

SÚMULAS VINCULANTES E A REFORMA DO JUDICIÁRIO: O LEITO DE PROCUSTO DA JUSTIÇA BRASILEIRA

LÊNIO LUIZ STRECK

Promotor de Justiça, RS
Doutor em Direito do Estado

Com a posse do presidente Fernando Henrique Cardoso, o tema “reforma constitucional” voltou à ordem do dia. Vários são os fatores que determinam a intenção da tese reformista. Uma delas advém do próprio fracasso da revisão constitucional marcada para iniciar em 3 de outubro de 1993 e que, oito meses depois, resultou na aprovação de menos de uma dezena de alterações. O principal fator, porém, tem relação direta com o projeto de governo da aliança que chegou ao poder nas eleições presidenciais de 1994. Parece que, para os novos governantes, a Constituição de 1988 é obstáculo ao seu plano econômico-político. Assim, os que antes defendiam o texto constitucional ferrenhamente, agora o consideram empecilho para o desenvolvimento do país, da governabilidade e do próprio desenvolvimento do aparelho judiciário.

Para contrapor, já de início, as teses revisionistas, é indispensável registrar a lúcida opinião do jornalista Clovis Rossi, da *Folha de S. Paulo*, em artigo intitulado “o falso bicho-papão”:

“Da Constituição de 1988 já se disse de tudo. Inviabilizaria os investimentos, principalmente estrangeiros. Inibiria o crescimento econômico. Ou, para resumir, tornaria o país ingovernável. A maioria dos brasileiros comprou essa lenga-lenga toda... Não que a Constituição seja um primor. Está longe disso. Mas o problema é que ninguém parece disposto a parar para pensar e verificar se ocorreram ou não todos os horrores que se atribuíram à Carta.

O país ficou ingovernável? Do ponto de vista político-institucional, a Constituição foi testemunha muda de duas eleições democráticas presidenciais. E foi também testemunha de uma ação profilática: o afastamento de um presidente que faltou com o decoro.

Do ponto de vista econômico, a Constituição de 1988 não impede que o Brasil tenha hoje a mais baixa taxa de inflação em muitos e muitos anos. Ou que a produção industrial de 94 tenha crescido imponentes 7,6%, depois de ter crescido 7,5% no ano anterior — cifras que raros países do mundo podem exibir.

Investimentos? Só as quatro montadoras de automóveis anunciaram num único dia, US\$ 5,3 bilhões. O Banco de Boston, no mesmo dia, prometeu duplicar (de 3,5 para 7 bilhões) os seus investimentos no Brasil.

No total geral, o Brasil é hoje exatamente 7,32% mais rico do que era ao terminar 1988. Onde a Constituição falhou foi exatamente no que se disse que ela tinha de exagerado: a proteção social. O Brasil de 94 é tão miserável quanto o Brasil de 1988, 87, 86 e qualquer outro ano...

Falhou porque tinha que falhar. Problemas sociais não se resolvem via decreto ou pela Constituição.

Nada contra reformá-la. Mas que não se tente usar a Carta como bicho-papão. Afinal, como alguém já disse, gente grande não deve ter medo de bicho-papão, ainda mais quando ele é falso."

Embora a propalada reforma da Constituição não possa (ou não deva) ser analisada de forma isolada (ou por partes), nos limites destas breves reflexões pretendo privilegiar as mudanças que o governo pretende enviar ao Congresso relativamente ao funcionamento do aparelho judiciário. Dentre as mudanças anunciadas, as que mais chamam a atenção são aquelas que pretendem repriminar as propostas de emendas que tramitaram no Congresso Nacional por ocasião da revisão constitucional de 1993, em especial as que pretendem conceber efeito vinculante às Súmulas dos tribunais superiores e à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, bem como a que pretende a criação do incidente de inconstitucionalidade *per saltum* diretamente ao Supremo Tribunal Federal, toda vez que se configurar controvérsia relevante nas instâncias ordinárias e houver perigo de grave lesão à ordem ou à segurança públicas. Também pretende o Min. Jobim, articulador da reforma constitucional, atribuir efeito vinculante a todas as decisões do STF em matéria constitucional.

Embora ainda sem data para a remessa das propostas, o debate está lançado. Recentemente, o jornal *Folha de S. Paulo* patrocinou uma discussão sobre o tema, com a seguinte pergunta: "As propostas do governo contribuem para melhorar o funcionamento do Judiciário?". O Min. Nelson Jobim respondeu que "sim", enfatizando que a modernização efetiva da prestação jurisdicional exige ampla atuação legislativa e administrativa. Defendeu uma a uma as principais mudanças. Entre outras questões, segundo o Ministro, "a preservação do recurso extraordinário como direito subjetivo processual das partes envolveu o Supremo Tribunal Federal, nosso melhor modelo jurisdicional, numa séria crise que prejudica seu bom funcionamento e a própria segurança jurídica. Por isso devemos meditar sobre o aperfeiçoamento do sistema misto de controle de constitucionalidade, outorgando efeito vinculante a todas as decisões do STF em matéria constitucional. Trata-se de providência necessária para garantir segurança jurídica e evitar a multiplicação desnecessária de processos nas várias instâncias", alega Jobim.

Outra inovação defendida por Jobim é o incidente de inconstitucionalidade, que permitirá de "forma qualificada" — acentua — seja apreciada diretamente pelo Supremo Tribunal Federal controvérsia sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive os atos anteriores à Constituição, a pedido do Procurador-Geral da República, do Advogado-Geral da União, do Procurador-Geral de Justiça e do Procurador-Geral do Estado, sempre que houver perigo de lesão à

segurança jurídica, à ordem ou às finanças públicas. Conforme consta em seu relatório quando da revisão constitucional de 1993, “mediante provocação de qualificados atores do processo judicial, a Corte Suprema fica autorizada a suspender os processos em curso e proferir decisão exclusivamente sobre a questão constitucional.(...) Sem dúvida, o incidente, cuja criação se propõe, ensejará a separação da questão para o seu julgamento não pelo Pleno do Tribunal ou por seu Órgão Especial, mas diretamente, pelo Supremo Tribunal Federal.”

Por último, Jobim assevera que “deve-se reconhecer eficácia vinculativa às Súmulas das cortes superiores, reduzindo a pleora de demandas que só aumenta a insegurança jurídica.” Concluindo, alude que “Esses atos e outras correções imprimirão nova feição ao Judiciário”.

A tese exposta por Jobim conta com apoios, que, de forma alguma, devem ser desprezados, indo desde os editoriais dos principais jornais do país¹ até alguns integrantes do Supremo Tribunal Federal,² como o Min. Carlos Veloso, que publicou artigo na *Folha de S. Paulo* defendendo, com veemência, as propostas governamentais. Nesse artigo, intitulado “Justiça mais ágil e mais rápida”, o Ministro sustenta, entre várias modificações na

1. O jornal *O Estado de S. Paulo*, em editorial de 27 de fevereiro de 1995, faz um candente manifesto a favor da reforma do Judiciário, dizendo que “as propostas de reforma visam fortalecer o STF e dar agilidade aos tribunais”. Mesma linha seguiu o editorial de *Zero Hora*, edição de 1.º de março de 1995, asseverando que “O direito de divergência é essencial à democracia, mas não para ser utilizado em defesa de causas individuais ou grupais contra os interesses coletivos. (...) O efeito vinculante, que está sendo proposto pelo Min. Nelson Jobim, tem como objetivo exatamente a interrupção deste círculo vicioso, obrigando juízes singulares e tribunais a seguirem as decisões da corte definitiva.” E conclui: “São justamente as reformas da Constituição que tornam urgente esta unificação dos procedimentos judiciais. Trata-se de um pré-requisito indispensável à revisão, para evitar que as mudanças sugeridas e aprovadas pelo parlamento venham a ser anuladas ou suspensas temporariamente por magistrados inconformados.” Já a *Folha de S. Paulo*, em seu editorial de 22 de fevereiro de 1995, embora tenha manifestado seu apoio à introdução do “efeito vinculante”, foi um pouco mais cautelosa, alertando para o fato de que “o efeito vinculante, porém, se mal implantado, poderá transformar o sistema jurídico do país numa ditadura da cúpula dos juízes”.

2. Aparentemente, a mais alta Corte brasileira, por seu presidente, depois de ter denunciado, veementemente, tempos atrás, o controle externo como tentativa de subsidiar o Poder Judiciário, quer, agora, essa mesma cúpula, exercer um controle ainda mais exacerbado sobre as instâncias ordinárias da justiça. Nesse sentido, é deveras ilustrativa a nota da *Folha de S. Paulo* de 2.8.95, pp. 1-6, assinada pelo jornalista Olímpio Cruz Neto, sob o título “NEGOCIAÇÃO: PERTENCE ARTICULA A REFORMA DO JUDICIÁRIO”, onde se informa que o governo e cúpula judicial acertam os passos e caminham juntos nas sendas da reforma do judiciário. Entre outras questões, consta na aludida nota que “Pertence considera a proposta (do governo) uma solução para resolver a lentidão da justiça”. A notícia deixa claro, por outro lado, que “O efeito vinculante também interessa a FHC, porque evitaria possíveis contestações de medidas tomadas pelo governo”. Mais ainda, informa que “O presidente do STF vai participar da elaboração do projeto, que será redigido por Jobim. Também ficou acertado no jantar que Pertence vai receber as propostas de emendas antes do seu envio ao Congresso”.

Constituição, principalmente a necessidade da adoção do efeito vinculante às Súmulas dos tribunais superiores, além do incidente de inconstitucionalidade que possa ser suscitado em qualquer grau de jurisdição, que funcionaria como uma espécie de “recurso direto ao STF”: “Tratando-se de questão constitucional controvertida, de repercussão nacional, o juiz ou o tribunal da causa — e aqui busco inspiração no controle concentrado em concreto, existente no Tribunal Constitucional alemão — poderá, a requerimento do Procurador-Geral da República, suspendendo o processo, submeter a questão constitucional à decisão do Supremo Tribunal Federal”. Segundo Veloso, a medida não apresenta os inconvenientes da advocatória.

Com relação ao efeito vinculante, o Ministro do Pretório Excelso brasileiro diz que “não tem sabor de novidade no sistema judicial norte-americano, que é o mais eficiente do mundo”. (Sic) Consoante Veloso, “É que, em razão do *stare decisis*, acolhido no sistema judicial norte-americano, que consiste em estabelecer a corte o princípio legal aplicável a certo estado de fato, esse princípio legal será aplicado a todos os casos futuros em que os fatos forem substancialmente os mesmos. Isto quer dizer que, no sistema judicial norte-americano, que garante aos indivíduos, de modo amplo, a tutela jurisdicional, todos os tribunais estão vinculados às decisões da Suprema Corte”.

Que o Judiciário precisa passar por uma série de reformas não é novidade e tampouco é contestado por ninguém. Porém, os argumentos a favor do estabelecimento do efeito vinculante às Súmulas dos tribunais superiores, a possibilidade de conceder caráter obrigatório à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a criação do incidente de inconstitucionalidade dirigido “per saltum” à Suprema Corte, não procedem e merecem, no mínimo, um debate mais aprofundado.

Com efeito, embasar a tese da atribuição de efeito vinculante às Súmulas e à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no instituto do *stare decisis* vigorante no Direito norte-americano, como quer o Min. Carlos Veloso parece ser um equívoco, uma vez que nos Estados Unidos não existe uma *common law* federal e geral. Essa fórmula, afirmada no case *Erie Co. v. Tompkins*, tornado *precedent*³ demonstrou ser a jurisprudência anterior

3. Um certo Tompkins seguia, à noite, no Estado da Pensilvânia, por um caminho de terra ao longo de uma rodovia, quando passou um comboio de mercadorias. Tompkins foi derrubado e ferido pela portinhola de um dos vagões. O trem era da Erie Railroad Corporation, registrada no Estado de Nova Iorque. Tompkins ingressou com ação de perdas no Tribunal deste Estado. A competência dos tribunais federais não era duvidosa. Também não era discutido que estes Tribunais devessem julgar segundo the laws of Pennsylvania, conforme a seção 34 do Ato Judiciário de 1789. A tese da ré era no sentido de que, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal da Pensilvânia, Tompkins não tinha direito à indenização, por ser um trespasser. A tese do autor era de que, quando o Judiciary Act obriga o juiz federal a aplicar the laws of Pennsylvania, esta expressão deve ser entendida como statutes. Como não havia lei nesse sentido, o juiz deveria aplicar a *common law*. Por *common law* deveria se entender a general *common law* dos Estados Unidos e não a jurisprudência (*common law*) do estado da Pensilvânia. Vencedor em 1.º grau, Tompkins foi derrotado na Suprema Corte, que anulou a decisão, mandando que fosse aplicada a *common law* da Pensilvânia. Cf. David, René e Jauffret-Spinosi, Camille. *Les grands systèmes de droit contemporains*. 9.ª ed. Paris: Précis Dalloz, 1988, p. 468.

errônea e inconstitucional, por invadir os poderes reservados aos Estados federados. Na realidade, a existência de um sistema federativo faz com que seja abrandado o sistema de *precedents*, uma vez que é preciso evitar que se estabeleçam entre os direitos dos diversos Estados-membros diferenças consideráveis. Adotou-se o que o juiz Holmes já sustentava dez anos antes, ou seja, que “a *common law* executada num Estado, quer a denominemos *common law* ou não, não é a *common law* em geral, mas o Direito daquele Estado, cuja existência deriva da autoridade do mesmo, sem considerar o que possa ser na Inglaterra ou em qualquer outro lugar...”⁴ Vale salientar que isto não tem um alcance absoluto, uma vez que pode acontecer que exista uma *common law* em determinadas matérias que são da competência legislativa das autoridades federais. É o caso, por exemplo, da lei de marcas e patentes, pois considera-se que, nestas matérias, o Direito federal ocupou inteiramente o campo, fazendo desaparecer a autonomia dos Estados.

Saliente-se, também, que, no Direito norte-americano, as decisões não são proferidas para que possam servir de precedentes no futuro, mas, antes, para solver as disputas entre os litigantes. A utilização do *precedent* em casos posteriores é uma decorrência incidental. Daí que — e isso é extremamente relevante para a discussão da problemática brasileira — a autoridade do *precedent* vai depender e será limitada aos fatos e condições particulares do caso que o processo anterior pretendeu adjudicar.⁵ Essa circunstância é importante para uma comparação com o que ocorre no Direito brasileiro, em que as decisões judiciais se baseiam em “precedentes sumulares” e verbetes jurisprudenciais utilizados, via de regra, de forma descontextualizada.⁶ No Direito norte-americano tal não ocorre, mormente pelo fato de que lá, o juiz necessita fundamentar e justificar detalhadamente a sua decisão. Já no Direito brasileiro, de origem continental, basta que a decisão esteja de acordo com a lei (ou com uma Súmula ou com uma “ementa jurisprudencial”...).

Destarte, não se sustenta a importação da doutrina do *stare decisis* pela razão de que, nos Estados Unidos, por exemplo, como lembra d. Ré, os precedentes não se devem aplicar de forma automática. Ou seja, o precedente deve ser analisado amiúde, para que se possa determinar se existem (ou não) similaridades de fato e de direito, bem como para determinar a posição atual da Corte com relação ao Direito anterior. E, fundamental, continua o autor, estuda-se o *precedent* para determinar se o princípio nele deduzido constitui a fundamentação da decisão ou tão-somente um *dictum*. Somente os fundamentos da decisão merecem reconhecimento e acatamento com força vinculante. Um *dictum* é apenas uma observação ou opinião e, como tal, goza tão-somente de força persuasiva.⁷

Registre-se, destarte, que os defensores da tese da vinculação da jurisprudência no Brasil atacam em várias frentes, tentando modificar vários

4. Ver Rodrigues, Lêda B. A natureza do processo e a evolução do direito. 2.^a ed. Rio de Janeiro, Ed. Nacional de Direito, 1956, pp. 199-200.

5. Cf. Brumbaugh, citado por D. Ré, Edward. *Stare Decisis*. Trad. Ellen Gracie Northfeld. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, Síntese, n. 198, 1994, p. 28.

6. Para tanto, ver Streck, Lênio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função*. Porto Alegre, 1995.

7. Cf. D. Ré, op. cit., p. 28.

dispositivos constitucionais. Com efeito, não bastasse a possibilidade de os tribunais superiores editarem Súmulas vinculantes e o poder de o Supremo Tribunal conferir eficácia *erga omnes* e efeito vinculante a suas decisões de mérito em ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade (nestas últimas já ocorre o fenômeno da vinculação),⁸ pretendem, ainda, conferir ao Pretório Excelso a faculdade de, mediante lei de iniciativa daquela Corte, outorgar a outras decisões de mérito eficácia contra todos e efeito vinculante dessas decisões para o restante do sistema.

Na própria Alemanha, de onde surgiu o instituto aplicável aos processos de controle abstrato de normas — veja-se que no Brasil o efeito seria estendido ao julgamento de casos concretos — a doutrina constitucional não era unânime quanto ao significado da força de lei. Alguns afirmavam que, nesses casos, o Judiciário se investia de funções legislativas. A Lei Fundamental de Bonn, de 1949, deixou patente a possibilidade, no art. 94, § 2.º, que a Lei Federal poderia dispor sobre os casos em que as decisões da Corte Constitucional alemã seriam dotadas de eficácia *erga omnes* (*Gesetzeskraft*). Em continuação, a Lei Orgânica da Corte Constitucional, editada em 1951, outorgou força de lei às decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto, nos processos destinados a verificar se determinada regra de Direito Internacional Público é parte integrante do Direito Federal, nos processos sobre a subsistência de Direito pré-constitucional como Direito federal, bem como nos processos de recursos constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), quando se declara a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei (§ 32, 2). Convém frisar, também, que citada lei estabeleceu que as decisões da Corte vinculavam todos os órgãos constitucionais da União e Estados, bem como todos os tribunais e órgãos administrativos...⁹

Outros ordenamentos também permitem que se dê efeito vinculante a determinadas decisões das cortes altas. Assim, a Constituição da Áustria, na versão de 1929, estabeleceu que, declarada a inconstitucionalidade de lei pela Corte, ficam todos os tribunais e autoridades administrativas vinculados. A Constituição de Portugal traz a previsão no art. 281, 1 e 3. Na Espanha, o art. 164, I, dispõe que “as sentenças que declarem a inconstitucionalidade de uma lei ou de uma norma com força de lei e todas as que não se limitem à apreciação subjetiva de um direito revestem-se de plena eficácia geral”. A Constituição mexicana prevê expressamente a possibilidade de uniformização de entendimento pela Suprema Corte, em processo de “amparo”, que vincula os demais tribunais (art. 107, XIII).

Constata-se, de pronto, que, embora de fato uma série de outros países adotem o sistema de vinculação jurisprudencial, estes, na expressiva maioria, dizem respeito somente à matéria constitucional. No Brasil, a tentativa de vinculação atingiria, se aprovada emendas constitucionais nesse sentido, qualquer matéria (infraconstitucional ou constitucional), aproximando-nos

8. Ver, nesse sentido, Streck, Súmulas, op. cit., pp. 149 ss., onde, fazendo coro com Marcelo Figueiredo, Ives Gandra e Greco Filho, entre outros, sustento a inconstitucionalidade da Ação Declaratória de Constitucionalidade.

9. Consultar Anais da Revisão da Constituição Federal, parecer do Relator Nelson Jobim n. 30.

muito mais do modelo americano, onde, como já se viu, existe o instituto do *stare decisis*, que vincula os órgãos judiciais inferiores à jurisprudência das cortes superiores.

Por tudo isto, é temerário conceder efeito vinculante às Súmulas dos tribunais superiores e à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, seja esta última por lei de iniciativa do Supremo Tribunal ou decorrente de citado incidente de inconstitucionalidade. Nosso sistema jurídico tem a lei como paradigma. Fazê-lo é alterar a *ratio essendi* de nosso sistema.

Por ocasião da fracassada revisão constitucional de 1993/94, houve generalizados protestos da comunidade jurídica brasileira contra a pretensão governamental, protestos os quais, nesse momento, voltam à tona diante da iminente remessa de propostas de emenda ao Congresso Nacional. O pensamento dos magistrados, por ocasião da revisão constitucional de 93/94, foi muito bem resumido pelo presidente em exercício da AJURIS — Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Cláudio Baldino Maciel, para quem a vinculação da jurisprudência (e das Súmulas) se constituiria em uma “camisa de força que atingiria gravemente a autonomia do Poder Judiciário e tornando-o subserviente ao Poder Central. A relatoria propõe que o juiz do Oiapoque e o juiz do Chuí deverão aplicar a lei a partir da concepção ditada por Brasília”. Mais ainda, assevera, a proposta revisional “acaba com a essência da função jurisdicional porquanto a jurisprudência deixa de operar de baixo para cima, e passa a operar arbitrariamente, autoritariamente, de cima para baixo”. Finalmente, depois de acentuar que “as Súmulas terão o efeito de engessar o pensamento da magistratura nacional”, conclui o citado magistrado com a pergunta: “Quais interesses estarão por detrás de tão grave fragilização do Poder Judiciário?”¹⁰

O presidente da Associação Nacional dos Procuradores da República, Wagner Gonçalves, assumiu uma posição intermediária, ao dizer que as propostas do governo contribuem em termos para a modernização do judiciário. Para ele, no que se refere ao Supremo Tribunal Federal, “a proposta é salutar, na medida em que sua decisão, uma vez reiterada, passa a ter eficácia contra todos, inclusive junto à administração pública. Evita, inclusive, o sentimento de desesperança expresso pelo ex-Min. Paulo Brossard quando mencionou que a TR, como índice de correção monetária, foi julgada inconstitucional pelo Supremo e até hoje nada aconteceu”. Com relação ao efeito vinculante, disse que “isso representa o engessamento do sistema. Em matéria infraconstitucional, irrestrito deve ser o direito de ação. Aliás, a oxigenação do Poder Judiciário depende do juiz singular, que vivencia diretamente o desespero do cidadão. Ao tribunal, compete dizer o direito existente no processo ‘pronto’, aflorando questões jurídicas e não o ‘olhar sofrido do réu ou do autor’. Por isso, ‘amarrar’ juizes, advogados e membros do Ministério Público macula, na prática, a garantia constitucional de que ‘ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal’”.¹¹

10. Ver Maciel, Cláudio B. A fragilização do Judiciário. *Zero Hora*, Porto Alegre, 13 abril de 1994, p. 4, 1994.

11. In As propostas do governo contribuem para melhorar o funcionamento do Judiciário? *Folha de S. Paulo*, 25.2.95, p. 3.

O juiz de Direito Antonio Carlos Villen, em recente artigo publicado na *Folha de S. Paulo*, manifestando-se veementemente contra a vinculação sumular, assevera que elas (as súmulas vinculantes) “contribuirão para solapar a liberdade de decidir dos juízes, que estarão manietados por entendimentos fixados pelas cúpulas. Além do risco de edição da jurisprudência, que deixará de sofrer os influxos da saudável discussão daqueles temas pelos magistrados. Juízes burocratas serão poupados de muito trabalho (...). O sistema atual apresenta distorções que, aliás, se iniciam por uma labiríntica distribuição de competências entre as várias justiças(...). Bem ou mal, no entanto, foi esse sistema que garantiu a liberação dos cruzados no vergonhoso bloqueio determinado pelo governo”.¹² Concluindo, o magistrado paulista alerta para o fato de que, “se quisermos transformar o cargo de magistrado em mero emprego, sem compromisso com os interesses da sociedade, as súmulas vinculantes realmente serão um instrumento precioso. No Brasil, vivemos época de águas turvas. Nelas, malvadas iscas costumam proliferar”.¹³

São procedentes, *in totum*, as posições contrárias à vinculação sumular-jurisprudencial. A propósito, toda essa discussão acerca da vinculação de Súmulas e de verbetes jurisprudenciais me faz lembrar da mitológica figura do malfetor Procusto. De fato, a mitologia grega consagrou a figura cujo hábito singular passou à história como um modelo negativo de conduta, o que não obsta o constante surgimento de seguidores. Explicando: Procusto oferecia hospitalidade aos viajantes perdidos, mediante uma condição — a de que deitassem no seu leito. Se o infeliz hóspede medisse mais do ele, cortava-lhe as pernas. Se medisse menos que o anfitrião, era colocado em uma máquina, que o espichava até o tamanho exato de Procusto. Daí que o mito de Procusto e seu leito aplicam-se perfeitamente à discussão em pauta, uma vez que é isso que os mentores do *stablishment* querem fazer com as instâncias inferiores da Justiça brasileira. Que esta precisa de reformas, ninguém duvida. Porém, pretender introduzir, como por exemplo sustenta o Min. Carlos Veloso, do Supremo Tribunal Federal, a figura do *stare decisis* do direito norte-americano é um equívoco e um passo atrás na democracia. O acúmulo de processos não se resolve concedendo efeito vinculante às decisões dos tribunais superiores.¹⁴

12. In *Folha de S. Paulo*, 22.7.95, Cotidiano, p. 2.

13. *Ibidem*.

14. O ex-Min. Brossard, em artigo publicado na *ZH* de 17 de julho de 1995, esgrime em favor da tese da imediata concessão de efeito vinculante às decisões dos Tribunais Superiores o argumento da celeridade. Cita, p. ex., o fato de que, nos últimos dois anos, foram interpostos 4.609 recursos extraordinários para o STF de decisões do TST, tendo sido admitidos apenas dois. E diz o ex-Ministro: “Imagina-se a energia dispendida pelo Presidente do TST para justificar o indeferimento de 4.607 recursos e o deferimento de dois?” Ora, é exatamente por fatos como esse é que não é conveniente conceder poder ainda maior aos tribunais superiores. Dito de outro modo: é crível que, de 4.609 recursos interpostos, o presidente do TST, em sede de juízo de admissibilidade, admita que aquele Tribunal tenha se equivocado tão-somente em dois processos? Seria o TST, pois, praticamente infalível? E o que dizer dos enunciados (Súmulas) 310, 315 e 330, só para citar alguns mais famosos e recentes?

Por tudo isso, devemos denunciar, de pronto, que a vinculação da jurisprudência é uma camisa de força que atingirá, inexorável e impiedosamente, as instâncias inferiores do Judiciário brasileiro. Pela tese reformista, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça (sem citar, por exemplo, o Tribunal Superior do Trabalho) passarão a ter o poder de impor suas decisões aos tribunais e juízes do restante do país, que, por força constitucional, passarão a pautar suas decisões de acordo com o olhar panóptico ditado pelo poder centralizador dos tribunais superiores. Ora, se sabe muito bem que nosso sistema jurídico é da família romano-germânica, na qual, como já se disse da *autorictas* do senado Romano, a jurisprudência é muito mais do que um conselho, mas muito menos do que uma ordem. Assim, introduzir o efeito vinculante é importar, de forma precária, parte da *common law* para o Brasil, com o que o nosso Direito se aproximará da *common law* no seguinte aspecto: passa a ter no segundo e no terceiro graus de jurisdição do Poder Judiciário (mormente no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal) a instância mais importante. Dito de outro modo, no sistema baseado no predomínio da lei — como é o nosso — o juiz de primeiro grau adquire uma dimensão importantíssima. Porém, sendo a Súmula ou uma decisão jurisdicional vinculante um critério de fechamento autopoiético¹⁵ do sistema jurídico, a importância de decisões de primeiro grau que contrariarem tais Súmulas passam a ter importância absolutamente secundárias, eis que passíveis de imediata cassação pela instância superior.

No sistema da *common law*, conforme Herbert Hart, o fundamental é encontrar a regra de reconhecimento, que nada mais é do que a resultante de reiteradas decisões dos tribunais. É, pois, fática, ao contrário da norma fundamental de Hans Kelsen, dirigida e pensada para o sistema da *civil law*, sendo, desse modo, gnosiológica. Ora, as Súmulas brasileiras fazem parte, à toda evidência, da norma de reconhecimento, caracterizando, portanto, algo estranho, fora do sistema.¹⁶

Surge, daí, um perigoso ecletismo: no sistema da *common law* o juiz necessita fundamentar e justificar a decisão. Como muito bem salienta Dworkin, “when judges construct rules (...) of liability not recognized before,

15. O conceito de autopoiése é definido por Luhmann como auto-referência dos elementos sistêmicos: “Um sistema pode ser designado como auto-referencial, se ele mesmo constitui, como unidades funcionais, os elementos de que é composto...” Luhmann adota alguns aspectos da teoria de Parsons somente numa primeira fase de sua atividade intelectual, tendo se voltado recentemente a uma perspectiva autopoiética (Varela-Maturana), que, redefinida com características originais, acentua a sistematicidade do Direito (como sistema social) como auto-reprodutor de suas condições de possibilidade de ser. De toda maneira, alerta Leonel S. Rocha, uma preocupação constante de Luhmann é com a teoria da decisão e a teoria dos procedimentos. Assim, por detrás de todas estas funções pragmáticas da linguagem nos processos de decisão jurídica, ainda estão presentes, redefinidos no interior do sistema, numa perspectiva muito mais ampla e sofisticada as dimensões analíticas e hermenêuticas do Direito. Para tanto, consultar Rocha, Leonel Severo. *Da teoria do Direito à teoria da sociedade*. Porto Alegre, Fabris, 1994. Também Luhmann, Niklas e De Giorgio, Raffaele. *Teoria della società*. Milano, Francoangeli, 1992.

16. Sobre o assunto, ver Streck, Súmulas op. cit.

they are not free in the way (...) legislators are. Judges must make their common law decisions on grounds of principle, not policy: they must deploy arguments why the parties actually had the 'novel' legal rights and duties they enforce at the time in the part".¹⁷ Já no sistema da civil law, basta que a decisão esteja de acordo com a lei. Assim, vingando a tese reformista-governamental, bastará que a decisão judicial esteja de acordo com um verbete sumular para ser válida... Ora, nessa perspectiva, haverá no sistema jurídico brasileiro o poder discricionário da *common law* sem a proporcional necessidade de justificação. Enfim, o poder sendo exercido sem freios e contrapesos, tudo porque as Súmulas vinculantes transformam-se, na prática, de normas individuais — válidas para cada caso — em normas gerais de validade *erga omnes*.

Ninguém ignora que — até no sistema em vigor — ao editarem uma Súmula, o STF ou o STJ passam a ter o poder maior que o do Poder Legislativo. Com o poder constitucional de vincular o efeito das Súmulas, o Poder Judiciário, por suas cúpulas, passará a legislar, o que, à evidência, quebrará a harmonia e a independência que deve haver entre os Poderes da República. Daí é urgente que se indague acerca da legitimidade do Poder Judiciário para tal.¹⁸ Será ele, por suas instâncias superiores, que estabelecerá o leito procustiano no qual deverão deitar-se o restante dos mortais cidadãos (assim como os juízes e promotores de justiça das instâncias inferiores). Daí que não tenho medo de dizer que trocar a democracia e a independência dos juízes pelo desafogo dos processos (solução que considero demasiado simplista em face da complexidade do problema) me parece um preço exageradamente alto a ser pago pela democracia brasileira.

17. Cf. Dworkin, Ronald. *Law's Empire*. Londres, Fontana Press, 1986, p. 244. [Quando juízes constroem regras (...) não anteriormente reconhecidas, não são eles livres no sentido em que o são os legisladores. Os juízes devem tomar suas decisões de *common law* embasados em princípios, não em políticas: devem eles argumentar acerca do porquê as partes tinham, de fato, "novos" direitos e deveres jurídicos, os quais eles exigem que sejam cumpridos, quer no momento em que as partes agiram, quer em algum outro momento pertinente no passado].

18. Essa talvez seja a mais grave objeção contra a criação jurisprudencial em um ordenamento filiado à família romano-germânica. Essa objeção se baseia na questão de que tal criação não se compactua com a democracia. Com agudeza, Winterton, citado por Cappelletti escreve que "a tentativa de elevar o Judiciário, que não é eleito, sobre o Legislativo, que o é, (...) é antidemocrática". Consultar, para tanto, Cappelletti, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. de Carlos Alberto A. de Oliveira. Porto Alegre, Fabris, 1992, pp. 1-17 e 93.