

Reforma do Poder Judiciário⁽¹⁾

HELICIO ALVES DE ASSUMPTÃO⁽²⁾

I. INTRODUÇÃO

1. Quero, inicialmente, manifestar aqui de público o prazer e a honra de participar deste simpósio, ao lado de Professores de alta nomeada, em evento no qual se procura comparar, principalmente sob o prisma da Justiça civil, a cultura brasileira e a multissecular cultura japonesa, com a qual, em tantos campos do conhecimento, temos nós tanto a aprender.

2. O tema sobre o qual sou chamado a falar diz respeito à reforma constitucional do Poder Judiciário. Mais especificamente: aos principais aspectos da reforma constitucional que se acha em curso no Brasil, e notadamente às suas projeções no campo do processo civil.

É assunto que não se pretende – nem se poderia – esgotar nos limites de uma palestra.

3. A Justiça se encontra disciplinada em grande parte na Constituição Federal de 1988.

É nela que se encontram definidos os órgãos que integram o Poder Judiciário e, nas suas linhas fundamentais, as áreas dentro das quais cada um deles exerce jurisdição.

É na Constituição Federal que se inscrevem os princípios fundamentais pelos quais se rege o processo: o do devido processo legal, o do juiz natural, o do contraditório e da ampla defesa, o da publicidade dos atos processuais, o da motivação das decisões judiciais, o da assistência jurídica aos necessitados e tantos outros.

É ainda na Constituição Federal que estão as linhas mestras do estatuto da magistratura.

⁽¹⁾ Exposição feita no III Simpósio Internacional Brasil-Japão, promovido pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro em setembro de 2005.

⁽²⁾ HELCIO ALVES DE ASSUMPTÃO é Professor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da UERJ e Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Compreende-se, assim, até certo ponto, que, pretendendo alterar-se a Justiça, se tenha cogitado da reforma do texto constitucional.

A reforma constitucional tem origem, a rigor, em projeto apresentado em 1992 à Câmara dos Deputados – embora seja justo ressaltar que, da proposta originária, na sua longa tramitação, muito pouco se aproveitou; basta confrontar o projeto de 1992 com a Emenda Constitucional 45 num único ponto: aquele pura e simplesmente extinguiu a Justiça comum federal, enquanto esta não somente a mantém, como lhe reforça notavelmente a atuação.

O pano de fundo sob o qual declaradamente se move a reforma – curiosamente presente em vários Países com linhas bastante semelhantes – é a crise que nos últimos tempos se abateu sobre o funcionamento da Justiça, de quem se cobra, justificadamente o mais das vezes, mas em muitos casos sem conhecimento dos fenômenos judiciários, e em alguns de má-fé, uma atuação de maior amplitude, de efetividade mais vigorosa e, principalmente, celeridade, muita celeridade – uma celeridade que frequentemente se deseja obter a qualquer custo, e que, em certos momentos, se parece querer utopicamente emparelhar com a vertiginosa velocidade das informações no mundo moderno.

A reforma é apresentada com a finalidade declarada de melhorar esse estado de coisas.

É duvidoso, a meu ver, que o objetivo se alcance, assim como me parecem duvidosas certas premissas do ímpeto reformador que se colhem aqui e alhures, como o de que, por exemplo, existe um relacionamento inexorável e estreito, suscetível de ser quantificado, entre a velocidade de tramitação dos processos e o nível de crescimento e desenvolvimento econômico das nações. É dado que entre nós se chega a afirmar e a mensurar com o requinte de precisão absoluta, mas que a observação da realidade judiciária de países mais e menos prósperos parece desmentir.

Trata-se de reforma que não escapa à crítica que tem enfática e justamente endereçado às reformas processuais de um modo geral o Prof. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA: alteram-se entre nós a Constituição e as leis sem um prévio levantamento empírico do problema que se quer resolver, com o inevitável resultado de não ser incomum que, além de não resolver-se o problema, outros terminem sendo criados, que se somam aos existentes, agravando, ao invés de melhorar, o estado das coisas. É fenômeno que se verifica nas sucessivas reformas por que têm passado o CPC e a legislação processual de um modo geral. É fenômeno igualmente presente na reforma constitucional do Poder Judiciário, malgrado haver tramitado pelo Congresso por mais de uma década.

Uma das etapas da reforma constitucional, como quer que seja, já se completou, e se traduziu na edição de emenda constitucional, de nº 45, promulgada e publicada em dezembro de 2004. Uma outra, que se desgarrou da primeira, ainda se acha em curso no Congresso Nacional (PEC 358, de 2005). O desmembramento da reforma se deve ao fato de que emendas constitucionais, para serem aprovadas, dependem da votação favorável, por *quorum* qualificado, em dois turnos, da proposta por cada uma das Casas do Congresso Nacional, e ao entendimento, que tem sido adotado, não sem conseqüências indesejáveis,

de que aprovado um projeto por uma das Casas, e enviado à outra, o que esta aprovar do texto original deve ser objeto de imediata promulgação, sem prejuízo de remeter-se à Casa de origem aquilo que tiver sido objeto de alteração. As modificações na Constituição Federal são assim feitas em etapas, ou em fatias, com prejuízo evidente para a preservação do caráter sistemático que eventualmente possuam.

Dito isso, passo à exposição, que pretendo limitar a alguns tópicos, na impossibilidade de cuidar de todos. Esclareço que dela deliberadamente excluo alterações atinentes ao regime jurídico da magistratura, que formam grande parte da Emenda Constitucional 45, por meio de regras que, em boa técnica, sequer mereceriam figurar em texto constitucional.

II. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

4. O primeiro ponto que pretendo abordar diz respeito à criação do Conselho Nacional de Justiça.

O Poder Judiciário tem entre nós estrutura complexa, que engloba o Supremo Tribunal Federal – que é órgão de cúpula do sistema, e cumpre as complexas e delicadas funções de guarda máxima da Constituição Federal, com outras, compatíveis com a posição que ocupa na estrutura judiciária –, e quatro grandes organismos judiciários: a Justiça militar, a Justiça eleitoral, a Justiça trabalhista e a Justiça comum, desdobrando-se esta última, por sua vez, em Justiça federal e em Justičas dos Estados e do DF. Em cada um desses organismos há juízos que atuam em primeiro grau, tribunais cuja competência primordial consiste em rever as decisões lá proferidas, e tribunais superiores⁽³⁾, de caráter nacional, com competência em todo o território do País. À Justiça comum federal e local (Estados e DF) está acoplado sistema de juizados especiais e de turmas recursais, competentes para causas de menor complexidade.

Parece conveniente aqui assinalar que, embora nosso direito processual tenha origem e continue a buscar ainda hoje inspiração predominante no direito continental europeu, a que certamente se filia, nossas instituições políticas, aí incluídas as judiciárias, tiveram como fonte, particularmente a partir da proclamação da República, os EUA, de onde transplantamos, não sem adaptações locais e sem certas rejeições tópicas, a noção de federação – que entre nós a história republicana se incumbiu de mitigar –, o princípio da separação de poderes, com os freios e contrapesos que o caracterizam, e o modelo judiciário, pelo menos em seus traços mais amplos, e nele, particularmente, a idéia de que o Poder Judiciário é um Poder político em tudo equiparado aos demais, ao qual incumbe o monopólio da função jurisdicional – com exceções discutíveis e de pequena monta –, estando investido, em limites e formas que variaram no tempo, do controle da atividade realizada pelo Poder Executivo e do controle, direto e indireto, da constitucionalidade das leis.

⁽³⁾ A exceção fica por conta da Justiça militar, em que não há tribunais intermediários.

A Emenda Constitucional 45 não produziu alteração de monta na estrutura do Poder Judiciário propriamente dito. Houve alterações de competência, que não chegaram a ser significativas, embora tenham suscitado algumas controvérsias ainda não inteiramente solvidas.

Mas nele se resolveu introduzir um órgão, em que se consubstancia dissimuladamente uma espécie de controle externo da magistratura, que mal se compadece, a meu ver, com o modelo implantado na República: o Conselho Nacional de Justiça.

É um dos pontos de destaque – e de polêmica – da Emenda Constitucional 45: a instituição de um mecanismo nacional de controle sobre a magistratura, a ser realizado por órgão de composição numerosa – 15 membros – e extremamente heterogênea, em que se juntam Ministros do Supremo Tribunal Federal e de Tribunais superiores, membros da Justiça trabalhista e federal, das Justiças dos Estados e do DF, membros do Ministério Público, integrantes da advocacia, e dois cidadãos, estes últimos indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

Pode dizer-se, aliás, que, além da criação de escolas de magistratura, constitui uma obsessão da Emenda Constitucional 45 a criação de conselhos: há um Conselho na Justiça federal e outro na Justiça trabalhista.

Trata-se de órgão, o Conselho Nacional de Justiça, que não desempenha qualquer função jurisdicional, mas se encontra inserido, apesar disso, entre os integrantes do Poder Judiciário, com tarefas que podem ser sintetizadas no exercício de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura, inclusive com a possibilidade de aplicação de penalidades.

5. A criação do Conselho Nacional de Justiça foi objeto de acirrada polêmica durante a tramitação do projeto e depois da promulgação da Emenda Constitucional. Contra a sua instituição justificadamente, a meu ver, se alegou que, por sua composição, configurava mecanismo suscetível de colocar em xeque, ou pelo menos comprometer, a independência do Poder Judiciário – no mínimo a independência externa, que entre nós, sem ser absoluta, porque sujeita a sistema delineado pela própria Carta Federal em sua feição originária, figura em cláusula pétreia, imune, portanto, a modificações oriundas do constituinte derivado.

Antes, aliás, da Emenda Constitucional 45, a propósito de iniciativas do gênero adotadas em alguns Estados, teve o Supremo Tribunal Federal oportunidade de pronunciar-se mais de uma vez. Em todas, invariavelmente, condenou a criação do órgão, com fundamentação na verdade extensível ao Conselho instituído pela Emenda Constitucional 45.

Foi o que se verificou, por exemplo, em decisão tomada por unanimidade de votos, no julgamento da ADIN 98, de que foi relator o eminente Min. Sepúlveda Pertence.

Vale a pena conhecer parte da ementa do acórdão, que põe em destaque convincente refutação à propriedade – e à legitimidade constitucional – de importar-se da Europa continental modelo de conselhos superiores da magistratura:

“1. Na formulação positiva do constitucionalismo republicano brasileiro, o autogoverno do Judiciário – além de espaços variáveis de autonomia financeira e orçamentária – reputa-se corolário da independência do Poder (ADIn 135-PB, Gallotti, 21.11.96): viola-o, pois, a instituição de órgão do chamado “controle externo”, com participação de agentes ou representantes dos outros Poderes do Estado.

2. A experiência da Europa continental não se pode transplantar sem traumas para o regime brasileiro de poderes: lá, os conselhos superiores da magistratura representaram um avanço significativo no sentido da independência do Judiciário, na medida em que nada lhe tomaram do poder de administrar-se, de que nunca antes dispuseram, mas, ao contrário, transferiram a colegiados onde a magistratura tem presença relevante, quando não majoritária, poderes de administração judicial e sobre os quadros da magistratura que historicamente eram reservados ao Executivo; a mesma instituição, contudo, traduziria retrocesso e violência constitucional, onde, como sucede no Brasil, a idéia da independência do Judiciário está extensamente imbricada com os predicados de autogoverno crescentemente outorgados aos Tribunais.”

No corpo do acórdão, ressaltou o ilustre Ministro dado igualmente relevante: a criação de conselhos da magistratura na Europa, em quase todos os casos em que se deu, não ocorreu em sistemas de unidade de jurisdição, como o nosso, onde o Poder Judiciário, em todos os níveis, tem a tarefa de examinar atos da Administração e, mais ainda, de efetuar a verificação da constitucionalidade das leis.

De tal modo se estratificou o entendimento do Supremo Tribunal Federal que este chegou a inserir na Súmula de sua jurisprudência um enunciado, de nº 649, de acordo com o qual ficou proclamada a inconstitucionalidade da criação, “por Constituição Estadual, de órgão de controle administrativo do Poder Judiciário do qual participem representantes de outros poderes ou entidades”.

Por esse motivo, antes mesmo da publicação da Emenda Constitucional 45, a AMB propôs ação direta de inconstitucionalidade (de nº 3367), sustentando que o Conselho Nacional de Justiça envolvia ofensa ao princípio da separação de Poderes e à federação.

Por maioria de votos, em sessão de abril do corrente ano, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente o pedido. A alegação de ofensa ao pacto federativo, que consistiria em haver-se criado órgão da União habilitado a imiscuir-se na Justiça dos Estados, foi descartada com base em que tem a Justiça brasileira caráter nacional, inclusive pelo relacionamento funcional que ordinariamente mantém o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais superiores

com a Justiça dos Estados. À afirmação de que o Conselho Nacional de Justiça, por sua composição híbrida e pelas competências que detêm, seria suscetível de comprometer, em um de seus aspectos, a independência do Poder Judiciário, contrapôs o eminente relator da ADIN, Min. Cezar Peluso, depois de salientar, com razão, que independência envolve necessariamente responsabilidade, que ao Conselho Nacional de Justiça não fora cometida qualquer parcela de função jurisdicional, nem qualquer outra atribuição capaz de comprometer o desempenho da função típica do Poder Judiciário. Assinalo que no julgamento ficou explicitado que ao Conselho Nacional de Justiça não estava submetido o Supremo Tribunal Federal – embora a conclusão não decorra da Constituição Federal, nem constitua consectário necessário de ter o Supremo Tribunal Federal competência para apreciar ações propostas contra os atos do Conselho Nacional de Justiça.

6. A questão está solvida. *Roma locuta, causa finita*. Decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em ações diretas de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade são dotadas, pela Constituição Federal, de caráter vinculativo *erga omnes*, de modo que a controvérsia não poderá suscitar-se novamente para nenhum fim útil.

Isso não impede, contudo, que, sem desrespeito à decisão, e sem negar a consistência e erudição dos argumentos em que se fundou a maioria do Tribunal para repelir a inconstitucionalidade, se continue a entender – e sustentar doutrinariamente – que o vício estava presente, e não obsta a que se discuta a conveniência da iniciativa da Emenda Constitucional 45 (ponto que, aliás, justiça se lhe faça, o Relator não deixou de colocar em séria dúvida). É para mim difícil compreender que se considere imune o exercício da função jurisdicional a qualquer possibilidade de interferência quando os órgãos que a desempenham se encontram subordinados ao controle administrativo, financeiro e disciplinar de um Conselho para cuja composição concorrem o Poder Executivo, o Poder Legislativo, de mais de um modo, o Ministério Público e a OAB. É difícil conceber que o autogoverno dos Tribunais, que tinha limites traçados pela Constituição Federal, remanesça absolutamente incólume a uma supervisão que se lhe impõe no tocante à atividade administrativa e à atividade financeira. É difícil imaginar que o controle dos meios de que se vale o Poder Judiciário para desempenhar sua função seja absolutamente insuscetível de repercutir sobre os fins – que precisam ficar alheios a quaisquer injunções que não sejam fruto exclusivamente da lei e da consciência dos magistrados. Como já foi dito em várias oportunidades com maior autoridade, entre outros inconvenientes, a influência de órgãos eleitos sobre a atuação jurisdicional pode gerar o risco lamentável de que os juízes tenham de preocupar-se mais com a popularidade de suas decisões do que com a justiça que deve exclusivamente inspirá-las.

Se a constitucionalidade da instituição do Conselho Nacional de Justiça está definida, somente o futuro poderá permitir que se afirmem os efeitos que seu funcionamento será capaz de gerar sobre a independência do Poder Judiciário e sobre a imparcialidade de seus atos.

III. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: REPERCUSSÃO GERAL

7. Um segundo tópico a ser abordado diz com o fato de que a reforma constitucional em curso procura enfrentar problema de que se ocupam ordenamentos estrangeiros e de que já cuidou o direito brasileiro anterior a 1988, em fórmula que a Constituição Federal de 1988 descartou: a questão relativa à necessidade de estabelecer mecanismo de filtragem capaz de impedir que terminem tendo acesso ao Supremo Tribunal Federal e aos Tribunais superiores, por meio de recursos, causas de menor expressão, que sobrecarregariam as cortes, em detrimento da qualidade dos seus julgamentos, quando não da própria viabilidade de seu funcionamento.

A solução, ou pelo menos uma tentativa de solução, estava presente no direito brasileiro anterior. A Carta de 1969 atribuía ao Supremo Tribunal Federal – cuja competência recursal abarcava então a apreciação de todas as questões de direito federal, constitucionais ou não – o poder de indicar, em relação às hipóteses mais utilizadas de interposição de recurso extraordinário, as causas nas quais o recurso seria admissível, consideradas, para esse fim, num primeiro momento, a respectiva natureza, espécie e valor, e, a partir de 1977, também a respectiva relevância.

O Supremo Tribunal Federal exerceu o poder que lhe foi outorgado em seu Regimento Interno, estabelecendo restrições ao cabimento ao recurso extraordinário, mediante a definição de casos nos quais o recurso seria incabível, a despeito de preencher os requisitos constitucionais de cabimento.

As restrições regimentais variaram – e aumentaram – ao longo do tempo, cumprindo observar, contudo, que a Corte delas sempre afastou a alegação de ofensa à Constituição Federal.

A partir de meados da década de setenta, o Regimento Interno passou a contemplar o reconhecimento da relevância da questão federal suscitada no recurso como causa suscetível de afastar os impedimentos regimentais. O cabimento ficava subordinado, assim, a, de um lado, o recurso atender às exigências delineadas na Constituição e, de outro, a não estar vedado no Regimento, ou, estando, a ser a matéria considerada relevante pelo Supremo Tribunal Federal.

Em modificação regimental ocorrida em 1985, chegou o Supremo Tribunal Federal a esboçar uma definição do que se deveria entender como relevante: “questão federal que, pelos reflexos na ordem jurídica, e considerados os aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais da causa, exigir a apreciação do recurso extraordinário pelo Tribunal (art. 327, § 1º).

A apreciação da relevância estava disciplinada no Regimento Interno, era suscitada em incidente que se processava em autos apartados dos autos principais e recebeu o nome de arguição de relevância.

As restrições regimentais ao cabimento do recurso provocavam insatisfações, e a arguição de relevância, além de constituir um fator adicional de complicação em recurso cuja interposição jamais foi simples, atraiu

respeitabilíssimas críticas doutrinárias, particularmente pelo fato de ser apreciada pelo Supremo Tribunal Federal em sessão a que não tinham acesso as partes, e de ser decidida em ato não fundamentado, características que acompanharam o instituto durante toda sua existência, embora, a partir de certo momento, o Supremo Tribunal Federal tenha passado a divulgar as questões cuja relevância admitira.

Em 1988, com a vigência da Constituição Federal então editada, foi abandonada toda a construção que até então se erguera. A nova Carta suprimiu o poder que se conferira à Suprema Corte de estabelecer restrições ao cabimento do recurso extraordinário, e criou tribunal com o qual repartiu a competência recursal até então exclusiva do Supremo Tribunal Federal: com este permaneceu a tarefa de apreciar questões de ordem constitucional; questões infraconstitucionais em processos oriundos da Justiça comum passaram à competência do Superior Tribunal de Justiça.

Provavelmente por esse motivo - mas com inescusável ingenuidade -, supôs-se desnecessário a partir daí estabelecer qualquer filtro em relação aos recursos endereçados, quer ao Supremo Tribunal Federal, quer ao Superior Tribunal de Justiça, que passaram a ser cabíveis sempre, desde que presente questão de direito federal.

8. É a este equívoco, que em pouco tempo produziu efeitos alarmantes sobre o volume de trabalho do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, que a Emenda Constitucional 45 e a PEC 358 procuram dar solução.

Não se trata, aliás, de soluções uniformes.

No caso do recurso especial, a PEC 358 prevê que a lei estabeleça casos de inadmissibilidade do recurso, sem fornecer qualquer pista a respeito do critério a ser adotado.

No do recurso extraordinário, a Emenda Constitucional 45, em regra que remete a disciplina legal e parece não ser auto-aplicável, indica ela própria os parâmetros a serem adotados. Parte de uma divisão das questões constitucionais: as que têm "repercussão geral", e as que não a têm. Pode soar estranho que se concebam questões constitucionais sem "repercussão geral"; como se viu, sob o direito anterior, questões constitucionais sempre foram consideradas relevantes para fins de cabimento do recurso extraordinário; a hipótese se torna menos absurda se se leva em conta o casuísmo da Constituição Federal de 1988, que disciplina em pormenor muitas vezes incompatível com o que deveria nela figurar vários aspectos da vida social. De qualquer modo, só recursos cujo julgamento envolva "repercussão geral" merecerão apreciação, incumbindo ao recorrente demonstrar-lhe a ocorrência.

Prevê-se a necessidade de lei para que o dispositivo vigore. Não creio possua o legislador a incumbência de dizer o que envolve e o que não envolve "repercussão geral". Mas vai caber-lhe certamente estabelecer a forma de arguição.

A Emenda Constitucional 45 desde logo prevê um *quorum* de rejeição: para que não se considere presente "repercussão geral", é preciso que neste

sentido votem dois terços dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. É o que dispõe o § 3º do art. 102 ⁽⁴⁾.

Deixando de lado certa estranheza que provoca a expressão escolhida pelo constituinte, "repercussão geral", que parece traduzir a idéia de que recursos extraordinários, para serem admissíveis, devem versar sobre questões suscetíveis de influir em certo número, expressivo, de relações jurídicas, adotando, assim, literalmente, um critério quantitativo, quando a qualidade das questões – sua relevância – é que deveria considerar-se, não é impossível imaginar que o dispositivo talvez não alcance o efeito pretendido. A rejeição do recurso depende de *quorum* qualificado, além de ser insustentável perante a Constituição de 1988 qualquer possibilidade de a decisão tomar-se em sessão que não seja pública, ou deixar de ser fundamentada – com o que, possivelmente, será mais simples e mais rápido julgar-se o recurso do que avaliar-lhe, no ponto, a admissibilidade.

IV. DURAÇÃO DOS PROCESSOS

9. Passando a outro tópico, observo que a Emenda Constitucional 45 introduz, no elenco de direitos e garantias fundamentais previsto no art. 5º da Constituição Federal, dispositivo segundo o qual "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação". O preceito é complementado pelo art. 93, XIII, segundo o qual "o número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população".

Trata-se de princípio – o de dever ser razoável a duração do processo – que de certo modo já se podia considerar presente no direito brasileiro, quer como emanção do princípio constitucional do devido processo legal (art. 5º, LIV), quer como decorrência do Pacto de São José da Costa Rica (art. 8º, 1), incorporado à nossa ordem jurídica desde 1992.

A norma, de qualquer sorte, reforça o princípio e contempla uma aspiração generalizada, entre nós e alhures, traduzindo uma tendência, que não tem origem no direito brasileiro, de inscrever em textos normativos que o processo deve apresentar resultados dentro de limites de tempo razoáveis.

Cuida-se de um princípio, tomada a palavra no sentido que modernamente lhe atribui certo setor doutrinário: uma determinação de que, sem prejuízo da consideração de outros objetivos e outros valores, se procure realizar, no maior grau possível, a rápida tramitação dos feitos judiciais. A aplicação que dele se fizer não deve postergar a de outros, como o da imparcialidade do juiz, que envolve incidentes, o do contraditório, o da produção das provas necessárias é demonstração dos fatos relevantes para o processo, o do duplo grau de jurisdição *etc.*

⁽⁴⁾ § 3º No recurso extraordinário, o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros." (NR)

É princípio cuja formulação envolve conceito altamente indeterminado, impossível de ser explicitado em termos de contornos mais precisos, ainda que possa dizer-se que, na avaliação da razoabilidade, necessariamente precisam considerar-se, quando menos, a complexidade da causa e o comportamento das partes.

Não está claro no dispositivo constitucional a função que desempenha a alusão a que haja “meios que garantam a celeridade” da tramitação dos processos.

É claro que a inovação trazida pela Emenda Constitucional 45 não pode ser senão saudada.

Mas não pode evidentemente em sã consciência ser ingenuamente tomada como sinal de que por seu intermédio, por si só, se elimina ou se atenua o universal e multissecular problema da morosidade da Justiça, contra a qual tantos, em tantos lugares, ergueram e erguem suas vozes. A demora na conclusão dos processos tem causas, variadas e variáveis aliás, que não desaparecem nem diminuem pela simples manifestação de vontade do legislador – que, se tivesse esse poder mágico, melhor o empregaria dispondo que não houvesse conflitos entre as pessoas no convívio social, ou que, havendo, encontrassem elas por si mesmas as soluções mais adequadas para compô-los. Viveríamos no melhor dos mundos, embora privados do prazer que este encontro de hoje proporciona, já que se tornariam desnecessários o processo, o direito processual e os processualistas.

O dispositivo envolve, além disso, alguns riscos. Se nele se identificar um direito, suscetível de ser cobrado especificamente do Estado, ou de fundamentar ações nas quais se peça reparação de danos causados pela desarrazoada demora dos processos, terminará constituindo a norma fonte para instauração de novos processos, que se somarão aos demais, fazendo crescer o volume total dos feitos e acarretando – como se afirma haver ocorrido na Corte de Estrasburgo em relação a indenizações pleiteadas contra o Estado italiano – um fator a mais no vasto elenco de causas que contribuem para a morosidade da Justiça.

V. “SÚMULA VINCULANTE”

10. Uma última alteração de que se vai aqui tratar diz respeito à possibilidade, autorizada pela Emenda Constitucional 45, de o Supremo Tribunal Federal conferir, sob certas circunstâncias, caráter obrigatório ou vinculante às proposições que introduzir na Súmula de sua jurisprudência.

O Supremo Tribunal Federal mantém, como se sabe, desde 1963, uma Súmula de sua jurisprudência predominante, na qual se inserem, em enunciados sintéticos, as soluções a que reiteradamente chegou a Corte ao apreciar questões de direito no julgamento dos casos que lhe são submetidos.

A Súmula foi engendrada como mecanismo capaz, por um lado, de dar estabilidade – e divulgação – à jurisprudência assentada no Tribunal, com reflexos sobre a segurança jurídica, e, por outro, de facilitar a atividade dos magistrados

e, portanto, o funcionamento da Justiça, inclusive do Supremo Tribunal Federal. Fundadas as teses nela contidas em decisões nas quais as questões teriam sido debatidas exaustivamente, com a análise dos vários ângulos sob os quais deveriam apreciar-se, dispensariam elas, nos casos semelhantes que viessem a apresentar-se a partir da inserção na Súmula, a reprodução dos termos da controvérsia, autorizadas as decisões futuras a basear-se na mera invocação da tese, com o número que lhe correspondesse na Súmula.

O expediente foi incorporado e ampliado pelo CPC de 1973, que autorizou os tribunais a editar, cada qual, a sua Súmula. E foi rápida e intensamente integrado à prática do Superior Tribunal de Justiça, a partir de seu funcionamento, em 1989.

Trata-se de mecanismo útil, mas de alcance limitado. Envolve uma estabilidade do entendimento professado pelos tribunais, revelando-se menos eficiente quando as decisões se tomam sem que as questões tenham atingido certo grau de amadurecimento, ou quando se adotam com base em maiorias precárias, suscetíveis de desfazer-se. Uma Súmula cujo conteúdo varie freqüentemente termina por frustrar a sua finalidade, quando não constitui fator de insegurança jurídica. A inserção de enunciados em Súmula, além disso, precisa fazer-se com comedimento. Se as dezenas de tribunais de segundo grau existentes, os Tribunais superiores e o Supremo Tribunal Federal deliberarem inflar as Súmulas com proposições de menor importância terminarão por banalizar o expediente e gerarão o risco de somar às agruras de conhecer a extensíssima legislação brasileira a de tomar conhecimento das Súmulas, que se despirão do peso que deveriam ostentar. A Súmula pressupõe, ademais, uma certa estabilidade do direito positivo, e tende a tornar-se mais ou menos inócua quando, como é comuníssimo ocorrer nos tempos atuais, o legislador se deixa tomar por furores legisferantes, não hesitando em modificar freneticamente os pressupostos normativos sobre os quais assentam as teses incorporadas à Súmula.

Não deixa a doutrina, além disso, de imputar à Súmula o risco de inibir a evolução jurisprudencial em temas nos quais a imponha a alteração das condições culturais, sociais, políticas e econômicas pelas quais passa a sociedade, considerado que a aplicação do direito não constitui fenômeno que possa permanecer alheio ao ambiente sobre o qual se destina a operar, e que o legislador, embora seja extremamente volúvel em certos assuntos, em outros permanece na mais absoluta inércia, impondo aos tribunais, com os recursos hermenêuticos de que dispõem, que tomem a dianteira, adaptando o direito posto a necessidades sociais que emergem da realidade.

É certo que os textos que prevêem a inserção de teses na Súmula igualmente contemplam a possibilidade de seu cancelamento, por ato do tribunal que a edita. Nem sempre, porém, a providência se revela inteiramente capaz de obviar o inconveniente apontado. É mais do que previsível que os tribunais, assoberbados por um volume de trabalho cada vez maior, e no afã de fazer frente a ele, relutem em alterar posicionamentos firmados e reiteradamente aplicados, sendo intuitivo haver maior facilidade em inscrever-se na Súmula um enunciado do que, mais, adiante, em suprimi-lo.

11. Pois bem. É a proposições suscetíveis de inserção na Súmula do Supremo Tribunal Federal que a Emenda Constitucional 45 permite a atribuição de efeito vinculante ou obrigatório. Nos limites que serão assinalados, pelo menos em certa medida, deixará a jurisprudência de constituir entre nós fonte de expressão ou de conhecimento, para transformar-se em fonte formal do direito.

Cuida-se de efeito que se confere não propriamente a decisões judiciais – e nisto o sistema brasileiro continua diferindo dos precedentes vinculativos da *commom law* e das complexidades envolvidas no princípio do *stare decisis* –, mas a enunciados que, da reiteração de decisões judiciais num mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal estará habilitado a extrair. Não quaisquer enunciados: apenas aqueles que envolverem matéria constitucional. Não qualquer matéria constitucional: apenas aquelas que disserem respeito a “normas determinadas”, que suscitarem “controvérsia atual” entre órgãos do Poder Judiciário, ou entre estes e a Administração Pública, e que sejam capazes de, cumulativamente, acarretar “grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos”. Presentes tais pressupostos, e por voto de pelo menos 8 de seus 11 Ministros, estará o Supremo Tribunal Federal autorizado a imprimir efeito vinculante aos enunciados que editar.

O caráter obrigatório pode vir a ser atribuído às proposições hoje já integrantes da Súmula, mas o fenômeno depende, para verificar-se, da satisfação de todos os pressupostos previstos na Constituição Federal, já que não seria razoável imaginar que o Supremo Tribunal Federal possa fazer no tocante ao passado o que não está legitimado a fazer no tocante ao futuro.

A inserção de proposição vinculante da Súmula está sujeita à satisfação simultânea de tais elementos. Mas se subordina, de igual modo, a um juízo de conveniência a ser realizado pelo Supremo Tribunal Federal.

Não está claro na Emenda Constitucional 45 se a formulação de teses vinculantes depende da regulamentação do assunto em lei. Embora seja indubitosa apenas a necessidade de lei para disciplinar a respectiva revisão e cancelamento, que estão expressamente previstas, é mais do que lógico imaginar que o mesmo se dá quanto à edição: seria desarrazoado supor que a Corte estivesse habilitada a expedir proposição que não pudesse ela própria, por falta de lei, rever e cancelar, ainda que convencida de equívoco.

Editado e publicado oficialmente o enunciado, produzirá ele, diz a Emenda Constitucional 45, “efeito vinculante”. “Efeito vinculante” significa, segundo creio, exatamente o que se infere literalmente da expressão, que traduz a idéia de sujeição ou obrigatoriedade. Nada além. A propósito de expressão semelhante usada no texto constitucional sobre ações diretas de inconstitucionalidade e de constitucionalidade, tem-se procurado conferir à locução significado diverso. Afirma-se que efeito vinculante e efeito *erga omnes* são fenômenos distintos – o que é verdade, no sentido de que a segunda expressão define o âmbito subjetivo de aplicação da primeira, sem que daí seja lícito inferir que efeito vinculante equivalha a algo mais do que *verba sonant*, envolvendo, por exemplo, a idéia de que o efeito vinculante dissesse respeito, não ao

enunciado, mas a seus fundamentos, que adquiririam um caráter como que transcendente.

Trata-se, parece, de conseqüência que só pode conceber-se em face de todos, ou *erga omnes*. Se a lei (*lato sensu*) obriga a todos, se a sua aplicação está, em última análise, confiada ao Poder Judiciário, e se o Poder Judiciário está vinculado ao sentido que à lei dá o Supremo Tribunal Federal, das premissas se extrai que todos ficam vinculados ao entendimento da Suprema Corte.

É claro que a obrigatoriedade pressupõe a permanência dos dados normativos em que se tenham baseado as decisões que serviram de fundamento aos enunciados vinculantes, e que a existência destes não impede que o legislador constitucional ou infraconstitucional, modificando a legislação, termine por tornar inoperantes os enunciados do Supremo Tribunal Federal (ressalvadas proposições vinculantes atinentes a cláusulas pétreas).

Apesar disso, de modo curioso, o art. 103-A, *caput*, aparentemente restringe aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública a obrigatoriedade, o que se explica, sem justificar-se, pelo mecanismo engendrado pela Emenda Constitucional 45 para conferir efetividade ao que denominou de "súmula vinculante": desacatada que seja, instituiu-se meio processual próprio, enérgico, a reclamação, instaurável diretamente perante o Supremo Tribunal Federal e suscetível de provocar a eliminação do ato infringente, mediante a respectiva cassação ou anulação.

12. Analisado criticamente o instituto, não é impossível imaginar que sua utilização não renda os frutos que dele se esperam em matéria de aceleração dos processos e de diminuição da carga de trabalho do Supremo Tribunal Federal.

Hoje, mesmo sem caráter vinculativo, a Súmula do Supremo Tribunal Federal já desempenha relevante papel no funcionamento da Justiça, quer porque a seus enunciados tendem a ajustar-se os demais tribunais, quer porque ela já é suscetível, mesmo não obrigatória, de produzir relevantes efeitos processuais. Não é de supor-se que a atribuição de efeito vinculante traga alteração de monta nesse quadro.

Não serão muitas, além disso, segundo me parece, as oportunidades em que a Suprema Corte terá oportunidade de editar enunciados vinculantes. A edição tem os pressupostos indicados, que estreitam a área em que pode manifestar-se; o Supremo Tribunal Federal tem uma respeitável tradição de prudência e comedimento no cenário nacional e provavelmente só exercitará sua prerrogativa - suscetível, sob outras circunstâncias, de resvalar para o autoritarismo - em situações raras e excepcionalíssimas.

VI. CONCLUSÃO

13. Encerrando a exposição, creio desnecessário a essa altura esclarecer que, no geral, não faço da Emenda Constitucional 45 uma avaliação positiva, não me inscrevendo no rol de seus ardorosos adeptos, alguns respeitáveis. Lamento a oportunidade, a meu ver perdida, de fazer-se uma reforma efetiva, que talvez,

porém, não careça de mudança constitucional. Temo que se frustrem os que, de boa-fé, esperam que da reforma empreendida surja um novo Poder Judiciário, capaz de atender, e atender prontamente, às necessidades e expectativas dos tempos atuais. A Emenda Constitucional 45 tem algumas qualidades. Méritos e defeitos não são, contudo, segundo me parece, o seu forte. Nela preponderam medidas inócuas para a consecução dos fins a que supostamente se voltam. Como quer que seja, tirando a criação do Conselho Nacional de Justiça, que envolve perigos que podem ser – e é justo esperar que sejam – evitados pela atuação de seus integrantes, parece razoável dizer que a mudança constitucional do Poder Judiciário não chega a constituir uma *reformatio in peius*, e que, nas circunstâncias, a ausência de vícios mais graves não deixa de constituir, em certa medida, uma virtude.