

critérios puramente pessoais na decisão de pequenos conflitos e incidentes, e, finalmente, porque seria educativo, como exercício de cidadania, para os jurados. Estes deviam servir por pouco tempo, de modo a possibilitar a participação de muitos membros da comunidade na colaboração com a Justiça. É um exercício de democracia, tal como no júri, onde os cidadãos chamados a servi-lo comparecem e revelam compenetração do papel de juízes que estão desempenhando.

É preciso reavivar a instituição dos juízes de paz, eleitos pela comunidade, para o exercício da função de juízes de casamento e para o exercício da conciliação entre os inúmeros casos de briga de vizinhos, de rugas de moradores, até de desavenças conjugais... É o que se chamava antigamente a justiça do “bom varão”... Convém estimular que os melhores e mais respeitados da localidade dêem a contribuição do seu prestígio à paz da comunidade. O projeto Jairo Carneiro suprime a eleição dos juízes de paz e os quer escolhidos, sem dizer de que modo, o que nos parece um retrocesso do ponto de vista democrático (art. 102, II). Em compensação faz um avanço no inciso III desse mesmo artigo 102, mandando criar, “mecanismos assegura-dores de maior capacidade e flexibilidade da distribuição da Justiça...”

Sejam juízes singulares, ou o escabinato, funcionando em caráter permanente, podem eles julgar prontamente, decidindo de plano, sem papelório, com execução imediata, processo oral, composição, sanção que não seja prisão, ou absolvição, se for o caso.

Das decisões proferidas nesses processos não deverá caber recurso especial ou extraordinário. Não subindo aos tribunais superiores e ao Supremo tais decisões, haveria um automático desafogo das instâncias maiores.

Voltemos às súmulas vinculantes, que, se eliminadas em relação ao Supremo Tribunal Federal, pela emenda já aprovada pelo Senado, persistem no projeto Jairo Carneiro em relação ao Superior Tribunal de Justiça e aos demais tribunais superiores.

Sobre esse tema nunca é demais repetir que o pretendido efeito vinculante dos precedentes judiciais afrontaria duas garantias institucionais maiores, ou seja, dois institutos postos na Constituição para garantir os direitos fundamentais do cidadão.

O primeiro deles é a separação de Poderes, inscrita no art. 2º da Constituição. A independência recíproca dos Poderes pressupõe, como é óbvio, que cada um deles exerça uma função exclusiva; caso contrário, haveria superposição funcional. A função precípua e exclusiva do Poder Legislativo, como estabelecido desde os primórdios do regime democrático moderno, é a de ditar as leis, entendidas como expressão da vontade geral do

povo. Ora, a súmula com efeito vinculante absoluto para os tribunais inferiores e para os juízes de primeira instância significa a introdução de um sucedâneo da lei em nosso sistema jurídico, produzindo a superposição ou conflito de atribuições entre os Poderes Legislativo e Judiciário.

A segunda garantia institucional afrontada pelas súmulas vinculantes é a liberdade-poder de todos os magistrados de decidir os litígios segundo a lei, conforme o seu convencimento pessoal. Essa independência da magistratura não pode ser suprimida nem mesmo reduzida, não só, como é óbvio, pelos demais Poderes, mas também pelos tribunais superiores ou órgãos dirigentes do poder judiciário. Os tribunais inferiores e os juízes de primeira instância ficariam proibidos de julgar livremente os casos abrangidos pelo pronunciamento prévio dos tribunais superiores, com a supressão do princípio do duplo grau de jurisdição.

Nos primórdios da República, Rui Barbosa defendeu um juiz punido pelo Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul porque divergia de decisões desse mesmo tribunal, dando interpretação diferente sobre tema ligado à instituição do júri. Rui observou, com sutil ironia, que se tratava de um crime de hermenêutica... E o Supremo lhe deu razão duas vezes, porque o mesmo juiz foi de novo condenado pelo tribunal gaúcho por idêntica divergência de interpretação.

A emenda do senador Ronaldo Cunha Linha transferiu a matéria para as decisões do Supremo Tribunal Federal, que se tornariam vinculantes nas condições por elas estabelecidas. Ousamos divergir dessa imposição à magistratura porque ela não passa a ser constitucional porque constante de uma decisão e não da súmula. O temperamento adotado, exigindo, para a vinculação, uma declaração expressa do acórdão e que este seja tomado pela maioria de dois terços dos juízes da Corte, não altera a violação do princípio da independência da magistratura. Não estamos no sistema americano da common law, onde há dois tipos ou efeitos das decisões judiciais sobre os casos futuros: o efeito meramente persuasivo, equivalente ao das atuais Súmulas, entre nós, e o efeito vinculante (Binding precedents). Mesmo nesta última hipótese, o efeito obrigatório do precedente é sempre relativo, podendo o juiz ora desconsiderá-lo por se tratar de fatos diversos e, também, mesmo reconhecendo a identidade dos fatos, caso ele seja “desarrazoado e inconveniente” (unreasonable e inconvenient), desde que o juiz decline cumpridamente as razões para esse julgamento (P. F. Smith e S. H. Bailey, *The Modern English Legal System*, 1984, ps. 278 e seg. ).

A Corte Suprema americana julga dentro do sistema difuso de controle da constitucionalidade das leis. Como explica, com muita clareza, o prof. Oscar Vilhena Vieira, em livro recente, “a lei julgada inconstitucional

não é retirada do mundo jurídico. Ela simplesmente deixa de ser aplicada por aquele juiz, qualquer juiz. A funcionalidade desse modelo, onde a todo e qualquer juiz é entregue a possibilidade de inaplicar leis emanadas do parlamento, deve-se, em grande medida, à força do princípio do *stare decisis* que impera no direito americano. Este princípio impõe que os tribunais e juízes inferiores devam ficar vinculados à decisão da Corte Suprema. Muito embora a lei não seja revogada, a decisão da Corte retira a força do ato normativo, na medida em que os demais juízes e tribunais ficam vinculados ao julgamento da inconstitucionalidade por ela proferida” (“Supremo Tribunal Federal” – *Jurisprudência Política* – ed. Rev. Tribunais, 1994, p. 44).

Adianta Oscar Vilhena que o controle da constitucionalidade jamais foi previsto na Constituição americana, sendo resultado, na tradição da *Common Law*, da aceitação reiterada dos magistrados. E, além de tudo, “esse poder de controlar a compatibilidade das leis decorre da jurisprudência americana e não de leis positivadas de forma expressa” (id. p. 45).

Acentuemos, desde logo, que se trata de vinculação a controle de inconstitucionalidade, que “percorre um longo caminho, dos tribunais inferiores até a Suprema Corte” (id. id. p. 48).

Percebe-se, de logo, a inviabilidade de se introduzir o instituto do precedente absolutamente vinculante nos sistemas jurídicos da família romano-germânica.

Nestes, como sabido, a fonte primária do direito é sempre a lei, isto é, a norma geral e abstrata emanada do Poder competente, o qual, no regime democrático, é o próprio povo diretamente, ou os seus representantes legitimamente eleitos que formam o órgão estatal legislativo. Os juízes não têm legitimidade democrática para criar o direito, porque o povo não lhes delegou esse poder. A sua função precípua, na organização estatal, é a de funcionar como árbitros supremos dos conflitos de interesse na aplicação da lei.

Neste período de transição que o mundo atravessa é preciso manter e sustentar um sistema democrático de governo adotando “as bases ideológicas do estado social”, tal como o sugere e define o mestre Paulo Bonavides, no último capítulo de seu livro “Do Estado Liberal ao Estado Social”:

“Vimos um Estado liberal que fundou a concepção moderna da liberdade e assentou o primado da personalidade humana, em bases individualistas.

Vimos o seu esquema de contenção do Estado, que inspirou a idéia dos direitos fundamentais e da divisão de poderes.

Vimos, do mesmo passo, as doutrinas que reinterpretem a liberdade, abrindo caminho para o Estado social.

Chegamos, em suma, à conclusão de que este supera definitivamente

o antigo Estado liberal, e, segundo a teses que sustentamos, tanto se compadece com o totalitarismo, como também com a democracia.

Estado social significa intervencionismo, patronagem, paternalismo.

Não se confunde com o Estado socialista, mas com este coexiste.

O mundo moderno fê-lo uma necessidade, não importa sob que regime político.

O Estado social da democracia se distingue, em suma, do Estado social dos sistemas totalitários por oferecer, concomitantemente, na sua feição jurídico-constitucional, a garantia tutelar dos direitos da personalidade”.

Essa é, também, a lição que nos legou Rui Barbosa, no fim da vida, a democracia social, pregada no famoso discurso de 1919, onde assinalou

“a incomensurável transformação das noções jurídicas do individualismo, restringida agora, por uma extensão cada vez maior, dos direitos sociais”.

Infelizmente, as reformas em andamento não estão caminhando no sentido do “estado social da democracia”, já antevisto pelo gênio do patrono dos advogados e hoje defendido e preconizado pelo saber do grande professor cearense, mas, ao contrário, marcham para retroceder a um individualismo egoístico, à quinta-essência de um capitalismo concentrador e infenso às conquistas e aos direitos das diversas categorias de assalariados.

A globalização e inter-relação de economias díspares são uma experiência, que todos estão suportando, e os resultados apresentados até agora não justificam a euforia dos seus turiferários. O Estado não pode nem deve ser alijado de atividades imprescindíveis nem se despojar de riquezas que possam envolver a estratégia de sua segurança. Há um limite que devemos opor aos teóricos radicais das privatizações e esse limite está no primeiro fundamento da própria existência como Nação independente, que é a soberania, como está inscrito no pórtico da Constituição