

Crônica de uma frustração anunciada

José Roberto Batochio e Sérgio Sérvulo da Cunha

Nossos juízes são tão honestos quanto outros homens, e não mais. Como os outros, têm as mesmas paixões com relação ao partido, poder e privilégio de seu organismo. A máxima deles é “boni judicis est ampliari jurisdictionem”, e o poder deles se torna mais perigoso porquanto mantêm-se no cargo para sempre e não estão sujeitos, como os demais funcionários, ao controle eletivo. (Thomas Jefferson)

1. Como preliminares necessárias, integram o presente texto as seguintes matérias, que assim serão citadas quando referidas no seu transcorrer:

Matéria 1: o substitutivo apresentado como emenda nº 21 (abril de 1999), oferecido pelo então deputado José Roberto Batochio à PEC nº 96/1992 (de que se originou a emenda constitucional nº 45/2004);

Matéria 2: o artigo “Reforma do judiciário”, redigido à mesma época por Batochio e Sérvulo, que veio a ser publicado, em setembro de 1999, no nº 56 da Revista do Advogado (www.servulo.com.br, artigo A-68).

Matéria 3: o prefácio à 2ª. edição do livro Recurso Extraordinário e Recurso Especial (Sérvulo, Saraiva, 2012).

2. Sobre a Constituição pode-se dizer, sucintamente e independentemente de considerações teóricas, que ela cria uma pauta de deveres para o governo, perante os cidadãos e a sociedade. Daí decorrem três consequências que se interpenetram: a outorga, ao judiciário, de competências para impor essa pauta, se devidamente provocado; a configuração do judiciário como poder do Estado, a par do executivo e do legislativo; a criação de mecanismos de equilíbrio entre esses poderes, a fim de que um não prevaleça sobre o outro.

A Constituição brasileira de 1988, concebendo o Supremo Tribunal Federal como “guardião da Constituição”, entregou-lhe competência para julgar, originariamente, a ação destinada a decretar a inconstitucionalidade de atos normativos federais ou estaduais (controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade), e os recursos contra decisões impugnadas em face da Constituição (controle difuso ou concreto). Além disso, outorgou-lhe a iniciativa quanto ao estatuto da magistratura (art. 93, inciso I), e a faculdade de elaborar seu regimento interno (art. 96, inciso I, alínea “a”).

Descurando de controles políticos que ressaltam nas Constituições de outros países, ao constituinte pareceu que, para assegurar a higidez do sistema e o equilíbrio entre os poderes, bastaria: a) prescrever que apenas pelo voto da maioria absoluta dos seus membros poderia um tribunal “declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público” (art. 97), e b) pôr nas mãos do Senado a decisão sobre a vigência de lei declarada inconstitucional pela suprema corte (art. 52, inciso X).

Entretanto, cometeu um equívoco fatal em seu art. 60, ao admitir sua reforma mediante emenda aprovada, em dois turnos, por tão só 3/5 (três quintos) dos membros de ambas as Casas do Congresso. Abriu-se espaço, desse modo, às flutuações conjunturais, e comprometeu sua essência de norma durável, garante das instituições e do jogo democrático.

3. Havendo o deputado Hélio Bicudo apresentado uma proposta de emenda constitucional (PEC 96/1992), tratando de alguns aspectos da prestação jurisdicional, foram-lhe oferecidas várias emendas, entre as quais, em data de 29.4.1999, a de nº 21, de autoria do deputado José Roberto Batochio, com esta justificativa:

“Na linha de abalizadas opiniões da comunidade jurídica, e colhendo a experiência dos dez anos da vigência da Constituição, a presente proposta de emenda objetiva reestruturar o Poder Judiciário. São suas linhas principais: a extinção da justiça militar; a extinção do Tribunal Superior do Trabalho e do vocalato trabalhista; a criação dos conselhos de política judiciária; a reestruturação do Supremo Tribunal Federal e redução de sua competência a matéria constitucional; a alteração de composição dos tribunais e a forma de escolha de seus membros; o enunciado de princípios concernentes à atividade judiciária, a atribuição de competência à Justiça Federal para o julgamento dos 'crimes que impliquem violações graves aos direitos humanos.’” (v. matéria 1).

No texto intitulado “Reforma do judiciário” (matéria 2), são explicitados os objetivos do proponente, sendo o principal deles opor-se a substitutivo ampliativo da competência do Supremo Tribunal Federal.

Desse texto, que traça um histórico da crise do Supremo, com menção a suas inclinações hegemônicas consubstanciadas no “pacote de abril” (baixado durante a ditadura), destacam-se a propósito as seguintes passagens:

“Em 1970, uma comissão do Supremo Tribunal Federal, composta pelos ministros Thompson

Flores, Xavier de Albuquerque e Rodrigues Alckmin, apresentou ao general Ernesto Geisel a proposta de “reforma do Poder Judiciário” para cuja instituição, mediante o “pacote de abril”, foi necessário fechar o Congresso..... O pacote de abril transformava o Supremo em tribunal de exceção que, para prevenir “imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas”, poderia suspender os efeitos de qualquer decisão judicial proferida no país e avocar o respectivo processo..... De um só golpe, feria-se a independência da magistratura, o princípio do juiz natural e a garantia dos jurisdicionados.

.....
Esse substitutivo deve ser rejeitado não só porque nada tem a ver com nossa realidade; não só porque descarta as reais finalidades de uma efetiva reforma, que busque eficiência e presteza nos serviços judiciários; não só porque é indispensável à cidadania participar de órgãos de planejamento, supervisão e controle da atividade administrativa do Judiciário; não só porque, em sua elaboração, foram ignoradas, em grande parte, as emendas e sugestões da maioria dos sub-relatores da Comissão Especial. Mas, principalmente, porque é contra a letra, o espírito, os fundamentos, as garantias e as cláusulas pétreas da Constituição. Porque agride o povo em sua necessidade de justiça, a magistratura em suas prerrogativas, o Parlamento em seu brio e os parlamentares em sua inteligência. Busquem-se, nos anais do Congresso, as razões de rejeição do pacote de abril. Seria este Parlamento menos cioso de sua competência que o de então? Observem-se as passagens do substitutivo que se fixaram no período pré-1988, pretendendo restaurar o

modelo ditatorial do Judiciário, inspirado no pacote de abril, e ressuscitar institutos como o efeito vinculante, a arguição de relevância e a advocatória (esta agora encoberta como “incidente de inconstitucionalidade” ou “incidente de interpretação”) – que tanto repugnaram – e pretendendo ainda desfazer o equilíbrio de poderes, como ocorre quando propõe colocar o Supremo Tribunal Federal acima da própria Constituição.

.....
Só nas ditaduras seria possível visualizar-se a soma de poderes que em grau tão elevado o substitutivo pretende concentrar em Corte cujas decisões são irrevogáveis. Vale menos o atual Congresso que o de 1970? Estando aberto, é menos que o de então, mesmo fechado? Estando vivo, é como se fosse morto?”

4. Aprovada afinal a PEC pelo Senado, na forma de emendas ampliadoras da competência do STF, e promulgada a emenda constitucional nº 45/2004, dela decorreram, para aquela corte, os seguintes superpoderes: a) o efeito vinculante das decisões definitivas de mérito proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade (art. 102, § 2º, da Constituição, em sua nova redação); b) a faculdade de negar trânsito ao recurso extraordinário que, a seu juízo, não possua repercussão geral (art. 102, § 3º); c) a faculdade de editar súmula vinculante de jurisprudência em matéria constitucional (art. 103, alínea A).

Ancorado na amplitude dos seus poderes, e na incontestabilidade de suas decisões, pôs-se o STF a estendê-los a partir daí, como, por exemplo, na copiosa adoção do efeito vinculante e da repercussão geral, sem observância de seus requisitos, assim como ao minimizar o dever de fundamentar juridicamente suas decisões. Daí a advertência contida na matéria 3:

“Sempre foi, o grande sonho do STF, transformar-se num tribunal semelhante à Suprema Corte norte-americana, com grande poder discricionário quanto à sua própria competência. Durante a ditadura militar foram dados alguns passos significativos nessa direção, principalmente mediante a arguição de relevância e atribuição de força de lei a disposições regimentais. Essa transformação, entretanto, ele só a consegue agora. Documento disponibilizado por essa Corte, em 2008, assinala o seu projeto de:

- Firmar seu papel como Corte Constitucional, e não como instância recursal.

- Ensejar que só analise questões relevantes para a ordem constitucional, cuja solução extrapole o interesse subjetivo das partes.

- Fazer com que decida uma única vez cada questão constitucional, não se pronunciando em outros processos com idêntica matéria.

Assim estabelecida sua política judiciária – decididamente eversiva de sua missão constitucional – e com apoio retórico em seu grande volume de serviço, esse passou a ser o fundamento de suas decisões, e não mais a Constituição ou a lei. Tal como se vê no acórdão relativo ao AI 760.358, em que se repeliu a reclamação “porque tal procedimento acarretaria aumento na quantidade de processos distribuídos e um desvirtuamento dos objetivos almejados com a criação da repercussão geral”.

A importância dessa mudança, ocorrida no papel institucional da Corte Suprema, transcende a lógica jurídica e o Direito processual, e alterando radicalmente o equilíbrio dos poderes passa a reclamar também a atenção dos cientistas políticos.

Não sendo especialista nessa área, ousou todavia avançar alguns elementos, na tentativa de sua compreensão. O comportamento da Suprema Corte revela o que podemos designar como “lei da incontidência do arbítrio”. Assim como o sistema normativo da ditadura – que se buscou legitimar com o “ato institucional” – veio a recair no casuísmo, o STF, tendo abandonado a Constituição como norte de sua atividade, já não encontra freio na lei e sequer no seu regimento interno.”

5. Quando o conflito político se abismou na crise pós-eleição de 2014, esperando-se então do Supremo o papel moderador e pacificador decorrente da neutralidade judiciária, assistiu-se o contrário, com a predominância de idiosincrasias, supostos consequentialismos e até acolhimento de pretensões marcadamente desalinhadas da ordem constitucional democrática.

Como fecho deste artigo, elencamos algumas providências de natureza normativa, assim como algumas medidas de aperfeiçoamento, que se apresentam como necessárias para que a Suprema Corte possa reverter aos trilhos da normalidade constitucional:

a) A restrição da competência do STF a matéria estritamente constitucional, com a transferência para o STJ daquilo que a excede na competência atual.

b) A supressão do efeito vinculante e da súmula vinculante.

O que faz, a jurisprudência, é glosar a lei. Nenhum acórdão ou súmula pode ser invocado como exclusiva razão de decidir, sem que se aluda criticamente à sua valia e adequação ao caso posto em exame. Ofenderia à Constituição – notadamente à garantia do seu art. 5º, inciso II, alínea “a”, decisão que se recusasse a examinar requerimento da parte, sob a alegação de que contraria jurisprudência, ainda que sumulada. Impedir que se divirja da jurisprudência significa passá-la à frente da lei, ou conceder-lhe a mesma hierarquia política que se concede à lei. Jurisprudência é argumento de autoridade, e a virtude do Direito consiste em haver posto a razão à frente da autoridade. Esses princípios e regras, que sempre se encontraram na base do sistema judiciário brasileiro, foram em grande parte erigidos como garantias fundamentais.

c) A abolição do incidente de repercussão geral.

Com a repercussão geral entrega-se na verdade a cortes inferiores, destituídas da mesma dimensão política e da mesma missão constitucional, a palavra decisiva quanto a matérias constitucionais objeto de recursos extraordinários; apoia-se a indústria da inconstitucionalidade; restringe-se a defesa das partes em juízo, ferindo-se a disposição constitucional que garante sua amplitude. A repercussão geral exacerba a “arguição de relevância”, criada durante a ditadura militar, e repelida pela Constituinte de 1987-1988.

Ao receber essa faculdade excepcional (mercê da qual pode recusar o exame de recursos extraordinários, não obstante fundados na Constituição), o Supremo Tribunal Federal não observa o “quorum” de dois terços que, para aplacar receios e sossegar as consciências, se estabeleceu como indispensável à recusa do recurso. Ao modo como vem agindo no tratamento dessa matéria, o STF: a) fecha os olhos à possibilidade de erro, dos tribunais de origem, nas

decisões em que invocam seus precedentes; b) demite-se de sua competência, transformando em absoluta uma delegação, concedida aos tribunais de origem, que seria apenas relativa, caso se reservasse a possibilidade de rever aquelas decisões.

São tantos os incidentes e reclamações provocados pelos óbices que o tempo do tribunal passa a ser tomado pelo detalhismo processual. O formalismo restritivista oblitera as mentes, endurece os corações, emperra a prestação jurisdicional. O atraso que os óbices representam é bem exemplificado no que durante muitos anos (de 1958 a 2010) aconteceu com o agravo de instrumento, quando interposto contra o despacho de inadmissibilidade do recurso extraordinário. Ao determinar que os tribunais recorridos examinassem o cabimento do recurso extraordinário, mediante um despacho que podia inadmiti-lo, a lei 3.396, de 2 de junho de 1958, submeteu essa decisão a agravo de instrumento. Assim, quem tinha o processamento de seu recurso extraordinário denegado e desejasse recorrer desse despacho, precisava providenciar a formação de um instrumento em que se reproduziam as peças principais do processo, e que seria encaminhado ao STF. Ora, bastava que o advogado ou o cartório esquecesse de juntar, ao instrumento, uma peça considerada essencial, para que o agravo não fosse conhecido pelo STF. Interesses vitais, esperanças nutridas durante anos de desgaste com as despesas e preocupações da demanda, a que se agarravam as partes como tábuas de salvação, eram, assim, sumariamente relegados ao oblívio. Inexistem estatísticas mostrando qual o porcentual de casos em que, inadmitido o recurso extraordinário, a parte agravava. O fato é que, mesmo com a criação desse óbice, e por sua causa, o STF se via inundado por milhares de agravos de instrumento. Aparentemente adotada com o objetivo de simplificar, essa providência na verdade multiplicava o trabalho, dos advogados, das cortes recorridas e do STF. Por isso, foi profunda – e extremamente positiva – a alteração trazida a essa disciplina pela lei 12.322, de 9 de setembro de 2010, segundo a qual o agravo é interposto nos próprios autos, de modo que, dispensada a formação do

instrumento, os originais é que são remetidos ao Supremo Tribunal Federal. Ficou assim superada toda a minudente e casuística jurisprudência anterior, inclusive a acolhida em súmulas do STF, que tratava da correta formação do instrumento. Esse fato bem ilustra o tempo consumido pelos tribunais em questiúnculas, enredados na teia de arabescos que, tendo embora importância diminuta, conseguem obstar a efetividade tanto do Direito material quanto dos direitos subjetivos.

d) impossibilidade de delegação para os ministros individualmente considerados – mesmo que “ad referendum” do colégio – do poder jurisdicional reservado à corte.

A Constituição atribui o poder jurisdicional à corte, e não aos seus membros (art. 102; com mais clareza, quando se trata de declarar inconstitucionalidade, no art. 97). São juridicamente inexistentes, portanto, decisões monocráticas de mérito.

e) vedação da participação dos ministros em outras atividades judiciais ou administrativas, que não as especificamente correspondentes à sua função na Suprema Corte (com substituição da norma constante dos artigos 119, inciso I, alínea “a”, e 103, alínea “b”, I).

f) obrigatoriedade de inserção, nos acórdãos do STF, de uma ementa explicitadora da respectiva fundamentação jurídica.

g) implementação do disposto no art. 52, inciso X, da Constituição da República. Acréscimo, a essa prerrogativa, da faculdade de suspender a execução de acórdão do STF carente de fundamentação jurídica.

Por disposição constitucional, são nulas as decisões sem fundamentação jurídica (art. 93, inciso IX). É preciso, entretanto, criar-se um instrumento que garanta a

efetividade dessa norma, sem cuja observância as decisões do STF vêm sendo contaminadas por subjetividade e voluntarismo.

h) aumento do número de ministros, e das turmas do STF.

Os ministros do STF, hoje, são contrários ao aumento do número de membros da corte com argumentos da mesma espécie daqueles com que seus antecessores foram formalmente, durante o processo constituinte, contrários à criação do Superior Tribunal de Justiça. Tinha razão Thomas Jefferson, ao dizer que é máxima dos juízes ampliar a respectiva jurisdição. Se a capacidade de acomodação de pacientes se mostra insuficiente em um hospital, ao invés de estreitar suas portas, o que se impõe é aumentar-se o número dos seus leitos.

i) abolição da vitaliciedade dos ministros do STF, cuja nomeação se fará para um mandato com prazo determinado, adotando-se, para renovação do colegiado, uma fórmula análoga à existente para renovação do Senado Federal.

j) elaboração de lei complementar pré-regimental, que disponha sobre temas como a competência das turmas, provimento dos seus cargos, diretrizes para elaboração da pauta das turmas e do plenário.

São algumas ponderações e propostas que ousamos deixar à reflexão geral.