTÍMULO A RECURSO ESTILO "LOTERIA". 5. A EFETIVA VALORIZAÇÃO DAS DECISÕES ORIGINÁRIAS, INCLUSIVE POR PARTE DE SEUS PARES (JULGADORES DE 2º GRAU), GARANTE MAIOR VALORIZAÇÃO AO PODER JUDICIÁRIO COMO UM TODO.** (JAHN e Amatra 12, grifos nossos).

⁵³ Lei Complementar nº 35, de 1979, art. 35. "São deveres do magistrado: I - cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e atos de ofício;..."

⁵⁴ Lei Complementar nº 35, de 1979, art. 41. "Salvo os casos de impropriedade ou excesso de linguagem, o magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir."

constitucionais da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio.⁵⁵ O estabelecimento de limites mínimos para a reforma de determinados tipos de decisões não introduz no sistema pressão ou influência indevida sobre o julgador para que decida beneficiando uma parte ou outra, afetando sua independência de decidir, mas apenas limita o corte revisional, racionalizando a distribuição de tarefas entre primeiro e segundo graus. Aliás, todas as recentes reformas da disciplina dos recursos, inclusive as do novo CPC, militam no mesmo sentido.

Os standards de revisão recursal também não são obstaculizados pelo princípio do duplo grau de jurisdição. Tal princípio simplesmente implica na possibilidade de revisão dos julgados por corte superior, não impedindo o estabelecimento de limites, como pressupostos de admissibilidade (e.g., depósito recursal, inexistência de súmula em contrário, etc), ou mesmo a eliminação de certos recursos. Não se pode cogitar que os *standards* de revisão recursal conflitem com o princípio do duplo grau de jurisdição, quando tantas outras limitações à recorribilidade já provaram a relatividade de tal princípio. Aliás, os *standards* de revisão nem mesmo limitam a recorribilidade, mas apenas mudam a lógica do julgamento de tais recursos, presumindo o acerto de certos tipos de decisões, diminuindo a probabilidade de reforma.

Finalmente, nada há na legislação positivada que impeça a adoção de critérios mais rígidos para a reforma das decisões de primeiro grau. O *efeito devolutivo* significa apenas que a questão apelada é devolvida ao conhecimento do Judiciário, não impondo que a corte recursal rejulgue a matéria de forma ampla e irrestrita, como se fosse a primeira a julgá-la, descartando uma decisão razoável do juízo *a quo*. Similarmente, quando o art. 1008 do CPC 2015 (art. 512 do CPC 1973) menciona que “o julgamento proferido pelo tribunal substituirá a decisão impugnada no que tiver sido objeto de recurso,” tal norma apenas indica que a decisão que passa a produzir efeitos é a da corte recursal, mesmo que o tribunal tenha confirmado a decisão *a quo* (NERY JUNIOR; NERY, 2010, p. 886). Tal dispositivo nada refere quanto aos critérios para a reforma da decisão *a quo*. A atual reversibilidade ilimitada da matéria recorrida não tem amparo no texto, mas sim foi inferida a partir do seu silêncio. No entanto, nada na legislação processual impede que se adote limite mais rígido à reforma em matéria fática ou discricionária, conforme critérios debatidos acima.

d) é necessária alteração legislativa para que se presumam corretas as decisões discricionárias e conclusões de fato do primeiro grau, limitando o corte revisional dos recursos através dos *standards* “abuso de discricionariedade” e “claramente errôneo”?

Resta perquirir se, para a adoção dos limites à reforma aqui debatidos seria essencial alterar a atual legislação. A resposta é negativa. Embora desejável, viabilizando aplicação desde já mais abrangente e uniforme, a alteração legislativa não é o único caminho viável. Há na doutrina, jurisprudência⁵⁶ e no direito no direito comparado⁵⁷ grande papel a desempenhar.

Nada impede que se construa jurisprudencialmente a autolimitação (*self-restraint*) na revisão recursal, em uma interpretação sistemática do ordenamento, à luz da garantia constitucional da

⁵⁵ CRFB 1988, art. 95.

⁵⁶ Como ocorreu no caso da *disregard doctrine*, ou *lifting the corporate veil*, entre nós conhecida como desconsideração da personalidade jurídica, que passou a ser utilizada, de forma incipiente, mesmo antes de sua positivação no art. 28 do Código de Defesa do Consumidor – CDC, em 1990.

⁵⁷ Observe-se que, no âmbito trabalhista, o direito comparado consta expressamente da CLT como critério de integração das normas trabalhistas, conforme art. 8º.

razoável duração do processo⁵⁸ e do novo regramento dos precedentes vinculantes inaugurado com o CPC de 2015. Aos juízes cabe preencher as lacunas do sistema para garantir a força normativa dos princípios constitucionais.⁵⁹ Uma análise sistemática da garantia da celeridade, da imediatidade entre quem a colhe a prova e quem julga, da especialização do segundo grau na unificação de jurisprudência, bem como todo o exposto acima, autorizam a presunção de que apreciação das provas pelo juiz de primeira instância foi realizada de forma adequada.⁶⁰ O mesmo raciocínio vale para as decisões discricionárias, presumindo-se o acerto da autoridade que está mais próxima dos acontecimentos do processo, conhecendo-os com mais minudência. A legislação processual permite certa margem de discricionariedade ao julgador, não se resolvendo todas as situações apenas na consulta literal de seu texto. Assim, permitir que a mera divergência (e não necessariamente erro ou arbitrariedade) provoque a reforma de uma decisão razoável resulta em inaceitável desperdício, violando o sistema que tem como norte os princípios da razoável duração do processo, economia processual e eficiência, e mais recentemente a estabilidade da jurisprudência.

Logo, a presunção relativa de acerto das conclusões de fato e decisões discricionárias dos juízes de primeiro grau, em sede recursal, decorre do próprio sistema e não depende de alteração legislativa, ainda mais ante os novos instrumentos de unificação de jurisprudência positivadas na Lei nº 13.015/2014 e no CPC 2015. A adoção de *standards* ou limites à revisão recursal pela via jurisprudencial poderia se tornar vinculante a partir de sua pacificação em decisões elencadas como vinculantes no art. 927 do CPC de 2015.

Outras soluções possíveis seria a inclusão no regimento de cada Tribunal, ou em outra norma que minudencie os procedimentos internos no trâmite dos recursos. Finalmente, uma mudança legislativa, a médio prazo, seria a solução mais desejável, por seu alcance geral e maior tendência a produzir a almejada uniformidade de procedimento, tão necessária à redução da recorribilidade quanto a própria diminuição da reforma das razoáveis decisões de primeiro grau.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O respeito aos precedentes emanados de instâncias superiores, conforme sistemática maturada pelo novo CPC deve ser uma via de mão dupla, com o correspondente respeito das instâncias superiores às decisões do primeiro grau em matérias de fato ou discricionária. Deve haver reciprocidade entre as instâncias, para que cada uma funcione dentro de seu mister: os tribunais no de aprimorar e unificar o direito, o primeiro grau focado na descoberta da verdade e gestão do processo. Para tanto, é necessário que sejam observados limites à excessiva reforma das decisões de primeiro grau em matéria fática ou decisões envolvendo discricionariedade. Tais limites já existem nos países de *common law*, chamados de *standards* de revisão recursal.

Na praxe atual em nosso ordenamento, a ausência de limites à reforma das conclusões de fato ou decisões discricionárias razoáveis permite que estas sejam descartadas pela mera divergência de opinião, ainda que corretas, sendo substituídas pela decisão que os membros do colegiado prolatariam se fossem os juízes originários – como uma nova sentença, não uma revisão para corrigir erros. A elevada taxa de reforma dos julgados de primeiro grau encoraja a recorribilidade, mesmo sob argumentos triviais, alongando o processo e transferindo o poder de decisão para os

⁵⁸ CRFB art. 5, LXXVIII, incluído pela EC 45/2005.

⁵⁹ Ver, e.g., BARROSO, 2012, p. 331, 356.

⁶⁰ Ver *supra* notas 96 e 97.

tribunais em matérias para as quais o julgador *a quo* estaria melhor posicionado, A repetição desnecessária do trabalho do primeiro grau em sede recursal é um luxo a que não pode se dedicar o sobrecarregado Judiciário brasileiro.

Os *standards* de revisão recursal, praticados nos países de *common law*, enfrentam tais problemas, promovendo uma divisão equilibrada de tarefas entre primeiro e segundo graus, valorizando as conclusões de fato e decisões discricionárias do juízo de primeiro grau, com diferentes níveis de deferência à decisão recorrida conforme o tipo de matéria. Uma questão de direito é revisada *de novo* (no sentido de nova análise, sem limitações), sem especial deferência já que a função precípua do segundo grau é justamente a unificação do direito. As conclusões de fato, entretanto, são reformadas apenas se “claramente errônea” (*clearly erroneous*), sem amparo na prova, não bastando para a reforma mera divergência de opinião entre a corte revisora e o juízo *a quo*. Já a qualificação jurídica dos fatos à vista do direito (questão mista de direito e de fato) é analisada *de novo*, salvo quando tal qualificação dependa predominantemente das especificidades de cada caso concreto, sem relevância para o esclarecimento ou unificação do direito, hipótese em revisada pelo *standard* “claramente errôneo”. Finalmente, decisões envolvendo discricionariedade, notadamente em matéria processual, são reformadas apenas quando houver arbitrariedade (*abuse of discretion*), fora das opções facultadas pela lei.

Em que pese desejável a introdução de tais institutos pela via legislativa, ensejando maior uniformidade e segurança jurídica, pode-se também cogitar da introdução pela via jurisprudencial de tais critérios de julgamento, inclusive com apoio no direito comparado, ou mesmo a inserção nos regimentos dos tribunais. Inexistem normas legais ou constitucionais que impeçam o seu uso, antes pelo contrário, estão em harmonia com os esforços das recentes reformas processuais, centradas na redução da excessiva recorribilidade e na unificação da jurisprudência, bem como com a Política Nacional de Atenção Prioritária ao Primeiro Grau de Jurisdição, Resolução 194 de 2014 do CNJ.

REFERÊNCIAS

BARRAL, Welber Oliveira; MACHADO, Rafael Bicca. Civil procedure and arbitration In: DEFFENTI, Fabiano; BARRAL, Welber Oliveira (Ed.). **Introduction to Brazilian law**. Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International; c2011. 233 p. (Introduction to international law)

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Priorização de Justiça de primeiro grau é destaque em evento do CNJ**. 06/05/2015. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79282-priorizacao-de-justica-de-primeiro-grau-e-destaque-em-evento-do-cnj>> . Acesso em: 06 dez. 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Justiça em números**, p. 32, 2013. Disponível em: <ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2015.zip>. Acesso em: 2 nov. 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Resolução 194 de 2014**. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resoluo-n194-26-05-2014-presidencia.pdf> . Acesso em: 08 dez. 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 02 mar. 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452**, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>

BRASIL. **Lei nº 13.015**, de 21 de julho de 2014. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre o processamento de recursos no âmbito da Justiça do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Ato2011-2014/2014/Lei/L13015.htm> Acesso em: 02 mar. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em: 02 mar. 2018.

BRASIL. **Lei complementar nº 35**, de 14 de março de 1979. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm>. Acesso em: 02 mar. 2018.

CALLEROS, Charles Richard. Title VII and Rule 52(a): Standards of appellate review in disparate treatment cases-limiting the reach of *Pullman-Standard v. Swint*. **Tulane Law Review**, New Orleans, v. 58, p. 403, 1983.

CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, ideologias e sociedade**. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1973.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 13. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005.

CASEY, Kevin; CAMARA, Jade; WRIGHT, Nancy. Standards of appellate review in the federal circuit: substance and semantics. **Federal Circuit Bar Journal**, Washington, D.C., v. 11, n. 2, p. 279, nov. 2002.

CHILDRESS, Steven Alan. Standards of review primer: federal civil appeals. **Federal Rules Decisions**, v. 229, 2005.

CLAUS, Ben-Hur Silveira. A função revisora dos tribunais diante da sentença razoável. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região**, n. 40, p. 57, 2012.

CLAUS, Ben-Hur Silveira; LORENZETTI, Ari Pedro; FIOREZE, Ricardo; ROSSAL, Francisco R. de Araújo; MARTINS-COSTA, Ricardo; AMARAL, Márcio Lima do. A Função Revisora dos Tribunais: A questão do método no julgamento dos recursos de natureza ordinária. In: **Revista eletrônica: acórdãos, sentenças, ementas, artigos e informações**, Porto Alegre, v. 8, n. 133, p. 45-62, fev.

2012. Disponível em: <<https://www.trt4.jus.br/portais/trt4/revista-eletronica>> . Acesso em: 27 fev. 2018.

CLAUS, Ben-Hur Silveira; LORENZETTI, Ari Pedro; FIOREZE, Ricardo; ROSSAL, Francisco R. de Araújo; MARTINS-COSTA, Ricardo; AMARAL, Márcio Lima do. A função revisora dos tribunais – a questão da valorização das decisões de primeiro grau – uma proposta de lege ferenda: a sentença como primeiro voto no colegiado. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região**, v. 6. n. 2, p. 597, jul/dez de 2010.

FRAGA, Ricardo Carvalho; VARGAS, Luiz Alberto de. Fatos e jurisprudência: reflexões iniciais. In: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 541, 30 dez. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6119>> e <<http://www.lavargas.com.br/fatos.html>>. Acesso em: 29 jan. 2018.

GODBOLD, John C. Twenty Pages and Twenty Minutes: Effective Advocacy on Appeal. **Southwestern Law Journal**, [Dallas, Tex], [Southern Methodist University, School of Law], v. 30, p. 801, 1976.

MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de. **Considerações sobre a Lei nº 13.015/14: uniformização da jurisprudência dos Tribunais Regionais**. Palestra proferida na Escola Judicial do TRT da 4ª Região em 20 ago. 2015. Arquivada em vídeo na intranet da Escola Judicial. Disponível em: <<http://ead.trt4.jus.br/course/view.php?id=1106>> . Acesso em: out. 2015.

MERRYMAN, John Henry; PEREZ-PERDOMO, Rogelio. **The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America**. 3. ed. Stanford, Calif : Stanford University Press, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. 11. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.

PETERS, Amanda. The Meaning, Measure, and Misuse of Standards of Review. **Lewis & Clark Law Review**, v. 13, n. 1, p. 233, spring 2009.

ROSENN, Keith S. Brazil. Civil Procedure in Brazil. **American Journal of Comparative Law**, v. 34, p. 487, 1986.

ROSENN, Keith S. Brazil. **Legal systems of the world: a political, social, and cultural encyclopedia**. Santa Barbara, Calif., ABC-CLIO, v. 1, p. 191, 2002.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 7. ed. São Paulo, Saraiva, 1984. v. 3.

SARGENT, Walter H. The Meaning of Standard of Review. In: **Appellate Practice in Federal and State Courts**, 2014.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 7. ed. São Paulo, LTr, 2014.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; FAVA, Marcos Neves. A defesa de sua independência: um dever do magistrado. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 123, p. 67, 2006.

UNITED STATES COURTS. **Judicial business**, 2014. Disponível em:
<<http://www.uscourts.gov/statistics/table/b-5/judicial-business/2014/09/30>> Acesso em:
06/12/2015.

UNITED STATES COURTS. **Judicial caseload indicators**. 2013. Disponível em:
<<http://www.uscourts.gov/statistics-reports/judicial-caseload-indicators-judicial-business-2013>>
Acesso em: 06 dez. 2015.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

BARROSO, Luís Roberto. Here, there, and everywhere: human dignity in contemporary law and in the transnational discourse. **Boston College International and Comparative Law Review**, Newton Centre, Mass., v. 35, p. 331, 356, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 16 nov. 2014.

CLAUS, Ben-Hur Silveira. A função revisora dos tribunais diante da sentença razoável. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região**, n. 40, 2012. Disponível em:
<http://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/acervo/Doutrina/artigos/Revista_Eletronica/2012/Revista%20Eletr%C3%B4nica%20n.%20132_2012.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2018.

HERZOG, Peter E.; KARLEN, Delmar Karlen. Attacks on judicial decisions. In: **International encyclopedia of comparative law**, Civil Procedure, 1982, v. 16, § 8.87.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005.

ROSENN, Keith S. **O jeito na cultura jurídica brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.