

José Roberto Freire Pimenta*

Vários juristas e magistrados ilustres de todos os níveis do Poder Judiciário brasileiro têm se manifestado a favor da proposta de dar efeito vinculante às súmulas de jurisprudência predominante dos Tribunais Superiores, que passariam a ser de observância obrigatória pelos demais órgãos judiciais sujeitos à sua jurisdição. Em síntese, consideram-na a solução para a avalanche de processos repetitivos que sobrecarrega as instâncias recursais de todo o país e para a existência de decisões judiciais díspares sobre a mesma questão de direito, a seu ver fator de desprestígio da função jurisdicional.

Creio, no entanto, que tal proposta não resolverá os problemas apontados e criará novas e graves distorções. A meu ver, só é justificável conferir efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional, como ocorre em todos os países desenvolvidos que têm Constituições rígidas e decorre do princípio da supremacia da Constituição.

Como se sabe, há hoje no mundo ocidental duas grandes famílias de direito, que tiveram origens históricas inteiramente diversas e que adotam princípios e técnicas diferentes para obter seu objetivo comum: segurança jurídica, temperada pela justiça. Nos países da Europa Continental (e também no Brasil), adotou-se o sistema romano-germânico, que concebe as regras de direito como regras gerais e abstratas de conduta previamente editadas, sistematizadas e racionalizadas em códigos. Nele, a jurisprudência não deve atuar como criadora de regras de direito, limitando-se a interpretar as leis.

Na Grã-Bretanha e nos Estados Unidos, implantou-se o sistema do **common law**, um direito jurisprudencial formado pelas decisões dos juízes sobre litígios particulares. Nele a regra de direito é basicamente uma regra que visa dar solução a um processo, sem a edição de uma regra geral de conduta para o futuro. A legislação é pouco numerosa e é considerada uma fonte secundária do direito, limitando-se a estabelecer exceções e adendos ao direito comum editado pelos Tribunais. É um "sistema aberto" que permite ao julgador, quando se defronta com uma situação nova, criar uma regra também nova capaz de resolvê-lo.

Embora ambos os sistemas cheguem a bons resultados por caminhos diversos, a lei e a jurisprudência neles desempenham funções diametralmente opostas. No sistema romano-germânico, a lei codificada é o elemento essencial que lhe dá segurança e estabilidade, servindo a jurisprudência como instrumento de flexibilização e de avanço do Direito, através de métodos de interpretação que atualizam preceitos legais ultrapassados. No sistema do **common law**, ao contrário, o casuismo inevitável das decisões judiciais é compensado pela regra do precedente obrigatório, que vincula as demais instâncias judiciais a uma única decisão já proferida em caso idêntico anterior pelos tribunais superiores, conferindo certeza e segurança a um direito que do contrário seria caótico e imprevisível. Num ou outro sistema, porém, a combinação de mecanismos de estabilização e de flexibilidade produz resultados equilibrados e satisfatórios.

Porém, se a regra do efeito vinculante das decisões dos tribunais superiores for transplantada a um sistema romano-germânico como o nosso, que por natureza já é um "sistema fechado", o resultado será o inevitável engessamento do direito existente, privado da flexibilidade que as decisões judiciais de primeiro e segundo grau lhe conferem e que em vários casos levam os tribunais superiores a reformular sua jurisprudência.

Outro equívoco em que incorrem os defensores das súmulas com efeito vinculante em nosso país consiste na afirmação de que correspondem elas exatamente à regra do **stare decisis** anglo-americano, ignorando diferenças fundamentais existentes entre os institutos.

O sistema do **common law**, ao contrário do que se proclama correntemente, não é um direito consuetudinário; é um direito jurisprudencial - o antigo direito da Inglaterra, este sim baseado nos costumes locais, foi substituído pelo **common law**, que se proclama fundado na razão, revelada e aplicada caso a caso pelo juiz de acordo com os princípios jurídicos e regras de direito que cabe a ele extrair do conjunto das decisões judiciais.

A regra atual do precedente ignora a noção, aparentada com a do costume, de jurisprudência constante e reiterada, que obviamente está na base da proposta de súmulas com efeito vinculante; o precedente obrigatório do **common law**, ao contrário e como já salientado, é constituído por um único aresto, proferido por um dos Tribunais Superiores para tanto habilitados. Não se pode esquecer, porém, que a regra de direito criada pelo julgador daquele caso concreto não tem e nem pretende ter a generalidade e a abstração das regras de direito constituídas pelas leis e pelas codificações, nos sistemas romano-germânicos.

A aplicação da regra do precedente exige, da parte do jurista anglo-americano, o emprego da "técnica das distinções", a qual é considerada a técnica fundamental do **common law**. Por seu intermédio, distingue-se, nas **reasons** dadas pelos julgadores como fundamentos de suas decisões, aquilo que constitui o suporte necessário da decisão (a **ratio decidendi** do julgamento) daquilo que o juiz pode ter declarado sem necessidade absoluta (aquilo que constitui **obiter dictum**). Somente a **ratio decidendi** constitui uma regra jurisprudencial que se incorpora ao direito e deve, a este título, ser seguida no futuro. Tem, portanto, um alcance muito mais limitado, porque só se aplicará aos casos futuros que tenham exatamente todas as circunstâncias de fato e de direito que foram relevantes para que a decisão do Tribunal fosse num e não noutro sentido. Na ausência de apenas uma dessas circunstâncias relevantes, o julgador das instâncias inferiores continuará com a liberdade de criar nova regra de direito, também casuística, que lhe pareça a solução mais justa e racional para aquele diverso conflito de interesses. Nas súmulas com efeito vinculante, ao contrário, sua natureza de normas gerais e abstratas aplicáveis a uma enorme variedade de situações fáticas produzirá efeitos muito mais rígidos e limitadores à liberdade de

juizamento dos juízes, que não terão as mesmas possibilidades de distinção que seus colegas do **common law**.

De outra parte, não se pode esquecer que na família romano-germânica de direito a função de editar normas jurídicas gerais e abstratas cabe, em última análise, ao Poder Legislativo, integrado por representantes eleitos pelo povo, organizados em partidos políticos. Ao Poder Judiciário cabe tão-somente aplicar as leis para solucionar as lides. Atribuir aos tribunais superiores o poder de editar súmulas contendo preceitos gerais e abstratos que consagrem interpretações obrigatórias para os demais juízes equivale a lhes conceder poder legiferante, que será exercido sem a observância do processo legislativo e sem os debates prévios e públicos que antecedem a edição das leis pelo Congresso Nacional. E isto, paradoxalmente, quando muitos propõem a extinção do poder normativo da Justiça do Trabalho.

Por outro lado, não se percebe como a adoção das súmulas com efeito vinculante poderia diminuir o número de recursos repetitivos e protelatórios, pois a parte que desejar procrastinar o andamento do feito continuará recorrendo, mesmo contra as decisões que as tenham aplicado. Afinal, uma simples análise dos casos que hoje tramitam pelos Tribunais intermediários e superiores de nosso país revelará que sua grande maioria consiste de processos em que a parte recorrente não conta, razoavelmente, com nenhuma chance de êxito - o que certamente é de conhecimento, pelo menos, de seus advogados. Em outras palavras, recorre-se hoje, em boa parte dos casos, não para obter a reforma das decisões das instâncias inferiores, mas sim porque o sistema processual vigente confere aos recorrentes ganhos secundários mas compensadores (como um significativo adiamento de um desfecho que se sabe será negativo, mas com ônus adicionais sobre o valor da condenação inferiores a qualquer aplicação equivalente no mercado financeiro) - problema que as súmulas vinculantes não solucionarão, a menos que as decisões que as aplicarem sejam absolutamente irrecorríveis.

Esta última solução ou alternativamente a aplicação de sanções processuais ou patrimoniais contra o recorrente, tornando tais súmulas indiscutíveis pelas partes, as elevaria a uma estatura que nem a lei ou a Constituição hoje têm, transformando-as numa espécie de superdireito. Isto, por sua vez, impossibilitaria seu reexame pelos tribunais intermediários (os quais, por sua vez, não teriam como propor sua revisão). E aqui se vê outra grave conseqüência das súmulas com efeitos vinculantes: o esvaziamento, na prática, dos Tribunais de Justiça e Alçada, na esfera estadual, e dos Tribunais Regionais Federais, do Trabalho e Eleitorais, no âmbito federal, que ficariam numa espécie de limbo (situados, de um lado, entre os juízes de primeiro grau obrigados a aplicar as súmulas com efeitos vinculantes sem que as partes tivessem interesse de recorrer dessas decisões pela impossibilidade prática de sua reforma e, de outro, os Tribunais Superiores, únicos constitucionalmente investidos do poder de aprovar aquelas novas regras gerais e abstratas de direito).

Ademais, se as atuais súmulas dos tribunais (que têm apenas poder de persuasão) já são observadas pelos demais julgadores em quase todos os casos, não se vê a necessidade de se lhes atribuir efeito vinculante. Talvez porque sua real finalidade seja outra, revelada pela intenção, manifestada por setores do Poder Executivo, de utilizar as súmulas vinculantes para evitar interpretações judiciais divergentes, logo após a edição de planos econômicos. Além de explicitar a concepção, fundada ou não, de que os tribunais superiores estariam mais sensíveis às necessidades governamentais, seu uso em tais circunstâncias se opõe à idéia de que tais súmulas só seriam editadas após reiteradas decisões sobre a matéria.

Por outro lado, a possibilidade do controle da constitucionalidade das súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal, que seus defensores consideram uma garantia de seu uso equilibrado, seria inteiramente inócua. Afinal, após a alteração do Texto Fundamental neste sentido, os Tribunais Superiores obviamente poderão editar preceitos obrigatórios que consagrem uma única e prévia interpretação da legislação ordinária, sem que se possa apontar qualquer inconstitucionalidade nisso. O que aqui se procura apontar é a inconveniência e a inutilidade dessa solução.

Por fim, não me parece que a maioria dos jurisdicionados prefira uma definição prévia da jurisprudência, ainda que negativa e injusta, do que a possibilidade de postular aquilo que considera ser seu direito perante seu juiz natural, sem que este esteja reduzido a mero aplicador mecânico do entendimento contrário de outros órgãos judiciais. A idéia fundamental subjacente à proposta das súmulas com efeito vinculante é de que é possível obter a certeza absoluta do conteúdo e do alcance de todas as regras jurídicas vigentes em determinada sociedade: o que, infelizmente, não passa de uma ilusão positivista.

O Direito é antes de tudo Ciência Social, não podendo deixar de refletir a inevitável complexidade das relações econômicas e sociais, naturalmente contraditórias e multifacéticas. A aplicação das regras de direito aos litígios não é tarefa simples nem mecânica, e é exatamente por isso que as sociedades politicamente mais avançadas preferem deixá-la a cargo de magistrados que, de acordo com o seu livre convencimento fundamentado e mais próximos das partes em suas primeiras e segundas instâncias, sejam capazes de encontrar, a partir das circunstâncias fáticas de cada caso concreto e de acordo com os princípios e as leis que considerem aplicáveis, a solução mais razoável e justa para cada conflito de interesses, de acordo com as concepções nelas predominantes em cada momento histórico.

Enquanto são duramente criticadas as propostas de controle externo da magistratura, que nunca admitiram pretender afetar o exercício da função jurisdicional, causa espécie que uma proposta que implica em controle do próprio conteúdo das decisões judiciais receba melhor acolhida. Os problemas apontados por seus defensores são sérios e reais, mas para eles há outras soluções mais eficazes e menos danosas (como a limitação e a redução do número dos recursos, a extensão das ações coletivas e dos julgados especiais e de pequenas causas a todos os ramos de Direito, a punição mais severa à procrastinação e à litigância de má-fé, o incentivo a mecanismos extra-judiciais de solução dos litígios e a transformação do Supremo Tribunal Federal em genuína Corte Constitucional, dentre outras).

Foram com certeza esses os motivos que levaram a maioria dos magistrados brasileiros, em seu recente congresso de Fortaleza, a rejeitar tal proposta. Cabe aos operadores do direito em geral e aos juizes em particular aprofundar o debate, para que o conjunto da sociedade brasileira, antes que seja tarde, avalie conscientemente as vantagens e os riscos de sua adoção.

* Juiz-Presidente da 3ª JCI de Contagem-MG.