

O MODELO JURISDICIONAL E O STJ⁽¹⁾

Miguel Reale

Advogado.

Professor Titular da Faculdade de Direito da USP.

Quando tive a grande honra de ser convidado para proferir uma conferência sobre o significado do Superior Tribunal de Justiça no cenário jurídico do País, pelas razões aduzidas nas generosas palavras do Ministro Pádua Ribeiro, bem compreendi a responsabilidade que iria assumir.

Compreendo a gentileza do Superior Tribunal de Justiça em formular-me este convite, porquanto, entre as minhas vaidades – e quem não as tem? sobretudo os velhos temos o direito de ser vaidosos quando a nossa idade se confunde em parte com a experiência do próprio País –, está a de ter patrocinado a idéia da criação de um tribunal, que, como disse Sua Excelência o Presidente Pádua Ribeiro, representasse a mais alta expressão do ordenamento infraconstitucional. Tive essa idéia, ao lado de outros, formulando uma proposta concreta sobre o tema de um congresso da Ordem dos Advogados do Brasil, em reunião especial no Rio de Janeiro, destinada à reforma da Justiça. Isso no início da década de 80. Minha proposta, com apoio decisivo do prezado amigo e mestre Seabra Fagundes, foi aprovada pelo plenário, mas nunca se logrou traduzi-la em realidade.

Convidado, posteriormente, para integrar a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, instituída pelo Decreto nº 91.450, de 18 de julho de 1985, para redigir o Anteprojeto de Constituição, fui integrar a Subcomissão relativa ao Poder Judiciário. Trata-se da comissão presidida pelo caríssimo e saudoso confrade Afonso Arinos de Mello Franco, razão pela qual ficou mais conhecida como *Comissão Arinos*.

Ainda não foi feito um cotejo entre a Constituição de 1988 e o Anteprojeto de Constituição apresentado pela *Comissão Arinos* ao então Presidente José Sarney, o qual, por motivos não explicitados, simplesmente prestou

⁽¹⁾ Conferência Magna proferida pelo jurista Miguel Reale, no Superior Tribunal de Justiça, em 07/04/1999.

grandes homenagens a Afonso Arinos, mas arquivou o Anteprojeto, deixando de encaminhá-lo à Assembléia Nacional Constituinte. Por isso esta não teve um texto referencial que, por certo, teria evitado muitos desacertos e descaminhos que têm provocado tantas e sucessivas reformas.

No que se refere ao título pertinente ao Poder Judiciário, foi decisiva a proposta da Comissão Arinos, tanto na criação do Superior Tribunal de Justiça, já então com esse nome, quanto, também, no que concerne à configuração dada ao Ministério Público.

Coube-me integrar, na referida Comissão, como já disse, a Subcomissão do Poder Judiciário, em que renovei minha antiga proposta, desde logo acolhida pelo hoje Ministro Sepúlveda Pertence.

Foi, em suma, esse o modelo seguido pela Assembléia Nacional Constituinte, com a supressão, é claro, das referências então feitas a autoridades próprias do regime parlamentar, que se tencionara implantar no País, por sinal, sem a minha adesão, por motivos que alhures já aduzi.

Lembrados esses precedentes históricos, começo por observar que, ao se comemorar o décimo aniversário de instalação do Superior Tribunal de Justiça, é natural que se indague dos resultados da sua criação. Cabe, com efeito, saber, em primeiro lugar, se houve acerto na instalação do novo órgão; em segundo, se há algo a ser mudado no modelo constitucional que o rege.

Note-se, desde logo, que vou empregar nesta palestra – mais que conferência – a palavra *modelo* não no sentido de algo ideal, à maneira platônica, ou mesmo à maneira de Max Weber, mas sim no sentido de uma configuração concreta de fatos e valores em uma estrutura normativa, na qual os elementos componentes são interdependentes e complementares, todos em função do todo.

Parece-me que a avaliação de uma Corte de Justiça no cenário de nossa experiência jurídica não pode ser colocada em meros termos formais, fazendo-se mero cotejo lógico entre as disposições constitucionais que regem o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, pois se impõe uma análise em função das decisões havidas e suas conseqüências concretas. Essa opção metodológica corresponde, por sinal, à maneira como hoje em dia se põe o problema da atividade jurisdicional como o resultado de deliberações e decisões

tomadas *in concreto*, razão pela qual também os juizes são considerados operadores do Direito, como o são os Promotores Públicos.

Empregando terminologia peculiar à “teoria tridimensional do Direito”, diria que as decisões do Superior Tribunal de Justiça, como alta expressão que é da fonte normativa jurisdicional, representam uma tomada de posição perante um complexo de fatos referentes a valores que culminam em prescrições normativas, objeto da ação. Fatos, valores e normas concretamente se interrelacionam e se compõem em unidade dinâmica, consoante sempre tenho sustentado, nos arestos dos tribunais, dando lugar à formação de um modelo jurídico prescritivo de natureza fático-axiológico-normativa.

Somente à luz dessa compreensão dos atos decisórios como modelos jurisdicionais concretos é que poderemos saber se o modelo constitucional do Superior Tribunal de Justiça está atendendo plenamente aos objetivos determinantes de sua instauração. É claro que, ao ser concebido o Superior Tribunal de Justiça, não podiam os seus elaboradores senão basear-se em considerações abstratas da imaginação criadora, visto como não havia uma experiência anterior da qual se pudesse partir para chegar a conclusões positivas. Não é, aliás, apenas no campo das Ciências Sociais que o caminho é este: partir de um modelo ideal da mente do cientista, modelo esse que, depois, vai ser aferido à luz da experiência.

De maneira que, quando redigimos esse anteprojeto na forma em que afinal acabou configurado no texto constitucional, ele era uma suposição ideal sujeita à aferição e à contrasteação da experiência. É esse o grande significado deste décimo aniversário. Digamos assim: é uma prestação de contas a um ideal jurídico alentado há tantos anos.

Estou convencido de que a mera análise lógico-formal dos mandamentos constitucionais não nos permitiria chegar a conclusões acertadas quanto à valoração do modelo constitucional vigente. Por outras palavras, somente o que emerge da experiência de dez anos de operação jurisdicional é que nos permitirá formular um juízo consistente e plausível sobre tão fascinante assunto.

No processo de um modelo jurisdicional, todavia, não há apenas aspectos quantitativos a serem considerados, porquanto a correlação entre fatos, valores e normas feita pelo juiz no ato de julgar, ainda que não se proponha ou

tenha mesmo consciência de fazê-lo, pressupõe sempre um elemento teórico representado pela doutrina.

A doutrina, que é o conjunto dos modelos teóricos ou dogmáticos com que operam advogados e Juízes, não é, a meu ver, uma fonte do Direito, visto como carece de poder prescritivo ou imperativo. Mas, nem por isso, deixa de ser elemento substancial da experiência jurídica. É graças à doutrina, ou, por outras palavras – aplicando a terminologia vigente hoje na Teoria Geral do Direito – , é devido aos modelos dogmáticos da Ciência do Direito que o intérprete logra saber o que as estruturas normativas significam, sejam elas legais, costumeiras, jurisprudenciais ou negociais. Não dizemos tudo, quando dizemos que algo está na lei, porque fica sempre de pé o problema do que significa o ditame legal.

Dir-se-á que são as normas legais, consuetudinárias, judiciais ou contratuais que fixam as diretrizes jurídicas a serem obedecidas, mas nunca se deve esquecer que toda aplicação de uma regra de Direito importa na sua interpretação. Não há norma jurídica sem hermenêutica jurídica, até o ponto de já ter sido dito que a Ciência do Direito é substancialmente uma ciência hermenêutica, uma vez que é pela interpretação que ficamos sabendo o que as *regulae iuris* significam, numa relação concreta, em virtude da qual o *Direito* é norma e é, ao mesmo tempo, situação normada.

Se assim é, na apreciação do papel desempenhado por um tribunal, não se pode deixar de investigar a sua produção doutrinária ou científica. A história mais significativa de uma Corte de Justiça são as suas decisões criadoras, aquelas que vieram abrir caminhos novos para a experiência jurídica do País, quer ao se perceber nas regras de Direito algo de novo antes não devidamente conhecido, quer quando, em razão de lacunas no ordenamento jurídico, cabe ao juiz, ao magistrado, preenchê-las criadoramente, recorrendo à analogia e aos princípios gerais de Direito consoante mandamento da Lei de Introdução ao Código Civil, que tem, como todos sabem, validade geral.

Isto posto, para saber-se o que o Superior Tribunal de Justiça representou na década decorrida, não bastará oferecer o número impressionante dos processos conhecidos e julgados, porquanto o que mais importa é saber qual a sua contribuição teórica ou dogmática no fluxo da experiência jurídica nacional.

É por essa razão, Senhor Presidente, que me permito sugerir aos emi-

nentes Ministros deste Tribunal no sentido de procederem a uma cuidadosa análise de seus julgados, a fim de fazer uma seleção daqueles que mais sejam significativos, dos mais representativos arestos, em suma, que vieram traçar novos rumos na compreensão e aplicação dos mandamentos legais subconstitucionais, desde o Direito Civil até o Direito Tributário. De posse desse modelo doutrinário, estou certo da riqueza da contribuição desta Alta Corte; de posse dessa contribuição é que se poderá, com mais amplitude e relevância, emitir um juízo seguro e completo sobre a história do Superior Tribunal de Justiça nos Anais da jurisprudência brasileira.

Outra contribuição preciosa que poderão oferecer os doutos componentes desta Alta Corte diz respeito à indagação acerca da necessidade ou não de ser modificada, pelo menos parcialmente, a configuração dada ao Superior Tribunal de Justiça, de tal maneira que o modelo constitucional venha a sofrer correções indispensáveis. Essa é a grande tarefa com que se defronta esta Alta Corte.

Como já observei, a primeira indagação que surge é sobre a procedência da instalação do Superior Tribunal de Justiça e a sua comprovada necessidade. Nessa ordem de idéias, não creio que possa haver dúvidas quanto à oportuníssima existência deste Tribunal.

Bastaria formular esta pergunta: se ele não existisse, como seria, ou melhor, em que proporções se colocaria a crise do Supremo Tribunal Federal? Não vou, evidentemente, tratar da crise do Supremo Tribunal Federal, limitando-me a apreciar apenas um dos seus aspectos, que está em direta relação com o assunto sobre o qual estou tecendo algumas considerações de caráter provisório. Refiro-me ao gigantesco multiplicar-se de recursos que atingiu a nossa mais alta Corte de Justiça, às voltas, hoje em dia, segundo me informou o meu caro amigo Ministro Moreira Alves, com 50 mil processos no ano passado e com igual média este ano – em um crescendo vertiginoso, após a promulgação da Constituição de 1988.

Já foi demonstrada pelo Ministro Carlos Velloso, em magnífico estudo e de maneira definitiva, a correlação que existe entre a Constituição de 1988 e a vertiginosa afluência de processos ao Supremo Tribunal Federal. É possível que o mesmo tenha ocorrido com relação a esta Corte, não no que se refere às normas constitucionais, mas sim às normas legais. É que, se tivesse sido

mantida a Constituição de 1891, que a Carta de 1946 veio completar, teria continuado a haver uma cúpula única do ordenamento jurídico, representada pela Suprema Corte, à qual cabe, precipuamente, a guarda da Constituição, conforme está preceituado no seu art. 102.

Parte dessa competência imensa foi transferida ao Superior Tribunal de Justiça, cabendo-lhe a responsabilidade de proferir, com exclusividade, as decisões definitivas no que tange ao ordenamento infraconstitucional. Essa divisão de competência foi, sem dúvida, salutar, máxime ante a avalanche de leis, decretos e resoluções a que fiz referência, os quais, em desordenada projeção, resultaram da Carta de 1988, tais e tantos foram os problemas e dificuldades que ela criou.

Não que eu seja adversário da Constituição de 1988, que tem altos méritos, como, por exemplo, o da proclamação dos direitos fundamentais do homem, como nenhum texto constitucional do mundo até agora o fez com tamanha amplitude. E haveria outros aspectos a elogiar, como este de ter criado o Superior Tribunal de Justiça, mas é inegável que os constituintes se excederam, pensando que estariam resolvidos todos os problemas nacionais somente por figurarem na Constituição.

Não vou, nem me seria possível fazê-lo nesta oportunidade, pronunciar-me sobre a crise da Justiça, mas não posso deixar de ponderar que duas foram, além de muitas outras, as razões da sua ocorrência. De um lado, o fato de ter a Assembléia Nacional Constituinte elevado à categoria de mandamentos constitucionais inúmeras medidas que, por sua natureza, caberiam, no máximo, à legislação ordinária, alargando, desse modo, desmedidamente, a competência da Suprema Corte, porque tudo se tornou, no fundo, constitucional. A mesma coisa terá ocorrido – e é um caso a ser verificado estatisticamente – com referência ao Superior Tribunal de Justiça no que concerne ao campo da legalidade.

Como tenho várias vezes declarado, imperou na Assembléia Nacional Constituinte o que denomino *totalitarismo normativo*. Totalitarismo normativo no sentido de que tudo deveria figurar, de antemão, no texto constitucional, nada restando à criadora inovação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Se tudo é constitucional ou se tudo é legal, bem se pode compreender como as mais absurdas controvérsias inundaram os nossos pretórios, ge-

rando conseqüências insuportáveis desde a primeira até as mais altas instâncias.

Reconhecido, porém, que a instauração do Superior Tribunal de Justiça, em tais circunstâncias, foi comprovadamente providencial, resta ver – como já adverti – o que a experiência de dez anos nos pode sugerir no tocante ao modelo jurídico que lhe foi dado.

Dois problemas me parecem, sobretudo, altamente delicados: o primeiro diz respeito à alegação de que, em alguns casos, o Supremo Tribunal Federal teria agido como quarta instância, reformando decisões do Superior Tribunal de Justiça por entender que os pressupostos dos seus arestos seriam censuráveis por serem contrários a dispositivo da Constituição. Tal questão, reconheço desde logo, é de dificuldade extrema, visto como, em face do totalitarismo normativo instaurado no País, é natural que o solerte advogado, ao impetrar recurso especial, também apresente, complementarmente, recurso extraordinário. E encontrará, dada a amplitude do texto constitucional, uma base para fazê-lo.

É, como sabemos, da competência do Supremo Tribunal Federal, em recurso extraordinário, julgar, entre outras, *as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar disposição constitucional*. Que se há de entender, todavia, por “contrariedade à Constituição”? Não obstante a importância fundamental desse tema, ele não tem sido objeto de análise nem mesmo pelos nossos maiores constitucionalistas. A esse respeito, só conheço um ensinamento: é o do grande Mestre Pontes de Miranda, nos *Comentários à Constituição de 1946*, depois repetidos e desenvolvidos nos *Comentários às Constituições de 1967 e 1969*. Afirma ele que, quando se fala em “contrariedade à Constituição”, deve-se entender por “contrariedade a direito em tese”. Desse modo, não se cuida de apurar contrariedade na particularidade concreta de um processo, mas sim da que emerge da relação processual tornando patente o seu conflito em face de um preceito constitucional.

Esse entendimento de Pontes de Miranda, que eu acolho em toda a sua plenitude, tornou-se, a meu ver, confirmado ante o que dispõe o parágrafo primeiro do art. 102 da Carta Magna, ao estabelecer que – notai bem – *a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei*. Donde se pode inferir que a contrariedade deve versar sobre direito em tese, sobretudo em se tratando de preceitos fundamentais.

Tudo deve ser feito para que não haja conflito, em concreto, entre as duas altas Cortes de Justiça, evitando-se que uma decisão do Supremo Tribunal Federal equivalha a um julgamento de quarta instância. Explica-se até certo ponto a possibilidade de um desentendimento entre as duas Altas Cortes, dado o fato incontestado de que não há questão jurídica que, em última análise, não envolva algum pressuposto de ordem constitucional. Assim sendo, se analisarmos as questões com rigor formal, tudo acabará se elevando ao texto constitucional, que é a fonte suprema da juridicidade. Isto posto, dever-se-ia atender apenas à “contrariedade em tese”, ou, por outras palavras à “contrariedade entre teses de direito”, o que situa o problema à luz de certa graduação no plano da validade jurídica, tornando menor a eventualidade das contradições. Trata-se, porém, de questão que mereceria mais longos estudos, limitando-me a uma breve referência.

Outro problema que surge é quanto à distribuição de competência entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, tal como se dá a respeito do julgamento final dos *habeas-corpus*. Em face da imprecisão do texto constitucional vigente, a dúvida surgida somente poderá ser superada mediante revisão constitucional que confira tão-somente ao Superior Tribunal de Justiça a atribuição de julgar *habeas-corpus*, exceto nos casos de expressa competência do Supremo Tribunal Federal, o que nos parece mais compatível com a natureza constitucional desta Corte.

Não posso deixar de fazer uma referência a um tema que há muito tempo me fascina: é a instituição pelo Supremo Tribunal Federal antes, e por esta Alta Corte depois, da súmula, do direito sumular, que veio representar uma recepção criadora do *common law* para completar o ordenamento jurídico brasileiro. Eu sou um convicto adepto do “poder sumular”, tendo a respeito algumas idéias pessoais.

É incontestável e legítima, a meu ver, a competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal e a esta Alta Corte para sumular as decisões fundamentais, aquelas diretrizes básicas sobre as quais não pairam dúvidas, bem como a de exigir que elas sejam obedecidas pelos juizes inferiores. Alega-se que, com isso, haveria o risco de engessar a doutrina e a jurisprudência, mas tudo está em compreender o que se entende por súmula.

A súmula para mim tem a função específica de marcar o horizon-

te da juridicidade. Mediante a súmula, pode-se saber, em determinado momento, qual a linha de vigência e de eficácia das normas jurídicas determinada pela tarefa jurisdicional, pela operação jurisdicional. É claro que, como em todas as formas de horizonte, a sua linha recua à medida que o processo da doutrina avança. Dai o meu entendimento de que deveria haver uma atualização perene das súmulas, em função de fatos, valores e regras supervenientes, uma vez que nenhuma norma jurídica pode ser interpretada isoladamente, mas sim no contexto unitário do ordenamento.

O que caracterizou a teoria tridimensional do Direito não foi dizer que, na experiência do Direito, há fatos, valores e normas, porquanto essa era uma verdade sabida. A teoria tridimensional do Direito surgiu quando se reconheceu a correlação dialética entre esses três elementos, ou seja, quando se teve plena ciência de que não há um fato puro do Direito, um valor puro do Direito, uma norma pura do Direito, porque, na realidade, a norma jurídica não é senão a integração final e concreta de fatos segundo valores, jamais perdendo seu sentido de dinamicidade, a fim de ajustar-se sempre aos imperativos da experiência.

Entendo que, também, as súmulas do Superior Tribunal de Justiça não são súmulas abstratas estabelecidas para todo o sempre, e é este o receio da minha classe, a classe dos advogados, quando insistem na luta contra a súmula vinculante. Eu sou favorável à súmula vinculante, tanto no Supremo Tribunal Federal como nesta Alta Corte, não apenas por motivos de ordem pragmática, ou seja, para atender a mera economia de meios, mas também porque o Direito tem "horizontes de juridicidade", que são comuns e imperativos a todos os graus de jurisdição, sem o que a experiência jurídica de um povo perderia o seu sentido unitário da compreensão do justo.

Se as súmulas, em suma, forem permanentemente revistas, à vista do progresso da doutrina e do trabalho dos operadores do Direito, não haverá com elas estancamento da experiência jurídica, mas sim a sua dinâmica e prudente concreção.

Então, teremos, realmente, realizado o grande sonho, o sonho de uma Justiça concreta, que esteja em correlação permanente com as formas de vida, com as atividades do homem comum porque, no fundo, é o homem comum a razão de ser da estruturação justa do Direito. Que é Justiça? Ao falar perante uma alta Corte, essa pergunta tem ressonância especial. É um problema tão complexo, tão difícil, que dele só vim a cuidar propriamente em minha última obra,

A Nova Fase do Direito Moderno, porquanto, antes fizera referências apenas genéricas sem afrontar o problema. Chega o momento, todavia, em que o filósofo do Direito não pode deixar de dizer o que pensa a respeito da Justiça, e eu só poderia pensar na Justiça como concreção histórica, ou seja, não como um ideal abstrato, inatingível, mas, ao contrário, como algo que se põe ao alcance do advogado e do juiz, na sua comum tarefa cotidiana de, através das regras positivas, realizar a Justiça possível.