

A Emenda Constitucional nº 45 e o processo (*)

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA (**)

1. Introdução.

Característica marcante do processo civil brasileiro em nosso tempo é a sua progressiva constitucionalização. Não me refiro só à crescente atenção dada pela doutrina e pela jurisprudência contemporâneas aos vínculos entre o direito processual e a Constituição, e especialmente à necessidade de avaliar ou reavaliar à luz dela as soluções de problemas jurídicos relacionados com o processo. Aludo ao próprio ordenamento positivo.

Com efeito: a Carta da República de 1988 elevou ao patamar constitucional preceitos de ordem processual até então enunciados apenas em nível de legislação ordinária, ou quando muito, em Constituições anteriores, no tocante ao processo *penal*, para o qual elas se preocupavam em conferir à defesa certos direitos e garantias. Do processo civil cuidavam pouco, com ressalva de alguns instrumentos ordenados à proteção de direitos e interesses peculiares, como o mandado de segurança e a ação popular, ou à persecução de fins ligados à índole federativa da estrutura do Estado brasileiro, como o recurso extraordinário.

Em 1988, enriqueceu-se notavelmente o repertório de disposições concernentes *também* ao processo civil. Para começar, o acesso ao Poder Judiciário passou a ver-se assegurado não apenas em caso de alegada *lesão*, mas igualmente no de *ameaça* a direito (art. 5º, nº XXXV). Recebida a ação popular (art. 5º, nº LXXIII), colocaram-se-lhe ao lado novos instrumentos de tutela de direitos e interesses difusos e coletivos: a ação civil pública, que antes se situava no plano puramente legal (Lei nº 7.347, de 24.7.1985), revestiu-se de dignidade constitucional, mercê da referência expressa contida no art. 129, nº III; e criou-se modalidade coletiva do mandado de segurança (art. 5º, nº LXX). Forjaram-se outros instrumentos processuais específicos, quais o mandado de injunção (art. 5º, nº LXXI) e o *habeas data* (art. 5º, nº LXXII). E, em matéria de princípios, muito se ampliou o rol dos constitucionalmente consagrados: o do juiz natural (art. 5º,

(*) Texto de conferência pronunciada em 10.10.2005, em Brasília, nas VI Jornadas Brasileiras de Direito Processual Civil, e em 13.10.2005, no Rio de Janeiro, no VII Congresso Nacional do Instituto de Direito. Acrescentaram-se as notas.

n^{os} XXXVII e LIII), o do “contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (art. 5^o, n^o LV), o da inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos (art. 5^o, n^o LVI), o da publicidade dos atos processuais (art. 5^o, n^o LX, e 93, n^o IX), o da obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais (art. 93, n^o IX), e - à guisa de cláusula de encerramento - o do “devido processo legal” (art. 5^o, n^o LIV), expressão pela primeira vez incorporada à terminologia de nosso direito positivo.

É forçoso reconhecer que a realidade do foro nem sempre vem refletindo com fidelidade esse vistoso panorama. A utilização prática de alguns institutos, como o mandado de injunção e o *habeas data*, ficou muito aquém do que se poderia esperar à luz dos textos. E, para ferir outro ponto, longe estamos de ver cumprido *in concreto* de maneira eficiente o preceito do art. 5^o, n^o LXXIV, segundo o qual “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. São mazelas, no entanto, pelas quais não seria razoável culpar o legislador constituinte: elas nada fazem senão confirmar uma velha e triste noção, a da distância a que quase sempre ficam de realizar-se plenamente as expectativas suscitadas pelas mais belas promessas normativas.

2. A Emenda Constitucional n^o 45.

A generalizada insatisfação com o desempenho da máquina judiciária tem provocado uma série de reformas legislativas, que já modificaram em muitos pontos o Código de Processo Civil de 1973. Entendeu-se, todavia, que não bastavam novas regras no plano da legislação ordinária: era preciso alterar a própria Constituição. Exato ou inexato que fosse, tal entendimento levou à edição de uma Emenda Constitucional, de n^o 45, promulgada em 8 de dezembro de 2004.

Cabe desde logo notar que, embora se haja tornado conhecida pela denominação de “Reforma do Poder Judiciário” ou “Reforma da Justiça”, a Emenda n^o 45 na verdade tratou de múltiplas e variadas matérias, aqui e ali estranhas ao âmbito delimitado por aquela designação. Assim é, por exemplo, que nela se deparam normas concernentes a tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos e à submissão do Brasil à jurisdição do Tribunal Penal Internacional (§§ 3^o e 4^o, respectivamente, acrescentados ao art. 5^o da Carta da República), bem como ponderável número de disposições atinentes ao Ministério Público.

A fim de imprimir alguma sistematização ao conjunto heterogêneo de regras constantes da Emenda, parece adequado distribuir as mais relevantes em quatro grupos ou categorias: 1^o) modificações estruturais, do Poder Judiciário e do Ministério Público; 2^o) alterações de competência; 3^o) disposições sobre a disciplina jurídica da magistratura (ingresso na carreira, promoção, remoção, férias, número de juizes em cada unidade jurisdicional *etc.*: incisos do art. 93); 4^o) normas de caráter pura ou predominantemente processual, incluídas aí as referentes a aspectos do funcionamento dos órgãos judiciais. Deixarei de lado,

neste ensejo, as disposições do 1º e do 3º grupo, para cuidar apenas das principais alterações de competência e normas processuais, compreendidas entre estas as relativas à chamada “súmula vinculante”, sem embargo da relevância que assumem também na esfera administrativa.

3. Alterações de competência.

São quatro as mais importantes alterações de competência efetuadas pela Emenda:

- 1ª) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias passaram do Supremo Tribunal Federal para o Superior Tribunal de Justiça (art. 105, nº I, i). Ao que se pode imaginar, a providência teve por objetivo aliviar a carga de trabalho da Corte Suprema, a expensas, porém, do Superior Tribunal de Justiça, não menos sobrecarregado; vem à mente a expressão popular “despir um santo para vestir outro”;
- 2ª) inclusão de mais um caso entre os de competência originária do Supremo Tribunal Federal: “ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público” (art. 102, nº I, r), órgãos criados pela própria Emenda;
- 3ª) acréscimo de uma hipótese, no art. 109, nº V-A, às de competência da Justiça Federal: “as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º acrescentado ao mesmo artigo; aí se fala de “grave violação de direitos humanos” previstos em “tratados internacionais (...) dos quais o Brasil seja parte”, caso em que o Procurador-Geral da República “poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal”. No que tange a esta, aumentando-lhe a carga de trabalho, a disposição, sem prejuízo de alguma justificativa que talvez encontre de outro ponto de vista, em nada contribuirá para acelerar-lhe o ritmo, já notoriamente muito lento em vários Estados da federação;
- 4ª) ampliação da competência da Justiça do Trabalho; mediante alteração do art. 114, com a introdução de vários incisos cujo entendimento tem dado margem a grandes divergências doutrinárias. Elas dizem respeito, sobretudo, à cláusula inicial (inciso I), que alude, genericamente, a “ações oriundas da relação de trabalho”, dicção abrangente, para alguns, de causas atinentes a contratos de atividade em geral. ⁽¹⁾ Outros dispositivos incluem na área da

⁽¹⁾ Assim, *v.g.*, ESTÊVÃO MALLET, “Apontamentos sobre a competência da Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional 45”, no vol. col. *Reforma do Judiciário* (coord. André Ramos Tavares et alii), S. Paulo, 2005, pp. 357/9; AMAURI MASCARO NASCIMENTO, “Novas competências da Justiça do Trabalho”, no vol. col. *Reforma do Judiciário* (coord. Sérgio Rabello Tamm Renault e Pierpaolo Bottini), S. Paulo, 2005, pp. 200 e segs.; HUGO MELO FILHO, in FLÁVIO DINO et alii, *Reforma do Judiciário*, Niterói, 2005, pp. 17 e segs. Em sentido contrário, propugnando por interpretação restritiva da expressão

competência da Justiça do Trabalho as ações “sobre representação sindical” (inciso III), “de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes de relação de trabalho” (inciso VI), “relativas a penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho” (inciso VII) etc.

4. Normas de caráter propriamente processual.

Passemos às normas de índole propriamente processual. Nesse grupo, a primeira com que nos defrontamos é o novo inciso LXXVIII, aditado ao art. 5º, com o seguinte teor: “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Não se trata de novidade absoluta no ordenamento brasileiro: o art. 8º da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, aprovada pelo Pacto de San José de Costa Rica, de que é signatário o nosso país, estabelece, na parte inicial, que “toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente”. Importa verificar que significa a elevação da norma ao nível constitucional. Para não relegá-la ao plano das simples normas “programáticas”, sem impacto direto na realidade, deve-se cogitar, ao meu ver, de pelo menos duas conseqüências primaciais: 1ª) será incompatível com a Carta da República, e portanto inválida, qualquer lei de cuja aplicação haja de decorrer claro detrimento à garantia instituída no texto; 2ª) a violação da norma, por parte do Poder Público, acarretará a responsabilidade deste pelos danos patrimoniais e morais ocorridos.⁽²⁾ Só haverá o risco de que, multiplicando-se os pleitos desse gênero, fiquem ainda mais congestionadas as vias judiciais e, com isso, mais se entorpeça o andamento dos processos...

Duas novas disposições visam a assegurar o funcionamento ininterrupto, sem soluções de continuidade, da máquina judiciária. Uma delas é a do novo inciso XII do art. 93, que proíbe férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau; outra é a do novo inciso XV, que faz obrigatória a “distribuição imediata de processos, em todos os graus de jurisdição”. Ambas merecem aplausos. A primeira, vazada infelizmente em linguagem censurável do ponto de vista

“relações de trabalho”, SERGIO BERMUDEZ, *A reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional nº 45*, Rio de Janeiro, 2005, pp. 81/2; JORGE TOSTA, “A nova competência da Justiça do Trabalho”, in *Rev. Dialét. de Dir. Proc.*, nº 30, pp. 53 e segs.

⁽²⁾ LEONARDO A. DE ANDRADE BARBOSA, in FLÁVIO DINO *et alii*, *Ref. do Jud.*, pág. 10, alude à “possibilidade de que o novo dispositivo estimule o ajuizamento de ações reclamando indenização pela demora de procedimentos judiciais cuja duração extrapole o razoável”. Admitem expressamente a responsabilização do ente público por descumprimento do novo inciso LXXVIII, entre outros, FLÁVIO LUIZ YARSHHELL, “A Reforma do Judiciário e a promessa de ‘duração razoável do processo’”, in *Rev. do Advogado*, nº 75, p. 33; ANTONIO DE PADUA NOTARIANO JUNIOR, “Garantia da razoável duração do processo”, no vol. col. *Reforma do Judiciário* (coord. Teresa Arruda Alvim Wambier *et alii*), S. Paulo, 2005, p. 62, e JORGE DE OLIVEIRA VARGAS, “A garantia fundamental contra a demora no julgamento dos processos”, *ibid.*, p. 347.

gramatical (defeito aliás encontrado ao longo do texto da Emenda), atende à óbvia consideração de que o direito dos juízes ao gozo de férias não pode prejudicar o interesse dos jurisdicionados na continuidade dos trabalhos judiciais durante todo o ano. A dúvida cabível respeita ao motivo pelo qual se terá limitado o preceito aos órgãos “de segundo grau”, com exclusão de todos os tribunais superiores. Quanto à obrigatoriedade da distribuição imediata, cuida-se de inovação destinada a coibir a abusiva prática do “represamento”, adotada em alguns tribunais estaduais, onde os feitos têm demorado, às vezes, vários anos para ser distribuídos. Parece estranho, diga-se de passagem, que seja necessário inserir *no texto constitucional* disposição relativa a assunto tão miúdo: deveriam bastar normas de hierarquia inferior, insertas em leis processuais ou até em regimentos internos.

Outra modificação concerne ao âmbito de cabimento dos recursos especial e extraordinário. Nos termos do art. 105, n° III, *b*, da Constituição, tal como vigia, o recurso especial era o remédio próprio para impugnar decisões de tribunais que julgassem “válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal”. A Emenda n° 45 dividiu ao meio esse campo: transferiu para o âmbito do recurso extraordinário a hipótese de julgamento de validade de *lei* local contestada em face de lei federal (art. 102, n° III, *d*), deixando remanescer na área do recurso especial a de julgamento de validade de *ato* de governo local contestado em face de lei federal (art. 105, n° III, *b*). Pode entender-se a inovação como medida consentânea com o papel constitucional do Supremo Tribunal Federal: com efeito, ao menos em regra, eventuais conflitos entre leis locais e leis federais resolvem-se em questões de invasão da competência legislativa da União por Estados ou Municípios. Ora, essas são questões de ordem *constitucional*,⁽³⁾ e por isso é natural que se haja considerado mais próprio atribuir competência para o julgamento do recurso ao Supremo Tribunal Federal, ao qual incumbe, “precipualemente, a guarda da Constituição” (art. 102, *caput*).

Mais uma novidade atinente ao recurso extraordinário aparece no § 3° acrescentado ao art. 102: “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”. A norma, de clara inspiração norte-americana, encontra um antecedente no próprio direito brasileiro: tempo houve, sob outro regime constitucional, em que a admissibilidade do recurso extraordinário se subordinava, em certas hipóteses, à demonstração da então

⁽³⁾ Já o notava, sob o regime anterior à Emenda n° 45, JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional positivo*, 9ª ed., S. Paulo, 1992, p. 490. Cf., agora, FREDIE DIDIER JR., “Reforma constitucional do Poder Judiciário: observações sobre duas novas regras de competência”, in *Ref. do Jud.* (coord. Teresa Arruda Alvim Wambier *et alii*), p. 257; RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, “Súmula vinculante e a EC n° 45/2004”, *ibid.*, p. 710; OLAVO AUGUSTO VIANNA ALVES FERREIRA, “Competências do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça na Emenda Constitucional 45/2004”, in *Ref. do Jud.* (coord. André Ramos Tavares *et alii*), pp. 204/5; ANDRÉ RAMOS TAVARES, “A repercussão geral no recurso extraordinário”, *ibid.*, p. 210; FLÁVIO DINO, in Flávio Dino *et alii*, *Ref. do Jud.*, p. 71.

denominada “relevância da questão federal”. A idéia é a mesma, se bem que consagrada agora sob forma algo diversa. O que se pretende é evitar que o Supremo Tribunal Federal tenha de ocupar-se de questões de interesse visto como restrito à esfera jurídica das partes do processo, em ordem a poder reservar sua atenção e seu tempo para matérias de mais vasta dimensão, para grandes problemas cuja solução deva influir com maior intensidade na vida econômica, social, política do país.

O texto do novo § 3º – e, como se verá, não é o único – faz vaga menção a uma futura lei, em cujos termos o recorrente precisará demonstrar a “repercussão geral” das questões discutidas. Não fica esclarecido se a incidência da disposição inovadora depende do advento dessa lei, ⁽⁴⁾ e menos ainda que sentido e alcance ela terá: mais uma obscuridade, entre tantas que pontilham a Emenda.

5. A impropriamente chamada “súmula vinculante”.

Vale a pena abrir item especial para aquela que é talvez a mais propalada e ambiciosa inovação da Emenda Constitucional nº 45: a impropriamente chamada “súmula vinculante”. Digo impropriamente porque a palavra “súmula” sempre se empregou – em perfeita consonância com a etimologia e os dicionários – para designar o conjunto das proposições em que se resume a jurisprudência firme de cada tribunal, a começar pela Corte Suprema, onde ela foi criada, em 1963, sob a denominação correta de *Súmula da Jurisprudência Predominante* (no singular), com a qual se incorporou ao Regimento Interno. Agora, ela aparece no texto constitucional emendado com referência a *cada uma* daquelas proposições, consoante ressalta do teor do novo art. 103-A e também do art. 8º da Emenda, que alude às “atuais súmulas do Supremo Tribunal Federal”.

Eis o texto do art. 103-A, *caput*, que consagra a inovação: “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma da lei”. Estatuí, por sua vez, o § 1º: “A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre estes e a administração pública, que acarrete grave insegurança jurídica

⁽⁴⁾ Inclina-se a maior parte da doutrina a reputar necessária a lei regulamentadora, negando auto-aplicabilidade ao parágrafo em foco: SERGIO BERMUDEZ, ob. cit., p. 54; CANDIDO DINAMARCO, “O processo civil na reforma constitucional do Poder Judiciário”, no vol. col. *Reforma do Judiciário* (coord. Sérgio Rabello Tamm Renault e Pierpaolo Bottini), S. Paulo, 2005, p. 301; HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, “Alguns reflexos da Emenda Constitucional 45, de 8.12.2004, sobre o processo civil”, in *Rev. de Proc.*, nº 124, p. 30; ARRUDA ALVIM, “A EC nº 45 e o instituto da repercussão geral”, in *Ref. do Jud.* (coord. Teresa Arruda Alvim Wambier et alii), p. 99 (com a ressalva de que a lei “deverá cingir-se à disciplina procedimental”).

e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”. Adita o § 2º: “Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser proposta por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade”. E o § 3º comina sanções para a inobservância da súmula, nos dois casos concebíveis: “Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”. Impende notar, de passagem, que o uso do instrumento da reclamação poderá conviver com a interposição do recurso cabível segundo a lei processual contra a decisão reclamada: basta atentar em que, no julgamento da reclamação, a Corte Suprema terá de cingir-se à apuração da existência ou não de contrariedade à súmula, sem estender sua cognição a outros aspectos, como a ocorrência de *errores in procedendo* ou *in iudicando* estranhos àquele âmbito. Para pleitear, por exemplo, a anulação da decisão, por incompetência do órgão julgador, ou a respectiva reforma, por má apreciação da prova, o interessado precisará recorrer pelo meio legalmente previsto. A tramitação paralela do recurso e da reclamação será capaz, sem dúvida, de gerar problemas práticos, dos quais não é possível tratar aqui.

A redação dos textos em foco, escusado ressaltar, não chega a ser um primor de precisão e elegância: sem dificuldade alguma percebe-se, por exemplo, que na validade, interpretação e eficácia de normas não reside o “objetivo”, mas o “objeto” – coisa diferente – da “súmula vinculante”. Mais grave é nova alusão, um tanto enigmática, no *caput* e no § 2º, a futura lei cujo objeto (empreguemos o termo correto) ora se aponta na “forma” a ser observada na edição da súmula (*caput*), ora na disciplina da “aprovação, revisão ou cancelamento de súmula” (§ 2º). Indagação relevantíssima, a que a Emenda não dá resposta clara, é esta: fica a utilização de todo o mecanismo engendrado na dependência do advento dessa futura lei? Noutras palavras: só depois dela, e na *forma* que ela determinar, é que o Supremo Tribunal Federal poderá editar súmulas vinculantes? ⁽⁵⁾ Ou a lei só será necessária no tocante à revisão e ao cancelamento? ⁽⁶⁾

É possível entender assim a parte final do *caput* – impressão todavia desmentida, ao que parece, pela dicção do § 2º, onde a cláusula “sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei” inequivocamente diz respeito aos três atos (aprovação, revisão e cancelamento). Limitar-se-á o § 2º à questão da legitimação

⁽⁵⁾ Nesse sentido: LUIZ FLÁVIO GOMES, “Eficácia e extensão das súmulas vinculantes”, in *Síntese*, nº 102, p. 6; SÉRGIO SEIJI SHIMURA, “Súmula vinculante”, in *Ref. do Jud.* (coord. Teresa Arruda Alvim Wambier), p. 764; ao que parece, também HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, art. cit., p. 35. Contra, pela aplicabilidade imediata do art. 103-A, JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA, LUIZ RODRIGUES WAMBIER e TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, “Repercussão geral e súmula vinculante”, in *Ref. do Jud.* (coord. Teresa Arruda Alvim Wambier et alii), p. 389; RODRIGO JANSEN, “A súmula vinculante como norma jurídica”, in *Rev. For.*, vol. 380, p. 211.

⁽⁶⁾ Ao ver de SÉRGIO BERMUDEZ, ob. cit., p. 123, a cláusula da “forma prevista em lei” diz respeito, exclusivamente, “à revisão e à revogação da súmula”; mas por “lei” deve entender-se “a norma baixada pelo Legislativo, ou pelo STF, no regimento ou alhures, já que é ele o editor da súmula”.

para provocar qualquer dos atos, em ordem a alongar o elenco dos legitimados, já aumentado por força da nova redação dada pela própria Emenda aos incisos IV e V do art. 103? ⁷⁾

Adiante-se que raia pelo absurdo o entendimento segundo o qual estaria a Corte Suprema desde já, independentemente do advento da misteriosa lei, autorizada a editar súmulas – só a editá-las –, não porém a revê-las ou a cancelá-las. Não se afigura razoável que, se o Tribunal vier a convencer-se de haver errado na edição de uma súmula, fique impedido, na falta da lei, de revê-la ou cancelá-la. Até porque, em última análise, a proibição não seria difícil de contornar por meio da aprovação de nova súmula de teor diverso ou mesmo oposto ao da anterior...

Complica-se o problema da lei anunciada à vista do disposto na primeira parte do art. 7º da Emenda, assim redigido: “O Congresso Nacional instalará, imediatamente após a promulgação desta Emenda Constitucional, comissão especial mista, destinada a elaborar, em cento e oitenta dias, os projetos de lei necessários à regulamentação da matéria nela tratada”. Antes de mais nada, o texto deixa de pé as dúvidas sobre onde a Emenda depende e onde não depende de regulamentação: que é exatamente que, na “matéria nela tratada”, incide desde logo, ou se subordina ao advento da lei regulamentadora? Ademais, já se esgotaram os 180 dias fixados para a elaboração dos mencionados projetos, sem que se tenha notícia do funcionamento da comissão especial mista incumbida de elaborá-los. E nada assegura, à luz do que se está passando há meses no Congresso Nacional, que o assunto venha a ocupar tão cedo a atenção dos nossos parlamentares. A lei regulamentadora bem poderá ter a mesma sorte de tantas outras anunciadas pela Constituição, desde 1988, e jamais concretizadas. Tudo isso justifica dúvidas sobre o destino que afinal espera, em tais circunstâncias, a súmula vinculante.

6. O panorama global e algumas observações críticas.

Que conclusão se há de extrair da visão panorâmica da Emenda nº 45, no que tange à sua possível contribuição para o aprimoramento da Justiça brasileira?

A quem passe em revista as principais inovações, decerto não escapará que a atenção do legislador se concentrou, acima de tudo, no aspecto da duração dos processos, vista como excessiva. Não são numerosas as medidas destinadas a melhorar a *qualidade* da prestação jurisdicional: um dos poucos exemplos é a nova redação do art. 93, nº IV, mais explícita que a anterior na “previsão de

⁷⁾ À possibilidade de acréscimos no rol dos legitimados, em relação aos três casos, referem-se MARCELO LAMY e LUIZ GUILHERME ARCARO CONCI, “Reflexões sobre as súmulas vinculantes”, in *Ref. do Jud.* (coord. André Ramos Tavares *et alii*), p. 311; GILMAR FERREIRA MENDES e SAMANTHA MEYER PFLUG, “Passado e futuro da súmula vinculante: considerações à luz da Emenda Constitucional nº 45/2004”, in *Ref. do Jud.* (coord. Sérgio Rabello Tamm Renault e Pierpaolo Bottini), p. 346, parecem limitar a possibilidade aos casos de “cancelamento ou revogação” (haverá diferença?); FLÁVIO DINO, in Flávio Dino *et alii*, *Ref. do Jud.*, p. 81, unicamente à revisão.

cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados”, com a obrigatoriedade de “participação em curso oficial ou reconhecido por escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados”, como etapa do processo de vitaliciamento. O novel Conselho Nacional de Justiça poderia desempenhar papel importante na empresa, mas a leitura das atribuições que lhe são cometidas (art. 103-B, § 4º) não deixa dúvida de que a maior preocupação da Emenda diz com a repressão de eventuais ilegalidades e irregularidades praticadas por juízes no exercício de suas funções; trata-se, principalmente, de um órgão disciplinar: basta ver os incisos II, III, IV e V.

A lentidão da máquina judiciária inegavelmente constitui problema sério, que aliás nada tem de peculiar ao Brasil, senão que aflige até países do chamado primeiro mundo, alguns dos quais talvez não desfrutem, no particular, situação melhor que a nossa. Aqui, entretanto, cabem duas ou três observações de princípio. Uma delas é a de que não parece razoável sobrepor obsessivamente a tudo mais o açodamento em inventar soluções, às vezes simplistas, para debelar o mal. As que se vêm tentando padecem do pecado original da falta de base empírica: não dispendo de dados concretos, de estatísticas abrangentes e confiáveis, que revelem com alguma precisão os pontos de estrangulamento, as causas mais relevantes da disfunção,⁽⁶⁾ atira-se a esmo, com o grave risco de investir quixotesicamente moinhos de vento, deixando em paz e sossego os verdadeiros inimigos. Ao contrário do que se costuma apregoar, muito provavelmente nem sequer serão as leis as maiores vilãs da história: há um fator de que pouco se cuida, e no entanto pode estar influenciando negativamente, de modo mais intenso, no rendimento do aparelho judicial – a má gestão administrativa de juízos e tribunais. Por outro lado, é hora de aceitarmos, com suas inevitáveis conseqüências, uma verdade fundamental: a de que jamais se logrará construir um sistema de Justiça que concilie de maneira perfeita a rapidez do funcionamento com a preservação de garantias de que, no presente momento histórico, dificilmente se poderia abrir mão. Alguma concessão sempre se terá de fazer, e é mister boa dose de prudência para buscar o necessário equilíbrio entre valores não raro contrapostos.

Seja como for, assente que a aceleração do ritmo processual representou a prioridade da Emenda, impende verificar as estratégias de que ela se valeu para perseguir tal resultado. Voltemos os olhos, antes de mais nada, para o que se

⁽⁶⁾ Nem no Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário, nem nos relatórios do seminário “A Justiça em números” – um e outro acessíveis no sítio do Supremo Tribunal Federal (consultado em 4.9.2005) – se deparam elementos reveladores do tempo empregado na tramitação de feitos. De acordo com resolução do então Presidente da Corte (*Diário da Justiça da União*, de 24.3.2004, p. 1), no mencionado Banco de Dados deveriam figurar os chamados “indicadores judiciários”, entre os quais o “tempo médio para o julgamento final na instância, contado do recebimento do processo”, e o “tempo médio da data do julgamento até a publicação da sentença ou acórdão”. Pelo visto, decorrido ano e meio, a resolução ainda não passou de letra morta. Perfeitamente se aplicam a certas afirmações sobre reformas legislativas as palavras de RUSSEL HARDIN, *Liberalism, Constitutionalism and Democracy*, Oxford, 2003, p. 123, a denunciar “the political tradition of making empirical arguments without empirical support”.

modificou na cúpula do Poder Judiciário, aparentemente privilegiada na reforma. Digo “aparentemente” porque, como procurarei demonstrar, a Emenda nº 45 não está isenta aí de certa ambigüidade. Atente-se no caso do Supremo Tribunal Federal, órgão a cujo respeito com freqüência se ouvem recomendações enfáticas de minorar-lhe a carga de trabalho. É certo que se deslocou para o Superior Tribunal de Justiça a atribuição de homologar sentenças estrangeiras e conceder *exequatur* a cartas rogatórias (art. 105, nº I, *i*); em compensação, porém, estendeu-se a duas novas hipóteses a competência originária da Corte Suprema: as das ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público (art. 102, nº I, *r*), e para ela também se transferiu parte dos antigos recursos especiais, agora extraordinários, interpostos contra decisões que julguem válida lei local contestada em face de lei federal (art. 102, nº III, *d*). Ajunte-se a fonte suplementar de encargos representada pela reclamação contra a inobservância da súmula vinculante (art. 103-A, § 3º).⁽⁹⁾ Isto é: subtraiu-se de um lado, somou-se de outro. Só o tempo – se nos resolvermos a apurar com métodos apropriados a repercussão prática das inovações – dirá se é positivo ou negativo o saldo.

Mencione-se aqui outra disposição que não deixará de influir nos trabalhos do Supremo Tribunal Federal: o art. 103-B, § 1º, *fine*, consoante o qual o Ministro da Corte Suprema que presidir o Conselho Nacional de Justiça ficará excluído da distribuição de processos naquela Corte. Se continua a ser matematicamente exato que a diminuição do divisor aumenta o quociente, semelhante providência sobrecarregará os restantes Ministros, e não é despropositado temer que lhes prejudique a produtividade.

Decerto se conta, como fator de alívio para o Supremo Tribunal Federal, com a exigência da “repercussão geral das questões discutidas” no recurso extraordinário (art. 102, § 3º). Raciocinemos, contudo, em perspectiva prática e com os pés firmes no chão. O recurso terá de submeter-se à apreciação do plenário do tribunal,⁽¹⁰⁾ visto que, para negar-lhe conhecimento, serão necessários os votos de, no mínimo, dois terços dos Ministros. Com isso já se introduz uma complicação no processamento, em confronto com o regime atual, em que a competência para julgar o recurso extraordinário cabe, em princípio, a qualquer das Turmas (Regimento Interno, art. 9º, nº III), e só por exceção sobe ele ao Tribunal Pleno. Adite-se que, à luz do art. 93, nº IX, da Carta da República, não

⁽⁹⁾ Perceptível em GILMAR FERREIRA MENDES e SAMANTHA MEYER PFLUG, *trab. cit.*, pp. 372/3, o receio de que a multiplicação de reclamações venha a constituir “nova e adicional sobrecarga de processos (...) para o Supremo Tribunal Federal”, como a “substituir a crise numérica ocasionada pelo recurso extraordinário”.

⁽¹⁰⁾ De acordo: CÂNDIDO DINAMARCO, *trab. cit.*, p. 301; ARRUDA ALVIM, *trab. cit.*, p. 99; RODRIGO BARIONI, “O recurso extraordinário e as questões constitucionais de repercussão geral”, in *Ref. do Jud.* (cord. Teresa Arruda Alvim Wambier), p. 726; igualmente, mas em termos explicitamente críticos, ANDRÉ RAMOS TAVARES, *trab. cit.*, pp. 217/8, a cujo ver se deveria conferir a cada uma das Turmas, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, a possibilidade de rejeitar o recurso, por falta do requisito da “repercussão geral”.

alterado pela Emenda, será, por força, pública e motivada a decisão sobre o cumprimento ou descumprimento do requisito da “repercussão geral”. Fica pois afastada a vantagem – se na verdade é lícito (ponto mais que duvidoso) chamar-lhe assim – de que goza, no particular, a *Supreme Court* norte-americana, onde é secreta e em regra sem motivação divulgada a deliberação sobre se a *petition for certiorari* será examinada no mérito. ⁽¹¹⁾ Em resumo: sempre que se mantiverem aquém do *quorum* especial os votos no sentido de não se conhecer do recurso, por falta do requisito da “repercussão geral”, a tramitação compreenderá dois julgamentos, em vez de um único – e ambos realizados em sessão pública e devidamente fundamentados: o do Plenário, de rejeição da preliminar, e, em princípio, o da Turma, sobre a restante matéria. Pelo menos no particular, portanto, não se afigura exagero de pessimismo vaticinar que aumentará o trabalho do Tribunal e demorará mais a solução do problema.

No concernente ao Judiciário, em geral, é certo que algumas inovações da Emenda podem exercer influência benéfica na duração dos pleitos. Assim, por exemplo, as medidas, já citadas, tendentes a evitar hiatos no exercício das funções de juízos e tribunais: proibição de férias coletivas (art. 93, n° XII), obrigatoriedade da distribuição imediata de processos, em todos os graus de jurisdição (art. 93, n° XV). Na mesma ordem de idéias, merece referência a disposição do art. 93, n° II, e, onde se nega a possibilidade de promoção ao juiz “que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal”, embora a eficiência prática de regras desse tipo costume sofrer a erosão da complacência tantas vezes manifestada pelos órgãos fiscalizadores.

Mas a maior aposta da Emenda n° 45, em tema de desobstrução dos canais judiciais, e por conseguinte de agilização processual, é sem sombra de dúvida a chamada “súmula vinculante”. Simples o raciocínio subjacente: convencendo-se os potenciais litigantes (ou melhor, seus advogados) de que não vale a pena postular em sentido contrário ao adotado na súmula, dada a enorme improbabilidade de vitória, muitas ações deixarão de ser propostas, e muitos recursos de ser interpostos. Consideravelmente aligeirada a carga de trabalho, juízes e tribunais poderão dar conta de suas tarefas com mais celeridade.

Oxalá se concretize essa rósea expectativa. Permitam-me entretanto, aqui também, alguns reparos, nos quais deixarei de lado questões teóricas importantes, como a relativa à própria idéia de vinculação uniformizadora, ⁽¹²⁾ para cingir-me aos aspectos práticos do assunto. Primeiro reparo: sucessivas reformas do Código de Processo Civil, em nível de legislação ordinária, já vêm atribuindo grande peso aos precedentes jurisprudenciais, tornando-os, em certos casos, pouco menos

⁽¹¹⁾ Sobre o procedimento observado na apreciação das *petitions for certiorari*, vide por todos STERN-GRESSMANN, *Supreme Court Practice*, 5ª ed., Washington, 1978, pp. 343 e segs.

⁽¹²⁾ Ao propósito, merecem leitura e reflexão as considerações de FÁBIO CARDOSO MACHADO, “Da uniformização jurídico-decisória por vinculação às súmulas de jurisprudência: objeções de ordem metodológica, sócio-cultural e político-jurídica”, in *Rev. de Proc.*, n° 124, p. 123 e segs.

que vinculativos: basta um rápido olhar aos arts. 120, parágrafo único, 544, § 3º, 557, *caput* e § 1º-A, do estatuto processual, na redação em vigor, bem como a mais de um dos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional. A influência por assim dizer decisiva da jurisprudência, notadamente dos Tribunais Superiores, exerce-se, por sinal, em âmbito mais vasto que o reservado à “súmula vinculante”: não se restringe a matéria constitucional, nem pressupõe deliberações cercadas das cautelas que o novo art. 103-A e seu § 1º requerem para a edição da “súmula vinculante” pelo Supremo Tribunal Federal. Os textos soem contentar-se com a alusão, um tanto vaga, à “jurisprudência dominante”, consagrada ou não em súmula.⁽¹³⁾ E, na mesma onda, os tribunais brasileiros, inclusive os superiores, mostram fortíssima tendência a limitar a motivação de suas decisões à pura e simples indicação de precedentes.

Nessa óptica, e levando em conta os condicionamentos da Emenda nº 45, não parece que ainda sobre espaço muito grande para a incidência das súmulas vinculantes. O principal efeito da respectiva edição poderá talvez consistir na obrigação, imposta aos órgãos da Administração Pública, de respeitá-las.⁽¹⁴⁾ Realmente, muitas queixas têm-se feito ouvir acerca da insistência de órgãos do Poder Executivo em sustentar teses divergentes das esposadas por decisões dos Tribunais Superiores, inclusive da Corte Suprema. Atribui-se a esse inconformismo boa parcela de responsabilidade pelo ingurgitamento das vias judiciais, conquanto nem sempre a imputação se acompanhe de dados objetivos capazes de ministrar-lhe a desejável base empírica. De qualquer sorte, não há negar a probabilidade de que venha a reduzir-se o vulto do contencioso com a Administração Pública, e com isso a diminuir em medida ponderável a massa dos pleitos.

Seria algo imprudente, ao meu ver, formular prognósticos categóricos. Muitos invocam o exemplo, que se diz animador, dos Estados Unidos. É notório que lá as teses jurídicas consagradas em decisões da *Supreme Court* devem ser, em princípio, observadas pelos outros órgãos do Poder Judiciário, independentemente de pressupostos especiais e formalidades como as previstas na Emenda nº 45.⁽¹⁵⁾ Há quem aponte nisso fator relevante de contenção da

⁽¹³⁾ Por tudo isso escrevemos em artigo que já data de mais de seis anos: “Emenda constitucional, para estabelecer que as Súmulas, sob certas condições, passarão a vincular os outros órgãos judiciais? Ora, mas se já vamos além, e ao custo – muito mais baixo – de meras leis ordinárias (será que somente na acepção técnica da palavra?). O mingau está sendo comido pelas beiradas, e é duvidoso que a projetada emenda constitucional ainda encontre no prato o bastante para satisfazer seu apetite...” (BARBOSA MOREIRA, “Algumas inovações da Lei nº 9.756 em matéria de recursos civis”, in *Temas de Direito Processual*, Sétima Série, S. Paulo, 2001, p. 82).

⁽¹⁴⁾ Nesse sentido, CELSO DE ALBUQUERQUE SILVA, *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*, Rio de Janeiro, 2005, p. 179.

⁽¹⁵⁾ É vastíssima a literatura relativa ao sistema dos *binding precedents* nos países anglo-saxônicos. Especificamente sobre o direito norte-americano, resumida mas correta explanação no artigo de RE, “*Stare Decisis*”, trad. de Ellen Gracie Northfleet, in *Rev. de Proc.*, nº 73, pp. 47 e segs. O ordenamento

litigiosidade em níveis aceitáveis, dado o efeito dissuasório exercido sobre advogados e litigantes potenciais, que se absteriam de levar a juízo pretensões incompatíveis com qualquer dos *binding precedents*.

Registre-se, em todo caso, que nem todos subscrevem tal suposição. Dois cientistas políticos, SAUL BRENNER e HAROLD J. SPAETH, procederam a meticoloso levantamento da jurisprudência da Corte, e em particular de suas alterações, no período compreendido entre 1946 e 1992 – cerca de meio século. Apuraram que nada menos de 115 vezes ela repudiou (“*overruled*”) precedentes; e publicaram a pesquisa em livro a que deram o título *Stare Indecisis* ⁽¹⁶⁾ – ironizando, é óbvio, a expressão correntia *stare decisis*, habitualmente empregada para designar o apego aos precedentes. Ora, reflitamos: a Corte não atua de ofício, mas somente por provocação dos interessados. Por outro lado, não é crível que, dentre as tentativas de obter resultado contrário a algum precedente, hajam constituído maioria as bem sucedidas: consideravelmente superior deve ter sido o número das malogradas. Daí se infere, com boa dose de verossimilhança, que muito mais de 115 vezes, naquele período, se recorreu ao Judiciário *apesar da existência de precedente em sentido desfavorável ao demandante*. O efeito dissuasório não parece haver-se produzido com a intensidade que em geral se imagina. Pode ser que os advogados brasileiros venham a mostrar-se mais obsequiosos em relação às futuras súmulas vinculantes e se abstenham de desafiar-las com pleitos que delas se desviem. Mas com isso entramos no puro reino das conjecturas.

Em todo caso, ao menos uma previsão não se afigura temerária. Faltam-nos, repito, dados estatísticos abrangentes e confiáveis sobre duração de processos. Em regra, os juízos que se emitem não têm outra base senão as impressões colhidas, em hipótese otimística, na experiência pessoal de cada opinante – experiência, ocioso frisar, extremamente variável de caso a caso, além de sujeita a mil distorções impostas pelo filtro da subjetividade. Ainda que, daqui a algum tempo, se modifique o panorama, e passemos a contar com elementos de aferição menos aleatórios, muito dificilmente poderemos saber ao certo em que medida as inovações terão repercutido na prática do foro: toda comparação pressupõe o conhecimento das duas realidades confrontadas, e a nossa ignorância do que ocorre hoje não permitirá qualquer conclusão que aspire a um mínimo de seriedade científica. ⁽¹⁷⁾ Isso de maneira alguma impedirá, é claro, que muitos

inglês vem experimentando modificações importantes, de que não é possível dar conta aqui; vamos limitar-nos a advertir que as exposições atinentes à *House of Lords* não terão, em futuro próximo, senão interesse puramente histórico, pois o *Constitutional Reform Act* de 2005, em medida ainda por implementar-se, transferiu para uma *Supreme Court* agora criada as atribuições judiciais daquela Casa do Parlamento.

⁽¹⁶⁾ BRENNER-SPAETH, *Stare Indecisis - The Alteration of Precedent on the Supreme Court, 1946-1992*, Cambridge, 1995.

⁽¹⁷⁾ Inteira razão assiste a RODRIGO JANSEN, art. cit., p. 218: “É impossível prever o sucesso ou insucesso desses mecanismos. Como sói acontecer, as reformas são feitas sem estudos prévios – especialmente estudos estatísticos – que sirvam de base a identificar onde de fato estão os problemas a serem resolvidos. Não se encontram, por exemplo, estudos estatísticos amplos sobre a utilização dos mecanismos que dão eficácia quase normativa às súmulas e jurisprudência dominante previstos no Código de Processo Civil; não se sabe qual a efetividade das súmulas não-vinculantes, isto é, não se

externem certezas tanto mais peremptórias quanto menos fundadas. Continuaremos provavelmente a patinhar, como sempre fizemos, no lodaçal dos “palpites”. E, antes que alguém me censure por abusar do direito de dar os meus próprios, creio chegado o momento de pôr um ponto final nestas considerações.

Outubro de 2005

têm dados sobre a quantidade de casos em que são descumpridas (o que responderia à questão de se as súmulas não-vinculantes já não poderiam fazer papel idêntico ao das novas súmulas vinculantes)”. Para quem há décadas insiste nesse ponto – em regra, com a desconfortável sensação de clamar no deserto –, é consolador verificar que tais idéias já ecoam no espírito de estudiosos mais jovens.

(**) JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA é Professor da Faculdade de Direito da UERJ e Desembargador (aposentado) do TJRJ.
