

A FUNÇÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Ovídio A. Baptista da Silva

*Doutor em Direito pela
Universidade Federal do
Rio Grande do Sul.*

1. Os tribunais superiores, de direito estrito, tiveram origem nos tribunais de cassação, criados em conseqüência da Revolução Francesa, tendo por fundamento a doutrina da divisão de poderes, ou separação de poderes, e, conseqüentemente, o princípio da supremacia da lei e do Poder Legislativo, como sua fonte exclusiva.

Em virtude de circunstâncias históricas conhecidas, esses tribunais, no caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, ficam a meio caminho, muitas vezes oscilando entre um verdadeiro juízo de cassação, originariamente não jurisdicional, e uma terceira instância ordinária, alternativa esta última que se harmoniza com a submissão do direito brasileiro à burocratização da função judicial, a que serve um sistema de recursos, cuja vastidão não tem paralelo no mundo, além de ser altamente tolerante e permissivo.

2. Referindo-se ao Supremo Tribunal Federal — Corte Constitucional (!) —, o Ministro Carlos Velloso oferece-nos um dado sugestivo e que poderá talvez apresentar-se como inacreditável a quem não esteja familiarizado com nosso sistema recursal. Em entrevista concedida em novembro de 1998¹, mostrou Sua Excelência que o volume de processos que chegam à Corte elevou-se, entre os anos de 1940 e 1998, em 1.856%.

Esse dado torna-se ainda mais alarmante, quando se sabe que o número de recursos que sobem à Corte “continua crescendo” e, segundo a estimativa feita pelo ilustre entrevistado, nesse ano de 1998, o crescimento deveria atingir a inacreditável marca de 52% sobre o ano anterior!

Como nossa cultura estatística, de tantas e tão variadas informações desse gênero, acaba tornando-nos insensíveis para o real significado des-

¹ Jornal da OAB, novembro, 1998, p. 11.

sas grandezas, convém traduzi-las em quantidades numéricas, a fim de que se possa melhor avaliar seus reflexos sobre a administração da justiça.

Informar que os recursos encaminhados à Suprema Corte cresceram 1.856%, nos 46 anos a que esses dados se referem, significa dizer que o mesmo número de magistrados — 11 Ministros — receberam, em 1940, 1.807 recursos, número que ascendeu à soma de 33.345 em 1997, crescendo para 41.662 nos dez primeiros meses de 1998, calculando-se, no momento da entrevista, que o total de processos deveria atingir, nos doze meses desse ano, a quantidade astronômica de 47.319, uma vez mantida, nos dois meses restantes, a proporção de crescimento verificada de janeiro a outubro.

Esses números causam espanto, mas o que os torna inquietantes é o fato de ter o Supremo Tribunal Federal passado a ser predominantemente uma corte constitucional, dividindo com o Superior Tribunal de Justiça suas antigas funções de corte extraordinária, fato que, seria lícito supor, reduziria seu encargo jurisdicional.

A transferência da parcela mais volumosa do antigo recurso extraordinário para o Superior Tribunal de Justiça obriga-nos a somar os registros de ambas as cortes, para que se possa avaliar a quantidade de recursos em que se alega violação de direito federal, constitucional ou infra-constitucional, sabendo-se que os recursos extraordinário e especial formam a parcela mais significativa dos feitos encaminhados a essas cortes judiciárias.

Considerados os dois tribunais, o número global de feitos a eles atribuído mantém-se igualmente alarmante. Ao Superior Tribunal de Justiça, chegaram em 1997, mais de 100.000 processos, o que mantém uma média semelhante de recursos para cada magistrado, tendo em vista o número deles em ambas as cortes.

3. Para ter-se uma idéia do que representam esses números, é bom compará-los com o que acontece com as cortes de cassação européias e com a Câmara dos Lordes inglesa. Segundo mostra André Tunc², professor da Universidade de Paris, o número de feitos apreciados pelos supremos tribunais europeus foram os seguintes: Corte Suprema da Suécia, em 1950, 83

² *Révue internationale de droit comparé*, 1978, n° 1.

recursos e em 1965, 67. Na Suprema Corte da Noruega, tida pelo jurista, neste particular, como "moins sévère", foram apreciados, em 1976, 88 processos, selecionados pela Corte dentre os 276 que lhe foram submetidos nesse ano.

Já a Corte de Cassação francesa introduz, segundo Tunc, o observador "dans un monde radicalement différent." O volume por ela apreciado oscilava então ao redor de 10.000 recursos por ano. Contribuía, para essa "inflation" de recursos, segundo o jurista, dentre outros fatores, o controle da qualificação dos fatos que a Corte considera caber ordinariamente em sua competência³.

Observe-se, no entanto, que as cortes européias, no particular, a francesa e a italiana, são tribunais de cassação, com tarefas menores do que os nossos supremos tribunais, aos quais, uma vez admitido o recurso, cabe prover sobre o mérito da causa, tendo-se igualmente presente que a Cour de Cassation francesa contava, então, com 100 magistrados, enquanto a italiana, apreciando anualmente cerca de 35.000 recursos, possuía aproximadamente 300 juizes, de modo que cada magistrado, teria proferido, no período de um ano, apenas em um caso isolado, cerca de 350 decisões motivadas, mas a média não atingiu 150 recursos para cada julgador.

É significativo, por outro lado, observar que nosso Supremo Tribunal apreciou um número de recursos praticamente idêntico ao julgado pela Cassação francesa, naquele ano de 1976 — 2.328 recursos⁴ —, embora contasse com uma dezena de magistrados, contra os 100 que compunham o tribunal francês. Este dado mostra como nossa situação subseqüente agravou-se, em virtude de circunstâncias sociais, políticas e, basicamente culturais, incomparáveis com as condições européias.

Tendo presente que o número de recursos apreciados pela Corte francesa e o vertiginoso crescimento do número de recursos atribuídos às nossas cortes, — hoje cerca de quinze vezes maior do que os apreciados naquele período —, para usar a expressão de Tunc, diríamos que nossa situação atual introduz-nos realmente "num terceiro mundo", absolutamente diferente do mun-

³ p. 19.

⁴ cf. Antônio Carlos Marcondes Machado, *Revista de Processo*, R. T. n° 42, p. 62.

do em que vivem os países europeus e distinto mesmo dos casos especiais da França e da Itália.

Já a Câmara dos Lordes julgara, em 1976, 49 recursos, aí computados os oriundos da Escócia, relativamente aos quais não dispõe a Corte do poder de selecionar os feitos por sua relevância, como pode fazê-lo nos demais casos. São igualmente conhecidos os números relativos à Suprema Corte norte-americana que, embora sejam superiores a quantidade de feitos julgados pela Corte inglesa, não costumam ir além de duas centenas.

4. A comparação dessas estatísticas com a situação de nossos tribunais superiores terá de ser feita naturalmente com cuidado, levando em conta que os registros datam de mais de vinte anos, relativamente aos dados utilizados para comparação com os tribunais brasileiros. Por outro lado, à semelhança da Suprema Corte americana, a nossos tribunais superiores cabe o re julgamento da causa, quando as cassações poderão, em princípio, determinar o reenvio do processo, para que outro tribunal pronuncie o juízo *rescisorium*.

A comparação deve igualmente levar em conta a eventual tendência de crescimento do número de feitos verificado no curso de um período mais ou menos dilatado de tempo, como de fato ocorreu no caso francês em que a Corte de Cassação, em seus primórdios, apreciava anualmente cerca de 200 recursos, já em 1920 passara a julgar 2.000, aumentando, portanto, dez vezes em cem anos, para novamente crescer cinco vezes nos cinquenta anos seguintes.

Entretanto, comparados o caso francês e o italiano que, nessa época, já apreciava a significativa soma de 35.000 recursos, com as cortes que podem limitar, através de seleção discricionária, os feitos que irão merecer sua apreciação, constata-se desde logo que, no primeiro caso, o extraordinário volume de recursos acaba por transformar a corte em instância recursal comum, uma vez que suas decisões tornam-se inevitavelmente de interesse exclusivo dos litigantes, sem a menor relevância para o sistema, abstratamente considerado.⁵ Que interesse poderá ter para o Direito francês,

⁵ André Tunc., ob. cit., p. 442.

considerado em sua unidade, os 800 recursos sobre responsabilidade civil, julgados pela Cassação francesa em 1975 ?⁶ É natural que essas cortes transformem-se em juízos de terceira instância, pois seus julgamentos passam a interessar apenas às partes litigantes.

5. A não ser que se imagine que essa quantidade assombrosamente crescente de recursos extraordinários, que se multiplicam a cada ano, seja devida a uma surda rebelião contra a federação brasileira, inconformidade orquestrada pelos tribunais ordinários contra a ordem jurídica federal — procurando “negar-lhe vigência” —, é forçoso concordar com outro magistrado, ex-integrante da Suprema Corte que, em artigo publicado na imprensa diária, sob o título de “*O Direito que Atormenta*”, chega à conclusão de que a situação vivida pelo foro brasileiro é simplesmente patológica.⁷

6. A. Castanheira Neves, em luminoso estudo sobre a missão dos tribunais superiores, no direito contemporâneo, mostra que a função originariamente imposta à cassação, — qual seja a “defesa em abstrato da lei” —, é um dos tantos ideais do Iluminismo que a História sepultou, assim como deveríamos ter igualmente superado o desejo de uniformizar a jurisprudência, objetivo que nosso ordenamento constitucional ainda persegue, através dos recursos de índole extraordinária.⁸

Na verdade, a uniformização da jurisprudência não é nem possível e nem desejável. Dizia Montesquieu, em defesa da estrita sujeição do juiz à letra da lei: “*Plus le gouvernement approche de la république, plus la manière de juger devient fixe*”⁹, a que respondeu Calamandrei mostrando que a intenção de Montesquieu não fora unificar a jurisprudência, mas destruí-la.¹⁰

É altamente reveladora esta transcrição feita por Calamandrei de um discurso proferido por Robespierre, perante a Assembléia Nacional: “*Ce mot jurisprudence des tribunaux doit être effacé de notre langue. Dans un État qui a une constitution, une législation, la jurisprudence des tribunaux n’est autre chose que la loi; alors il y a toujours identité de jurisprudence.*”¹¹

⁶ Andre Tunc, p. 441.

⁷ Francisco Rezek, *Folha de São Paulo*, 15.11.98, p. 3.

⁸ *O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos supremos tribunais*, Coimbra, 1983, p. 649.

⁹ *L’Esprit des lois*, Liv. VI, cap. III.

¹⁰ *Casación civil*, trad. espanhola, Buenos Aires, 1945, Tomo I, II/105.

¹¹ ob. cit., p. 105

Com efeito, suprimido que fosse qualquer vestígio de volição do ato jurisdicional, de modo a torná-lo puramente declaratório — supondo-se a plenitude do ordenamento jurídico, ideal perante o qual ainda se curva a doutrina afeiçãoada ao princípio da separação de poderes, — , teríamos transformado o produto da atividade jurisdicional, como afirma Frédérique Ferrand¹², em novo texto de lei, a confirmar o princípio de que os tribunais superiores não exercem jurisdição, não passando de meros apêndices do Poder Legislativo.

Se eliminássemos a "irredutível elaboração jurisprudencial do direito" chegaríamos à construção de uma "codificação judicial", como mostra o filósofo lusitano, ao dizer: "Além de que, e decisivamente, perspectivar a função específica dos supremos tribunais tão-só pelo horizonte do normativo geral . . . significaria pensar essa função de novo num sentido axiomático, que excluiria o relevo do corrector, aprofundante e evolutivo problemático concreto ou que dele prescindiria para fixar *a priori* as orientações da jurisdição — à qual, desse modo, os supremos tribunais autoritariamente se sobrepunham, em lugar de se compreenderem antes como uma instância regulativa . . . Fixação *a priori* que tenderia sempre para o modo como que de uma 'codificação judicial' e de novo apagaría a diferença entre legislação e jurisdição."¹³

É por isso que devemos ter presente a grave advertência de A. Passarin D'Entrèves, ao lembrar que foram justamente os países onde a jurisprudência formal — com seu apego ao texto da lei — desenvolveu-se com extrema perfeição, aqueles em que a legalidade ofereceu menor resistência aos desafios das forças destruidoras dos regimes totalitários¹⁴. A relação entre Positivismo legalista e Absolutismo, de que nos ocupamos noutra lugar¹⁵, torna-se portanto compreensível pois, como observou Michel Villey, o jurista, ao assumir a condição de um "technicien sans principes, interprète passif des textes", acaba transformado-se em "esclave du pouvoir; non plus arbitre entre les forces et les intérêts, mais leur instrument."¹⁶

7. Todavia, em franco contraste com todas as variantes do

¹² *Cassation française et Révision allemande*, Paris, 1993, p. 327.

¹³ Castanheira Neves, ob. cit., p. 660.

¹⁴ *Natural law an introduction to legal philosophy*, Edição original de 1951, Londres, tradução de 1972, Madrid, 142.

¹⁵ *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica*, Rev. dos Tribs., 2ª edição, 1998.

¹⁶ *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, 1957, 109.

normativismo de que ainda se alimentam nossas instituições processuais há, na doutrina contemporânea, a definitiva aceitação de que a jurisprudência é fonte criadora de direito; que a lei é apenas uma referência, em cujo círculo de possibilidades o julgador haverá de construir a sentença; que, por isso, é uma crença ilusória a suposição da plenitude do ordenamento jurídico, como se contássemos com um legislador sábio, dotado de poderes sobre-humanos, para prever e prover para o futuro sobre a infinidade incalculável de casos concretos, cabendo ao juiz, "*nella serenità lunare dei sillogismi*"¹⁷, como um ser inanimado, como pretendia Montesquieu, apenas declarar a "vontade da lei".

Este pensamento iluminado, além de conceber o ordenamento jurídico como sendo capaz de fornecer ao juiz a solução do caso particular — tornando a sentença puramente declaratória de um direito anteriormente constituído — pressupõe também, na figura do julgador alguém que, milagrosamente, se tenha desligado da tradição, de seus vínculos sociais e valores, transformado, como diz Villey, num "técnico sem princípios."¹⁸

8. Vários fatores contribuíram para revelar a falácia desse racionalismo que pretendeu submeter o direito aos esquemas epistemológicos das ciências ditas exatas. Dentre eles, assume relevo a circunstância de termos de conviver, em nossa experiência contemporânea, com uma sociedade basicamente pluralista, a impor-nos o abandono de qualquer veleidade que pudesse legitimar o que John Rawls denomina "doutrinas abrangentes" da justiça¹⁹, como se os princípios religiosos, éticos e políticos que nós professamos devêssem ser impostos aos demais como verdades indiscutíveis.

Para evidenciar esta mesma contingência, vista de perspectiva diferente, mas que conduz à mesma idéia de relatividade histórica do direito, mostra Ágnes Heller que seria fácil obtermos hoje consenso sobre valores aceitos no passado, para repudiá-los como injustos, supondo, porém, que os nossos valores sejam universal e eternamente válidos. Escreve a notável

¹⁷ Calamandrei, *Processo e Democracia*, Opere giuridiche, vol. I, p. 645.

¹⁸ Sobre isto, torna-se obrigatória a referência a Gadamer e à sua obra fundamental (*Verdade e Método*), assim como ao filósofo que, no campo jurídico, lhe segue as lições que é Josef Esser (especialmente, pela importância para o tema que nos ocupa, sua obra "*Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*", tradução do original alemão de 1972, Nápoles, 1983).

¹⁹ *O Liberalismo Político*, edição original de 1993, trad. portuguesa, Lisboa, de 1996.

filósofa: "Nós na atualidade, podemos estar de acordo na afirmação de que 'Estas normas e regras eram injustas'. Ninguém duvidaria agora de que a escravidão é injusta e que o simples fato de existir exigiria sua abolição. Quando, porém, foram escritas *As Mulheres de Troia* e *A Cabana de Pai Tomás* consideravam-se justas as normas e regras relativas à escravidão e o tratamento dado aos escravos, no primeiro caso, praticamente como regra válida para todo o mundo; no segundo, válida para muitos. Deste modo o vocábulo 'deve' em 'Deve abolir-se a escravidão porque é injusta' não teria sido aceita, jamais ou, ao menos, não tê-lo-ia sido consensualmente."²⁰

9. Mas não é apenas o fenômeno do pluralismo social, inerente ao regime democrático, que torna sem propósito imaginar que a lei possa ter uma univocidade essencial de sentido, atemporal e universalmente válido, a ser apenas descoberto pelo julgador. Há outro fator, cuja gravidade ainda não despertou a atenção da doutrina. Trata-se da radical transformação do sentido e, de certo modo, do próprio conceito de lei. Modernamente, as leis "rédigés par des technocrates au sein des ministères"²¹, regulam, como é natural, campos de interesses meramente contingentes, capazes de desaparecerem ou serem alterados com a rapidez com que se transformam, atualmente, os interesses, exigências e expectativas sociais.

Para o pensamento liberal, particularmente para o Racionalismo dos séculos XVII e XVIII, a lei editada pelo Estado haveria de ser uma espécie de "regra do jogo", fundada, como dizia Montesquieu, na natureza das coisas, com a qual manteria uma "relação necessária". Esta compreensão do fenômeno jurídico pressupunha que a norma legal fosse rigorosamente neutra quanto a valores; e, além disso, incapaz de interferir, menos ainda orientar e dirigir o comportamento de seus destinatários. Qualquer idéia que pudesse dar-lhes algum sentido promocional, ou um colorido teleológico, não integrava o pensamento dos juristas do Iluminismo.

Uma comparação com este modo do conceber o Direito, é-nos oferecida por um conhecido filósofo contemporâneo, quando ele compara a validade das regras do jogo de xadrez à validade das normas jurídicas, indagando: "Quem imaginaria *a priori*, uma idéia pura do xadrez, posto no

²⁰ *Más Allá de La Justicia*, edição original inglesa de 1987, Barcelona, 1990, p. 151.

²¹ Frédéricque Ferrand, ob. cit. p. 326.

homem por Deus ou deduzida pela eterna razão humana? O pensamento é ridículo porque não tomamos o jogo de xadrez tão a sério como o fazemos com o direito; e isto se deve apenas à existência das emoções mais fortes associadas aos conceitos jurídicos.”²²

Para Alf Ross, portanto, o legislador comporta-se, ou deveria comportar-se, como, relativamente a uma determinada partida de xadrez, comportar-se-ia quem inventou as regras do jogo, sem a menor preocupação pela sorte dos respectivos jogadores. Ora essa pressuposta neutralidade da lei, como adverte Castanheira Neves, se alguma vez teria existido na história humana, é certo que hoje não existe. A lei, ao invés de manter-se kantianamente apenas como norma delimitadora do espaço vital dentro do qual as pessoas livremente desenvolveriam suas atividades, tornou-se, como o demonstram os milhares de casos de nossa experiência quotidiana, freqüentemente a nossa inimiga.

Quando dizemos que o Estado, mais propriamente a União Federal, tornou-se o maior litigante na justiça brasileira, o que se pretende significar é precisamente isto: o Estado torna-se litigante na condição de produtor de leis que, ao invés de apenas assegurar a liberdade de agir de seus destinatários, interfere gravemente em sua liberdade, protegendo interesses e interferindo nas condições e possibilidades sociais, econômicas, existenciais enfim, de cada um deles. Na verdade, não lutamos, na maioria dos casos, contra a União Federal e sim contra as leis que ela produz, que reputamos injustas.

A partir dessa inquestionável constatação empírica, diz o filósofo: “As leis assim prescritas impõem-se decerto a todos, mas não pode pensar-se, nem mesmo em termos de ficção reductiva, imputá-las ao geral ou ao comum social de todos, já que são efetivamente decididas em função dos votos ou dos interesses duma parte somente da nação — e isso mesmo se proclama e nisso mesmo se sustenta a legitimidade legislativa obtida como resultado da luta política. Ainda que porventura da maioria — e nem sempre o terá de ser — esses votos e interesses têm oposição também legitimada nas próprias instâncias legislativas e por isso, a lei invoca e afirma uma vontade mas apenas a vontade da força política legislativamente dominante ou essa

²² Alf Ross, *On Law And Justice*, tradução espanhola de 1963, Buenos Aires, p. 18.

vontade transacionada com outras vontades políticas também particulares — apenas a vontade da autoridade legislativa. O legislador, nesse sentido, não é, portanto, o Povo e a sua 'vontade geral', mas uma entidade política dele diferenciada ou que com ele e aquela sua vontade se não pode confundir. De Rousseau e Kant regressou-se a Hobbes: a lei é a prescrição normativa do poder *stricto sensu*"; pois, como diz Castanheira Neves, a lei tornou-se o "instrumento normativo de que o poder político lança mão para realizar a sua política" e aquela sonhada "neutralidade jurídica da lei possibilitou que ela adquirisse uma direta intenção política e desse modo se transformasse num 'processo de governo'. E ao sonho iluminista de "reduzir o político ao jurídico substitui-se hoje a instrumentalização do jurídico pelo político"²³. Os tribunais é que passaram a exercer importantes e graves funções políticas. De modo que, para dizer com Calamandrei, o juiz poderá ser neutro, mas não o será, por certo, a lei que lhe incumbe tornar efetiva.

O fenômeno, sem precedente na História, do crescente "apelo ao juiz", a transformar, como disse Fritz Baur, o Estado de Direito em verdadeiro "Estado de tutela judicial", oferece um aspecto de singular ilogicidade, porquanto a busca crescente da tutela processual, a invadir áreas antes excluídas dessa forma de proteção estatal, ocorre precisamente no momento em que predomina um sentimento generalizado de desconfiança e repúdio contra o Estado.²⁴

10. O pensamento que se oculta sob a concepção em geral do direito processual civil — em que predominam os procedimentos intermináveis, cujo paradigma é o procedimento ordinário —; e particularmente a idéia que subjaz sob o modo como instituímos o sistema de recursos, deita raízes no mais puro e radical Iluminismo, que nos obriga a buscar, qualquer que seja o preço exigido pelas circunstâncias, a miragem de uma justiça perfeita, como se apenas o último julgamento da última instância fosse o guardião do segredo de uma justiça divinamente perfeita. É a mesma ideologia que suprimiu de nosso horizonte os juízos de verossimilhança, pretendendo-se, como sonhavam Leibniz e os demais filósofos racionalistas, que as ciências do comportamento humano, especialmente a moral e o direito, fossem tão demonstráveis como qualquer equação matemática. Como a questão da

²³ ob. cit. p. 585-587

²⁴ *Il processo e le correnti culturali contemporanee*, Riv. dir. processuale, Milão, 1973, p 261.

justiça ou injustiça a ser atribuída ao caso concreto, não é um problema do juiz mas do legislador (Hobbes), àquele haveria de caber, pura e simplesmente, a aplicação da lei. A sentença deixaria portanto de ser justa ou injusta, para tornar-se, simplesmente certa ou errada, como em qualquer operação algébrica (criticando essa visão racionalista, diz Antonio Saitta, aludindo à decisão constitucional, que ela “non può, praticamente mai, essere “vera” o “esatta”, mas semplicemente “accetabile”).²⁵

Enquanto os valores, além de relativos, admitem infinitas gradações, de modo que se pode imaginar uma sentença que seja “menos justa” ou “mais justa” que outra — ambas, no entanto, legítimas e ditadas segundo a lei —, o raciocínio matemático será sempre unívoco. Não pode haver uma equação algébrica menos ou mais certa do que outra. Ou ela é correta ou estará definitivamente errada.

Esta foi a pretensão do Racionalismo, defendida por Hobbes, Leibniz, Spinoza e outros, na esperança de que se pudesse transformar o Direito numa ciência rigorosamente exata. Nosso sistema recursal é caudatário dessa espécie de epistemologia. Enquanto não a superarmos, recuperando a dimensão retórica do direito como ciência do diálogo, “ciência do convencer”, a operar com verdades contingentes, não necessárias, em que predomina a verossimilhança, tudo o que se fizer em matéria de recursos, antes de contribuir para a solução da crise, poderá agravá-la.

11. A revisão de nosso sistema recursal que, a nosso ver, tornou-se um imperativo inadiável no atual processo civil brasileiro, tanto para as instâncias ordinárias quanto para os tribunais de direito estrito, exige que se tenha presente que as Cortes Supremas não são infalíveis e cometem igualmente injustiças, como os homens e suas organizações políticas e sociais haverão de cometê-las sempre. E não é apenas bom, mas indispensável, que as Cortes Supremas cometam, vezes por outras, injustiça, ou que, aos olhos do sucumbente, sejam suas decisões eventualmente injustas. Nossa capacidade de pensar a justiça — esta é a condição humana fundamental — está e sempre haverá de estar presa, não apenas à idéia, mas à possibilidade concreta de injustiças !

²⁵ *Logica e retorica nella motivazione delle decisiosne della corte costituzionale. Giuffrè, 1996, p. 110.*

Como diz Ágnes Heller, a construção de uma sociedade absolutamente "justa", entendida como aquela em que não houvesse mais injustiças, não seria possível e nem desejável²⁶. No momento em que este estágio fosse alcançado, a sociedade humana perderia sua essência. A imperfeição é o pressuposto de nossa humanidade.

Como mostra Rorty²⁷, a verdade absoluta é uma quimera inconciliável com a natureza humana. A constante busca de uma vida melhor e moralmente mais perfeita, segundo nossos contingentes critérios históricos, opõe-se à idéia de uma sociedade "inteiramente justa", onde impere o que Heller denomina "justiça estática". Esta sociedade, mostra ela, "é realmente um fantasma, porque nem é possível e nem desejável."²⁸

Se é assim, qual a razão para a busca do "justo absoluto", que contribui para tornar o procedimento civil um calvário, já que ninguém poderá assegurar que o resultado final será necessariamente mais perfeito ou mais justo do que o anterior? Na verdade, uma longa tradição, exacerbada pelo Código de 1973, "viciou-nos" em recursos, sendo indispensável que passemos por um processo de "desintoxicação", para afinal recuperar o autêntico sentido de remédio excepcional que o instituto deve preservar; abandonando o caminho, hoje amparado e estimulado pelo sistema, que o transformou em expediente natural, a ser livremente — sem qualquer ônus adicional — utilizado pelo sucumbente.

O exagero na utilização dos recursos tem, além das indicadas, outras causas. Uma delas é sem dúvida o interesse das elites dominantes em que a função judiciária não seja efetiva, a ponto de contribuir para a transformação de nossas instituições. Mas a causa principal, para a sedução que os recursos exercem sobre nós, decorre da circunstância de praticarmos a "ética do perdedor", a lógica do litigante que — temendo perder, mesmo crendo ter razão — passa a confiar nos recursos como o remédio milagroso que o salvará de um magistrado em que ele, por sua submissão ao paradigma, não pode confiar.

A essas duas razões, soma-se naturalmente aquela decorren-

²⁶ ob. cit. p. 313.

²⁷ Richard Rorty, *Philosophical papers - Objectivity, relativism & truth*, original de 1995, Cambridge University Press, 1ª edição bras., Rio de Janeiro, 1997, 60.

²⁸ ob. cit., p. 284.

te do desequilíbrio estrutural, determinado pelo chamado "Processo de Conhecimento" de que nos temos ocupado em oportunidades várias, que acaba privilegiando o demandado, em geral interessado na demora processual.

12. Retomando a intenção de obter, nos estreitos limites deste estudo, um diagnóstico que nos auxilie a compreender a situação de nossos tribunais superiores, é indispensável ter presente que tanto o sistema processual brasileiro, quanto nossa formação jurídica, pressupõem ainda existente e praticável a doutrina da separação de poderes, em que ao legislativo caiba, com exclusividade, a função criadora do Direito, ao passo que ao julgador fique reservado o encargo institucional subalterno de declarar, apenas dizer, o direito inteiramente criado pelo corpo legislativo.

Este pressuposto ideológico impede que se conceba o direito, particularmente o processo, como uma instância hermenêutica, posto que, as doutrinas jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII, com seus sistemas jurídicos construídos *more geometrico*, tiveram como conseqüência o absoluto desinteresse pela hermenêutica²⁹, de que resultou — ou em que teve origem — a proscricção dos juízos de verossimilhança da tradição clássica, na suposição de que a lei somente contivesse uma solução correta, em busca de cuja miragem o ordenamento processual assegura, protege e constitucionalmente estimula o uso dos recursos e sobretudo o acesso aos tribunais supremos.

13. Partindo do pressuposto de que ninguém esteja satisfeito com a condição em que foram colocados nossos tribunais superiores, em virtude de uma tendência histórica que a Constituição Federal levou ao extremo, e supondo que nos caiba reverter a situação de autêntico paroxismo, verificado no campo recursal, parece-nos imperioso, primeiro apontar, como estamos tentando fazê-lo, algumas das causas que têm contribuído para o constante agravamento do fenômeno; depois esboçar as alternativas que, a nosso ver, sejam compatíveis com as modernas funções de um tribunal supremo.

Deixando de lado outras possíveis alternativas, talvez mais simplistas ou menos aconselháveis, parece-nos que duas delas podem ser pensadas como critérios razoáveis, quando não para a solução da "crise", que recrudescer a cada dia, de nossos tribunais supremos, ao menos como contri-

²⁹ Luigi Mengoni, *Ermeneutica e applicazione (Annuario di Ermeneutica)* CEDAM, Milão, 1996, p. 95.

buição relevante para minorá-la, quais sejam a adoção da chamada "súmula vinculante" e a reintrodução do sistema de arguição de relevância, como pressuposto para admissão dos recursos de índole extraordinária, compreendido o recurso especial.

14. A adoção da "súmula vinculante" tem sido defendida por muitos, especialmente por magistrados de várias instâncias. O instrumento não constitui essencialmente uma novidade, uma vez que o direito luso-brasileiro, sob denominações várias e em períodos determinados de sua história, valeu-se de dispositivos processuais se não idênticos ao agora proposto, dele muito próximos, de que os assentos, ainda existentes no atual direito lusitano, e nosso prejudgado e o próprio recurso de revista, conceitual e funcionalmente aproximam-se.

A "súmula vinculante" busca solução para o problema dos tribunais supremos, sem limitar a competência recursal, procurando, ao contrário, preventivamente impedir que, no futuro, sejam os tribunais chamados novamente a pronunciarem-se sobre questões legais já apreciadas por essas instâncias, em grau suficientemente seguro de sua jurisprudência dominante. A respectiva solução torna-se, quando sumulada — tal como a lei —, uma norma geral de observância obrigatória para o próprio órgão emissor do julgado, bem como para as demais instâncias judiciárias.

15. Tal alvitre, porém, mostra-se desaconselhável, por duas razões básicas. A primeira, decorrente de seu pressuposto metodológico, que considera possível, contra a opinião praticamente unânime da doutrina moderna, a uniformidade abstrata de julgados, supostamente idênticos, com implícita recusa ao poder criador da jurisprudência e, portanto, com a igualmente pressuposta negação do caráter hermenêutico do direito, de modo especial de seu momento de aplicação judicial. Escreve, a respeito, Castanheira Neves: "E excluída que está de todo a função originariamente imputada à cassação — a defesa em abstrato da lei —, não menos se deverá considerar inaceitável, conjugando a lógica dessa mesma conclusão com o que acaba de dizer-se, que aos supremos tribunais compita uma função de 'uniformização da jurisprudência' — seja como sua função única, seja como função distinta e formalmente acumulada com uma função jurisdicional que se integre no quadro comum dos recursos — mediante apenas a

fixação e interpretação da lei”³⁰. De resto, como se viu pela certa observação de Calamandrei, esse resultado transformaria o texto sumulado em novo preceito de lei, afastando-o definitivamente da realidade contingente da sempre renovada experiência forense.

A segunda razão, para recusar a solução pela via da “súmula vinculante” é que seu propósito não é propriamente contribuir para a evolução do sistema jurídico, mas ao contrário, aprisioná-lo ao passado, impedindo que a elaboração jurisprudencial lhe permita progredir, em constante convivência com a realidade social que lhe caiba disciplinar.

A partir desta constatação, é que Tunc conclui, baseado na experiência européia, que “*sa fonction essentielle (d’une cour suprême) ne peut être que de clarifier le droit et le moderniser*”³¹, nunca contribuir para estratificá-lo, através da rigidez de uma jurisprudência uniforme; já que, diz o jurista, “*douteuse serait donc l’utilité d’une court suprême que aurait pour seule mission d’essayer de statuer mieux que les cours d’appel*”.

A súmula obrigatória — como o regime dos assentos praticado em Portugal — submete-se ao princípio iluminista, que a segunda metade do século XX superou, que reivindicava para a lei um ilusório sentido de univocidade a que poderão, talvez, aspirar as ciências ditas exatas, nunca uma ciência essencialmente hermenêutica, como o Direito. Como adverte Aulis Aarnio, “a dinâmica do ordenamento jurídico é produzida, em última instância pelos juristas práticos. Deste ponto de vista, o “criador” mais importante do sistema — mais do que o legislador — é o juiz, especialmente os juizes da Corte Suprema”³², de modo que a função criadora, progressista e inovadora do sistema jurídico é que deve ser preservada como a legítima função contemporânea dessas cortes superiores, não aquela alcançável pela súmula vinculante que, antes de tornar-se instrumento de evolução do sistema, procura mantê-lo preso ao passado.

16. É possível dizer, apropriando-nos do pensamento de André Tunc, que a moderna função dos tribunais supremos há de ser a de um instrumento voltado para o futuro, que vise à unidade do Direito, não à uniformidade

³⁰ ob. cit., p. 649.

³¹ ob. cit., p. 437.

³² *Lo racional como razonable*, original de 1987, tradução de 1991, Madrid, p. 186.

da jurisprudência dos respectivos tribunais.

Para que essas cortes cumpram, nas circunstâncias atuais, sua função primordial, é indispensável que se lhes dê competência seletiva, permitindo-lhes escolher, dentre o número de processos que lhe são encaminhados, aqueles que, pelo grau de relevância para o sistema, mereçam sua apreciação.

André Tunc, na síntese que redigiu para o amplo inquérito levado à efeito junto às cortes de cassação européias, referindo-se à faculdade de seleção atribuída a esses tribunais, assevera: "Un tribunal de cassation que ne pratique aucune sélection des affaires qu'il examine est l'héritier malheureux d'une conception que le met au service de la légalité au sens étroit du terme — au service du respect de la loi écrite à l'exclusion de la jurisprudence"³³; observando o jurista que, segundo Mauro Cappelletti, contribuem para a adoção do critério seguido pelas cortes francesa e italiana a natural desconfiança em seus juizes, herança da campanha contra a magistratura desencadeada pela Revolução Francesa, em sua intenção de mantê-los "em seu lugar", desempenhando uma função puramente mecânica e subalterna de aplicação (declaração) da lei, de que resultou o "espírito burocrático" de nossas instituições judiciárias.³⁴

17. Essa opinião é seguida por Castanheira Neves, em sua proposta de eliminação do regime dos assentos vigente em Portugal, único país, segundo ele, a manter súmulas obrigatórias — como se lê nesta passagem da obra citada, em que o jus-filósofo preconiza a adoção de um "caráter seletivo", a condicionar a intervenção do Supremo Tribunal: "Essa intervenção não deverá prescrever-se obrigatória, verificados que sejam apenas certos pressupostos formais — a simples divergência de decisões jurisprudenciais ou quaisquer outros —, como é característico, e criticamos, no nosso regime dos assentos; mas, bem ao contrário, o Supremo Tribunal haverá de ter o poder

³³ ob. cit., p. 24.

³⁴ Sobre esta influência da revolução européia nos sistemas do direito escrito, a que ficou imune a Inglaterra, ver também John H. Merryman, *The Civil Law Tradition*, 1969, trad. de 1971, México.

de selecionar os casos da sua intervenção com vista à unidade do direito, ajuizando autonomamente da oportunidade dessa sua intervenção, em função da importância dos problemas jurídico-jurisprudenciais para aquele objetivo.”³⁵

Portugal é o único país, afora os socialistas e os da *common law*, a adotar o regime sumular³⁶, mas a respeito deste, como o jurista reconhece, é bom ter presente que os precedentes, ao contrário de serem, como o são os assentos, fórmulas abstratas — tal como as leis —, valem mais por seus fundamentos, enquanto *rationes decidendi*, ligados ao caso e suas circunstâncias. Não valem por seu enunciado genérico ou, como diz Dworkin, a “força gravitacional de um precedente define-se pelos argumentos de princípio que lhe servem de base”³⁷; não como proposição abstrata que o julgador deva aplicar, sem vinculá-lo às razões que o justificaram, ao ser constituído como precedente.

Dennis Lloyd, eminente professor de Jurisprudência na Universidade de Londres, mostrando que, em certas circunstâncias, os precedentes tornam-se vinculantes para o próprio tribunal que os editou, como para os demais, assenta que a corte, especialmente a Corte Suprema, poderá sempre concluir que o “princípio orientador” do precedente foi enunciado de maneira incorreta, ou por ser demasiado amplo, ou excessivamente limitado, podendo, em tal caso, B“elucidar qual fora de fato a *ratio* orientadora do julgamento anterior, para modificar o sentido do precedente, ou não segui-lo, pois como diz o jurista, “a parcela da decisão que é vinculativa é referida à *ratio decidendi*”. “A idéia subjacente, afirma Lloyd, é que todo o caso que aplica uma lei a um dado conjunto de fatos é animado por um princípio legal que é necessário para se chegar à decisão, e esse princípio é que constitui o elemento vinculativo do caso.”³⁸ Como diz Adele Anzon, “*l’intero iter mentale che porta alla decisione*”, é que se torna essencial para caracterizar o sentido do precedente, legitimando a “*applicabilità de tale ratio decidendi*.”³⁹

18. O precedente, ao contrário da súmula de jurisprudência pre-

³⁵ ob. cit., p. 663.

³⁶ Castanheira Neves, ob. cit., p. 59-68.

³⁷ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 2ª edição da trad. espanhola, Madrid, 1977, p. 188; no mesmo sentido Lênio L. Streck, *Súmulas no Direito Brasileiro*, Livraria do Advogado, 1995, p. 289.

³⁸ *The idea of law*, trad. da edição de 1981, Martins Fontes Editora, S. Paulo, 1985, p. 242.

³⁹ *Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi*, Giuffrè, 1995, p. 56.

dominante, e instrumentos análogos, surge não para consolidar, mas para modificar a jurisprudência até então seguida pelo tribunal. Esse sentido transformador do precedente, através do qual a ordem jurídica se rejuvenesce, para acompanhar as exigências sociais, permite, como ocorre no caso americano, que as cortes supremas contribuam para o progresso e constante modernização do Direito, assegurando-lhe a unidade, função primordial e indispensável a ser exercida pelas supremas cortes e que as nossas dificilmente poderão exercer em sua plenitude, assoberbadas como estão por um volume extraordinário, absolutamente despropositado, de recursos que as torna, por isso mesmo, questão do exclusivo interesse dos respectivos litigantes.

É por esta via que os juízes do *common law* podem recusar-se a seguir o precedente, mostrando que o caso de que se cuida apresenta peculiaridades que o fazem diverso daquele que permitira sua criação; ou mesmo por apresentar-se o precedente destituído de razoabilidade⁴⁰, ao olhos do julgador.

A renúncia ao desejo de uniformidade jurisprudencial — ideal capaz de ser alcançado nos períodos de grande estabilidade social — é o preço que as épocas de crise e profundas transformações, como a nossa, devem pagar, para manter o império do Direito. Quando, “no decurso do desenvolvimento civilizatório aumentam a complexidade e a variabilidade das condições naturais, psíquicas e sociais da vida . . . torna-se cada vez mais inadequada uma estrutura jurídica rígida . . . Assim se altera o sentido do direito: ele é obrigado a já não excluir a variabilidade, mas sim a absorvê-la.”⁴¹

19. Não se ignora, por certo, que a experiência brasileira com o sistema seletivo, através do regime da arguição de relevância, não ofereceu os resultados esperados; e nem se pode agasalhar a esperança, por certo exagerada, de que a reintrodução dessa técnica possa aliviar significativamente a situação dos tribunais superiores, pelo menos enquanto não repensarmos os fundamentos de nosso sistema recursal — de modo a recriar a destruída jurisdição de primeiro grau —, reeducando-nos para não persistir no equívoco da França, onde “*le pourvoi en cassation est devenu 'le réflexe normal' du plaider qui a perdu son procès*”⁴², situação alarmante e, acima de tudo, deses-

⁴⁰ Gustav Radbruch, *Der Geist des englischen Rechts*, trad. italiana, Milão, 1962, p. 33-34.

⁴¹ Niklas Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, ed. alemã de 1969, trad. bras., Editora Universidade de Brasília, 1980, p. 121.

⁴² André Tunc, ob. cit., p. 441.

perada a que chegamos, com requinte de exagero, que nos coloca em condições muitíssimo mais graves, quando comparadas à situação européia.

Mesmo assim, a faculdade, que se deve reconhecer aos tribunais supremos, de selecionar, discricionariamente, os recursos que irão merecer seu julgamento é a providência inicial, pedagógica, para a retomada do caminho, que nos poderá conduzir ao processo de revisão de nosso perverso sistema recursal.

Como o acesso direto ao problema — derivado da doutrina da separação de poderes, e a conseqüente natureza da função jurisdicional que ainda praticamos — está-nos vedado, pela força do próprio paradigma, outra alternativa não nos resta senão o alcançarmos através de suas conseqüências.

Se ainda não adquirimos uma visão suficientemente lúcida da necessidade de repensar com seriedade a natureza da função jurisdicional que o conjunto de determinantes históricas e sociais nos impõem, de modo que se possa resgatar a jurisdição de primeiro grau, com a natural e desejável redução dos recursos — inclusive e especialmente com a limitação do efeito devolutivo da apelação —, então o remédio de que podemos valer-nos será atingirmos a causa, atacando sua conseqüência, procedendo a um corte cirúrgico no sistema de recursos.

Não deixa de ser sintomático que os legisladores venham, ao longo do tempo, buscando reduzir a insuportável morosidade de nossa Justiça, através do aprimoramento do sistema recursal, sem jamais preocupar-se com a causa verdadeira do fenômeno, que reside, certamente, no estilo da função jurisdicional que praticamos, com o conseqüente menosprezo, como disse Cappelletti⁴³, pela jurisdição de primeiro grau, domínio ignorado pelas reformas.

20. Conhece-se certamente a reação, oposta por vários setores da comunidade jurídica, ao regime da “arguição de relevância”, a par de seu quase inexpressivo resultado como instrumento destinado a conjurar a crise do Supremo Tribunal Federal, no período em que foi empregada, sob vários argumentos, dentre as quais avultava a alegação de ser inteiramente imotivada

⁴³ *Dictamen iconoclastico sobre la reforma del proceso civil italiano*, in *Proceso, ideologia y sociedad*, trad. de 1974, Buenos Aires, p. 278.

a decisão que julgava o pedido de reconhecimento da relevância da “questão federal”, agora reforçados pela mácula de inconstitucionalidade, decorrente do dever de motivação que a Carta Constitucional prescreveu.

O dever de motivação tem certamente razões e vantagens que seria impossível obscurecer. Entretanto, é sempre bom ter em conta que, em períodos de rápidas e profundas mudanças sociais, como o nosso, em que o julgador não comungue das mesmas motivações que inspiraram o legislador, a motivação poderá não passar de um simples subterfúgio, como disse Calamandrei⁴⁴, que apenas oculte as verdadeiras razões do julgamento; sem contar que um texto legal, especialmente aqueles que chegam às instâncias superiores — como os “casos difíceis” de Dworkin⁴⁵ — permitem ao juiz a adoção de duas ou mais motivações diferentes e muitas vezes antagônicas, todas, no entanto, como diria Hans Kelsen, legitimamente tomadas dentre as “várias possibilidades” criadas pela “moldura” da norma legal⁴⁶. Nesses casos, que hoje constituem a imensa maioria, a motivação do ato jurisdicional, antes de evitar a inconformidade do litigante, conquistando-lhe a adesão, por ter-se-lhe mostrado a correção do julgamento, supostamente inquestionável — uma das razões políticas que justificaram, na idade do Racionalismo, o dever de motivarem-se as sentenças⁴⁷ —, produz justamente o efeito contrário, dando azo a novas inconformidades e outros recursos.

De mais a mais, nossa cultura que devota, como já o dissemos, uma profunda desconfiança em nossos magistrados — seqüela da herança legada pela Revolução Francesa —, convive perfeitamente com o Júri Popular, em que as sentenças não são motivadas e de cuja justiça podemos dar, baseados em nossa experiência pessoal da tribuna do Júri, um eloqüente testemunho favorável. Raríssimos são os casos em que a comunidade social considera injustas as decisões tomadas pelos corpos de juízes leigos que o compõem. Isto prova que o “dever de motivação” relaciona-se diretamente com a desconfiança moderna em nossos magistrados. Quanto mais se perdeu, na poeira do tempo, a natural legitimidade a função de julgar; quanto mais se tornou a judicatura um serviço público burocrático, como qualquer outro, tanto

⁴⁴ *Processo e Democracia*, Opere giuridiche, vol. I, p. 674.

⁴⁵ *Taking Rights Seriously*, p. 198.

⁴⁶ *Teoria Pura do Direito*, 3ª edição portuguesa, 1974, p. 467.

⁴⁷ Manuel Ortells Ramos, *Origen histórico del deber de motivar las sentencias*, Revista de derecho procesal iberoamericana, Madrid, 1977, n° 4, p. 903 e sgts.

maior a exigência de motivação. Mas a falta de motivação das decisões sobre "arguição de relevância" não impediria, porém, sua adoção, uma vez que seria possível impor ao julgador o dever de explicitar, sucintamente embora, os fundamentos do julgado.

21. É certo que o sistema de "arguição de relevância" não é incompatível com a "súmula vinculante", mas as demandas relativas aos chamados "direitos individuais homogêneos" e a outras ações análogas, fonte de recursos idênticos, reproduzidos aos milhares e às vezes às dezenas de milhares, a absorverem os tribunais superiores, poderiam encontrar solução, a nosso ver, através de outros instrumentos, como por exemplo a instituição de uma norma legal que estendesse ultra partes a coisa julgada contida em decisão proferida em última instância pelos tribunais supremos, em ações desta espécie — sabido, como é, que o vínculo da coisa julgada não é o mesmo que decorre da "súmula vinculante" —; ou então, fazendo com que a propositura da respectiva ação individual determinasse sua automática transformação em ação coletiva, ou impusesse a suspensão de seu curso, até que o órgão competente ajuizasse uma ação coletiva, capaz de produzir coisa julgada ultra partes.