

# Que reforma?

*OSCAR VILHENA VIEIRA*

**O** BRASIL PADECE de um sério problema de efetividade de seu sistema normativo. A generosidade de nossa Constituição e diversos outros diplomas legais no reconhecimento de direitos contrasta com a violação e o desrespeito sistemático destes mesmos direitos por parte do Estado, em relação a determinadas parcelas da população, assim como pelas próprias pessoas em suas relações intersubjetivas. Nesse sentido, não seria incorreto afirmar que temos um Estado de Direito bastante frágil, onde a vontade da lei não tem servido, muitas vezes, como uma razão suficientemente forte para balizar as ações individuais e a conduta estatal<sup>1</sup>.

A reforma que se encontra em deliberação no Congresso Nacional toca apenas marginalmente em alguns dos problemas centrais de nosso Estado de Direito. Trata-se de uma reforma institucional, limitada do Poder Judiciário, e não de nosso sistema de justiça como um todo. Isto não significa, no entanto, que seja destituída de relevância. Nosso Judiciário tem inúmeros problemas, como ineficiência, falta de transparência, dificuldade de acesso ou congestionamento das instâncias superiores. Algumas dessas questões são tocadas pela proposta de emenda em tramitação.

O objetivo deste artigo é bastante modesto. Não pretende fazer uma análise do que ficou de fora da reforma do Judiciário, que poderia ter um impacto significativo sobre a universalização de nosso Direito, mas apenas buscar compreender as propostas de alteração nos seguintes âmbitos: jurisdição constitucional, do controle das atividades judiciais e dos direitos humanos.

## **Os dilemas da engenharia institucional**

As instituições são mecanismos humanamente concebidos para moldar as interações humanas<sup>2</sup>. Desta forma, a reforma legal ou a reengenharia constitucional, como se prefere atualmente, parte do pressuposto de que a mudança do marco normativo tem a capacidade de transformar o comportamento dos agentes em relação à esfera regulamentada, balizando as transformações numa determinada sociedade. Ao estabelecer incentivos e constrangimentos, as normas e instituições por elas criadas limitam o número de alternativas que cada agente pode escolher, redirecionando suas decisões. Essas proposições partem da crença de que somos seres racionais e que tomamos nossas decisões a partir de uma série de elementos, entre os quais as normas legais, que constituem instituições de extrema relevância na organização das relações sociais. Assim, escolhendo os meios corretos, seria possível atingir os objetivos desejados<sup>3</sup>.

Ao propor mudanças legais e desenhar novas instituições, portanto, seria fundamental ter, em primeiro lugar, uma noção razoavelmente precisa do fim almejado, compreender as razões que movem os diversos agentes envolvidos e, por fim, escolher incentivos e constrangimentos adequados para dirigir a conduta dos agentes no sentido dos objetivos a serem alcançados. Por mais que estejamos evoluindo na compreensão da racionalidade humana, infelizmente as ciências humanas nos oferecem modelos ainda pouco seguros a respeito do modo como funcionamos. Daí as dificuldades da sociologia em determinar os rumos da ação coletiva e da política de determinar o impacto que uma instituição específica terá na definição dos comportamentos sociais. Embora os economistas façam seus cálculos a partir da idéia do ser humano como um *maximizador de auto-interesse*, esse modelo parece incapaz de compreender comportamentos éticos desinteressados e mesmo ações irracionais, que podem ser constatados em abundância em nosso cotidiano<sup>4</sup>. Daí que ao pensar em reformas do aparato legal, voltadas a dar mais eficácia ao nosso Estado de Direito, precisamos ir além do modelo de racionalidade assumida pelos economistas neoclássicos e buscar outras motivações e razões que informem a ação individual e coletiva. Evidente que isto nos lança num terreno movediço.

Isto não deve significar, no entanto, um vôo cego. Pequenas mudanças podem gerar efeitos previsíveis e controláveis. O acúmulo de conhecimento empírico deve ser considerado no momento de tomada de decisão. O fato de se estar alterando regras de um jogo reiteradamente jogado, facilita prever as conseqüências de mudanças. A experiência comparada, por sua vez, pode ajudar, quando muito bem analisada e adaptada. A mera implantação de modelos externos é sempre arriscada, pois dificilmente se chega a compreender todas as variáveis que fazem com que algumas instituições produzam resultados determinados. Muitas vezes a adoção de instituições idênticas, em ambientes diversos, gera resultados absolutamente distintos. Isso, porém, não nos deve inibir de experimentar, especialmente quando estamos convencidos que as instituições presentes são insatisfatórias.

Dessa forma, o caminho mais adequado a se percorrer parece ser a aliança entre as quase-certezas decorrentes do cálculo racional conseqüencialista e as expectativas derivadas dos princípios de justiça e equidade assumidos pela comunidade. Mudanças institucionais impõem sempre um risco que, se não assumido, pode gerar a estagnação ou a crise.

### **Os modelos em questão**

É longo o debate sobre a direção que se deve dar à reforma de nossas instituições judiciais. Em primeiro lugar, não existe consenso sobre qual a meta a ser atingida, ou seja, para que queremos reformar nossas instituições jurídicas. Para torná-las mais eficientes ou para torná-las mais justas? Para assegurar maior segurança jurídica e maior governabilidade? Ou para assegurar mais direitos e pro-

mover a universalização do estado de direito? É necessário que se diga que algumas dessas expectativas não são mutuamente excludentes. De qualquer forma, ainda que houvesse algum consenso sobre a finalidade da reforma, pouca concordância existe a respeito das conseqüências decorrentes da adoção de uma ou outra proposta de mudança.

Ao descrever os principais modelos apresentados para se reformar o Poder Judiciário, hoje em discussão, Andrei Koerner destaca três correntes: *a corporativista conservadora, do Judiciário democrático e do Judiciário mínimo*<sup>5</sup>.

A posição *corporativista conservadora* predominaria entre os membros das carreiras judiciais, que entende a crise do judiciário a partir da “insuficiência de meios e os problemas internos de funcionamento”. Para que o judiciário pudesse exercer o seu papel adequadamente, deveria ser reequipado e modernizado, seus quadros deveriam ser majorados, os recursos, o que inclui salários, aumentados, sendo fortalecidas as prerrogativas corporativas, assim como a autoridade das instâncias superiores, hoje constantemente ameaçada pelo baixo clero judicial.

Por sua vez a posição do *Judiciário democrático* entende haver uma crise de legitimidade do poder em função de seu afastamento da realidade e das necessidades da sociedade brasileira. Mais do que isso, o Judiciário teria se transformado em uma instituição pouco transparente, o que gera uma desconfiança por parte da sociedade. Nesse sentido, por um lado, a crise deveria ser enfrentada dando-se maior abertura as coisas do judiciário, pelo estabelecimento de mecanismos de controle externo, assim como de democracia interna, por outro lado, deve se ampliar o acesso e tornar o Judiciário mais sensível às demandas da sociedade.

Por fim, para os que propõem um *Judiciário mínimo*, a crise deste poder estaria inserida numa crise maior do Estado de bem-estar e sua ambição reguladora e intervencionista. Quanto mais normas e possibilidades de judicialização dos conflitos econômicos e sociais, maiores os custos e menores os incentivos para investimentos, afinal, a lógica burocrática e jurídica nem sempre é compatível com os imperativos de ordem econômica. Para essa corrente, o fundamental é transferir os conflitos para outras esferas de resolução que elejam parâmetros mais flexíveis do que o direito e que tenham custos mais reduzidos do que a Justiça.

Poderíamos ainda acrescentar a esta classificação a corrente da *governabilidade judicial*, que vê o Judiciário como um dos organismos do Estado que também deve colaborar na realização dos projetos e mudanças propostos pelos órgãos políticos, em especial pelo Executivo. Para estes, a crise decorre da fragmentação e da falta de hierarquia do Judiciário, que provoca incertezas nos campos político e econômico. Tendo como pano de fundo um projeto de liberalização econômica, flexibilização e redução das esferas de intervenção do Estado, cabe ao Judiciário facilitar as mudanças e não criar obstáculos por intermédio de concessão massiva de liminares ou mesmo bloqueando medidas de grande interesse governamental em nome da defesa de direitos ou de princípio da Constituição.

É fundamental que se diga que essas posições não são estanques e que muitos dos diagnósticos e dos remédios propostos por uma corrente serão também encontrados em outra. Além disso, deve-se ter em mente que há diversos outros grupos preocupados com questões pontuais dentro das diversas propostas de reforma, como a valorização dos direitos humanos, a ampliação e o fortalecimento das defensorias públicas, ou ainda proposições corporativas, como reafirmação dos espaços da advocacia e do Ministério Público.

O debate sobre a reforma do Judiciário teve início no Congresso com a PEC nº 92-A, de 1992. Diversos substitutivos foram apresentados nestes últimos doze anos. No momento, a proposta em debate na Comissão Especial é de autoria da deputada Zulaiê Cobra Ribeiro, muito embora seu texto original tenha sido bastante alterado na Câmara e no Senado, onde se encontra neste momento.

Passemos então aos três tópicos que serão objeto desta análise: controle externo, jurisdição constitucional e direitos humanos.

### **Controle externo<sup>6</sup>**

Após amplos debates envolvendo operadores do Direito e da sociedade civil, a Câmara dos Deputados elaborou a PEC nº 29, que introduz modificações na estrutura do Poder Judiciário, sendo certo que, dentre aquelas sugeridas, uma das mais significativas é a da criação do Conselho Nacional de Justiça.

Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de quinze membros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e seis anos de idade, com mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo: I – um Ministro do Supremo Tribunal Federal, indicado pelo respectivo tribunal; II – um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal; III – um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal; IV – um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; V – um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; VI – um desembargador federal de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; VII – um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; VIII – um desembargador federal do trabalho de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; IX – um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; X – um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República; XI – um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual; XII – dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; XIII – dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal. § 1º O Conselho será presidido pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, que votará em caso de empate, ficando excluído da distribuição de processos naquele tribunal. § 2º Os membros do Conselho serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal. § 3º Não efetuadas, no prazo legal, as indicações

previstas neste artigo, caberá a escolha ao Supremo Tribunal Federal. § 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: I – zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; II – zelar pela observância do artigo 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União; III – receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa; IV – representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade; V – rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano; VI – elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário; VII – elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa.

Este órgão, segundo proposta elaborada no Senado Federal, será composto por quinze membros, sendo nove representantes do Judiciário, prevalentemente de suas instâncias superiores, dois do Ministério Público, dois advogados e dois cidadãos. Escolhidos de distintas formas, serão nomeados pelo Presidente da República com a aprovação do Senado Federal.

Prevalendo o desenho dado pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado, a primeira conclusão que se deve tirar é a de que se está criando um sistema de controle apenas parcialmente externo ao Judiciário, com prevalência de membros oriundos da cúpula do Judiciário ou por esta indicados. Frustra-se, assim, em parte, a expectativa de que o Judiciário passaria a ser fiscalizado por um Conselho efetivamente republicano e alheio aos interesses da corporação, conferindo maior transparência às atividades deste Poder e eventualmente contribuindo para sua maior efetividade.

No que concerne às atribuições do Conselho, o que se almejou com a proposta aprovada pelo Senado foi conferir a este órgão de fiscalização a competência para o controle *disciplinar* e *administrativo* do Poder Judiciário, isto é, a

fiscalização sobre a conduta dos juízes, bem como sobre o orçamento e despesas desse Poder. Busca-se, através da presente proposta de emenda, propiciar uma administração nacional e centralizada do controle das atividades do Poder Judiciário. A idéia se desenvolve em meio a profundas críticas à estrutura correcional e de gerenciamento do próprio Poder Judiciário, acusado de inoperante, entendendo os elaboradores da proposta ser o Conselho uma alternativa para a *transparência* e a *dinamização* do Poder ora reformando.

Sem prejuízo de assumir funções institucionais de zelo à magistratura nacional, o Conselho Nacional de Justiça terá como função de cunho administrativo a observância, pelos órgãos jurisdicionais, dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, eficiência (CF, artigo 37), apreciar atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, receber reclamações contra os membros daquele Poder, representar ao Ministério Público, no caso de crimes contra a Administração Pública, apreciar processos disciplinares contra juízes e membros dos Tribunais, elaboração de relatórios estatísticos sobre o movimento Judiciário, definição de plano de metas e avaliação do funcionamento do Poder Judiciário.

Tais funções, no entanto, já se encontram, de uma forma ou de outra, encartadas na Constituição Federal de 1988. Hoje, o controle disciplinar e administrativo já é atribuído à justiça das diversas unidades da Federação, que receberam, da Constituição, a autonomia de gerenciamento do Judiciário em seu território. Sua única distinção é a sua concentração nas mãos de um único órgão nacional. De resto, o artigo 103-B evidencia que as atividades disciplinares a serem desenvolvidas pelo Conselho são, por definição, *suplementares* ou *complementares* daquelas exercidas pelos demais órgãos de correição jurisdicional o que, de resto, nem poderia ser diferente sob pena de se ferir, de morte, pelo menos para as justiças dos Estados, o pacto federativo que também preside a atuação do Judiciário no Brasil.

Seria adequado, no entanto, que o Conselho não se limitasse apenas a questões disciplinares. Nesse sentido, seria fundamental que lhe fossem dadas competências de gerenciamento profissional e formulação de políticas de *governo judiciário*. Sem isso, nada de novo e de concreto será criado. Em suma: a proposta de criação do Conselho Nacional da Justiça não pode se limitar a criação de um órgão, hierarquicamente mais destacado na estrutura judiciária, destinado a reprimendas administrativas com poderes, até, de desconstituição de atos administrativos praticados no âmbito dos Tribunais (§ 4º, III).

Parece-me que a única forma de realmente estabelecer uma maior *eficiência* à máquina judiciária seria a profissionalização e *desbachelarização* de suas atividades administrativas, o que não é objeto do Conselho Nacional de Justiça.

Os incisos VI e VII do § 4º resumem as atividades administrativas a cargo do Conselho. Pela simples leitura percebe-se o quão tímida é a proposta, revigorendo o arcaísmo dos malfadados “relatórios semestrais e anuais”, que inegavel-

mente não conseguirão propiciar o “aumento da eficiência, a racionalização, o incremento da produtividade e a maior eficácia do sistema”. Se avanços nesse sentido são esperados, não será com simples relatórios que se atingirá a esperada efetividade jurisdicional. Até porque estes relatórios existem e são produzidos pelas justiças locais sem qualquer resultado útil que não uma mera *contabilização* de dados.

Nessas condições, entendemos que a proposta da criação do Conselho Nacional de Justiça mostra-se muito aquém das propostas de criação de um controle efetivamente externo da magistratura competente tanto para a sua fiscalização como para a formulação de políticas de gerenciamento e *governo da magistratura*.

## Da jurisdição constitucional

### *Efeito vinculante, súmula vinculante e demonstração da repercussão geral*

O Supremo Tribunal Federal tem julgado mais de cem mil casos por ano, nesta década. Este número é absolutamente fora de propósito. A Suprema Corte norte-americana não julga mais do que cem casos ao ano, sendo também limitado o número de casos julgados pelos principais tribunais constitucionais ao redor do mundo.

Diversas são as razões que contribuem para essa avalanche de casos que terminam no Supremo. Que vão do excesso de normas inconstitucionais produzidas pelo Congresso e pelas Assembleias Legislativas às idiossincrasias de nosso sistema híbrido de controle da constitucionalidade.

Art. 102 [...]

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (NR)

§ 4º 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 dos seus membros.

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre a matéria, 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 estabelecida em lei. § 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 esses e a administração pública que acarrete grave inseguran-

ça jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável 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.

A idéia de dar ao Supremo Tribunal Federal o poder de escolher – com certo grau de discricionariedade – as causas que julgará, é da maior relevância. Afinal, a imensa maioria dos casos que chega até a Corte já passou pelo duplo grau de jurisdição. Assim, já se encontra satisfeito o princípio fundamental do duplo grau de jurisdição. Nesse sentido, o acesso à jurisdição do STF, por meio de recurso extraordinário, não seria um direito subjetivo absoluto, no sentido de que, satisfeitas algumas condições objetivas, obrigado estaria o STF de conhecer o recurso.

Interessante destacar que tanto no modelo difuso americano, quanto no concentrado – exemplificado pelo sistema alemão, a Suprema Corte e o Tribunal Constitucional exercem enorme controle sobre o que julgarão. Nos Estados Unidos, dos cerca de cinco mil casos que chegam à Corte, apenas cerca de cem recebem atenção anualmente. Esta triagem se dá no início do ano judiciário. O critério é a relevância do caso, não sendo a Corte obrigada a oferecer qualquer justificativa sobre suas escolhas. Na Alemanha, por sua vez, todo cidadão tem o direito de recorrer ao tribunal por intermédio do *Verfassungsschwerwiegend*, espécie de recurso constitucional popular. O fato, no entanto, é que apenas cerca de 1% destes recursos são apreciados pelo Tribunal, sendo os outros 99% ignorados pelo Tribunal, sob os mais diversos argumentos.

O que se busca demonstrar é que, ao lado da jurisdição concentrada do STF, que foi ampliada em 1988, com grande impacto sobre sua atuação, o STF deve exercer um papel apenas subsidiário e correcional na jurisdição incidental de controle de constitucionalidade, exercida pelos juízes e tribunais inferiores.

A adoção de um mecanismo de filtragem aumentará a autoridade do STF, sem com isto ampliar sua carga de trabalho. Por outro lado, também reforçará as jurisdições inferiores, especialmente os Tribunais de Justiça e os TRFs, que hoje estão aviltados em sua jurisdição, funcionando como entrepostos judiciais, visto que invariavelmente suas decisões são questionadas frente ao STF e ao STJ.

Entendo, no entanto, que o texto pode ser aperfeiçoado, com uma pequena alteração de sua redação. Sugerimos, nesse sentido, que a expressão “repercussão geral” seja substituída por “relevância”. A expressão “repercussão geral” certamente favorecerá os recursos extraordinários interpostos pelo Poder Público em detrimento daqueles interpostos pelos indivíduos. A repercussão geral pode ser um dos elementos constitutivos da relevância, afinal podemos ter uma questão pífia de repercussão geral e outra extremamente relevante, que tenha

repercussão mais limitada. Entendo que o STF tem a autoridade jurídica e moral para fazer a escolha dos casos que julgar relevantes.

A segunda questão a ser analisada neste tópico, diz respeito à inserção da súmula vinculante em nosso sistema constitucional e a expansão dos efeitos vinculantes para todas as decisões definitivas de mérito nas ações diretas de inconstitucionalidade.

O STF deixou, a muito tempo, de editar suas súmulas, as quais ainda desempenham um papel extremamente relevante de racionalização do Direito e, ao mesmo tempo, servem como mecanismo de bloqueio a recursos sobre matéria pacificada. Transformar estas súmulas em vinculantes, no entanto, pode ter um efeito adverso, tanto no que se refere à violação de diversos dispositivos pétreos da Constituição, como juízo natural, acesso à justiça, devido processo legal, como do ponto de vista pragmático. O mecanismo escolhido pelo constituinte reformador para monitorar o respeito dos juízes e tribunais à súmula vinculante é a reclamação. Caso o STF edite uma súmula que gere desconforto especialmente na primeira instância, qualquer juiz, com base no inciso XXXV, artigo 5º da Constituição, poderá desatender à súmula, o que gerará milhares de reclamações junto ao STF, transformando a Corte Constitucional em oficial de execução de suas sentenças. Este raciocínio não é apenas uma hipótese cerebrina. Não podemos nos esquecer de que o ato fundacional de nossa justiça republicana, Dec. 848/1890, determina que “a magistratura que agora instala no país graças ao regime republicano, não é instrumento, ou mero intérprete, na execução dos atos do Poder Legislativo. Antes de aplicar a lei, cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sanção [...]”.

Nesses mais de cem anos, nosso Judiciário cresceu e se consolidou. Não há, na América Latina, Judiciário com a independência e consciência de seu papel institucional quanto o nosso. A criação da súmula vinculante, tal como proposta, castrará o Judiciário no seu papel de guardião dos direitos constitucionais. Essa tendência de centralização do poder político constitucional na cúpula do Poder Judiciário terá por conseqüência o enfraquecimento do exercício da jurisdição constitucional pelos juízes de primeiro e segundo graus, que tanto têm contribuído para a consolidação do Estado de Direito no Brasil.

Parece-me que com a adoção do instituto da “repercussão geral” exigido para o conhecimento do recurso extraordinário, associado à adoção da decisão vinculante nas ADINs e ADCs, desnecessário é introduzir em nossa jurisdição constitucional instrumento tão radical, que, mais do que reformar, irá alterar a natureza de nosso modelo misto de jurisdição constitucional.

Diga-se ainda que não foi estabelecida qualquer limitação material às questões que poderão ser sumuladas. Assim, questões relativas aos direitos fundamentais, ao direito penal, às garantias do processo, todas poderão ser sumuladas, numa afronta ao artigo 60, § 4º, IV.

Em resumo, a introdução da súmula vinculante não está em sintonia com a exposição de motivos, quando se refere a busca de uma justiça mais acessível e

democrática. No mesmo sentido, a proposta de súmula vinculante coloca-se em confronto direto com a argüição de repercussão geral (relevância), pois enquanto a primeira favorece a centralização do poder nas mãos do Supremo, a segunda favorece o fortalecimento das instâncias inferiores, concomitantemente à consolidação da autoridade do Supremo. Poder e autoridade, aqui, usados em sentidos distintos.

## **Direitos humanos**

No campo dos direitos humanos a PEC n<sup>o</sup> 29 propõe diversas alterações relevantes ao texto original. Algumas delas extremamente positivas, outras nem tanto, como a alteração relacionada à falta de controle da violência policial militar praticada contra civis.

### **Hierarquia dos tratados de direitos humanos**

Art.5<sup>o</sup> [...]

§ 3<sup>o</sup> Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Este dispositivo tem por finalidade solucionar uma contenda doutrinária e jurisprudencial sobre posição hierárquica ocupada pelos tratados internacionais de direitos humanos, do qual o país é parte.

A atual redação do § 2<sup>o</sup> do artigo 5<sup>o</sup> de nossa Constituição dispõe que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Neste sentido adota um padrão inaugurado pela Constituição norte-americana, que deixou uma porta aberta a outros direitos, os quais, embora não expressos, poderiam vir a ser incorporados ao acervo de direitos constitucionais, no decorrer da história. Inovou o constituinte brasileiro, no entanto, ao também permitir a incorporação constitucional de direitos decorrentes de tratados internacionais dos quais o país seja parte. O problema, no entanto, é que o quorum exigido para a incorporação destes tratados é o de maioria simples, criando assim uma situação paradoxal, onde a Constituição passaria a ser efetivamente emendada pelo quorum ordinário. Mais do que isto, o conteúdo dessas emendas se transformaria automaticamente em cláusula pétrea. O paradoxo é ainda mais grave, na medida em que o Presidente da República pode, a qualquer momento, denunciar o tratado, desengajando a União das obrigações previamente contraídas durante o processo de ratificação. Em última *ratio* o Presidente estaria autorizado a desobrigar o Estado do cumprimento de algo que foi transformado em cláusula pétrea.

Com a nova redação, este problema ficou solucionado (parcialmente), tanto do ponto de vista político quanto jurídico. Politicamente, não mais estaremos

alterando nossa Constituição por maioria simples do parlamento. Da perspectiva jurídica, estabeleceu-se claramente a posição hierárquica daqueles tratados de direitos humanos que houverem sido aprovados por maioria de três quintos das duas casas do Congresso.

Um problema, no entanto, permanece. O que fazer com os tratados de direitos humanos dos quais o Brasil já é parte. Seriam eles guindados à posição de emenda; permaneceriam na hierarquia das leis ordinárias; poderiam ser reapreciados pelo Congresso Nacional? Entendemos que isso possa ser solucionado por intermédio de uma disposição transitória, que, aprovada no corpo da reforma do Judiciário, daria hierarquia de emenda aos tratados dos quais o Brasil já é parte.

Uma alternativa à proposta sob análise seria ampliar o leque de possibilidades do legislador na contratação de obrigações internacionais na área dos direitos humanos. Proporia, nesse sentido, a criação de uma estrutura mais complexa para a hierarquização de tratados dos quais o Brasil é ou pretende ser parte, criando uma nova espécie normativa no Brasil: a dos atos supralegais e infraconstitucionais. Assim, se o objetivo fosse a recepção do tratado com força de lei, o quorum exigido para a aprovação seria maioria simples; se o objetivo fosse recebê-lo com força supralegal, o quorum exigido seria de maioria absoluta; caso a opção fosse dar ao tratado posição de emenda, o quorum seria de três quintos. Poderíamos assim modular a hierarquia dos tratados em função de sua relevância e compatibilidade com o ordenamento brasileiro.

### **Graves violações de direitos humanos**

Art. 109 [...]

§ 5º Na hipótese de graves violações de direitos humanos, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito e do processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

Mais constrangedor do que os atos de violência praticados nos massacres do Carandiru, Candelária, Carajás ou Corumbiara, somente a impunidade com que têm sido agraciados seus responsáveis. A omissão das autoridades estaduais em punir aqueles que violam os direitos humanos, não apenas constitui uma afronta moral às vítimas e a seus familiares, como coloca o governo brasileiro numa posição extremamente delicada frente à comunidade internacional.

O Estado brasileiro é hoje parte nos principais instrumentos internacionais de direitos humanos. Isto impõe à União responder perante os organismos internacionais por todos os atos que violem os direitos humanos em nosso território, qualquer que tenha sido o agente violador. A responsabilidade doméstica para apurar a quase totalidade das violações aos direitos humanos, no entanto, pertence aos Estados-membros.

A aprovação pelo Congresso desse dispositivo que permite o deslocamento de competência para a Justiça Federal, no caso de graves violações de direitos

humanos é um importante passo na redução da impunidade daqueles que violam direitos humanos, no Brasil.

A única sugestão para aperfeiçoar a presente redação seria a ampliação do agente legitimado a suscitar o incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal. Duas hipóteses parecem interessantes para desconcentrar esta atribuição monopolizada pelo Procurador-Geral da República. A primeira é abrir a referida competência a outros agentes, como familiares, o Conselho Nacional de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, a Ordem dos Advogados do Brasil etc. Uma segunda hipótese seria simplesmente substituir Procurador-Geral da República por um membro do Ministério Público Federal. Teríamos, assim, uma maior efetividade do instituto.

Justiça militar

Art. 125 [...]

§ 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças

Este dispositivo afronta toda a luta do movimento de direitos humanos no sentido de estabelecer controles efetivos voltados a coibir o exercício abusivo da violência por parte de membros das corporações militares estaduais. O atual dispositivo não apenas ignora a proposta inicial do deputado Hélio Bicudo, que propunha a extinção da Justiça Militar Estadual, mas cristaliza na Constituição a competência da justiça militar estadual para julgar crimes praticados por militares contra civis, o que hoje se encontra na jurisdição militar por força legal, ou seja, a competência atual é para julgar militares “nos crimes militares definidos em lei...” Como os crimes praticados por militares contra civis constituem crimes militares, estes continuam a ser julgados pelas justiças militares estaduais.

Sendo assim, propomos ou a mera extinção da justiça militar estadual, o que seria um passo significativo no sentido da civilização de nossas forças de segurança interna, ou que os crimes cometidos por militares contra civis ficassem fora da competência da justiça militar estadual. Isto teria um enorme impacto sobre a impunidade que hoje graça, em face do corporativismo que impregna as diversas justiças militares estaduais.

Como se pode depreender da análise das alterações propostas, a reforma, embora enfrente alguns problemas crônicos de nosso Judiciário, tem um cerne centralizador, o que fica marcado tanto pelo modelo de Conselho Nacional da Magistratura proposto, como pela adoção das súmulas vinculantes, sem sequer fazer uma reserva de matérias, como no projeto original. Certamente, sairemos desta reforma com o reforço da autoridade da cúpula do Judiciário, tanto no que se refere à jurisdição quanto ao poder disciplinar.

No campo da ampliação do acesso, descentralização ou democratização, pouco se avançou. O Judiciário pode até ressurgir mais eficiente depois da reforma, porém, nada aponta que as alterações ora em tramitação terão qualquer impacto sobre o problema fundamental da acessibilidade das populações menos privilegiadas; da democratização desse poder.

## Notas

- 1 Joseph Raz, *Practical Reasons and Norms*, Princeton, Princeton University Press, 1996.
- 2 Douglas North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990, p. 3.
- 3 Giovanni Sartori, *Comparative Constitutional Engineering; an Inquire into Structures, Incentives and Outcomes*, New York, New York University Press, 1994.
- 4 Para uma crítica da utilização do auto-interesse como sucedâneo de racionalidade ver Amartia Sen, *Sobre ética e economia*, São Paulo, Cia. das Letras, 1999, pp. 31 e ss.
- 5 Andrei Koerner, “O debate sobre a reforma do judiciário”, *Novos Estudos*, Cebrap, 54, São Paulo, 1999, pp. 11 e ss.; embora concordando inteiramente com as posições do autor, aqui usarei sua classificação, sem, no entanto, ser fiel à sua análise de cada um desses tipos.
- 6 Este item do trabalho foi escrito em colaboração com o Prof. Cássio Scarpinella Bueno, a quem sou imensamente grato.

*Oscar Vilhena Vieira* é professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo, diretor executivo da Conectas Direitos Humanos, doutor em Ciência Política pela USP e *Master of Laws* pela Universidade de Columbia, Nova York.

Texto recebido e aceito para publicação em 28 de junho de 2004.