

DEZ ANOS DE STJ

Ives Gandra da Silva Martins

*Professor Emérito das Universidades Mackenzie, Paulista - UNIP
e Escola de Comando e Estado Maior do Exército - ECEME.*

*Presidente da Academia Internacional de Direito
e Economia e do Conselho de Estudos
Jurídicos da Federação do Comércio
do Estado de S.Paulo.*

A comemoração dos 10 anos do Superior Tribunal de Justiça exige profunda reflexão sobre a função que exerce e sobre a relevância de sua atuação na conformação do Poder Judiciário, que, como tenho escrito, é o mais confiável, competente e digno entre os três Poderes da República.

Confesso que, quando de sua criação pela nova ordem constitucional, tive sérias dúvidas sobre necessidade de um Tribunal com o seu perfil, mormente levando-se em consideração que a complexidade do texto maior a ser promulgado em 5 de outubro de 1988, certamente levaria o país a ter quatro instâncias obrigatórias da administração de Justiça, em face da "constitucionalização" de todo o direito não apenas em nível de princípios, mas de disposições que encontrariam, em diplomas de natureza infra-constitucional, veiculação mais adequada.

Na Comissão que presidi, no Rio Grande do Sul, para elaborar um novo texto constitucional direcionado à Revisão de 1993 e constituída por Celso Ribeiro Bastos, Cezar Saldanha Souza Júnior, Edvaldo Brito, Elony Cerezer Martins, José Alfredo Baracho, José Cretella Júnior, Nicolau Frederes, Oscar Dias Corrêa e Paulo José Kolberg Bing (anteprojeto encomendado pelo "Forum da Liberdade" e intitulado "Brasil Livre: Proposta de Revisão Constitucional", livro patrocinado pelo Instituto de Estudos Empresariais e editado pela Editora Ortiz, Porto Alegre, 1993), constava, no capítulo

dedicado ao STJ.¹

*“Seção III - Do Superior Tribunal de Justiça
Um novo texto sobre sua competência ainda está em fase de
elaboração”.*

É que sérias divergências surgiram no seio da Comissão, alguns entendendo que as funções deste Tribunal Superior deveriam ser apenas as vinculadas à harmonização jurisprudencial, outros, entendendo, todavia, que a função atual era relevante, devendo ser mantida.

Os que propugnavam pela primeira solução, entendiam que se deveria voltar à idéia de uma administração de justiça de 2 instâncias, apenas sendo chamado, o STJ, a se pronunciar nas divergências entre os tribunais federais ou entre os Tribunais Estaduais, pacificando o melhor entendimento. Eu mesmo filiei-me a esta postura.

Aqueles que entendiam dever o Tribunal manter o mesmo perfil, consideravam a necessidade de uma terceira instância, em face de a prestação jurisdicional nem sempre ser harmônica em todos os Estados da Federação. Nos Tribunais dos Estados menos desenvolvidos, com problemas jurídicos menores, e produção doutrinária menos expressiva, a distribuição da justiça não poderia prescindir do acesso ao STJ, via recurso especial, para corrigir decisões nem sempre “conforme o direito”. Em outras palavras, o primeiro momento para se discutir em maior profundidade uma tese jurídica estaria no exame, por parte do STJ, de questões mal resolvidas em Tribunais inferiores. Esta corrente foi capitaneada por Oscar Corrêa.

¹ O Presidente do IEE - Instituto de Estudos Empresariais, que patrocinou os estudos, escreveu: “Em pouco tempo, passamos de um país do futuro à condição de país de miseráveis. A sociedade brasileira tem consciência da necessidade de mudança. Estamos nos aproximando do momento de rever a nossa Constituição.

O Instituto de Estudos Empresariais apresenta este trabalho com o propósito de discutir, com antecedência, essa complexa questão. É neste aspecto que reside o apoio aos princípios gerais de proteção às liberdades individuais, presentes nessa proposta, com o objetivo de reconduzir o país ao caminho do desenvolvimento e da prosperidade.

Nesta proposta de revisão constitucional, o Instituto acredita estarem esses princípios gerais. Submetendo-a à discussão, pretende-se iniciar o debate de maneira séria e profunda. Alguns aspectos, como a forma de governo, carecem de maior aprofundamento. Nesse particular, o trabalho oferece a opção parlamentarista republicana, por entenderem, os ilustres juristas que participaram de sua elaboração, ser essa a forma mais eficiente” (Brasil Livre: Proposta de Revisão Constitucional, IEE/Ed. Ortiz, Porto Alegre-RS, 1993, p. 10).

O tempo veio demonstrar a correção desta segunda corrente, em nossa comissão, em face dos relevantes serviços prestados pelo STJ, nada obstante o inacreditável acúmulo de trabalho, ao ponto de os 33 Ministros do Sodalício terem decidido mais de 100.000 processos no ano de 1998!!!²

O acerto de sua criação é, portanto, indiscutível. O problema maior do acúmulo de trabalho, está mais na falta de qualidade do texto constitucional, prolixo, pouco técnico e conflitante do que no perfil de uma Corte que tem cumprido, com indiscutível mérito, sua tarefa e, principalmente, perfilado a jurisprudência brasileira no campo da legalidade, facilitando o trabalho do STF, em matéria constitucional, nada obstante ambos os Tribunais, pelo descuido na elaboração da lei suprema, enfrentem o hercúleo e desumano trabalho de dezenas de milhares de processos, a serem decididos por uma pequena plêiade de excelentes magistrados.

Nem por isto, todavia, os Tribunais Superiores estão conseguindo equacionar problema que considero dos mais relevantes e que merece ser repensado, principalmente por processualistas, qual seja, os impedimentos formais para que uma questão chegue ao STJ ou STF, muito deles criados pelo próprio Poder Judiciário, independente de lei.

A matéria que gostaria de ver meditada, nesta ocasião, e solucio-

² Escrevi na apresentação do trabalho: "O bosquejo da proposta não é também completo, não havendo ainda um consenso definitivo sobre os capítulos dos Orçamentos e parte da Ordem Social, assim como dos direitos correspondentes. Desta forma, os capítulos referentes aos Direitos Sociais e os Direitos dos Trabalhadores estão aguardando melhor definição dos que os discutem. Espera a Comissão ter, em breve, uma proposta também para esses relevantes capítulos.

No texto ora apresentado, o modelo seguido foi o Parlamentar Republicano, em face de serem os membros da Comissão favoráveis a este sistema de governo. Publica-se, todavia, o ideário da Frente Parlamentar Republicana Presidencialista depositada na Mesa do Senado Federal, por ser, na eventualidade de prevalecer no plebiscito tal forma de governo, ideário superior ao do atual texto constitucional.

No que concerne ao Poder Judiciário, continua a Comissão estudando a possibilidade de integração do Tribunal de Contas na esfera do Poder Judiciário, retirando-a do Poder Legislativo, assim como, eventualmente, a de ofertar diversa estrutura aos próprios órgãos daquele poder. A proposta atual, portanto, não é definitiva, mas foi a que obteve um apoio inicial maior da Comissão.

No Colégio de Estudos Jurídicos do IEE permanecem alguns de seus membros a examinar a possibilidade de uma redução ainda maior dos comandos supremos, voltando-se a um modelo mais sintético, em que as duas vertentes de constitucionalismo se integrem, ou seja, aquela da garantia dos direitos plenos da cidadania e aquela da responsabilização dos poderes constituídos e do controle que a sociedade pode exercer sobre suas funções e atividades. Aqueles que defendem a manutenção, no texto supremo, apenas de princípios gerais da natureza constitucional, continuam trabalhando para trazer sua colaboração à reflexão do Congresso Nacional e da Sociedade" (Brasil Livre: Proposta de Revisão Constitucional. ob. cit. p. 14).

nada antes da comemoração dos próximos 20 anos, poderia ser resumida na formulação que passo a expor. Trata-se de questão que, a meu ver, fere cristalinamente as garantias constitucionais de acesso ao Judiciário e que, na maior parte das vezes, serve ao Erário para atalhar justas reivindicações de contribuintes, na aética tentativa de manter receitas obtidas contra a lei e a Constituição.

Gostaria de me fixar, neste breve artigo, em questão que me parece de particular relevância, que diz respeito, no dizer de John Marshall, ao “poder de destruir”, qual seja, o da política tributária e sua discussão em juízo.³ Levanto questão que, a meu ver, fere, cristalinamente, as garantias constitucionais de acesso ao Judiciário e que, na maior parte das vezes, serve ao Erário para atalhar justas reivindicações de contribuintes, na aética tentativa de manutenção de receitas obtidas contra a lei e a Constituição.

O déficit público acumulado pelas mais de 5.500 entidades federativas, nada obstante ser a carga tributária brasileira —examinada segundo os critérios PIB-capacidade contributiva-nível de prestação de serviços públicos— a mais alta do mundo, tem levado as três esferas de Poder a se utilizarem, cada vez mais, de expedientes aéticos e ilegais para gerar ingressos, na certeza de que são poucos os contribuintes que discutem e, mesmo assim, com o aval do Judiciário, a eliminação de grande parte das reivindicações legítimas do pagador de tributos acaba sendo obtida, em virtude de pretensas *falhas processuais*.

É de se lembrar que a carga tributária brasileira, em relação ao PIB, é altíssima, superior à dos EUA e Japão, estando em 33%, quando, na Argentina, situa-se em 15%; no México, em torno de 17%; no Paraguai, em torno de 11%. Em relação ao PIB e à capacidade contributiva, que, em 1996, era de 36%, a carga sobe para 80%, perdendo, o Brasil, apenas para Dinamarca e Suécia, que têm em torno de 85%. E se se relacionarem ao PIB a capacidade contributiva e o nível de prestação de serviços públicos, a carga é a maior do mundo, pois entre todos os países emergentes importantes e os desenvolvidos, a prestação de serviços no Brasil é a pior que se conhece no globo.

Temos, portanto, o “privilégio” de entregar 1/3 do produto interno

³ “Taxation (or confiscation) consists of direct seizure of private money or property by the State, backed by the threat of force.

Confiscation (“appropriation to the State treasury”, colloq. “legal robbery with sanction of ruling power”) implies neither total seizure, as is commonly thought, nor any element of penalty. Nevertheless, as Chief Justice John Marshall pointed out: “The power to tax is the power to destroy” (D.R. Myddelton, *The Power to Destroy*, Johnson, Londres, 1969, p. 15).

bruto para o Estado, desdobrado em 5.500 entidades federativas, para remunerar políticos e burocratas. Estes, que deveriam servir o povo, servem-se da sociedade para dela retirar, sem retribuição, tributos destinados a manter seus privilégios, distribuídos por 5.500 Casas Legislativas, 5.500 Poderes Executivos e uma infinidade de "servidores", em todo território nacional.⁴

Somos autênticos "escravos da gleba" do século XX, se comparados com os contribuintes de todos os demais países emergentes importantes e dos desenvolvidos.

Nesta luta por manter receitas e privilégios dos detentores do poder e do corporativismo, a ilegalidade grassa na elaboração legislativa, muitas vezes mantida por decisões do Poder Judiciário, que, acumulado por excesso de questões, busca proteger-se levantando "questiúnculas processuais", adotando interpretações limitativas dos direitos dos cidadãos com base em formalidades excessivas e desnecessárias. Comprovam a assertiva os entraves criados para a subida de recursos como: falta de recolhimento de porte de retorno dos recursos extraordinários, independentemente de exigência dos tribunais inferiores, exigência de certidão da tempestividade da interposição do recurso perante o tribunal local, mesmo que a apreciação da admissibilidade, feita nessa instância, demonstre que o prazo foi cumprido e que as peças necessárias foram trasladadas; e, principalmente, o "pré-questionamento", que faz o processo brasileiro voltar aos

⁴ Escrevi: "Por outro lado, a máquina administrativa brasileira é das mais esclerosadas, arcaicas e ultrapassadas. E a "inflação legislativa" num país que tem vigendo, entre Constituições, leis orgânicas, leis complementares, ordinárias e atos normativos, mais de 1.000.000 de diplomas legais distribuídos pelos 5.500 entes federativos, gerou uma "inflação de obrigações burocráticas" inúteis, de tal maneira que nada, neste país, se faz sem um papel, um documento, uma certidão, uma autorização, chegando ao paradoxismo de ser necessário obter "senhas oficiais" para que se possa entrar na fila e aguardar a expedição de um dos inúmeros documentos que todo o brasileiro é obrigado a ter para mostrar que "existe".

Pagamos tributos para sustentar uma máquina administrativa que não gera riqueza, mas atraso, na medida em que é criadora de obstáculos, a título de controlar o "cidadão", afastando desenvolvimento, investimentos e destruindo a produção e o emprego.

Por isto, o ideal da maioria dos brasileiros é ingressar no serviço público, e integrar a classe de privilegiados, que, quando aposentados, recebem 10 vezes mais, em média, que o cidadão comum, sobre não correrem os riscos de desemprego e da luta pela existência.

Embora a maioria dos que ingressam na Administração Pública dos Estados, Municípios e da União, tenha mais por objetivo ser beneficiária do sistema, do que dele servidor, não cabe a generalização. Tal postura, termina por atingir a dignidade e a honra dos verdadeiros servidores públicos, ou seja, daqueles que entraram na carreira por vocação, e que, na maior parte das vezes, por serem "servidores" e não "políticos", terminam, inclusive, não sendo promovidos, embora o mereçam, pois, no país, têm mais facilmente acesso aos altos escalões os que se servem do poder, que aqueles que servem ao público" (artigo "O peso de uma Federação falida", publicado no jornal O Estado de São Paulo, 15/02/99, p. A-2).

tempos primitivos do direito romano (o período formulário), em que a não utilização da palavra correta ("videira" em vez de "árvore", por exemplo) prejudicava a apreciação do direito do postulante.⁵

O Brasil, hoje, em matéria de direito processual, é mais retrógrado do que os romanos, no início de seu direito, pois há maior preocupação em observar os rigores da forma do que em fazer Justiça. Processualistas e magistrados estão mais voltados a tornar o rigorismo processual cada vez maior, deixando de lado a função principal do Poder Judiciário, que é fazer Justiça.

Lendo recente parecer de Galeno de Lacerda, o eminente jurista gaúcho sustenta, com fortes argumentos, que o "prequestionamento", levantado pelo Judiciário para não fazer Justiça e denegar a prestação jurisdicional, é, desde 5 de outubro de 1988, rigorosamente "inconstitucional". Não condiz com o disposto no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, até porque fruto de elaboração jurisprudencial, e não de exposto texto legislativo.⁶

⁵ Vicente Greco Filho lembra que: "No Direito Romano primitivo vigorava o princípio do Absolutismo da lei ou da sacramentalidade das formas. As próprias palavras da lei deveriam ser reproduzidas sob pena de nulidade. Conhecido é o exemplo dado pelo jurista Gaio: se a lide se referia a uma videira e o autor usava o termo vitis (videira), mas a lei (no caso a Lei das XII Tábuas) prescrevia arbor árvore), a ação não podia ser conhecida. Ainda no Direito Romano do Ocidente, o princípio foi abrandado, já no período formulário e, mais ainda, no terceiro, chamado da cognitio extra ordinem, exatamente em virtude da possibilidade do conhecimento de ações ou exceções fora das previsões expressas da lei ou dos éditos pretorianos" (Direito Processual Civil Brasileiro, volume 2, 4ª ed., Ed. Saraiva, 1989, p. 11).

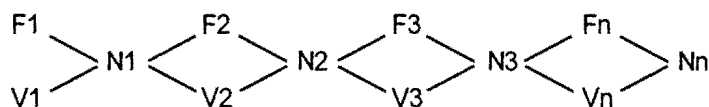
⁶ "A segunda tentativa de desafogo dos Tribunais Superiores, o prequestionamento, também não merece aplausos. Trata-se de um subterfúgio para não conhecer do recurso, porque o Tribunal inferior não teria julgado a questão suscitada pelo recorrente, embora fundado este nas mais evidentes razões. O pior é que, muitas vezes, o Tribunal "a quo" não julga porque não quer, porque repele sumariamente embargos declaratórios dizendo que "nada há a declarar". E, mesmo assim, os Tribunais Maiores, lavando as mãos e furtando-se de sua missão constitucional, não conhecem do recurso por pretensa falta de prequestionamento.

O assunto se torna mais grave quando se tratar de questão constitucional, que, a rigor, deveria ser conhecida e julgada até de ofício, pela Corte Suprema. Mesmo que haja omissão do advogado da parte, não é concebível que o instituto artificial do prequestionamento, não previsto na Constituição, condicione e paralise a missão indisponível do Supremo, de guardião maior da Carta Magna, às carências de um juiz de primeiro grau ou à inexperiência de um jovem advogado, que deixaram de plantar no processo, com os requisitos de um formalismo exagerado, a semente da questão constitucional, e, só por isso, por mais aberrante, por mais absurda que se ostente a lesão ao Estatuto Supremo, e a eventual calamidade política, social e econômica dela advindas - a Corte Suprema nada possa fazer, simplesmente porque o juiz deficiente e o advogado inexperiente tenham, com sua inópia, poder de disposição sobre a matéria constitucional!!! Por melhores que sejam os argumentos em favor do prequestionamento, expresso nas Súmulas indicadas do STF, cedem eles ante a simples evidência de que se trata, na verdade, de uma condição artificial, imposta ao emprego dos recursos extraordinário e especial, não prevista na Constituição. Trata-se, portanto, de um artifício inconstitucional, que leva as Cortes Maiores a descumprir sua função indisponível" (p. 6 do parecer de Galeno Lacerda).

Não desconheço que o excessivo número de processos com que se defronta o melhor dos três Poderes da República, torna desumano o trabalho dos magistrados, mas também não posso entender que esteja o Judiciário menos preocupado em fazer Justiça do que em se utilizar de inúmeros expedientes, que não têm matriz legal, para deixar de julgar processos que lhe são encaminhados, e, assim, aliviar-se da pesada carga que lhe pesa sobre os ombros.

De rigor, o art. 5º, inciso LV, ao falar em ampla defesa administrativa e judiciária, veda que essa garantia seja frustrada, por óbices processuais criados pelo próprio Poder Judiciário —no papel de “legislador positivo” e não “legislador negativo”— cerceando a defesa do cidadão e violentando a Constituição, sobre criar a sensação nítida de que estaria aberto, apenas, a uma elite capaz de contratar excelentes advogados para que tais percalços sejam evitados, e não à disposição da maioria da população, carente de recursos para tanto.

Miguel Reale, em seu livro sobre a “Teoria Tridimensional do Direito”, ao considerar a dialeticidade dessa teoria que não prescinde do fato e do valor para produzir a norma, a que o Poder Judiciário oferta segurança e certeza, lembra que, em cada produção de ato legislativo, cria-se nova tensão e o processo dialético se inicia, ou para manutenção da norma adaptada à evolução do tempo e das circunstâncias, ou para a elaboração de novas normas, o que pode ser graficamente representado da seguinte forma:



De rigor, esses óbices processuais que o Poder Judiciário institui independentemente de fundamentação legal, para se auto-protger contra o acúmulo de processos —e que são habilmente utilizados pelas 3 esferas governamentais, preocupadas em manter receita a que não têm direito, por decorrerem de leis inconstitucionais— geram, como acentuado pelo mestre gaúcho, inequívoca inconstitucionalidade. Na tridimensionalidade dialética realeana, a alteração da norma decorre de uma indevida assunção de poderes do legislador positivo.

Estou convencido de que a função do Poder Judiciário é, antes de

⁷ Há edição recente publicada na Espanha com o título “Teoria Tridimensional del Derecho”.

tudo, fazer justiça. Sempre que seus integrantes superem incidentes processuais criados por atos de menor estatura que leis emanadas do Legislativo, estarão cumprindo sua missão de fazer Justiça. Quando assim não agem, movidos pela intenção (compreensível) de auto-proteção, em face do acúmulo brutal de serviço, principalmente nos Tribunais Superiores, os magistrados deixam de atender aos jurisdicionados, e fazem com que o direito retroaja ao primitivo "período formulário" de 2.500 anos passados. Promovem, na verdade, a volta à idade da pedra do direito processual.⁸

Creio que a matéria mereça reflexão, pois o Poder Judiciário é a última salvaguarda de uma Democracia e, quando a "forma" vale mais do que o "direito", está-se colocando em risco a própria democracia e promovendo-se uma "justiça elitista", não direcionada ao povo.

⁸ Disse, na abertura do II Forum Jurídico da Academia Internacional de Direito e Economia e da Fundação Dom Cabral, quando da promulgação da Constituição (19 e 21/09/1988): "Por esta razão, ao terminar, eu, pessimista em relação ao texto, sou otimista em relação àqueles que vão interpretá-lo e aplicá-lo. E, principalmente, na posição sempre serena do Poder Judiciário, porque, na verdade, estou convencido de que, a partir de agora, a grande nação que o Brasil deve ser dependerá não mais dos Constituintes, mas daqueles que, como nós, têm sua vocação voltada para o Direito e fazem do ideal de justiça o seu grande ideal de vida. Era o que tinha a dizer" (A Constituição Brasileira 1988 - Interpretações, 2ª ed., Ed. Forense Univ., 1990, p. 8).