

13-LEGISLADO, NEGOCIADO E ATIVISMO JUDICIAL. OS JUÍZES LEGISLAM?

Antônio Álvares da Silva

A questão do negociado/legislado deve ser também posta em função da atividade do magistrado, ao aplicar a lei. Com isto, levanta-se o problema das fontes do Direito que hoje se submete a uma visão integrativa e coadjuvante da criação e aplicação da norma jurídica.

Como salienta Collingwood, em primeiro lugar vem a experiência. Depois, a reflexão sobre ela.¹ A reflexão é que conforma os fatos dentro dos padrões científicos e dá-lhe um lugar na ciência que é, em última análise, uma visão ordenadora dos fatos de seu objeto material.

Diz Emílio Boutroux que "na experiência um objeto é primeiramente dado, em segundo lugar pensado" ²

Conforme Jaspers,³ Heisst Wissenschaft nicht nur das zwingende Wissen in der Welt, sondern auch die rationale Form einer methodischen Mitteilung... Chama-se ciência não somente o conhecimento necessário no mundo, mas também a forma racional da comunicação metódica ou, em tradução livre, ciência não é só o conhecer, mas também a forma racional de expor o conhecido.

O homem se comunica através da linguagem que é o maior fator identificativo da nossa espécie.

As ideias colocam-se em palavras, estas na frase formando a sintaxe que finalmente, correlacionando os sentidos, movimenta-se pela dinâmica própria da gramática – verbos, adjetivos, substantivos, palavras relacionais- preposição, conjunções.

¹ Collingwood, R.G. A ideia de História. 8 ed. Lisboa, Presença, 1994, p. 19.

² Boutroux, Emílio. Kant. Lisboa, Cadernos Culturais, s.d., p.31

³ Jasper, Karl. Philosophie I – Philosophische Weltorientierung. 4ª Auf. Berlin: Spring-Verlag, 1973, p. 318

Forma-se assim a vasta cadeia da comunicação, que consiste na passagem de significados entre dois falantes, que se intermedeiam em atitude ativa (fala e entendimento) ou na passiva (entendimento e depois fala), tudo estruturado em torno do interesse da comunicação.

Esta faculdade, exclusiva do ser humano, habilita-o a fazer a chamada "referência deslocada", expressão de Chomsky ⁴ para designar a inédita capacidade humana de falar sobre algo distante, sem se favorecer do contexto, contando apenas com a abstração das palavras e sua situação na lógica da gramática.

Mas o sentido das palavras não é definitivo nem fixo. Não há nelas uma captura definitiva de significado pois, sendo a vida um movimento constante, movimenta-se também a linguagem para acompanhar a vida, refletindo os processos mentais humanos, o fluxo e a natureza do pensamento.

No dia em que o sentido das palavras se tornar imóvel e a linguagem estagnar-se no tempo, estará definitivamente lesada a comunicação entre os homens e o contato entre pessoas.

Como organismo vivo, sempre presente na vida humana, a linguagem nos acompanha como instrumento de nós absolutamente inseparável. Diz Cassirer, "All linguistic denotation is essentially ambiguous and in this ambiguity, this paronymia of words lies the source of all myths." ⁵

Nesta "paronímia" e nesta "ambiguidade" repousa a insegurança, mas também a porta aberta para a renovação e perpetuação da linguagem, que se refaz com a evolução da sociedade humana, acompanhando-lhe os fatos e dando significação e qualidade à comunicação entre os atores sociais.

Portanto temos que admitir este erro e esta vantagem. A linguagem humana é imprecisa, mas sem ela teríamos o caos. Na imprecisão da linguagem está sua renovação semântica e conseqüentemente a atualidade permanente da comunicação.

Como salienta com propriedade Kaufmann,

4 Chomsky, Noam. Linguagem e pensamento. 2ª ed. Petrópolis, Vozes, 1968, p. 11.

5 Cassirer, Ernst. Language and Myth. S. L. Dover Publications, 1946, p. 4.

"Recht ist eine Welt, und alle Welt.. ist ein Produkt der Sprache".⁶

Esta "produção da palavra" é um mundo complexo, dúctil, móvel e estável, mas ao mesmo tempo permanente e movediço, onde se guardam as realizações humanas. Quando nas ciências os fatos se transformam em leis, tornam-se operáveis e produtivos. Na velha fórmula de que, dando-se A segue-se B, está todo o significado das leis das ciências naturais.

A natureza em si oculta todas as causalidades. Nunca as conheceremos todas. Mas as deduzimos lentamente através de pesquisas e processos lógicos, indução ou dedução, até que se tornem demonstráveis, ou seja, correspondam aos fatos que estão em seu conteúdo.

Pela ordenação dos fatos se chega às leis. Para se mover um objeto, há que considerar-se o ponto de equilíbrio, uma haste resistente para removê-lo e a força empregada, capaz de romper a resistência : na conjugação destes fatores está explicada a lei da alavanca, a qual já estava implícita no discurso da observação.⁷

Nada se criou de novo. Apenas se descobriram fatos e causalidades que, em seu conjunto, forneceu um resultado, que já existia anteriormente na natureza.

Enquanto corresponderem à linguagem de sua formulação, estaremos diante da verdade científica. Se falharem ou se novas descobertas forem obtidas, a lei receberá necessariamente nova expressão verbal para corresponder aos novos fatos.

O mesmo se dá com as leis jurídicas.

É pela linguagem que os juristas constroem seu Welt, ou seja, seu mundo, cheio de significados, conotações, particularidades, regras e comandos, que constituem a sólida base na qual se apoia a sociedade humana, em todos os tempos e épocas.

No vasto campo das ciências humanas ou Geisteswissenschaft- ciências do espírito, há também o princípio da causalidade, porém as consequências não são naturais mas culturais, ditadas pelos interesses

⁶ Kaufmann, Arthur. Rechtsphilosophie, München: C.H. Beck, 1997, p. 109.

⁷ Fourez, Gérard. A construção das ciências.SP. Unesp. 1995, p. 64,

humanos, diferentes da cegueira dos acontecimentos da natureza que têm seu rumo próprio, muitas vezes diferentes dos interesses humanos. Daí a profunda separação das leis naturais e das leis humanas.

Uma inundação pode ser e permanecer um fato natural. Mas se tiver acontecido em região cujo proprietário tinha seguro contra inundação, ela passa a ser um fato jurídico de grande significado para efeito de recebimento do prêmio prometido.

A execução de uma pessoa por fuzilamento pode ser uma obrigação do Estado nos regimes que adotam a pena de morte, quando o réu é processado e culpado pela morte de outra pessoa. Mas seria atitude desprezível e altamente violadora dos direitos humanos se o fuzilamento se desse por motivos políticos ou críticas contra um ditador.

Tudo dependerá da natureza que for atribuída aos fatos no mundo da cultura, que não corresponde ao mesmos fatos, quando analisados no estado natural.

O mundo da cultura em que predomina a conduta querida pela lei, feita democraticamente, é um universo de dever-ser, ou seja, de conduta pretendida do cidadão para satisfazer ao mandamento da lei, que se presume sempre estabelecido no interesse público e social. Numa democracia, as leis não podem ser injustas.

Daí a profunda diferença entre o mundo do ser, mundo real, concreto, baseado nos fatos naturais, a que o homem se acha inapelavelmente ligado, e o outro mundo, o cultural, estabelecido por valores próprios da natureza humana que a distinguem da vida meramente natural ou orgânica mas sem razão discernidora.

As palavras que constroem o mundo do direito são várias e os conceitos que transmitem são inúmeros. Kaufmann lembra um universo de palavras que se misturam também às demais ciências sociais, numa imensa rede de comunicação, estabelecendo as vias recíprocas que entre elas necessariamente se estabelecem: sintaxe,

semiótica, semântica analítica , hermenêutica, linguística, retórica estruturalismo, teoria do discurso e do consenso. ⁸

E Genaro R. Carrió enumera em relação à palavra "direito" as seguintes palavras transmissoras dos conceitos respectivos: imunidade, liberdade, privilégio, prerrogativa, faculdade, exceção, isenção, poder, pretensão e interesse legítimo, atribuição, garantia, capacidade, permissão, licença, franquia, impunidade, concessão, título, opção, limitação de responsabilidade, jurisdição, independência, autarquia, inoponibilidade, etc.

E, relacionadas com a palavra "dever": obrigação, responsabilidade, incapacidade, incompetência, proibição, limitação, caducidade, carga, condição, prestação, serviço, gravame, impedimento, incompatibilidade, instabilidade, ausência de direito, restituição, débito, inibição, etc. ⁹

A lista poderia “dobrar esquinas”, se tivéssemos fôlego para enumerá-las todas. E poderíamos até falar numa torre de Babel

Estas palavras, expressando conceitos relativamente estabelecidos, pois estão em permanente movimento, impulsionados pela dinâmica da vida, mostram um edifício grandioso, em que se ostentam a riqueza da vida e a pujança do direito para acompanhá-la, mas também as frequentes confusões, inseguranças, disputas, discussões, sentenças contraditórias, jurisprudência variada e incerta...

É bem possível que o deus Iavé tenha descido dos céus e confundido a cabeça dos juristas para que, como castigo, nunca tivessem linguagem uniforme de significado e jamais atingissem a justiça na face da terra.

Mas, para combater a babel, ¹⁰ ainda resta o esforço permanente da ciência do direito, na sua luta constante e sem tréguas de adequar os fatos dentro das leis e estas ao valor justiça, para que haja, se não for possível o justo, pelo menos que exista a paz entre os homens.

8 Kaufmann, op.cit. p.108.

9 Carrió, Genaro R. no prefácio ao livro de Hohfeld, W.N. Conceptos jurídicos fundamentales. Mexico, Contribuciones Fontanara,1997, p.10.

10 A palavra **babel** provém do grego latinizado Babulónía/Babylonia. Segundo o Gênesis, operários construíram um torre com o objetivo de chegar ao céu. Para não atingirem o objetivo, Iavé, como castigo, baralhou-lhes as línguas, tornando-os incomunicáveis entre si. Daí o sentido da palavra em hebraico: “confusão” que, passando pelo grego e o latim, chegou ao português com o mesmo sentido..

A lei é uma previsão de fatos futuros, ou seja, a adaptação de um pensamento abstrato à realidade concreta e determinada. Kaufmann lembra: *Gesetzgebung ist Angleichung von Rechtsidee und künftigen möglichen Lebensverhalten.*¹¹

Para esta adaptação, a lei funcionava como intermediadora entre o fato e a norma: *Mittlerer zwischen Sein und Sollen-* uma intermediadora entre o ser e o dever-ser, ou seja, entre a norma e o fato.¹²

Uma vez constituídas as leis como produto da linguagem, formam elas uma ordem ou ordenamento jurídico, ou seja, um conjunto de normas dispostas segundo critérios que se estabelecem para organizá-las.

Construído o ordenamento jurídico organiza ele um conjunto de leis que rege a conduta de um povo.

Este conjunto é hierarquizado, porque a norma inferior é gerada sempre pela superior. É sistemático, porque não pode haver antinomia de normas e é completo porque não pode haver lacunas.¹³

Porém as leis de um ordenamento jurídico não constituem realidades abstratas. Visam a regular situações concretas antevistas pelo legislador. São situações por ele queridas, tanto que as colocou como conteúdo de normas, para reger obrigatoriamente a conduta das pessoas, através da relação jurídica que entre elas se forma.

Todas estas normas não podem ser totalmente injustas, pois incorporam valores que têm, por natureza, uma pretensão de eficácia-

Sobre este aspecto, já citei Alexy em outro livro:

" Das Recht ist ein Normensystem, das einen Anspruch auf Richtigkeit erhebt, aus der Gesamtheit der Normen besteht, die zu einer im großen und ganzen sozial wirksamen Verfassung gehören und nicht extrem ungerecht sind, sowie aus der Gesamtheit der Normen, die gemäß dieser

¹¹ Op.cit. p.126

¹² Kaufmann, op.cit. p.126

¹³ Álvares da Silva, Antônio. As súmulas de efeito vinculante e a completude do ordenamento jurídico. SP: LTr. 204, p. 29 e ss.

Verfassung gesetzt sind, ein Minimum an sozialer Wirksamkeit oder Wirksamkeitschance aufweisen und nicht extrem ungerecht sind, und zu dem die Prinzipien und die sonstigen normativen Argumente gehören, auf die sich die Prozedur der Rechtsanwendung stützt und/oder stützen muss, um den Anspruch auf Richtigkeit zu erfüllen. "

(O Direito é um sistema de normas, que salienta uma pretensão para o justo, constituindo-se de um conjunto de normas, que de um modo geral pertencem a uma estrutura social efetiva, que não seja extremamente injusta, ostente um mínimo de efetividade social ou, pelo menos, a chance desta efetividade, segundo as normas que a compõem e à qual pertençam os princípios e os demais argumentos normativos, nos quais se apoia e/ou deve apoiar, o procedimento da aplicação do Direito, para se obter a pretensão do justo.) ¹⁴

Mas todo ordenamento jurídico tem a pretensão de eficácia. As normas não vivem abstratamente no vácuo. Precisam da vida para cumprir seu papel de intermediação entre o ser e o dever-ser, ou seja, entre o sein e o sollen. Em suma, precisam de atuar na realidade para cumprir sua função reguladora da conduta humana. Surge então o problema da aplicação da lei e com ele um outro: o de sua interpretação.

Ao legislador compete a redação texto da lei, ou seja, sua transformação em linguagem. Esta primeira preocupação tem fundamental importância, porque, quanto mais clara a lei, mais fácil será sua aplicação e integral no mundo concreto.

¹⁴ Álvares da Silva, Antônio. As súmulas... op.cit. p.16.

Deve o legislador ter o domínio da língua, a capacidade de escolher palavras e conjugá-las entre si para a melhor clareza possível da ideia. O uso correto e gramaticalmente certo do texto. Para ajudar na precisão, pode servir-se definições de expressões e palavras do texto, para melhor facilitar a compreensão.

Hoje, a afirmativa de que definições cabem à doutrina e não ao legislador caiu em desuso e foi superada pela prática e as necessidades da vida.

O legislador moderno, por lidar com leis complexas, serve-se de definições funcionais para ajudar o intérprete, seja ele quem for, a compreender melhor o conteúdo das leis.

Evidentemente, estas definições não vinculam a doutrina. Valem nos limites da própria lei e, neste sentido, integram-se a ela e são vinculantes aos seus aplicadores. Nada impede, entretanto, que a doutrina amplie e aperfeiçoe estas definições. O que não se pode fazer é negá-las, pois todo legislador é livre para dar à lei o conteúdo que melhor entender.

Porém quando há conflito sobre o texto e dúvida quanto a seu sentido, precisa o aplicador de servir-se da interpretação. Este ajuste da lei ao fato é trabalho é complexo e difícil porque fica nas mãos dos intérpretes o que a lei quis dizer. Ela se afasta do parlamento que a produziu e cai numa realidade mais ampla à busca de seus objetivos.

Intérpretes da lei não são apenas os juízes. O povo, a comunidade, os árbitros, as partes de um contrato, os servidores públicos, etc. A lei pertence ao povo e por ele tem que ser entendida para ser obedecida.

A interpretação da lei pelo Judiciário adquire maior relevância, porque o que for decidido é obrigatório e deve ser cumprido.

Na interpretação, interferem dois problemas: primeiro, a compreensão do texto da lei, ou seja, o que a lei quis dizer in abstracto. Aqui o foco da interpretação se dirige diretamente às palavras da lei, ao seu conjunto, para medir a extensão do que quis dizer.

Se a língua é sempre inexata e as palavras são “circulares”, de forma que o sentido de uma palavra se completa, amplia ou limita-se com o

sentido de outra, este confronto gera um certo grau de instabilidade que dificulta a análise do conteúdo.

Estabelecido o texto da lei pelos instrumentos linguísticos comuns, ele se insere num contexto maior: o ambiente factual em que a lei vai atuar e que envolve papéis, posições e relações sociais dos participantes, seus objetivos, propósitos, interesses, expectativas, opiniões, grupos sociais e outros grupos a que pertencem (idade, raça, gênero, classe social, profissão, etc), representações sociais compartilhadas, atitudes, ideologias, e assim por diante.¹⁵

Se o texto se plenifica no contexto, a lei se plenifica no ambiente dos fatos em que deva aplicar-se, ou seja, no seu contexto social.

O contexto acrescenta mais sentido e exatidão às palavras. Ele "fala" uma espécie de linguagem complementar, pois o homem está sempre situado num ambiente vivencial e histórico que é parte integrante de sua vida.

Depois de estabelecido o sentido do texto da lei, volta-se o intérprete para os fatos sobre os quais se controverte.

Se estão estabelecidos com precisão pela prova, a subsunção à lei se torna fácil: ao texto legal se ajusta a matéria de fato. Porém se os fatos são imprecisos, a subsunção também se torna imprecisa, o que equivale, no plano processual, à improcedência do pedido.

Neste amplo e complexo trabalho, que envolve o texto da lei e a realidade fática, o intérprete, como seu aplicador, tem por função ajustá-la ao caso concreto.

Terá, portanto, duas análises importantes:

- a) se o texto da lei e a matéria fática coincidem, há a subsunção e a subsunção.**
- b) Se não há coincidência, não há subsunção.**

¹⁵ Vile, Mário. Koch, Ingedore Villaça. Gramática da língua portuguesa- gramática da palavra, gramática da frase, gramática do contexto/discurso. Coimbra, Almedina, 2001, p. 588. Os autores fizeram as afirmações transcritas em função do texto/contexto em geral, referindo-se à linguagem comum. Porém o texto construído pelo discurso é o mesmo texto da lei, com a diferença de que este se circunscreve à linguagem comum e o segundo se forma segundo a estrutura deontica, com os funtores do obrigatório/proibido/permitido. Mas têm necessariamente fundo comum na linguagem.

Esta procura da norma individual para a solução da controvérsia, que é o coeficiente entre a lei, abstrata e genérica, ao fato, concreto e específico, envolve o conhecimento da lei e da realidade.

Mas o aplicador não é legislador e sim intérprete. Tem que ficar nos limites da lei. Caso contrário, se transforma em legislador. Também não pode ficar aquém dos fatos descritos pela lei, se não ela não se afirma na realidade, ficando sem efeito sua proposta normativa.

Estas duas posturas, a do juiz moderado e do juiz proativo, servem de moldura à atuação do juiz moderno e vem sendo discutidas com intensidade nos dias atuais dentro da seguinte perspectiva: deve o juiz limitar-se a aplicar a lei ao fato sem grande esforço normativo ou deve recriá-la, ampliá-la, expandi-la para que seu texto cubra uma realidade mais ampla?

Se o juiz se limita à mera aplicação da lei, funcionando apenas como "bouche de la loi", a missão da interpretação se restringe e ele se transforma apenas em "boca da lei", ao aplica-la aos casos concretos.

Se vai além e amplia-lhe o sentido em demasia, rompe a estrutura semântica da norma e sua atividade se transforma em proatividade, identificando-se com o próprio legislador.

Qual a melhor posição?

A questão aqui também se restringe à interpretação, para a melhor escolha do método. Não existem parâmetros objetivos para saber se um juiz violou ou interpretou a lei. Somente em casos grotescos é que esta hipótese pode acontecer com evidência palpável.

Normalmente, o juiz ou intérprete raciona e julga. Se vai além do círculo semântico da norma, ou fica dentro de seus limites, não é fácil saber, pois a controvérsia se verifica exatamente porque a situação de fato é insegura ou o texto da lei é impreciso em relação à matéria em julgamento.

Por outro lado, as questões complexas que o legislador moderno regula não permitem decisões convencionais. Exigem raciocínio, cultura e capacidade do magistrado, virtudes que nem sempre se concentram em uma só pessoa.

Quando o juiz deixa a lei e faz política na sentença, ou impõe sua opinião pessoal, a atitude é imediatamente percebida e repudiada pela sociedade e, principalmente, pela outra parte no processo que denuncia o fato.

Parcialidade e imparcialidade são sempre fatos visíveis nas mãos de quem julga.

Outras vezes, o tema, por sua relevância, envolve paixões coletivas e a parcialidade do magistrado se mostra facilmente identificável. Não são incomuns nos dias atuais atitudes como esta em certos juízes de tribunais superiores.

Felizmente, a parcialidade não é problema da magistratura brasileira, embora possa surgir aqui e ali em certos casos.

O uso do artigo 102, p, da Constituição é uma grave anomalia do Direito Constitucional brasileiro, sem precedente no mundo e propicia vez por outra ativismo judicial.

Ele diz que compete ao STF processar e julgar originariamente o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade.

Tratou-se a ação direta de inconstitucionalidade como sujeita a medidas de urgência e, à semelhança das ações cautelares, previu-se a possibilidade de uma liminar antecipatório do mérito.

Toda lei é submetida a análise de sua constitucionalidade por órgãos técnicos do Congresso durante o caminho formal a que tem de submeter-se.. Depois, o mesmo acontece com a sanção, pois não se concebe que o Presidente da República sancione lei inconstitucional.

Além do mais, a ação direta de inconstitucionalidade é rápida, não comporta matéria de fato e se desenrola em instância única, perante o STF.

Por isto, não existe a necessidade de medida cautelar, pois esta atendida normalmente no julgamento do mérito.

Porém o mais inusitado é que um ministro do STF, em despacho monocrático, retire uma lei de vigência, aprovada pelo poder competente.

Pior ainda: esta medida esdrúxula é tomada por juiz que não é eleito pelo voto popular, o que constitui um grave atentado à harmonia e independência entre os Poderes da República, transformando-se o STF em legislador negativo, embora sem o respaldo popular.

Felizmente, como este tipo de ação não é habitual, o ativismo neste caso, ditado mais por estrelismo de ministros, do que por necessidade jurídica, tem pouca significação.

Finalmente, outro tipo de ativismo de que o Judiciário é acusado consiste na expedição de súmulas de efeito vinculante. Sobre o assunto já escrevi um livro ao qual remeto o autor interessado no aprofundamento do tema.¹⁶

O que à primeira vista impressiona é o número exagerado: 726 súmulas e 32 súmulas vinculantes no STF. No TST 447 súmulas, fora os precedentes normativas e as orientações jurisprudenciais.

Este fato anômalo induz automaticamente a conclusão de ativismo legislativo do Judiciário.

Acusam-se os juízes de assumirem o papel do legislador , expedindo súmulas que se equivalem a leis. Elas impediriam a livre discussão do litígio e imobilizariam a evolução da ciência jurídica.

A crítica improcede e os tribunais não praticam ativismo ao expedirem súmulas. Não é função de tribunais decidir ações repetitivas infundavelmente. As controvérsias precisam ter um fim.

Para o STF, o assunto está encerrado em face do que dispõe o art. 102-A da Constituição.

***Os demais tribunais podem também formular súmulas, embora sem validade externa, ou seja, não vinculam os demais órgãos do Judiciário nem a administração pública.**

¹⁶ Álvares da Silva, Antônio. As súmula de efeito vinculante a a completude do ordenamento jurídico. SP: LTr. 2004, principalmente p. 69-102.

Este efeito acaba se operando na prática pois, quando o processo atinge o TST, por exemplo, ele o decidirá segundo sua jurisprudência sumulada.

A única diferença é que se cria, em favor da parte recorrente, uma falsa impressão de que ainda há chance de vitória na ação.

Enquanto isto, aumentam-se os gastos: honorários, custas, sobrecarga inútil do Judiciário, expectativas vãs.

Também o julgamento contra súmulas ocasiona prorrogação excessiva do processo, em razão do retardo do TST, cujo tempo de julgamento de um recurso de revista é de 4 anos.

A expedição de súmulas não significa ativismo judicial, pois é perfeitamente lícito que os tribunais organizem sua jurisprudência em súmulas para facilitar o entendimento das leis.

Não sendo praxe no Brasil, infelizmente, a preponderância da negociação coletiva, muitas questões menores se repetiam aos montes nos tribunais e varas do trabalho.

Este monte de ações menores acabava se desaguando no TST, sobrecarregando-o inutilmente. As súmulas tiveram por finalidade minorar esta situação, embora o certo seria resolver estes pormenores em negociação coletiva.

Reconhece-se que o TST muitas vezes legisla através de súmulas. Porém, como o legislador e a negociação coletiva não preenchem os espaços vagos das relações de trabalho, a jurisprudência o faz, substituindo em alguns casos o legislador.

Porém a norma criada não é lei. Vale apenas como lei material, dentro do TST, podendo ser substituída a qualquer tempo pela lei em sentido formal.

Pior do que isto é a variabilidade da jurisprudência nas instâncias inferiores, levando o caos à sociedade. As relações de trabalho, que desempenham relevante papel social, se desestabilizam, perdendo orientação e rumo. Ficam as leis sem sua finalidade docente, preventiva e propedêutica. O que vale é apenas o que se julga na hora.

Não procedem nenhum dos argumentos que se erguem contra as súmulas. Vamos fazer uma análise rápida do tema, remetendo-se o leitor interessado ao livro já referido.¹⁷

1- Súmula e lei.

Súmulas não são. Por isto não invadem a área do legislador. São apenas expedientes normativos que organizam o pensamento jurisprudencial majoritário. Podem ser revogadas a qualquer momento e não podem criar matéria nova.

2- Ferimento ao pacto federativo.

As súmulas retirariam dos juízes inferiores a possibilidade de interpretar a lei.

Falso: a discussão jurisprudencial começa exatamente nos tribunais inferiores, só chegando aos superiores depois de debatida exaustivamente a controvérsia.

3- Juiz Natural.

Falso. A súmula não afeta nem impede o acesso ao juiz natural, porque a controvérsia começa exatamente no primeiro grau onde se assenta o juiz de primeiro grau. Segue depois o processo para o segundo grau, a seguir, para o terceiro e, se for o caso, termina no STF. As regras da competência funcional são literalmente guardadas. Não há, pois, tribunais de exceção.

4- Violação à convicção do juiz

5- A súmula não viola a consciência do juiz que foi livre para julgar a controvérsia ou controvérsias que deram causa à controvérsia que motivou a súmula. E livre continuam para julgar as demais. Se a Súmula adota tese contrária ao ponto de vista do juiz ou juízes inferiores, isto não significa violência à sua convicção, mas vontade predominante do pensamento em contrário, fato normal numa democracia e técnica necessária à apuração da vontade majoritária em qualquer órgão de deliberação coletiva. Se assim fosse, o acórdão de tribunais superiores também constrangeria a convicção do magistrado inferior.

6- Súmula obrigatória.

De fato, a súmula prevista no art. 103-A , sobre matéria constitucional, emitida pelo STF, é obrigatória para o Judiciário

¹⁷ Álvares da Silva, Antônio.Op.cit. p. 69-102.

e para a administração pública. Esta foi a opção do legislador e está coberto de razão.

O STF brasileiro é o mais sobrecarregado do mundo. A guarda da Constituição acaba sendo matéria secundária ante a imensa competência atribuída ao STF, que responde por questões em competência originária, em recurso ordinário e em recurso extraordinário- art. 102 da CF

O ex-ministro Sepúlveda Pertence disse certa feita ¹⁸ que nossa corte suprema julgou inconstitucional o empréstimo compulsório em 1990. A partir daí julgou dez mil vezes a mesma matéria!

A súmula evita estes absurdos. Ou, pelo menos, ajuda a evitar. Para que o leitor tenha noção do absurdo em sua plenitude, saiba que em 2012 o Tribunal Constitucional Alemão – Bundesverfassungsgericht- recebeu apenas 5.819 processos. ⁱ

7- Violência contra a convicção do juiz

Não há esta violência. As convicções jurídicas de nenhum juiz são absolutas, a ponto de não poderem ser contrariadas. Quando se julga em última instância, até mesmo aqui pode haver começos em momentos posteriores ao julgamento, com nova visão do tema ou recomposição de cortes recursais.

Não se pode atribuir a uma convicção jurídica o dom da imutabilidade.

8- Diminuição das prerrogativas do Judiciário.

Não é verdade que o Judiciário se diminui em suas prerrogativas com a súmula vinculante, pois ela se restringe apenas a questões em que se verificam divergências entre cortes ou tribunais. Fora esta circunstância o juiz continua livre em suas convicções e é por esta liberdade que se chega às súmulas. Se não houvesse opiniões contrárias, não seria possível unificação.

9- Súmula inconstitucional.

A súmula inconstitucional pode ser derrubada. Basta que as pessoas enumeradas no art. 103 proponha a ação direta de inconstitucionalidade. A súmula ilegal, proveniente de um tribunal superior não constitucional, pode ser também impugnada pelo próprio juiz da ação, que tem a prerrogativa de não aplicá-la pelo vício da ilegalidade. O processo naturalmente subirá até a instância

¹⁸ Jornal Estado de São Paulo de 11,9.96

de terceiro grau que examinará, ao julgar o processo, a questão da ilegalidade. Acontece, entretanto, que a legalidade/ilegalidade de uma súmula, salvo casos grotescos, é também questão interpretativa.

Diante de todos estes fatos, o leitor percebe que não há proatividade nem ativismo judiciários na expedição de súmulas.

Estas são instrumento útil, embora não único nem o mais importante, de que se serve o Judiciário para decidir a enorme pletera de processos que hoje sobre ele pesa.

Há utilidade na adoção de súmulas. Julgar casos repetidos é tarefa inútil e desmerecedora do Judiciário. A repetição serve à protelação, sobrecarrega as instâncias e toma do juiz o tempo útil para as decisões realmente importantes.

E, como se viu, há meios de controlá-las.

O Judiciário não pratica “ativismo sumular”. Apenas se serve de mais um instrumento para realizar suas tarefas.

Se há algo de errado, o erro está no atraso das relações de trabalho no Brasil. A sétima economia do mundo é uma das mais retrógradas em matéria de justiça social.

O país ainda não compreendeu que negociar é muito mais eficiente do que legislar em matéria de trabalho. Não se compreende que o país gaste 15 bilhões com a Justiça do Trabalho para resolver questões trabalhistas menores que sequer precisam de existir.

Não se afirma que a Justiça do Trabalho é esbanjadora de dinheiro público. O que se critica é o sistema, que é moroso e insuportavelmente caro para o contribuinte.

Temos que fazer uma reforma de fundo na Justiça do Trabalho, que virá mais cedo ou mais tarde, pois a cada dia ela se torna incompatível com os tempos atuais.

Esta reforma consistirá basicamente, não na criação de novos órgãos nem na nomeação de novos juizes, mas na simplificação de procedimentos, com a extinção de instâncias e recursos. Fora disto,

todas as soluções são paliativas, inclusive a introdução cara e difícil do processo eletrônico.

A informática por si não é panaceia. Se o sistema que executa é tortuoso e ilógico, não será ela que vai modernizá-lo ¹⁹.

É de se esperar que, com o avanço da negociação coletiva entre nós, os sindicatos assumam o papel que lhes cabe na História. E o eixo da norma trabalhista seja a negociação coletiva e não a lei.

A paz social ganhará com este decisivo passo para o aperfeiçoamento das relações sociais, dando aos trabalhadores e empregadores os meios necessários para trabalharem com harmonia e eficiência para a grandeza do Brasil.

¹⁹ Sobre o tema, ver Álvares da Silva, Antônio. Informatização do processo: realidade ou utopia. In Cinco estudos de Direito do Trabalho. SP: LTr. 2009, p.96.