

O EFEITO VINCULANTE E A REFORMA DO JUDICIÁRIO: DESMI(S)TIFICANDO O “CONSENSO”

Lenio Luiz Streck

Parece ser consenso que a máquina judiciária, pela sua complexidade, pela crônica demora no tramitar dos processos e pelos altos custos que dificultam o acesso à Justiça, tem sofrido consideráveis arranhões em sua legitimidade. Isso leva ao assunto do momento, ou seja, a discussão – tanto no âmbito da dogmática jurídica como no âmbito da assim denominada crítica do Direito – acerca da (falta de) efetividade dos processos judiciais, e, enfim, o questionamento sobre a (falta de) efetividade da Justiça Brasileira. Mas também é evidente que isto é consequência de uma crise de paradigma¹ pela qual passa o Direito e a dogmática jurídica.

O problema é que o jurista, inserido no que Luís Alberto Warat, com rara felicidade, denomina de “sentido comum teórico”, não se dá conta dessa

1 Partindo da premissa de que um paradigma implica em uma teoria fundamental reconhecida pela comunidade científica como delimitadora de campos de investigação pertinentes a determinada disciplina (KUHN), pode-se dizer que o que fornece o *status* científico de uma ciência vai depender não tanto das teses defendidas pelos manuais científicos, mas sim do consenso da comunidade científica em torno dessas teses, conforme muito bem ensina Celso CAMPILONGO, in *Representação Política e Ordem Jurídica: os Dilemas da Democracia Liberal*. São Paulo, 1982, p. 11 e segs. Agregue-se a isso o dizer de Enrique PUCEIRO, in *Teoría Jurídica y Crisis de Legitimación*. In *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982, p. 289 e segs, para quem a dogmática jurídica define e controla a ciência jurídica, indicando, com o poder que o consenso da comunidade científica lhe confere, não só as soluções para seus problemas tradicionais, mas, principalmente, os tipos de problemas que devem fazer parte de suas investigações. Daí que a dogmática jurídica é um nítido exemplo de paradigma. Diz mais, o mestre argentino, que a crise da ciência do Direito é um capítulo da crise mais ampla da racionalidade política que ocorre nas sociedades avançadas.

crise e de suas conseqüências na sociedade. Cada vez que a crise do Judiciário se agudiza – através da inefetividade, (in)acesso à Justiça, lentidão da máquina, etc. – o **establishment** responde com soluções *ad hoc*, como por exemplo, uma reforma *pontual* do Processo Civil, a lei dos juzados especiais cíveis e criminais (já em vigor) e, o que é mais grave, o nefasto projeto (*de poder*) que são as súmulas vinculantes.

Com efeito, de forma simplista/simplificada, parcela expressiva do **establishment** jurídico-dogmático propõe, como solução para um “melhor funcionamento” da máquina judiciária, a vinculação das Súmulas dos Tribunais superiores. Depois da fracassada revisão de 1993/94, voltam agora as teses do governo reprimadas no projeto do deputado Jairo Carneiro, pretendendo, entre outras coisas, por intermédio de emenda à Constituição, dar efeito vinculante às Súmulas dos Tribunais Superiores e à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, além de introduzir a advocatária sofisticada, mediante a criação do incidente de inconstitucionalidade *per saltum* diretamente ao STF, com o que se extinguirá o controle difuso de constitucionalidade vigente no Brasil desde a Constituição Republicana de 1891. Do mesmo modo, a PEC nº 54, do Sen. Ronaldo Cunha Lima, pretende introduzir a vinculação jurisprudencial em nosso sistema.

Já está praticamente transitada em julgado a tese de que a solução para os problemas da Justiça Brasileira passa, necessariamente, pela adoção do efeito vinculante das Súmulas (Projeto Jairo Carneiro) e às decisões de mérito do Supremo Tribunal Federal (Projeto Ronaldo Cunha Lima). É a *panacéia nacional*. De qualquer sorte, deixando claro, à evidência, que o problema da efetividade das decisões judiciais e da assim denominada morosidade² da Justiça não será resolvida mediante um ataque à funcionalidade do ordenamento ou do sistema e sim, por uma profunda mudança na estrutura do Poder Judiciário e das demais instituições encarregadas de aplicar a Justiça, penso que, no mínimo, para que não se caia em uma *petitio principii*, devemos rebater os argumentos favoráveis à adoção das medidas constantes no relatório Jairo Carneiro e na PEC 54 do Sen. Ronaldo Cunha Lima. Dizer que algo precisa ser feito para “desentulhar” o Judiciário não é suficiente. Ninguém

2 Algumas perguntas continuam sem resposta nessa discussão. No Direito Penal, por exemplo, a propalada rapidez na tramitação dos processos não atropelará as garantias processuais-constitucionais? Não olvidemos que, em países como o nosso, em que a impunidade somente ocorre em relação aos bem situados na pirâmide social, a morosidade dos processos criminais acaba, por vias transversas, em se transformar em Justiça distributiva... De frisar, ainda, que ao detentor de direitos reais de garantia são reservadas pelo **establishment** ações “fortes” e rápidas, é dizer, ações com sentenças com eficácia mandamental e executiva *lato sensu*. Para quem detém apenas direitos pessoais, ação é de conhecimento, que resulta em uma sentença condenatória (fraca, se comparada com a mandamental e a executiva *lato sensu*).

ignora, e isso parece evidente, que essa questão do “desafogo” deve ser enfrentada.

Daí que a matéria merece um debate mais aprofundado, com a desmi(s)tificação de algumas teses tidas como indiscutíveis. Com efeito, embasar a atribuição de efeito vinculante às Súmulas e à Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no instituto do **stare decisis** vigente no Direito norte-americano parece ser um equívoco, a começar pelo fato de que, nos Estados Unidos, *a força do precedente reside na tradição, não estando estabelecida em qualquer regra escrita, quer nas leis, quer na Constituição e tampouco em regra de ofício*.³ Causa espécie, pois, quererem, no Brasil, estabelecer a obrigatoriedade da obediência ao “precedente sumular” *por intermédio de emenda constitucional*... E, mais do que isso, é necessário ter presente que a regra do **stare decisis** sobre cada vez mais um processo de flexibilização: “la doctrina estadounidense del **stare decisis** se aproxima a la doctrina inglesa hasta siglo XX, pero ‘la tendencia presente está caracterizada por la derogación y distinción de los precedentes en una medida que conmocionaría a un abogado y a un juez inglés’”.⁴

Desse modo, duas causas de flexibilização da doutrina do **precedent** são assinaladas: a primeira diz respeito ao fato de que os tribunais não se consideram a si mesmos estritamente obrigados pelas decisões anteriores. Veja-se o que disse o juiz Lurton, no caso *Hertz v. Woodman*: “La regla **stare decisis** aunque tendente a la consistencia y uniformidad de la decisión, nos es inflexible. Si debe ser seguida o no es una cuestión totalmente a discreción del tribunal, que es llamada otra vez a considerar una cuestión ya decidida”. Mais ainda, no caso *Adams Exp. Co. v. Beckwith* 100 Ohio St, as palavras do juiz Wanamaker do Supremo Tribunal de Ohio: “Un caso decidido vale tanto como valga su razonamiento y corrección, y no más. *No es suficiente decir “así dijo el tribunal”. Se debe probar su idoneidad para regular cada situación en base al grado en que justifica la violación de los derechos de una de las partes y sirve a la justicia respecto a todas las partes afectadas.*”⁵

3 Cf. FARNSWORTH, E. Allan. *Introdução ao Sistema Jurídico dos Estados Unidos*. Forense, RJ, 1963, pp. 61-62. Na mesma linha, ITURRALDE SESMA lembra que nos Estados Unidos os tribunais de apelação têm seguido o **precedent** como uma questão de política, porém, como disse o Tribunal da Pensilvânia, no longínquo ano de 1853, nunca pensando que “*debemos consagrar las euivocaciones de los que estuvieron antes nuestro, y tropezar cada vez en el mismo sitio donde tropezaron ellos*”. Um exemplo paradigmático (e extremo) que bem representa essa posição foi o caso *Alferitz v. Borgward*, de 1899, “*en que el tribunal no sólo se derogó a sí mismo, sino que dijo que su decisión anterior era tan mala que se tendría que saber que sería derogada y que un abogado que confiara en ella al aconsejar a su cliente habría demostrado sua incompetencia*”. Ver ITURRALDE SESMA, Victoria. *El Precedente en el Common Law*. Editorial Civitas, Madrid, 1995, p. 137 (grifei).

4 Cf. ITURRALDE SESMA, op. cit., p. 136.

5 *Ibidem*, p. 138.

A *segunda* forma/fonte de flexibilidade do *stare decisis* provem da adaptabilidade dessa regra à evolução política, econômica e social: “En los EE.UU. el *stare decisis* no se ha considerado nunca como un deber inexorable, y el deber de seguir los precedentes está matizado por ele derecho de derogar anteriores decisiones. Aunque los tribunales inferiores se consideran obligados por las decisiones de los tribunales superiores de los Estados, así como el Tribunal Supremo Federal, se reservan el derecho de apartarse de una regla previamente establecida por ellos. En particular en el campo del Derecho constitucional, la doctyrina del *stare decisis* tiene una aplicación limitada, puesto que se considera que ahí es especialmente importante mantener el derecho de acuerdo con el desarrollo del orden social, y porque la corrección de decisiones constitucionales a través de la legislación es practicamente imposible”.⁶

Tudo isso sem olvidar a relevante circunstância de que nos Estados Unidos não existe uma *common law* federal e geral. Essa fórmula, afirmada no caso *Erie Co. v. Tomkins*, em 1937, tornado *precedent* demonstrou ser a *jurisprudência anterior errônea e inconstitucional*, por invadir os poderes reservados aos Estados federados.⁷

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. A *doutrina do stare decisis não exige obediência cega a decisões passadas*.⁸ 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.⁹ À evidência, tal circunstância assume relevância para uma comparação com o que ocorre no Direito Brasileiro, onde a expressiva maioria das decisões judiciais se baseia em “precedentes sumulares” e verbetes jurisprudenciais retirados de repertórios “standartizados”, que acabam sendo utilizados, via de regra, de forma descontextualizada. Isso, porém, não ocorre no Direito norte-americano, pela relevante circunstância de que lá, o juiz necessita fundamentar e justificar detalhadamente a sua decisão.¹⁰

6 *Ibidem*, p. 138.

7 Ver RODRIGUES, Lêda B. *A Natureza do Processo e a Evolução do Direito*. 2ª ed., Ed. Nacional de Direito, RJ, 1956, pp. 199-200. Também DAVID, René e JAUFFRET-SPINOSI, Camile. *Les Grands Systèmes de Droit Contemporains*. 9ª ed. Précis Dalloz, Paris, 1988.

8 Cf. BRUMBAUGH, citado por D. RÉ, Edward. *Stare Decisis*. Trad. Ellen Gracie Northfeld. Revista Jurídica. Síntese, Porto Alegre, nº 198, 1994, p. 28.

9 Cf. BRUMBAUGH, citado por D. RÉ, Edward. *Stare Decisis*. Trad. Ellen Gracie Northfeld. Revista Jurídica. Síntese, nº 198, Porto Alegre, 1994, p. 28.

10 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

É temerária, pois, a tese da adoção do efeito vinculante no Brasil. Nosso sistema jurídico tem a lei como paradigma, consoante o art. 5º, II, da Constituição Federal. Fazê-lo é alterar a sua *ratio essendi*. 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. E, mais do que isso, como bem ressalta Fábio Konder Comparato, *as súmulas vinculantes suprimem as garantias fundamentais do processo judicial – o duplo grau de jurisdição*.

Para se ter uma idéia dos objetivos reformistas, um dos dispositivos (art. 97, § 4º) sugeridos pelo relatório Jairo Carneiro especifica que “*serão irrecuráveis as decisões de tribunais e juízos na aplicação de súmula vinculante; das que contrariarem, caberá reclamação ao tribunal que a instituiu*”...¹¹ Nesse ponto, vem bem a propósito o alerta do juiz paulista Dyrceu Aguiar Cintra Jr.: “*Ao STF cabe a última palavra em uma ação. Por isso existem os recursos. Mas se o Supremo impedir o juiz de dar a primeira palavra as discussões na base do Judiciário estarão imobilizadas*”.

O próprio presidente do Supremo Tribunal Federal, Min. Celso de Mello, tem restrições à adoção do efeito vinculante. Para ele,¹² “*a eficácia prática do princípio da súmula vinculante é altamente questionável. Por uma razão muito simples: mesmo prevalecendo o princípio da súmula vinculante, não há como inibir a sustentação, em juízo, de teses diametralmente opostas. O juiz não poderá ser obrigado a decidir conforme a súmula, sob pena de crime de responsabilidade*.”

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, continua o autor, o que é fundamental, 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. Cf. D. RÊ, *op. cit.*, p. 28.

- 11 Como contraponto, vale referir que não nos deve impressionar o argumento esgrimido pelos juristas que apoiam a tese vinculatorio-sumular de que as Súmulas podem ser revistas pelo Tribunal que a instituiu (aliás, sempre puderam...). Desnecessário dizer que até que haja a revisão, ela surtirá efeitos similares às das leis (ou até mais). Ora, as leis também podem ser revistas pelo Parlamento e nem por isso se nega a possibilidade da existência de recursos de decisões que contrariem as leis.... Ou seja, vingando a tese reformista, chegaremos ao seguinte paradoxo: Os juízes podem contrariar leis; se o fizerem, caberá recurso. O que os juízes não podem fazer é ousar contrariar Súmulas. Nesse caso, conforme o Projeto Jairo Carneiro, não caberá recurso e sim, reclamação... Ou seja, a lei não vincula; a Súmula sim! Do mesmo modo também não devemos nos impressionar com a possibilidade – prevista no projeto Carneiro – de se argüir a inconstitucionalidade das Súmulas através do controle concentrado. Pergunta-se: Como, v.g., o Supremo Tribunal Federal declararia a inconstitucionalidade de uma Súmula por ele mesmo instituída?
- 12 “Celso de Mello defende impeachment de juízes”. Entrevista à Folha de São Paulo, 19/5/97, Brasil, 1-4.

É um perigoso dirigismo estatal, que frustra a função transformadora e criadora da jurisprudência”. Mais tarde, novamente instado a falar acerca do projeto de reforma que tramita no Congresso e em especial ao dispositivo que estabelece crime de responsabilidade ao juiz que descumprir reiteradamente uma súmula, o ministro acentuou que “o texto proposto pelo deputado Jairo Carneiro (PFL-BA) para a reforma do Judiciário contém “indisfarçável conteúdo autoritário”, porque prevê enquadramento por crime de responsabilidade do juiz que descumprir o enunciado de súmula: “Essa punição restauraria uma situação que Rui Barbosa, em fevereiro de 1897, qualificou perante o STF como “extravagância jurídica”, ao se referir ao “crime de interpretar as leis”.¹³

Necessário registrar ainda, que, vingando a tese, surgirá no Brasil um perigoso ecletismo: no sistema da *common law* o juiz necessita fundamentar e justificar a decisão.¹⁴ Já no sistema da *civil law*, basta que a decisão esteja de acordo com a lei. Assim, acaso vencedora a tese vinculatório-sumular, 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*. Como brilhantemente ressalta Eros Roberto Grau, não prospera a afirmação de que a decisão dotada de eficácia contra todos e de efeito vinculante não é ato legislativo. Ela apenas não assume a compostura de ato legislativo enquanto norma (=decisão de um determinado caso, alcançada mediante a prática da interpretação do texto no quadro de um caso determinado). Para além desse caso, no bojo do qual a *norma* foi produzida, há *texto*, francamente expressivo de ato legislativo, na medida em que inova o ordenamento jurídico, vinculando a Administração e o próprio Poder Judiciário.¹⁵

13 “Mello quer ‘globalizar’ direitos humanos”. In Folha de São Paulo, 15/jun/97, Brasil, 1-11 (grifei).

14 Cf. DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Fontana Press, Londres, 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].

15 Cf. GRAU, Eros Roberto. Sobre a produção legislativa e sobre a produção normativa do direito oficial: o chamado “efeito vinculante”. Anais do XIII Colóquio Internacional de Semiótica e Direito. São Paulo, USP, p. 341 e segs. O professor paulista faz a diferenciação entre normas e texto. Assim, as decisões do STF, p. ex., são o resultado de sua produção normativa. Essas decisões são *normas*. Porém, tais *normas* são transformadas em *textos* no momento em que assumem eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos demais

Ninguém ignora que – até no sistema em vigor – ao editarem uma Súmula,¹⁶ 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 e até mesmo das decisões de mérito do Supremo Tribunal Federal (PEC 54), 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.¹⁷ Daí a urgência de se indagar acerca da legitimidade¹⁸ do Poder Judiciário para tal. Não é crível que a comunidade jurídica brasileira não se importe com isso. Não tenho medo de afirmar que trocar a democracia e a independência dos juízes pelo desafio dos processos – tese que começa perigosamente a ser aceita até mesmo pelos que são contrários à vinculação sumular – me parece um preço exageradamente alto a ser pago por todos nós.

Ou seja, discutir a efetividade da Justiça é colocar também em xeque, necessariamente, a qualidade das decisões e a legitimidade destas. A construção das condições de possibilidade de uma democratização da Justiça e em

órgãos do Poder Judiciário e da Administração. As *normas* são produzidas pelo intérprete autêntico – o juiz, no quadro de um determinado caso; ao realizar a função que lhe incumbe, de interpretação/aplicação do Direito, o intérprete autêntico opera a transformação do *texto* em norma.

- 16 Com essa perspectiva dada pelas Súmulas, o Direito Brasileiro se aproxima da **common law** no seguinte aspecto: passa a ter no segundo e no terceiro grau do Poder Judiciário (mormente no STF e STJ) a instância mais importante. Dito de outro modo, no sistema jurídico baseado predominantemente na lei – como é o nosso – o juiz de primeiro grau adquire dimensão importante. Porém, sendo a Súmula um critério de fechamento *autopoietico* do sistema, a importância de decisões de primeiro grau que contrariarem Súmulas passam a ter importância absolutamente secundárias, eis que passíveis de imediata e fácil cassação pela instância superior. Isso sem esquecer que, no sistema da **common law**, o fundamental é encontrar a regra de reconhecimento (HART), que nada mais é do que a resultante de reiteradas decisões. É, pois, *fática*, ao contrário da norma fundamental (KELSEN) que é dirigida e pensada para a **civil law**, sendo, assim, *gnosiológica*. Para tanto, ver Streck, Lênio Luiz. *Súmulas no Direito Brasileiro – Eficácia, Poder e Função*. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1995. Não se está dizendo que o sistema jurídico é (ou possa ser) autopoietico. Ao contrário, somente pode ser heteropoietico, construído “desde abaixo” (FERRAJOLI). Porém, a dogmática jurídica, quando nega os condicionamentos advindos de fora, age como se o sistema fosse autopoietico. No fundo, a autopoiese do sistema jurídico é uma construção heteropoietica...
- 17 É claro que não se está aqui fazendo coro à tese da clássica divisão de poderes, próprio de um modelo liberal-individualista de direito. A divisão aqui referida leva em conta, inclusive (ou principalmente) a perspectiva de que, no Estado Democrático de Direito, há um sensível deslocamento do foco de tensão do Poder Executivo e do Legislativo para o Judiciário.
- 18 É necessário ressaltar que a legitimidade aqui perquirida/buscada é a que leva em conta a perspectiva da Constituição como um espaço de mediação ético-política da sociedade, conforme assinala Elias DIAZ, in *La Justificación de la Democracia. Etica Contra Política*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, p. 34.

especial do Poder Judiciário não podem sucumbir ao sedutor canto de sereia do *establishment* jurídico-dogmático e dos setores governistas, que, antes de mais nada, apostam no efeito vinculante como um *projeto de poder*,¹⁹ que está agregado – e somente assim pode ser entendido – às demais reformas constitucionais que tramitam no Congresso Nacional.

Com efeito, as reformas constitucionais em tramitação estão ajustadas ao projeto neoliberal de governo, no contexto do qual o *establishment* *busca gerar um novo modo de produção de direito, condizente com a pós-modernidade globalizante*. Isto ocorre justamente nesse vácuo que se formou entre o modo liberal-individualista de produção de Direito e o advento do Estado Democrático de Direito,²⁰ que criou uma infinidade de direitos por realizar. Daí que, atento ao problema, Tarso Genro chama a atenção para esse novo modo de produção de Direito em gestação, que visa a flexibilização da estabilidade do negócio jurídico, a ampliação desmesurada do campo de aplicação da “teoria da imprevisão”, bem como a ampliação do reconhecimento da “força normativa do fáctico” de maneira inversa, desta feita para elidir cláusulas protetivas no âmbito do Direito do trabalho, além da redução do direito à privacidade, ao lado de outras questões, que conduzem à redução da “previsibilidade” do sistema legal, que constituiu até agora um dos elementos mais democráticos do Direito moderno, o mais capaz de reduzir a desigualdade na competição entre desiguais.²¹ Por isso, nesse contexto, não tenho dúvidas em afirmar que o projeto que visa a implantação das Súmulas vinculantes constitui-se em um fortíssimo elemento que aponta para a formação desse novo modo de produção de Direito.²²

19 Outros pontos do Projeto da Reforma deixam esse propósito bem mais claro ainda, como, v.g., a redação sugerida ao art. 98 da CF: “A concessão de liminar ou de medida cautelar, em matéria de natureza política ou relativa ao processo legislativo, contra ato do Presidente da República, do Presidente da Câmara dos Deputados, do Presidente do Senado, das Mesas de ambas as Casas ou da Mesa do Congresso Nacional, de Governador do Estado, do Presidente ou das Mesas das Assembléias Legislativas ou da Câmara Distrital somente poderá ocorrer pelo voto da maioria absoluta dos membros de Tribunal”.

20 Ver, para tanto, STRECK, Lênio Luiz. *Dogmática e Hermenêutica*. Aportes críticos acerca da crise do Estado e do Direito. Cadernos de Pesquisa nº 2. Mestrado em Direito da UNISINOS. UNISINOS, São Leopoldo, 1997.

21 GENRO, Tarso. In *Nova Crise do Direito e do Estado*. Porto Alegre, 1995, mimeografado.

22 O conceito de modo de produção de direito que aqui interessa é retirado de DEZALAY e TRUBEK (*Direito e Globalização Econômica*. José Eduardo Faria (org). Malheiros, SP, 1996), que baseiam-se, de certo modo, no conceito de modo de produção de direito formulado por Boaventura de Souza Santos. Para eles, modo de produção de direito vem a ser a política econômica de regulamentação, proteção e legitimação num dado espaço nacional, num momento específico, que inclui: a) o modo com que a profissão jurídica e a prestação de seus serviços são organizados; b) a localização de papéis entre as várias posições no campo jurídico (praticantes, aplicadores da lei, guardiões da doutrina, acadêmicos etc.); c) o modo com que o campo produz o *habitus*, incluindo variações na

Agregue-se, à guisa de conclusão, que nada nos garante que a vinculação sumular terá o condão de desafogar a máquina judiciária. Há um equívoco dos que pensam que o emperramento dos processos será resolvido dessa maneira. Observe-se, como já dito anteriormente, que no Direito norte-americano – tido e havido como modelo pelos que querem introduzir as modificações no nosso sistema – as decisões não são proferidas para que possam servir de precedentes no futuro, mas, sim, para solucionar os conflitos que chegam ao Judiciário. Por decorrência, a utilização do **precedent** em casos posteriores é uma decorrência incidental. Daí, transportando o problema para o nosso sistema jurídico, há que se perguntar: Quem dirá (e como isso será feito?) que o caso em julgamento – suscetível da aplicação do precedente sumular – é similar ao outro, que originou o precedente? Os processos, para que tenham um rápido tramitar, principalmente em grau de recurso, serão, acaso, postos em uma pilha e despachados em série, algo do tipo, NPU (não provido por unanimidade) ou PPU (provido por unanimidade)?

É relevante que se discutam tais particularidades, até porque, sabidamente no Brasil, as Súmulas já exercem, na prática, um poder vinculante, por intermédio do que se pode chamar de controlabilidade difusa²³ que exercem no sistema e pelo fortíssimo poder de violência simbólica²⁴ com que estão unguidas. Ao lado disso, é necessário lembrar que desde 1990 existe a Lei 8.038, que, no seu art. 38, concede poderes ao relator do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário, para negar seguimento a recurso que contrariar, nas questões predominantemente de Direito, Súmula do respectivo Tribunal.²⁵

educação e a importância das vantagens sociais (antecedentes e relações pessoais) para o recrutamento no campo); d) as modalidades para a articulação da doutrina preponderante e os modos com que estas incidem em relações entre jogadores e posições; e) o papel que os advogados, juntamente com os protagonistas globais e regimes transnacionais representam num dado campo jurídico; f) a relação entre regulamentação e proteção; e, g) o modo dominante de legitimação.

- 23 A expressão aqui adaptada é de FARIA, José Eduardo. *Eficácia Jurídica e Violência Simbólica*. Edusp, SP, 1988.
- 24 Conforme BOURDIEU; PASSERON e FERRAZ JR., trata-se do poder capaz de impor significações como legítimas, dissimulando as relações de força que estão no fundamento da própria força. O sentido desse poder não deve criar ilusões, pois não se trata de coação, pois pelo poder de violência simbólica o emissor não co-age, isto é, não se substitui ao outro. Quem age é o receptor. Poder aqui é controle. Para que haja controle é necessário que o receptor conserve suas possibilidades de ação, mas aja conforme o sentido, ou seja, o esquema de ação do emissor. Por isso, ao controlar, o emissor não elimina as alternativas de ação do receptor, mas as neutraliza. Consultar BOURDIEU, Pierre e PASSERON, Claude. *A Reprodução: Elementos para uma Teoria do Ensino*. Francisco Alves, RJ, 1992; também FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, Decisão, Dominação*. Atlas, SP, 1989.
- 25 À evidência, esse dispositivo é inconstitucional, embora a dogmática jurídica – talvez pela crise de paradigma que enfrenta – não tenha se pronunciado a respeito. Por decorrência

O que é isso, senão uma forma de vinculação sumular?²⁶ Não é temerário dizer, destarte, que esse art. 38 diz, *mutatis mutantis*, excluem-se da apreciação das instâncias superiores do Poder Judiciário todas as questões que contrariarem Súmulas. De certo modo, o art. 11 do Ato Institucional nº 5 tinha idêntica redação: “Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este ato institucional...” Para completar, pela redação da recente Lei 9.139, de 30 de novembro de 1995, que alterou o art. 557 do Código de Processo Civil, essa modalidade de vinculação sumular foi trazida para o âmbito dos tribunais inferiores, mediante a faculdade de o relator negar seguimento ao recurso²⁷ que for contrário à Súmula do respectivo tribunal ou tribunal superior. Sem olvidar que, já de antanho, existe na Justiça do Trabalho o art. 896 da CLT, que tem a mesma *ratio* do art. 38 da Lei 8.038/90 e da nova redação do art. 557 do CPC. Ou seja, já existem vários mecanismos – formais e informais – de vinculação sumular no Direito Brasileiro, como a novel (e inconstitucional) ação declaratória de constitucionalidade (ADC), aliás, sem simi no mundo todo... E, queiramos *ou não, nada disso tem servido para agilizar o Judiciário*. Por quê? Porque o emperramento do aparelho judiciário não depende de soluções *ad hoc*. Mais ainda, é de se indagar: tem sido usado pelo STF, de forma constante e regular, o mecanismo do envio ao Senado Federal (art. 52, X, CF) da suspensão da execução das leis por ele

lógica, também é inconstitucional a nova redação do art. 557 do Código de Processo Civil. A violação da constituição por tais dispositivos e suas conseqüências é analisado em Streck, Súmulas, *op. cit.*

- 26 A problemática relacionada ao alcance e às conseqüências do art. 38 da Lei 8.038/90 podem ser analisadas também por outro viés. Com efeito, na discussão da ADIn 594, na qual o PMDB argüiu a inconstitucionalidade da Súmula 16 do STJ, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, vencido o Min. Marco Aurélio, decidiu pelo não conhecimento de ação direta contra Súmula. Registre-se, nesse aspecto, a relevantíssima lição constante no voto proferido pelo Min. Marco Aurélio a favor do conhecimento da ADIn. Na oportunidade, sustentou o Ministro: “O art. 38 da Lei 8.038/90 confere, a meu ver, não a quase normatividade mencionada pelo Relator, *mas uma verdadeira normatividade aos verbetes das Súmulas do Supremo Tribunal Federal e, especificamente, do Superior Tribunal de Justiça*. Esse artigo contém a utilização do verbo “negar” de forma, até mesmo, a revelar que, no caso, defrontando-se o relator do recurso, no STJ, com razões de recurso que contrariem verbete da Súmula, deve ele – é imposição decorrente do art. 38 – negar seguimento ao pedido formulado, que é de trânsito do próprio recurso.” In RTJ 151/20. (grifei) Por isso, reafirmo que a vinculação formal das Súmulas já existe no sistema jurídico brasileiro.
- 27 Recurso aqui deve ser lido *lato sensu*, incluindo, à evidência, o próprio agravo de instrumento e os embargos infringentes. Nesse linha, Theotônio NEGRÃO, in *Código de Processo Civil e Legislação em Vigor*. RT, SP, 1996. Fica evidente que a nova redação do art. 557 do CPC, inspirada, de forma literal, no art. 38, da Lei 8.038/90, com a conseqüente extensão do dispositivo para o agravo de instrumento, resulta em uma vinculação sumular ainda maior da que existia até então, reforçando o conteúdo apoiético do sistema jurídico brasileiro.

declaradas inconstitucionais através do controle difuso de constitucionalidade? E o Senado Federal tem respondido com a necessária presteza e agilidade? Além disso, ninguém desconhece que é o próprio Estado o grande congestionador dos tribunais, recorrendo de processos que sabidamente perderá.²⁸ Nesse sentido, tanto o Min. Sepúlveda Pertence, ex-presidente do STF, como o atual presidente, Min. Celso de Mello, teceram duras críticas ao Poder Executivo. Com efeito, em debates e entrevistas recentes, Mello e Pertence acusam a União como a principal responsável pelo congestionamento de processos nos tribunais superiores.²⁹

Na realidade, o Judiciário Brasileiro não é lento porque as Súmulas ou as jurisprudências não vinculam/obrigam, formal ou informalmente as instâncias inferiores (já sustentamos que, graças ao art. 38 da Lei 8.038 as Súmulas já vinculam)!), mas sim, porque está assentado sobre uma estrutura arcaica e burocrática, permeada por um imaginário conservador, fruto de uma fortíssima crise de paradigma pela qual passa a dogmática jurídica. E é justamente no contexto dessa crise de paradigma – (re)alimentada/impulsionada por políticas legislativas *ad hoc* – que podemos ter a certeza de que, uma vez aprovado o mecanismo constitucional da vinculação sumular, logo surgirão novas tentativas, talvez até mais “sofisticadas” do que estas que estão em discussão no Projeto Jairo Carneiro, objetivando manipular e esgualapar, mais ainda, os operadores jurídicos e as instâncias inferiores do Judiciário. Nesse contexto, já que a crise paradigmática estará, então, agravada, o que menos se discutirá, provavelmente, será a qualidade das decisões e a legitimidade das instâncias superiores do Judiciário para tal...

Por isso, antes de criar mecanismos de vinculação de Súmulas ou outros similares, há que se (re)discutir a dogmática jurídica e seus mecanismos de (re)produção e instrumentalização, consubstanciados no que se pode chamar de senso comum teórico dos juristas (Warat). A tese vinculatório-sumular é a simplista “opção” por um discurso monológico (Warat), em que a fala já vem habitada de antemão. É, enfim, a instituição de uma espécie de “linguagem autorizada” de que fala Bourdieu, em que a Súmula vinculante, como

28 O juiz do TRF de São Paulo, Edgar Silveira Bueno Filho, ao comentar os precedentes no Direito Brasileiro, pergunta de que modo o Judiciário pode contribuir para um maior prestígio aos precedentes. Respondendo, acentua, de forma exemplificadora, que, no exercício do controle de constitucionalidade, o STF já decidiu pela inconstitucionalidade parcial do FINSOCIAL, do PIS e da Contribuição Social sobre o Lucro. No entanto, a Administração continua a agir como se nada tivesse ocorrido, ou seja, cobrando aquelas contribuições na forma considerada inconstitucional pelo STF. Mais adiante, faz uma crítica a não utilização do instituto da suspensão da execução da lei, pelo Senado, quando da inconstitucionalidade declarada pelo STF no controle difuso de constitucionalidade (art. 52, X, CF). In *Os Precedentes no Direito Brasileiro*. In RT 716, p. 25.

29 “STF culpa Executivo por excesso de ações”. Folha de São Paulo, 12/6/97, Brasil, 1-11.

“porta-voz” dessa fala autorizada, se transforma em um “impostor provido do cetro” (*skeptron*, da obra de Homero),³⁰ mesmo que para isso se cometa uma extorsão de sentido da lei e da Constituição. Quem estiver em desacordo será, irremediavelmente, condenado pelo crime de “porte ilegal da fala”...³¹

30 Ver BOURDIEU, Pierre. *A Economia das Trocas Lingüísticas*. USP, SP, 1996, pp. 39, 63 e 89.

31 Enfim, como alerta Eros GRAU, *op. cit.*, a atribuição de efeito vinculante às decisões dos Supremo Tribunal Federal (Projeto Cunha Lima-PEC 54) implica a imposição de uma espécie de censura ou limitação ao exercício, pelos “demais órgãos do Poder Judiciário”, da função de intérprete autêntico do Direito. Pois não é outro, senão o seguinte, o conteúdo dessa imposição: *fica proibido aos demais órgãos do Poder Judiciário o exercício de sua função (função de interpretar/aplicar o Direito) com relação às matérias que o STF, por maioria de dois terços, indicar, e, acrescento, no caso das Súmulas vinculantes (Projeto Jairo Carneiro), fica proibido aos demais órgãos do Poder Judiciário o exercício de sua função com relação às matérias sumuladas pelos tribunais superiores da República.*