

**UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
COORDENAÇÃO GERAL DE PÓS-GRADUAÇÃO
PRÓ-REITORIA ACADÊMICA - PRAC
MESTRADO EM DIREITO PROCESSUAL**

Ângela Soares de Araújo

**Legitimação e Eficácia Impeditiva da Sentença Acolhedora
de Súmula de Tribunal Superior**

**Recife
2007**

ÂNGELA SOARES DE ARAÚJO

**Legitimação e Eficácia Impeditiva da Sentença Acolhedora
de Súmula de Tribunal Superior**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu*, área de concentração em Direito Processual da Universidade Católica de Pernambuco, como requisito para a obtenção do grau de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Sergio Torres Teixeira

**Recife
2007**

A6631

Araújo, Angela soares de

Legitimação e eficácia impeditiva da sentença acolhedora de súmula de Tribunal Superior / Ângela Soares de Araújo ; orientador Sérgio Torres Texeira, 2007.

212 f.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Católica de Pernambuco, Pró-reitoria Acadêmica. Curso de Mestrado em Direito Processual, 2007.

1. Direito processual. 2. Processo judicial. 3. Eficácia Impeditiva.
I. Título.

CDU 347.9

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO

Legitimação e Eficácia Impeditiva da Sentença Acolhedora de Súmula de Tribunal Superior

ÂNGELA SOARES DE ARAÚJO

Dissertação submetida ao corpo docente do Curso de pós-graduação *stricto sensu* da
Universidade Católica de Pernambuco.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Sergio Torres Teixeira

_____ (Orientador)

Prof. Dr. Manoel Severo Neto

_____ (Examinador Interno)

Prof. Dr. Zélio Furtado da Silva

_____ (Examinador Externo)

A Andrezinho, companheiro presente em todos
os momentos,
A Clarinha, por existir,
A meus pais, Pereira e Nice, pelo amor.

Agradecimentos

A Deus, pelas oportunidades de aprimoramento pessoal e pela fonte constante de amor e energia.

Ao Prof. Dr. Sergio Torres, meu orientador pela disponibilidade, pelo tratamento atencioso e educado em todas as ocasiões, pela dedicação e paciência, e pela orientação precisa, sem a qual esse trabalho não poderia ser realizado, meus sinceros agradecimentos.

Ao Prof. Dr. Manoel Severo por colaborar desde o início nesse trabalho, nas suas intervenções ainda como coordenador do mestrado, indo além de suas atribuições, e nas trocas de idéias constantes, minha gratidão.

A André Luis, pelo amor, dedicação, presença constante em minha vida que não mediu esforços em ajudar não só desenvolvimento dessa pesquisa, mas no meu crescimento pessoal, sem o qual a realização desse projeto não seria possível, minha gratidão e meu amor.

A todos os professores e colegas do mestrado pelo apoio e contribuição no desenvolvimento dessa dissertação, especialmente ao Prof. Dr. Alexandre Pimentel, que muito colaborou com suas idéias no início desse projeto.

Aos Juízes, Desembargadores e Ministros que em meio a tantos compromissos, possibilitaram a realização das entrevistas utilizadas na presente dissertação, em especial ao Ministro Marco Aurélio pela sua disponibilidade e colaboração nesse tema.

A todos os funcionários da Polícia Federal que colaboraram no desempenho das minhas atividades profissionais, possibilitando a realização desse projeto, principalmente a Karla, Rosane, Adni (Dadá), Miguel, Vitória, Evaldo, Wilson Rocha e Verônica, e em especial a Santiago por cuidar de meu bem mais precioso, minha filha Clara, enquanto me absorvia nas minhas pesquisas bibliográficas.

A todos os funcionários do mestrado sempre solícitos, em especial a Nicéas e Sérgio, pelo compromisso e empenho de suas funções que muito me auxiliaram.

A Alexandra que ao cuidar da minha casa e de minha filha, possibilitou minha maior dedicação à realização desse projeto de vida.

A lei não pode forçar os homens a serem bons, mas pode
impedi-los de serem maus.

Anônimo

RESUMO

Sob a fundamentação de diminuir as barreiras existentes de acesso à justiça, e aplicar o princípio constitucional da duração razoável do processo, estão sendo operadas reformas ao Código de Processo Civil, sendo este instrumento de grande relevância para os operadores do direito e o cidadão comum, vez que rege as relações processuais no âmbito do judiciário. Tais reformas fortaleceram sobremaneira o controle realizado pelo STF e STJ. No bojo dessas alterações foi inserido o § 1º do art. 518 do CPC, possibilitando ao juiz de primeiro grau não receber recurso de apelação quando sua decisão estiver de acordo com súmula do STJ e do STF. Tal dispositivo poderá trazer várias consequências jurídicas e vantagens ao judiciário que economizará tempo e recursos financeiros e humanos tão preciosos no sistema judiciário, bem como para o cidadão que terá preservado as garantias processuais do devido processo legal, direito de ação e defesa, terá previsibilidade do grau de seu direito em face da uniformização, bem como participará de um processo regido com base nos princípios da igualdade, segurança jurídica, duração razoável do processo. Assim, esse trabalho confirmou a suposição de que tais consequências jurídicas trazidas pela aplicação § 1º do art. 518 do CPC, conhecido como súmula impeditiva de recurso, sentença impeditiva de recurso, ou ainda “eficácia impeditiva de recurso, legitima a adoção do dispositivo à luz dos princípios constitucionais. A pesquisa foi do tipo descritiva com viés qualitativo para o levantamento dos dados obtidos através de entrevista a juízes, desembargadores, Ministros do STJ e STF, que proporcionou conhecer o desenvolvimento de seu processo decisório, bem como verificar o entendimento desses magistrados sobre as consequências que a súmula que fundamenta a sentença cujo efeito impede recurso impõe na vida do cidadão, parte na relação processual, à luz dos princípios garantidos constitucionalmente.

PALAVRAS-CHAVE: eficácia impeditiva, princípios constitucionais, recurso, súmula

ABSTRACT

Under the fundamentation of decreasing the existent barriers of access to justice, and to apply the constitutional principle of the reasonable process duration, reforms are being made to the Civil Process Code (Código de Processo Civil), being this instrument of great relevance for the operators of law and the common citizen, since it governs the processual relationships in the judiciary scope. Such reforms strengthened the control accomplished by STF and STJ enormously. In these alterations were inserted § 1st of art. 518 of the CPC, making it possible for the first degree judge not to receive the appeal resource when his decision is in agreement with the STJ and the STF compendiums. Such device can bring several juridical consequences and advantages to the judiciary that will save time and such precious financial and human resources in the judiciary system, as well as for the citizen that will have preserved the processual guaranties of the due legal process, action right and defense, who will have previsibility of the degree of his right before the uniformization, as well as participating in a process governed with basis in the principles of equality, juridical safety, reasonable duration of the process. Thus, this work confirmed the supposition that such juridical consequences brought by the application of the 1st§ of art. 518 of the CPC, known as an impeditive compendium resource, impeditive sentence resource, or still "impeditive effectiveness resource", legitimate to the adoption of the device in the light of the constitutional principles. The research was of the descriptive type with qualitative inclination for the upraising of data obtained through interviews with judges, chief judges, Ministers of STJ and STF, which made known the development of the 'power to decide' process, as well as verified the understanding of these magistrates on the consequences that the compendium that gives the bases to the sentence which effect is to impede the resource, on the imposition in the citizen's life, partly in the processual relation, before the principles constitutionally guaranteed.

KEY-WORDS: impeditive effectiveness, constitutional principles, resource, compendiums.

SUMÁRIO

1-INTRODUÇÃO	12
2-PRIMEIRA PARTE – REFORMAS PROCESSUAIS NO BRASIL	24
2.1- O código de processo civil e as recentes reformas processuais	24
2.2- Eficácia impeditiva de recurso e os princípios constitucionais.....	31
2.2.1- Procedimentalização da eficácia impeditiva de recurso	31
2.2.2- Eficácia impeditiva de recurso: juízo de admissibilidade ou juízo de mérito.....	41
2.2.3- Semelhança com art. 557 do CPC	43
2.2.4- Constitucionalidade do § 1º do art. 518 do CPC	45
2.2.5- Observância do princípio da igualdade pelo aplicador da lei e pelo legislador	46
2.2.6- Princípio da duração razoável do processo.....	49
2.2.7- Princípio do duplo grau de jurisdição: relativização.....	53
2.2.8- Antecipação da coisa julgada	57
3-SEGUNDA PARTE – PROCESSO DECISÓRIO	64
3.1- Sistemas influentes no Direito brasileiro.....	64
3.2- Teoria processual da decisão jurídica	69
3.3- O ato de interpretar	80
3.3.1- Razoabilidade como dogmática e proporcionalidade como controle Argumentativo a partir da diferenciação de princípios e regras	84
3.4- O poder dos juízes	87
3.5- Previsibilidade das decisões de Direito	91
4-TERCEIRA PARTE – FUNÇÃO SOCIAL DO PROCESSO	97
4.1- Teorias da decisão	97
4.2- Reconstrução da relação processo e constituição	98
4.3- Teoria do garantismo no processo civil	100
4.4- Processo como realizador da reciprocidade entre a constituição jurídica e a realidade concreta.....	102
4.5- Reabilitação da moralidade pública: resgate do princípio democrático e ética no processo.....	104
4.6- Direito como mediador da integração social: legitimidade das decisões judiciais	105

4.7- Interpretação jurídica na tensão entre paradigmas	109
4.8- Devido processo legislativo e justa adequabilidade como legitimadores dos discursos justificção e de aplicação	111
4.9- Função social do processo: densificação da jurisdição constitucional	112
5- QUARTA PARTE – LEGITIMAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL	114
5.1- Teoria de legitimação da decisão judicial	115
5.2- Resgate do princípio democrático no fortalecimento da realidade constitucional	116
5.3- Sistema de freios e contrapesos para espaço público para uma participação popular heterogêneas características	122
5.4- Concretização dos direitos fundamentais como legitimador da jurisdição constitucional.....	125
5.5- (I)Legitimação pelo procedimento da súmula	130
5.5.1- Sentido de legitimidade e jurisprudencialização.....	130
5.5.2- Legitimidade STF e do STJ em face da súmula.....	132
5.5.3- Legitimidade pelo procedimento <i>versus</i> legitimação substancialista do procedimento	136
5.5.3.1- <i>Da legitimação pelo procedimento à teoria pluralista.....</i>	136
5.5.3.2- <i>Legitimidade racional: crença na legalidade da ordem pré-estabelecida</i>	137
5.5.3.3- Teoria procedimentalistas com elementos substancialistas.....	140
5.5.3.4- Teorias substancialistas com conteúdos procedimentalistas	141
5.6- Legitimação do procedimento da súmula: antecedente debate popular e conseqüente concretização dos mandamentos constitucionais	143
5.7- Eficácia impeditiva do recurso como instrumento para efetiva tutela jurisdicional ao cidadão	148
6-QUINTA PARTE – ENTENDIMENTO DOS MAGISTRADOS DA PRIMEIRA INSTÂNCIA EM PERNAMBUCO AO STF	158
6.1- Relevância do acesso ao entendimento dos aplicadores e intérpretes da lei	158
6.2- Magistrados da Primeira Instância Federal em PE	160
6.3- Desembargadores do TRF 5ª Região em PE	168
6.4- Ministros do STJ	176
6.5- Ministros do STF	187
7- CONCLUSÕES	194

Referências	203
APÊNDICE (Roteiro de entrevista).....	211

INTRODUÇÃO

Atualmente vislumbra-se uma queda progressiva da indiferença às realidades que regiam os procedimentos adotados para solução de litígios baseados num sistema formal, sem preocupação com o acesso à Justiça e seu efetivo resultado, os quais apenas confirmavam a desigualdade social, resultando em direitos apenas formais.

Nas atuais sociedades complexas houve uma modificação no conceito de direitos humanos, e os relacionamentos assumiram caráter cada vez mais coletivo em que emerge um movimento tendente a reconhecer direitos e deveres efetivos.

Contudo, a inexistência de titularidade de direitos sem mecanismos para reivindicá-los, contribuiu para que os estudiosos de processo concluíssem que técnicas processuais podem e devem servir a funções sociais.

Tais técnicas, hoje identificadas como instrumentalização do processo são necessárias como forma de realizar os princípios dispostos na Constituição que visam à igualdade, ampla defesa, segurança jurídica, duração razoável do processo, acesso à justiça, ou seja, efetiva tutela jurisdicional.

Entretanto, para possibilitar a prestação da tutela jurisdicional na crescente e complexa sociedade que não consegue ser acompanhada pelas instituições que a tutelam, necessário se faz considerar outros princípios que muitas vezes se contrapõem aos anteriormente citados, como o princípio da razoável duração do processo e dos meios que garantam a celeridade de sua tramitação (art. 5º, LXXVIII da CF, acrescido pela EC 45/04), e ao mesmo tempo contribui para a efetiva prestação jurisdicional.

Assim, verifica-se a necessidade do direito ser dinâmico e acompanhar as relações humanas que emergem na sociedade e os direitos reclamados por elas, sob pena de se distanciar do objetivo almejado por toda essa sistemática que é a decisão dos conflitos de forma justa e em igualdade de acesso.

Nesse contexto, com intuito de diminuir as barreiras existentes de acesso à justiça, principalmente no que se refere à morosidade do processo, e à segurança jurídica, estão sendo operadas as reformas ao Código de Processo Civil, sendo este instrumento de grande relevância, vez que rege as relações no âmbito do judiciário, também norteado por princípio consagrado na Constituição, tendo em vista que não

será excluída de apreciação pelo poder judiciário, lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV da CF).

E ainda, em complemento ao inciso anterior, que indica o princípio da inafastabilidade da apreciação judicial, o inciso XXXVI do art. 5º da CF, indica certeza e afirma que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, sinalizando para necessidade da segurança jurídica no processo.

Desse modo, o processo civil e a esfera do judiciário são marcados pela dicotomia certeza-progresso, e por esse motivo, ambos se desenvolveram a passos lentos em nome da certeza e da dogmática rígida, onde se pode citar como “quebra de paradigma” a Revolução Francesa que introduziu, por forças políticas e sociais, princípios como o da igualdade.

Assim, o processo vem se desenvolvendo sob o fundamento de priorizar o social, realizar o direito substancial, assegurar os direitos fundamentais do cidadão.

Já o Poder Judiciário, que só ganhou *status* de poder a partir da segunda metade do século XVIII, é reconhecido pela sociedade como poder político no equilíbrio entre os poderes, na segurança, na economia, nas relações jurídicas, na efetivação das garantias constitucionalmente asseguradas.

Acrescente-se, contudo, que paralelamente a esse desenvolvimento, emergiu o paradoxo entre a efetivação dos direitos e a voracidade das relações capitalistas, como também o aumento da população e a complexidade de suas relações.

Diante disso, apesar de algumas culturas rechaçarem qualquer tentativa de desenvolvimento de um Poder Judiciário forte, em face de seu histórico de braço do governante, houve uma tendência internacional ao fortalecimento do Poder Judiciário, principalmente tribunais superiores, no Brasil o STF (Constituição) e o STJ (Federação), prioritariamente o STF, como guardião da Constituição, lei maior do país, da qual irradiam todas as outras, inclusive, o processo civil.

Ratificando essa tendência, as últimas reformas do código de processo civil, fortaleceram sobremaneira o controle constitucional através do STF e STJ, quando acrescentou o § 1º do art. 518 do Código de Processo Civil, através da Lei n. 11.276/06, em que possibilitou o não recebimento de recurso contra sentença que estivesse de acordo com súmula dos tribunais superiores citados. Tendência já iniciada na própria CF, através do art. 103-A, incluído pela EC n. 45/2004, dispendo explicitamente sobre o efeito vinculante da súmula do STF, e também da PEC

358/05, em tramitação cujo objeto será a previsão de súmula vinculante editada pelo STJ.

Justifica-se tal pesquisa em face do Direito regular toda vida em sociedade, em que ninguém inserido na delimitação de um povo, está fora de seu alcance, e dessa forma a sociedade é regida por normas processuais que são instrumentos para consecução do direito material, através das quais o cidadão pode perseguir seu pleito e alcançar sua tutela perante o poder judiciário.

Ademais, no cenário atual do sistema político-jurídico-social brasileiro, os magistrados de uma forma geral, mas, e principalmente, os Ministros dos Tribunais Superiores, além de prolatarem as decisões judiciais finais, formam a jurisprudência orientadora no processo, em alguns casos vinculantes, além de serem verdadeiros formadores de opinião. Principalmente as decisões dos tribunais superiores em que há o amplo debate sobre as matérias de forma colegiada, às vezes com participação de outros representantes da sociedade, e devem ser seguidas pelos demais Órgãos do Poder judiciário, bem como pela Administração Pública, seja como orientação, seja como vinculação.

Em relação ao direito material, tem-se uma legislação progressista e de alto nível social, proclamando a consecução de um Estado Democrático de Direito, na efetivação de seu papel maior de promover o bem estar social, através da Constituição Federal, sob a qual as demais normas do ordenamento jurídico brasileiro estão subordinadas.

Apesar de que muitas questões poderiam ser resolvidas por dispositivos principiológicos, já suficientemente dispostos na Carta Magna, diante das incoerentes decisões administrativas e judiciais, e do alto nível de dogmatização do sistema, a adequada procedimentalização do Direito e instrumentalização do processo se tornam ferramentas importantes na garantia da justiça e igualdade.

Diante disso, a reforma do código de processo civil, trazida pela Lei n. 11.276/06 confirma a tendência ao fortalecimento do controle do judiciário, bem como a busca pela efetiva tutela jurisdicional, ao mesmo tempo parece relativizar princípios constitucionais também importantes ao equilíbrio das relações jurídicas.

Portanto, é de extrema necessidade uma pesquisa voltada à reforma operada no código de processo civil, e especificamente, a trazida pela lei em questão, sua legitimidade, a conseqüência de sua aplicação na vida do cidadão, a fim de verificar

se as conseqüências jurídicas ao cidadão parte da relação processual trazidas pela inserção do § 1º do art. 518 do CPC legitimam a eficácia impeditiva de recurso, ou seja, se trouxe uma melhoria na efetiva tutela jurisdicional, se está adequado aos princípios consagrados constitucionalmente.

Desse modo, como orienta a metodologia da pesquisa, diante de um universo amplo de conhecimento, elegeu-se tal delimitação temática, a qual possui total aderência com a linha de pesquisa do mestrado: procedimentalização do direito e instrumentalização do processo.

Em face disso, foi escolhido o § 1º do art. 518 do Código do Processo Civil, que além de recente, pela substância que altera no processo, tem estreita ligação com os princípios constitucionais voltados para efetividade do processo e, portanto, terá grande repercussão na vida do cidadão e nas suas relações jurídicas, de que depende a consecução de seus direitos.

Este trabalho ao propor estudar as conseqüências que tal modificação no Código de Processo Civil opera no cotidiano da sociedade brasileira, ou seja, na vida do cidadão, parte da relação processual, colabora, mesmo que modestamente, com o debate do papel do direito como ciência social capaz de tornar o cidadão como elemento principal das decisões jurisdicionais, além de prestar uma colaboração na formação bibliográfica do tema em epígrafe, ainda tão carente de publicações.

Daí a importância da análise do § 1º do art. 518 do Código do Processo Civil, tendo em vista que grande será sua repercussão na vida do cidadão, sobre quem recairá tal reforma, uma vez que para tornar viável a tutela jurisdicional efetiva, utilizando como instrumento a antecipação da coisa julgada, quando impede recurso em face de decisão judicial em acordo com súmula do STF ou STJ, e assim coroando o princípio da duração razoável do processo, poderão ser relativizados ou concretizados princípios já consagrados no ordenamento jurídico como garantias a este mesmo cidadão, como: segurança jurídica, ampla defesa, igualdade, duplo grau de jurisdição, devido processo legal, e a inafastabilidade da apreciação judicial.

Quanto à metodologia, a presente pesquisa se baseou no delineamento adiante descrito. Teve como objetivo geral analisar a legitimação pelo procedimento da eficácia impeditiva de recurso (§ 1º do art. 518 do Código de Processo Civil) e as conseqüências jurídicas que impõe na vida do cidadão, parte na relação jurídica, com base nos princípios garantidos constitucionalmente, cujos objetivos específicos foram: examinar a procedimentalização da eficácia impeditiva de recurso; verificar a modificação ocorrida, a partir do § 1º do art. 518, no Código de Processo Civil e sua adequação aos princípios constitucionais; analisar a eficácia do § 1º do art. 518 do Código de Processo Civil como instrumento disponível no processo para efetiva prestação jurisdicional; apresentar as conseqüências do acréscimo do § 1º do art. 518 do Código de Processo Civil na vida do cidadão, parte na relação jurídica.

Segundo Minayo (1993, p. 23), pesquisa é uma atividade básica nas ciências na sua indagação e descoberta da realidade. É uma atitude e uma prática teórica de constante busca que define um processo intrinsecamente inacabado e permanente.

A pesquisa quanto aos seus fins foi do tipo descritiva, que conforme Gil (1996, 46) tem como objetivo principal a descrição das características de determinada população ou fenômeno ou, então, o estabelecimento de relações entre variáveis. Os meios escolhidos foram: para primeira etapa a pesquisa bibliográfica e para segunda etapa a pesquisa de campo.

Essa pesquisa foi dividida em duas etapas: levantamento de informações e teorias relacionadas ao objeto da pesquisa, e entrevista com os magistrados para coletar sua opinião sobre o fenômeno investigado, pois segundo Marconi & Lakatos (1999, p. 18), a pesquisa tem importância fundamental no campo das ciências sociais, principalmente na obtenção de soluções para problemas coletivos.

Para se realizar a pesquisa científica é necessário eleger um método científico, que conforme Trujillo (1982, p. 167) é um conjunto de procedimentos adotados para a busca do conhecimento.

Em face de sua diversidade, os autores classificam os métodos em gerais e específicos, em que os primeiros se relacionam com a forma de abordagem e os segundos se relacionam com os procedimentos técnicos a serem seguidos pelo pesquisador.

A primeira etapa foi produzida com base no método de abordagem hipotético-dedutivo, que é aquele que se inicia com o descobrimento de um problema e com

sua descrição para facilitar a obtenção de um modelo e a identificação de outros conhecimentos e instrumentos, relevantes ao problema, que serviram de base para o pesquisador passar para a fase de observação, e segundo Gil (1996, p. 207), esse método é um dos mais aceitos atualmente.

Ainda foi utilizada na primeira etapa, a técnica da pesquisa bibliográfica, que segundo Vergara (2000, p 48) é o estudo sistematizado desenvolvido com base em material publicado em livros, revistas, jornais, redes eletrônicas, ou seja, material acessível ao público em geral, e fornece instrumental analítico para qualquer tipo de pesquisa.

Na escolha bibliográfica foi observada a aderência entre o material consultado e o objeto de estudo, com o devido cuidado para evitar a impureza metodológica, confusão epistemológica, pois o direito apesar de normativamente fechado, é cognitivamente aberto, e, portanto, a interdisciplinaridade é necessária, conforme Oliveira, L. (2004, p. 8-9).

A segunda etapa foi elaborada com base no método de abordagem indutivo, que segundo Demo (1995, 136) parte do particular e coloca a generalização como produto posterior do esforço de coleta de casos particulares.

Essa fase foi realizada através de pesquisa qualitativa, que não emprega um referencial estatístico como base do processo de análise de um problema, e segundo Godoy (1995, p. 63), a pesquisa qualitativa envolve a obtenção de dados descritivos sobre pessoas, lugares e processos interativos pelo contato direto do pesquisador com a situação estudada, procurando compreender os fenômenos segundo a perspectiva dos sujeitos, ou seja, dos participantes da situação em estudo.

E, como técnica de procedimento para a segunda etapa foi adotada a pesquisa de campo, pois conforme Vergara (2000, p. 47) é a investigação empírica realizada no local onde ocorre ou ocorreu um fenômeno ou que dispõe de elementos para explicá-lo, podendo incluir entrevistas, aplicação de questionário, etc.

A coleta de informações para pesquisa de campo foi realizada através da técnica da entrevista, pois conforme Marconi & Lakatos (1999, p. 94) é um procedimento utilizado na investigação social, para a coleta de dados ou para ajudar no diagnóstico de um problema social.

A entrevista foi do tipo semi-estruturada, pois é aquela, conforme Triviños (1987, p. 146) que, em geral, parte de certos questionamentos básicos apoiados em teorias e hipóteses, que interessam à pesquisa, e que, em seguida oferecem amplo campo de interrogativas, devendo tal técnica ser privilegiada em face de oferecer todas as perspectivas possíveis para que o informante alcance a liberdade e a espontaneidade necessárias, enriquecendo a investigação.

Para demonstrar o entendimento dos magistrados sobre as teorias desenvolvidas, foi formulado um roteiro de entrevista, a partir da especificação dos dados que se pretendeu obter, ou seja, relacionado aos objetivos e suposição de partida, composto de cinco questões abertas (conforme apêndice), que segundo Martins (1994, p. 44) são aquelas que conduzem o entrevistado a responder livremente com frases ou orações.

O critério da escolha da amostragem é de fundamental importância para o delineamento da pesquisa no que tange a validade dos dados obtidos, e como disse Mattar (1996, p. 128) a coleta de dados relativos a alguns elementos da população e a sua análise, pode proporcionar informações relevantes sobre toda a população.

Dessa forma, o plano de amostragem, segundo Schiffman; Kanuk (p. 26), deve responder às seguintes questões: quem pesquisar (unidade de amostragem), quantos pesquisar (o tamanho da amostra) e como selecionar (o procedimento da amostragem), pois as entrevistas realizadas com o público correto são fatores básicos para a validade do estudo, bem como o tamanho da amostra depende da acessibilidade do pesquisador aos elementos da população pesquisada, e dos recursos financeiros e humanos disponíveis.

Foi eleito o critério de amostra probabilística de caráter estratificado proporcional, que segundo Martins (1994, p. 39) o método de amostragem probabilística exige que cada elemento da população possua determinada probabilidade de ser selecionado, normalmente possuem a mesma, e somente com esse método se podem realizar inferências ou induções sobre a população a partir do conhecimento da amostra.

E o caráter estratificado proporcional do método probabilístico, consiste, segundo Gil (1996, p. 99) na seleção de cada grupo uma amostra aleatória que seja proporcional à extensão de cada subgrupo determinado por alguma propriedade tida como relevante, tendo este método como vantagem principal o fato de assegurar

representatividade em relação às propriedades adotadas como critério para estratificação.

Nesse contexto, levando em consideração os elementos expostos foram escolhidos alguns juristas contemplando cerca de 10% (dez por cento) do número total de magistrados em cada Órgão Judiciário em todas as instâncias no âmbito do judiciário federal, em virtude da relevância do efeito *erga omnes* das decisões dos tribunais superiores, que atingem os cidadãos em geral, ou seja, ultrapassam a relação *inter partes*.

Além da justificativa acima, a pesquisa foi realizada em todas as instâncias para se conhecer o tratamento dado ao objeto de estudo em todo seu possível *iter*, desde o juiz (primeira instância) que recebe a petição inicial até o Órgão de último grau de recurso da ação (STF), o que também revela o entendimento dos magistrados que estão iniciando sua carreira na magistratura (primeira instância) até os mais experientes (tribunais superiores).

Assim, foram entrevistados os seguintes magistrados nos dias e horários indicados (segue por Órgão Judicial e respectiva seqüência alfabética):

- 02 (dois) Ministros do Supremo Tribunal Federal (aproximadamente 20% da composição total):

Gilmar Ferreira Mendes (04.12.07, às 13h)

Marco Aurélio Mello (22.11.07, às 08h);

- 05 (cinco) Ministros do Superior Tribunal de Justiça (aproximadamente 16% da composição total):

Ari Pargendler (27.09.07, às 06h00min);

Francisco Peçanha Martins, vice-presidente do STJ (12.11.07, às 15h00min);

José de Castro Meira (12.11.07, às 16h00min);

José Augusto Delgado (12.11.07, às 18h00min);

Napoleão Nunes Maia Filho (24.09.07, às 18h30min);

- 03 (três) Desembargadores do Tribunal Regional Federal – 5ª Região (20% da composição total):

Manoel de Oliveira Erhardt (22.10.07, às 16h00min);

Marcelo Navarro (06.11.07, às 13h30min00min);

Petrúcio Ferreira (22.10.07, às 16h30min);

➤ 05 (cinco) da 1ª Instância da Justiça Federal em Pernambuco (aproximadamente 12% da composição total):

Allan Endry Veras Ferreira (25.10.07, às 19h00min);

Ara Cárita Muniz da Silva (26.10.07, às 09h00min);

Jorge André de Carvalho Mendonça (26.10.07, às 08h00min);

Marília Ivo Neves (25.10.07, às 15h00min);

Polyana Falcão Brito (26.10.07, às 10h00min).

As entrevistas foram realizadas pessoalmente nos respectivos gabinetes de lotação dos nomeados magistrados, em Recife/PE ou em Brasília/DF, conforme o Órgão Judiciário de vinculação, com a utilização do roteiro de entrevista composto de cinco questões abertas, utilizando-se do recurso de gravação de voz do MP3, onde todas as mencionadas entrevistas devidamente autorizadas estão arquivadas, à disposição para eventual acesso.

O objetivo da coleta foi identificar o entendimento do magistrado sobre a adoção de súmula nas diferentes instâncias, bem como compreender seu processo decisório. O roteiro foi elaborado visando demonstrar como, a partir das decisões judiciais, a referida reforma processual irá repercutir na vida do cidadão, parte da relação processual, e se essa consequência legitima a aplicação da súmula.

É importante considerar que não houve participação do cidadão comum, pois se parte da premissa que este, em sua maioria, parece não deter conhecimento dos trâmites legais, embora tente buscar a tutela jurisdicional, sem conhecer seu funcionamento, nem tampouco a legislação, sendo suas atitudes orientadas principalmente por advogados.

Também não foram entrevistados advogados pela diversidade de interesse em questão na defesa de uma causa, o que poderá direcionar as respostas das entrevistas por um interesse pessoal.

A análise dos dados serviu de subsídio para o entendimento da autora da presente dissertação, exposto nas conclusões.

Assim, a presente pesquisa investigou a seguinte suposição: as conseqüências jurídicas ao cidadão parte da relação processual, à luz dos princípios constitucionais, legitimam o procedimento da aplicação da eficácia impeditiva de recurso.

Uma limitação para o desenvolvimento da pesquisa foi a restrita bibliografia específica, uma vez que se trata de recente reforma do Código de Processo Civil, conseqüência de emenda constitucional, onde a doutrina ainda irá se debruçar para análises mais aprofundadas, fomentando as discussões sobre o assunto.

Ressalta-se também que muitas vezes, institutos inovadores provocam resistências iniciais de aceitação por parte dos operadores de direito, podendo inclusive ser excluído dos debates, como se não fosse trazer nenhuma mudança no cotidiano das pessoas, ou sequer fosse uma inovação, o que de fato pode ocorrer a depender de sua aplicabilidade, mas antes de se afirmar tal entendimento, deve-se necessariamente, produzir um estudo, analisando se os fundamentos pelos quais o instituto da eficácia impeditiva de recurso foi criado (celeridade processual e efetiva tutela jurisdicional) se concretizam como conseqüências efetivas na vida do cidadão, parte da relação processual.

Outro obstáculo foi o acesso aos Ministros dos Tribunais Superiores, em razão de suas agendas abarrotadas com compromissos entre sessões de julgamento, viagens, participação em eventos, audiências com advogados, etc., o que gerou a necessidade de várias viagens da pesquisadora à Brasília, algumas, inclusive, sem êxito, em face de alterações urgentes na pauta.

A presente dissertação está estruturada além dos elementos pré-textuais e pós-textuais, da seguinte forma: introdução, cinco partes com capítulos e seções, conclusões e referências.

Na introdução foram apresentados: o problema estudado (a eficácia impeditiva de recurso está legitimada pelas conseqüências jurídicas trazidas à vida do cidadão, à luz dos princípios constitucionais?); a justificativa para tal pesquisa, a relevância de analisar os efeitos desta recente reforma processual que se fundamenta em efetivar a tutela jurisdicional através da celeridade processual, bem como os objetivos da pesquisa gerais e específicos.

Ainda na introdução foi descrito o método de pesquisa utilizado, a suposição que foi verificada a partir da análise dos dados coletados.

Na primeira parte discuti-se as recentes reformas processuais no Brasil, especificamente do Código de Processo Civil, bem como a alteração trazida pela lei 11.276/06, que inseriu no § 1º do art. 518 do CPC, a eficácia impeditiva de recurso, descrita à luz dos princípios constitucionais. Esta parte possibilita o entendimento sobre a procedimentalização do dispositivo processual civil objeto de estudo da presente pesquisa.

A segunda parte refere-se ao processo decisório, onde se descreve os sistemas de direito influentes no ordenamento jurídico brasileiro, a teoria processual da decisão jurídica, o ato de interpretar e o poder dos juízes, e a previsibilidade nas decisões em direito. A referida parte descreve como se desenvolve o processo decisório, especificamente o processo de decisão judicial e a relevância de sua previsibilidade.

A função social do processo é tratada na terceira parte, em que são descritas as teorias da jurisdição, a reconstrução da relação processo e Constituição, a teoria do garantismo no processo civil. Tem como principal objetivo trazer a discussão sobre a possibilidade de um escopo social do processo, que fornece subsídio para análise da eventual legitimação da eficácia impeditiva de recurso pelo cumprimento de tal escopo, através dos mandamentos constitucionais.

Na quarta parte estão elencadas as principais teorias sobre legitimação das decisões judiciais, com suas respectivas justificativas, e analisa a eficácia impeditiva de recurso como instrumento hábil para efetiva tutela jurisdicional ao cidadão. Essa parte é de fundamental importância, tendo em vista que essas teorias subsidiaram o entendimento sobre a legitimação da eficácia impeditiva de recurso.

Na quinta parte são trazidos os principais aspectos coletados nas entrevistas realizadas com os magistrados da primeira instância da justiça federal em Pernambuco, desembargadores do TRF-5ª Região, Ministros do STJ e STF, para obter suas respectivas opiniões sobre os pontos mais relevantes discutidos na presente dissertação.

Tais opiniões ofereceram elementos para análise da postura judiciária sobre o tema nas diversas instâncias no âmbito federal, bem como para que a autora da dissertação formasse sua opinião, ambas expostas nas conclusões.

Dessa forma, a presente pesquisa teve como base o entendimento de que o estudo do processo deve ter como enfoque o cidadão, pois que é o destinatário final

dos sistemas jurídicos, titular de deveres e direitos que poderão ser buscados através da tutela jurisdicional, muitas vezes, sua única via de acesso para alcançar sua consecução.

Nesse aspecto, foi analisada a legitimação da decisão proferida com base no § 1º do art. 518 do Código de Processo Civil através das conseqüências jurídicas para o cidadão parte da relação processual, à luz dos princípios constitucionais.

Assim, ao final foram apresentados e analisados os resultados extraídos do presente trabalho, e particularmente, visando descrever as conseqüências do § 1º do art. 518 do Código de Processo Civil na vida do cidadão, à luz dos princípios constitucionais, possibilitando nas conclusões a verificação dos resultados obtidos para confirmação ou negação da suposição trabalhada.

Todo material utilizado na pesquisa bibliográfica foi citado através do sistema autor-data, e inserido com dados completos na referência, seguindo as normas estabelecidas pela ABNT.

1. PRIMEIRA PARTE – REFORMAS PROCESSUAIS NO BRASIL

1.1. Código de Processo Civil e as Recentes Reformas Processuais

A União surge ao lado dos Estados federados, conforme se vê no art. 18 da CF, onde se estabelece a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil, não se confundido a União com o Estado Federal, apesar do mesmo território, pois o primeiro é pessoa jurídica de direito público interno e o segundo pessoa jurídica de Direito Internacional.

Assim, a União como entidade de Direito Público interno e entidade político-federativa possui seus Poderes Públicos, que segundo o art. 2º da CF são: o legislativo, o executivo e o judiciário, independentes e harmônicos entre si.

Essa função legislativa, referente à competência da União, é exercida pelo Congresso Nacional, que através do processo legislativo (iniciativa, emenda, votação, sanção, etc), forma leis complementares e ordinárias, resoluções e decretos legislativos, constante do rol apresentado no art. 59 da CF.

É nesse ambiente que nasce o Código de Processo Civil, vez que se trata de lei ordinária de competência privativa da União, conforme art. 22, I da CF, portanto com um alto teor político na sua confecção.

Dessa forma, o Código de Processo Civil, assim como outras normas, deve ser analisado sistematicamente com todo o ordenamento jurídico vigente, tomando sempre como base a Constituição Federal.

Assim, o referido código é um instrumento fundamental no alcance de direitos, vez que rege toda relação processual numa lide até o julgamento final por parte do poder judiciário.

Desse modo, como assevera Adeodato (2002, p. 65), mecanismos procedimentais, se não imunizam completamente o indivíduo de suas preferências individuais, pelo menos resguardam e aliviam a carga pessoal e emocional, atitudes justificadas e legitimadas, e assim o Juiz tem a característica da imparcialidade previamente fixada, e socialmente difundida.

Essa procedimentalização existiria para normatizar as expectativas, e assim obter dos destinatários das normas uma aceitação tácita de decisões que ainda não ocorreram e cujo conteúdo específico é indeterminado. Essa predisposição à aceitação de decisões ainda indeterminadas é umas das perspectivas do que se denomina “legitimidade”.

Assim, a legitimação de uma norma seria obtida ao longo de uma série de interações previamente estruturadas em subsistemas de comunicação específicos, chamados “procedimentos”.

Portanto, os procedimentos adotados para a solução de litígios refletem a filosofia vigorante de cada época. Nos séculos XVIII e XIX predominava a essência individualista dos direitos, própria dos Estados liberais burgueses. A proteção judicial significava um direito formal do indivíduo para propor ou contestar uma ação, o qual não necessitava de uma ação do Estado, que tinha um papel passivo. Havia igualdade formal, porém não efetiva.

Desde então, as reformas que se seguiram eram sugeridas com base na teoria do procedimento, mas não na experiência da realidade.

Essa atitude foi se transformando e com a Revolução Francesa, culminaram idéias como igualdade, direitos e deveres sociais, as quais influenciaram sobremaneira o processo civil que regula as relações jurídicas entre os cidadãos, e entre estes e o Estado. Percebe-se a partir de então que uma atuação positiva do Estado seria necessária para assegurar o gozo dos direitos pelos cidadãos.

Ratificando tal acontecimento, a escola italiana da exegese, inspirada nos tratadistas franceses, influência do Código de Napoleão, possuía um método de investigação voltado para os atos do procedimento e não para inserção do processo civil no contexto do Estado e da Sociedade, que só foi questionada com a obra de Lodovico Mortara citado por vários outros atores que o sucederam Calamandrei, Carnelutti, Tesorieri, Taruffo, conforme Marinoni (2004, p. 51-52), em que se iniciou a passagem do método exegético para o histórico-dogmático.

Apesar de Lodovico Mortara anunciar a nova tendência da escola processualista italiana, foi Chiovenda, que afirmou a escola histórico-dogmática, em que a dogmática não pode se desligar da história e da realidade social, segundo Marinoni (2004, p. 52).

Nesse contexto, o Código de Processo Civil brasileiro sofreu grande influência dos códigos da Alemanha e de Portugal, que por sua vez receberam toda a base dos movimentos ocorridos na Europa. O atual Código de Processo Civil, instituído em 1973, foi construído como instrumento útil para administração da justiça, conforme dispõe sua Exposição de Motivos.

Apesar de, já na década de 70, falar-se sobre efetividade da prestação jurisdicional e sobre rapidez e justiça, o Código de Processo Civil ainda não estava apto e acompanhando as mudanças ocorridas na sociedade em ritmo geométrico.

Finalmente, no final do século XX para o século XXI foram sendo operadas reformas lentas, mas significativas, pois visam transformar o Código de Processo Civil num instrumento apto a efetiva prestação jurisdicional, através da celeridade processual e a consecução da justiça.

Afora a Constituição Federal, que deve embasar todo o ordenamento jurídico, o Código de Processo Civil se apresenta como uma das principais vias para o cidadão perseguir a efetivação de seus direitos, vez que é através dele que se dá o procedimento das relações jurídicas, não só no âmbito privado, como também no público, pois outros ramos do direito por falta de autonomia processual utilizam o processo civil para solução de seus conflitos e alcance de seus direitos.

Assim, na sociedade contemporânea estão presentes diversos sistemas procedimentais como os procedimentos judiciais, legislativos e executivos, contudo para o presente trabalho, não descartando a análise dos demais, deverá ser focado os procedimentos judiciais, em face de sua relevância na sociedade e pela lógica ligação com o tema proposto.

Nesse contexto, como parte essencial do procedimento judicial, o Código de Processo Civil, sendo lei ordinária pode sofrer alterações por meio de outra lei ordinária, bastando para isso o cumprimento formal das regras previstas para o processo legislativo.

Contudo, para que tais reformas inspirem confiança e sejam úteis, elas devem ser estudadas, analisadas, debatidas com diversos segmentos da sociedade, sob pena de haver apenas uma substituição de artigos legais.

Como também, e principalmente, devem ser norteadas por princípios constitucionais que embasem sua finalidade, seus objetivos.

Assim, com a promulgação da Constituição Federal em vigor, a edição do Código de Defesa do Consumidor e a vigência do Código Civil, houve uma crescente preocupação com a morosidade do processo, uma vez que este é conceituado como instrumento utilizado pelo Estado para solucionar conflitos de interesse ou realização de um direito.

Para tanto, vêm sendo inseridos pelo legislador vários mecanismos que visam diminuir o tempo de duração do processo, sendo este o maior mote que se observa no bloco das mudanças operadas no Código de Processo Civil desde 1990.

Contudo, apesar das alterações visarem determinados objetivos, como uma prestação jurisdicional num prazo razoável e, portanto, mais efetiva, elas devem avaliar valores já intrincados no Código de Processo Civil e na Constituição Federal, pois a eles devem ser adequados.

Assim, tomando como exemplo a questão do prazo razoável do processo como objetivo das mudanças, observa-se por outro lado que o processo está de forma densa voltado a servir mais ao réu, trazendo garantias para quem, em tese, não seria o titular do direito, do que para o autor da Ação, conforme ensina Montenegro Filho (2006, p. xviii). Acrescenta ainda o autor a grande problemática que isto acarreta em face da histórica recalcitrância do devedor, que traz frustração para o credor, abatido pelo intitulado dano marginal.

Portanto, tendo em vista que assim como na edição da lei originária, qualquer reforma estará alicerçada num sistema de princípios, e para que ela de fato se torne viável e aplicável, os seus dispositivos devem estar de acordo com o sistema que os fundamenta, sob pena de não se vislumbrar na prática aquilo pelo qual tal mudança se propôs, quando expôs os motivos e os fundamentos que a embasaram.

Outra situação é que se observe o grau de relevância que um direito suscitado em um dispositivo tenha alçado, e como está sendo tratado, pois então, se um direito é alçado ao nível de fundamental, seu espectro de proteção será mais amplo, mais sólido, seu embasamento principiológico mais aberto, ensejando uma maior quantidade de casos que ali poderão ser amparados.

Nesse contexto, dispõe Marinoni (2004, p. 30) que se for considerada a perspectiva do direito de ação como direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional autoriza que o campo de proteção processual seja alargado, a fim de atender as situações carecedoras de tutela jurisdicional.

Tal direito, contudo, não se limita a incidir sobre o legislador, mas também ao Judiciário, vez que exige deste a prestação da adequada tutela jurisdicional.

Para tanto, deve-se superar a idéia concebida no Estado liberal-clássico de que o Juiz estava limitado a afirmar a autoridade da lei, reconhecendo e outorgando ao magistrado um espaço de descrição preenchido pelas necessidades do direito material e pelos direitos fundamentais à tutela jurisdicional efetiva e de defesa, conforme Marinoni (2004, p. 33).

Pois é nessa linha que avançam as mudanças ocorridas no Código de Processo Civil, sendo ainda preservados muitos institutos e princípios, do que se apreende da simples leitura das Leis mais recentes que o alteraram, uma vez que há implícitos princípios norteadores que sinalizam as tendências pelas quais foram elaboradas, quais sejam:

1. Há uma tendência a se afastar princípios, em face da brevidade e eficiência, ou seja, quando não se harmonizarem princípios, serão privilegiados os que trariam maior celeridade ao processo.
2. Observa-se o objetivo de tornar o processo um instrumento eficaz para o acesso à justiça, através da instrumentalização do processo e não o processualismo exagerado.
3. Prevalece ainda o princípio do dispositivo para liquidação do julgado e seu cumprimento que depende da iniciativa da parte, existindo o impulso oficial até a resolução do mérito.
4. Há uma tendência à relativização do binômio substância-processo, vez que o direito material e o processual já não podem mais ser pensados isoladamente, pois o segundo deve ser o instrumento viável para consecução do primeiro.
5. Visando a necessidade de se evitar o exagerado número de recursos e o abuso do direito de defesa que assoberbam os juízes e tribunais, foram instituídos a eficácia impeditiva de recursos e o julgamento liminar em decisões repetitivas, preservando, *a priori*, os princípios do duplo grau de jurisdição e o do livre convencimento do Juiz, vez que não se poderá recorrer de decisão judicial que esteja de acordo com a súmula do STJ ou STF, o que

pela lógica do processo, seria inevitável esse entendimento quando o pleito fosse revisado nos tribunais superiores, bem como pelo fato de o Juiz não estar obrigado a decidir conforme o entendimento dos tribunais superiores.

6. O princípio do sincretismo entre cognição e execução predomina sobre o da autonomia, ficando este último restrito à execução fundada em título extrajudicial e as execuções contra a Fazenda Pública.
7. Preservado ainda o princípio da tipicidade nas medidas executivas, como pode ser observado do art. 475-J, incluído pela lei n. 11.232/05, em que é norma jurídica e não o Juiz que determina as medidas que irão incidir sobre as partes.
8. Há uma tentativa em harmonizar os princípios da máxima efetividade com a menor restrição possível, ou seja, impedimento de recursos, mas só nos casos de entendimento igual do Juiz e súmula do tribunal superior.

Essas reformas processuais mais recentes realizaram as seguintes alterações: na Lei 11.187/05: o agravo retido como regra, e como exceção o agravo de instrumento; na Lei 11.232/05: a efetivação forçada da sentença condenatória como etapa final do processo de conhecimento, sem processo autônomo de execução, a liquidação da sentença será apenas um procedimento incidental, não haverá embargos do executado, mas simples incidente de impugnação, valendo os embargos apenas para Fazenda Pública; na Lei 11.276/06: a instituição da Eficácia Impeditiva de Recursos; na Lei 11.277/06: a instituição do Julgamento Liminar de Ações Repetitivas; e na Lei 11.280/06: ajustes referentes à incompetência relativa, meios eletrônicos, prescrição, distribuição por dependência, exceção de incompetência, revelia, carta precatória e rogatória, ação rescisória e vista aos autos.

Nesse bojo de mudanças, podem-se identificar algumas mais importantes, em face da grande repercussão que terão pela sistemática que alteram.

Além do cumprimento da sentença, sincretismo entre processo de conhecimento e de execução, os arts. 475-L, § 1º e 741, parágrafo único, através da Lei n. 11.232/05, dispõem que quando o título judicial for fundado em lei ou ato normativo declarado inconstitucionais pelo STF, ou fundado em aplicação ou interpretação de lei ou ato normativo tidas pelo STF como incompatíveis com a

Constituição, será considerado inexigível, por essa razão está sendo chamada de “Relativização da Coisa Julgada”.

Nesse contexto, esse termo foi utilizado em face da coisa julgada não ter o condão de eliminar a ineficácia da sentença, por ter nulidade sanável e argüida a qualquer tempo, não dependendo sequer de ação rescisória, podendo a nulidade da sentença inconstitucional até ser reconhecida incidentalmente. Theodoro Júnior (2003, p. 274-275), inclusive, alega que nem chega a ocorrer coisa julgada material, em face da impossibilidade jurídica pela nulidade absoluta a que está acometida a sentença.

Assim, conforme observou Alvim (2006, p. 88) se o ato executivo pode ser inconstitucional, também o pode a lei e a sentença, o que justificaria sua desconstituição. Ocorrendo tal fato em virtude da diversidade de sistemas adotados para realização do produto final da atividade executiva, o ato administrativo, da atividade legislativa, a lei, e da atividade jurisdicional, a sentença.

Segundo dispõe Santos (2006, p. 63), a questão é polêmica, pois o conceito tradicional da coisa julgada envolve o sentido de nada suplantar, em princípio, onde a ação rescisória objetiva desconstituir o julgado que sofreu o trânsito, a imutabilidade e definitividade da sentença trânsita, como imposição de segurança jurídica, o que estaria consagrado constitucionalmente, através do art. 5º, XXXVI: “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Outra alteração significativa foi introduzida pela Lei n. 11.277/06, através do art. 285-A que versa sobre a possibilidade da antecipação da tutela pelo Juiz, quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência, e por conta dessas peculiaridades já conhecida por “Julgamento Liminar das Ações Repetitivas”.

Porém, uma observação interessante é realizada por Theodoro Júnior (2000, p. 688), cada vez que se tenta eliminar um recurso, a reforma processual acaba por preencher sua lacuna com dois ou três novos expedientes impugnativos, e qualquer voz que se erga a clamar por redução do número de recursos no processo civil brasileiro encontrará uma surda resistência da maioria dos que mourejam na vida forense.

Tais reformas, portanto, parecem seguir a tendência do processualista moderno em abandonar uma visão exclusivamente interna do direito processual em

seus institutos, princípios e normas, vez que instrumentalidade do sistema processual deve ser pensada sob seus escopos sociais, políticos e jurídico, contudo deve trazer em seu bojo um mínimo possível de segurança jurídica, e nesse aspecto o § 1º do art. 518 do Código de Processo Civil pode surgir como excelente instrumento para tornar efetiva a tutela jurisdicional, através da consecução do tempo de duração razoável do processo e de segurança jurídica, vez que teria uma resolução de mérito com antecipação da coisa julgada.

1.2. Eficácia Impeditiva de Recurso e os Princípios Constitucionais

1.2.1. Procedimentalização da Eficácia Impeditiva de Recursos

O cidadão frente ao Estado, na forma do Juiz, dispõe de um poder jurídico que é a faculdade de obter tutela de seus direitos e interesses, denominado direito de ação.

Essa ação, segundo Liebman *apud* Theodoro Júnior (2001, p. 43) é o direito subjetivo que consiste no poder de produzir o evento a que está condicionado o efetivo exercício da função jurisdicional.

Nesse contexto, insere-se o recurso, pois é em sentido lato todo meio empregado pelo cidadão perante o Juiz para defender seu direito, e em sentido restrito o poder de provocar o reexame de uma decisão, a fim de obter uma reforma, modificação ou invalidação.

Rezende Filho *apud* Theodoro Júnior (2001, p. 43) resume a origem do recurso em duas razões: a reação natural do homem, que não se sujeita a um único julgamento; a possibilidade de erro ou má-fé pelo julgador.

Assim, quanto a sua natureza jurídica, a corrente dominante, dentre eles Moreira; Carnelutti, Zanzucchi, Ugo Rocco, conforme Theodoro Júnior (2001, p. 43) entende o poder de recorrer como simples aspecto, elemento ou modalidade do próprio direito de ação exercido no processo.

Dessa forma, surgiu na Constituição ainda do Brasil império de 1824 a exigência do duplo grau de jurisdição, em que seu art. 158 dispunha: para julgar as

causas em segunda e última instância haverá nas Províncias do Império as relações, que forem necessárias para comodidade dos povos.

No entanto, a garantia do duplo grau de jurisdição não foi expressa nas Constituições seguintes, tornando-se implícita por um raciocínio sistemático: o princípio do devido processo legal que assegura o contraditório e ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV da CF/88); o Poder Judiciário ser uno, mas compreender justiças: comum (estadual e federal), especial federal (trabalhista, militar e eleitoral), estruturadas verticalmente com órgãos singulares em primeiro grau e colegiados locais / regionais em segundo grau; as decisões comportam reexame por outro órgão, seja num mesmo tribunal (art. 557, § 1º do CPC), seja em instâncias diversas (art. 513 do CPC), seja para fins de uniformização de jurisprudência (arts. 14 e 15 da Lei 10.259/2001 – Juizados Especiais Federais, revista trabalhista - art. 896 da CLT); o CPC prever um sistema recursal (art. 496 e ss.).

Diante do exposto, observa-se que paralelamente ao interesse de agir, há o interesse de recorrer, como consequência de uma situação de sucumbência provocada por ato judicial com algum conteúdo decisório (art. 499 do CPC), conforme Mancuso (2007, p. 248-149).

Entretanto, discorrendo sobre o direito de recorrer afirmou Marinoni (1997, p. 213-214, 221):

O duplo grau de jurisdição, compreendido como o direito à revisão da decisão proferida pelo juiz que teve, pela primeira vez, contacto com a causa, não é garantido constitucionalmente, nem pode ser considerado um princípio fundamental de justiça. Mais importante que o duplo grau é o princípio que garante a todos o direito de acesso à justiça, o qual tem como corolário, o direito à tempestividade da tutela jurisdicional dificilmente pode ser realizado em um sistema que exige, para a definição de todo e qualquer direito, um juízo repetitivo sobre o direito já declarado pelo juiz de primeiro grau [...] O cidadão que vê um juiz reconhecendo o seu direito e um outro denegando tende a desacreditar no sistema, pois não consegue compreender como dois juízes podem discordar sobre uma mesma situação. Além disso, a litigiosidade entre as partes, que dificilmente é extirpada através da decisão jurisdicional – ainda que definitiva – é acentuada quando dois órgãos do Poder Judiciário divergem sobre a situação concreta que foi levada a juízo.

Ademais, a competência legislativa para legislar sobre procedimentos em matéria processual é concorrente: União, Estados, Distrito Federal (art. 24, XI da CF/88); já a organização judiciária local é atribuição dos Estados (art. 125, *caput* e § 1º da CF/88), mas a competência para legislar sobre processo é exclusiva da União (art. 22, I da CF/88).

Esse complexo sistema judiciário acarreta mitigações constitucionais, tais como: art. 5º, LV, da CF/88 garante o contraditório e ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes, mas o sistema aceita exceções: art. 41, *caput* e § 1º da Lei 9.099/95 (decisões revistas pelo próprio órgão recorrido); art. 518, § 1º do CPC (impedimento de prosseguimento do recurso); art. 102, III da CF/88 (RE pode ser retirado de decisão no âmbito dos Juizados Especiais se for final e estiver pré-questionada a querela constitucional), dentre outros.

Além disso o modelo republicano-federalista implantado num país com a dimensão continental do Brasil, impõe uma estrutura judiciária expressa nos planos horizontal (organização da justiça estadual em comarcas agrupadas em entrâncias; a justiça federal comum e especializada distribui-se em seções agrupadas em regiões) e vertical (os Estados e a União dispõem seus órgãos jurisdicionais de forma piramidal, hierarquizada), conforme Mancuso (2007, p. 250).

Assim, segundo Mancuso (2007, p. 278), se ao STF cabe a última palavra sobre a constitucionalidade das leis e atos do Poder Público, e ao STJ sobre lei federal, a lógica indica que essa interpretação deve ser respeitada pelas demais instâncias judiciárias, pois caso contrário haveria prejuízo: ao jurisdicionado, que se insurgiria sem nenhuma perspectiva de êxito; à prestação jurisdicional, que teria o processo com duração protraída inutilmente; ao serviço judiciário, com gasto de recursos materiais e humanos, bem como recursos processuais fadados ao insucesso.

Essa seria a *mens legis* do § 1º do art. 518 do CPC, pois é apenas uma adequação ao sistema que vem se desenhando e que pode possibilitar o número excessivo de impugnações sem possibilidade de êxito.

Portanto, da sua inicial conceituação observa-se a importância do instituto do recurso como instrumento do cidadão em busca da tutela de seus direitos, consagrado através do princípio constitucional implícito do duplo grau de jurisdição, que, contudo, vem sendo mitigado, como no caso da eficácia impeditiva de recurso, cuja idéia surgiu na procedimentalização da súmula vinculante.

Assim, a tendência à jurisprudência vinculante é uma realidade internacional, onde o estudo sobre o tema tem como enfoque a dicotomia certeza-progresso do Direito, como forma de tentar superar obstáculos ao acesso à justiça, trazidos pela diversidade e complexidade do mundo contemporâneo.

Nesse contexto surgiu a súmula de efeito vinculante, com o fundamento de que o Judiciário precisaria corresponder aos anseios da sociedade, com presteza e eficiência na prestação jurisdicional.

Esse entendimento vem sendo lentamente seguido pelo Poder Executivo que, sob o fundamento de desafogar o acúmulo de demandas na Justiça Federal, e sendo o Estado o maior responsável pelo grande número de causas ajuizadas e seus respectivos recursos, a partir de 1995 vem editando normas que visam diminuir sua presença em juízo.

Dessas normas pode-se citar a Portaria n. 2.054 expedida pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, determinando seus representantes desistirem de recursos pendentes quando a discussão fosse exclusivamente matéria de direito relativa à interpretação dos §§ 5º e 6º do art. 201 da CF. O Decreto n. 1601 que dispensou a Procuradoria da Fazenda Nacional de recorrer nos casos em que o objeto da decisão de mérito tenha sido matéria já pacificada nos Tribunais. Em 1997 foi expedido o Decreto n. 2.346 que determina a Administração Pública Federal acatar a orientação fixada pelo STF em ADIN. Vários outros atos do Executivo podem ser citados, que visam diminuir número excessivo de processos por ele mesmo fomentado.

Contudo, essa tendência, ainda muito incipiente, sentida no Poder Executivo é fruto de mudanças que já vêm sendo operadas há muitos anos, pois já em 1963, o STF adotou o que veio a denominar-se súmula da jurisprudência predominante, idealizada pelo Ministro Victor Nunes Leal.

Assim, afirma Figueiredo (2000, p. 13) que um sistema, como o brasileiro, calcado no *Civil Law*¹, sem força dos precedentes do *Common Law*², que abriga o instituto do *stare decisis*, relevante é a força persuasiva da súmula.

Sobre o assunto Northfleet *apud* Figueiredo (2000, p. 14) diz que apesar das objeções apresentadas pela doutrina, magistrados e advogados, as decisões dos tribunais superiores têm força persuasiva que prevalece sobre o convencimento dos

¹ O sistema jurídico do *civil law*, do direito continental ou romano-germânico, próprio dos países europeus continentais e das suas ex-colônias. No Brasil, assim como todos os países de língua oficial portuguesa, o sistema jurídico pertence à família romano-germânica. A principal fonte é a lei e a súmula vinculante tem força e aplicabilidade de lei.

² O *common law* é um sistema jurídico próprio da Inglaterra, dos Estados Unidos e das ex-colônias inglesas. O juiz julga, sobretudo com base em decisões dos tribunais, chamados precedentes que são vinculativos. A legislação é esparsa, a principal fonte é a jurisprudência.

juízes de instâncias inferiores, visto que estes ao apreciar a lide costumam pesquisar jurisprudência já assentada sobre o tema.

Em decorrência da ineficácia de uma simples persuasão, repetição de ações e recursos sobre temas já assentes, descaso da Administração com a orientação reiterada pelos Tribunais, surgiu a súmula com eficácia obrigatória, onde as instâncias jurisdicionais inferiores estão obrigadas a se pautar por seu entendimento, no entanto até o momento apenas aprovada para edições pelo STF, e quanto ao STJ, ainda tramita a PEC 358/05, e portanto, ainda não se tem a súmula impeditiva de recurso obrigatória, mas apenas persuasiva, através da conjugação das súmulas normais com os arts. 557 ou § 1º do art. 518 do CPC.

Desse modo, na edição do atual Código de Processo Civil, em 1973, já constavam os arts. 476 a 479, que introduziram o instituto da uniformização de jurisprudência, dispondo ainda este último que o resultado obtido nesse incidente, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o Tribunal, deve ser objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência.

Ainda na mesma direção, foi editada a lei n. 8.038 de 1990 que instituiu normas procedimentais para os processos que especifica, perante o STJ e o STF.

Mas, foi só em 1993, com a EC 3, que se dispôs sobre a adoção do efeito vinculante, pois introduziu no ordenamento jurídico a ação declaratória de constitucionalidade, onde o STF teria poder para proferir decisões com eficácia *erga omnes* e força vinculante.

Sobre o assunto, discorreu Mello *apud* Figueiredo (2000, p. 15) que com a citada emenda ampliaram-se os instrumentos que possibilitam ao STF o exercício do controle normativo abstrato, pois instituiu a Ação Direta de Constitucionalidade, em que as decisões definitivas de mérito nela proferidas, além de eficácia *erga omnes*, também vinculam o Poder Executivo e os demais Órgãos do Poder Judiciário.

Portanto, a Ação Direta de Constitucionalidade serve como instrumento de garantia da supremacia normativa da Constituição, uma vez que ao acionar a jurisdição constitucional de controle do STF, autoriza esta que, através do método concentrado de fiscalização abstrata, realize o controle de validade de qualquer ato normativo federal em face da Constituição.

Em 1998 foi editada a Lei 9.756 que trouxe a inovação do parágrafo único do art. 481 (efeito vinculante das decisões do STF), além dos arts. 544, § 3º (aplicável ao recurso especial) e 557 (aplicável a todos os recursos), todos do CPC.

Em 1999 foi instituída a Lei 9.868 que trouxe várias inovações no sistema recursal constitucional brasileiro, dentre elas pode-se citar a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante das decisões majoritárias do STF para os demais Órgãos do Poder Judiciário e do Executivo, que antes era apenas para ação declaratória de constitucionalidade. Também foi inserida a possibilidade de liminar, na declaratória de constitucionalidade, em que juízes e tribunais pudessem sustar julgamento dos processos relativos a aplicação da lei objeto da ação até o julgamento definitivo, prevendo ainda o prazo para este que deverá ser de seis meses.

Com a EC 45/2004, consagrou-se a súmula vinculante em matéria constitucional (art. 103-A), dispondo sobre orientação do STF de conferir efeito também vinculante às decisões proferidas em causas de controle concentrado de constitucionalidade, ADIN ou ADC.

Essa tendência da valorização da jurisprudência sumulada parece um sinal, segundo Mancuso *apud* Puoli (2002, P. 200) da irreversível aproximação do *common law* com o *civil law*.

Contudo, a doutrina questiona se o legislador ordinário estava autorizado a realizar essa valorização, uma vez que, como afirmou Wambier *apud* Puoli (2002, p. 200), no sistema brasileiro as decisões judiciais devem se basear em texto de lei, não em súmula e muito menos em jurisprudência de qualquer tribunal.

Nesse contexto, escreveu Streck (2005, p. 152) que o sistema jurídico brasileiro tem como paradigma a lei, conforme disposição constitucional, art. 5º, II, e, portanto, a introdução formal da vinculação da súmula, por emenda constitucional, representa grande alteração no núcleo central que sustenta referido sistema.

Ademais, questiona ainda a posição da doutrina de que o fundamento do efeito vinculante estaria na figura do precedente e ao instituto do *stare decisis*³ do direito anglo-americano, pois nos Estados Unidos, a força do precedente reside na tradição, não estando em lei ou Constituição. Na *common law* o precedente numa decisão deve ser acompanhado de justificação (contextualização), na *civil law*

³ A política do *Stare decisis* requer que as Cortes subordinadas à Corte superior que estabeleceu o precedente, sigam-no e não disturbem o ponto estabelecido.

praticada no Brasil, é suficiente que a decisão esteja de acordo com a lei. (ou com uma súmula).

Dessa forma, na doutrina brasileira a vinculação das decisões judiciais divide opiniões, conforme Soares (2002, p. 500), estão de acordo, com algumas ressalvas: Miguel Reale, Carlos Mário da Silva Velloso, Sálvio de Figueiredo Teixeira, José Augusto Delgado, Walter Nunes da Silva Júnior, Carreira Alvim, Calmom de Passos, Edgard Silveira Bueno Filho, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Fernando da Costa Tourinho Neto, Ivan Lira de Carvalho e Saulo Ramos. Contrários estão: Evandro Lins e Silva, José Celso de Mello Filho, Carmen Lúcia Antunes Rocha, Luiz Flávio Gomes, Valmir Pontes Filho, Dalmo de Abreu Dallari, Pestana de Aguiar, Dínio de Santis Garcia, Vicente de Paula Maciel Júnior e Mauro Roberto Gomes de Mattos.

Figueiredo (2000, p. 26-28) expõe sobre os argumentos utilizados pelas diversas correntes para criticar e para justificar o uso da súmula vinculante, conforme disposto.

Como justificativa:

1. Necessidade de tornar a Justiça mais ágil e eficiente, pois afastaria milhares de ações desnecessárias e recursos meramente protelatórios, infringindo o princípio da celeridade processual;
2. Existência de multiplicidade de demandas e recursos sobre teses jurídicas absolutamente idênticas, definidas pelo STF, sendo ainda o descumprimento, em percentual elevado, da Administração Pública;
3. Necessidade de prestigiar o princípio isonômico, o direito fundamental à igualdade perante a lei, eliminando o risco de decisões contraditórias;
4. Necessidade de resguardar o princípio da segurança jurídica, assegurando a previsibilidade das decisões judiciais em causas idênticas;
5. Inexistência do risco de “engessamento” da jurisprudência, uma vez que há previsão para cancelamento e a alteração dos enunciados sumulares;
6. Não retiraria do julgador a sua liberdade de decidir, mas impede o curso à renovação de teses já apreciadas e decididas por detentores de maior conhecimento da matéria.

Como crítica:

1. Contraria o princípio da separação dos Poderes, em virtude de atribuir função legislativa ao Judiciário;
2. Seria um instituto autoritário;
3. Violentaria o princípio da independência jurídica do julgador;
4. Restringiria a criação do direito pela jurisprudência, obstaculizando o seu progresso;
5. Concentraria exacerbadamente o poder nos Tribunais Superiores;
6. Restringiria o princípio constitucional do direito de ação.

Portanto, a partir da procedimentalização da súmula vinculante, surgiu a idéia de súmula impeditiva de recurso, como um meio termo daquela, seria vinculante se fosse adotada a redação sugerida através da PEC 358/05, em a seguinte redação: “Art. 105-A – O Superior Tribunal de Justiça poderá, de ofício ou por provocação, aprovar SÚMULA que, a partir de sua publicação, constituir-se-á impedimento à interposição de recurso contra a decisão que a houver aplicado”, no entanto ainda não foi aprovada, restando a alteração do § 1º do art. 518 do CPC que de forma não obrigatória, pois o juiz tem discricionariedade para decidir em desacordo com enunciados da súmula normal, impede o recurso contra sentença em acordo com súmula do STF e STJ.

Entretanto, para o presente trabalho adotar-se-á os termos “eficácia impeditiva de recurso” para os efeitos da alteração configurada pelo § 1º do art. 518 do CPC, e “súmula impeditiva de recursos” para a súmula que embasa a decisão judicial, mesmo entendendo que os termos apesar de empregados indistintamente pela doutrina, podem oferecer divergências. No segundo caso porque as súmulas se referem as normais, pois a vinculante pelo STJ ainda está em trâmite, no primeiro caso porque não se trata especificamente de sentença, mas de eficácia da decisão judicial, e alguns doutrinadores utilizam o termo “sentença impeditiva de recurso”.

Em função dessas críticas, a própria magistratura começou a propor, como alternativa, a denominada “súmula impeditiva de recursos”, que proíbe a apelação toda vez que a sentença coincidir com o jeito de decidir dos tribunais superiores. Foi

assim que Associação dos Magistrados Brasileiros propôs a súmula impeditiva de recursos no âmbito da reforma do Judiciário.

Assim, a favor da súmula vinculante pode-se citar: Nelson Jobim e Edson Vidigal e, contra a súmula vinculante e a favor da súmula impeditiva de recursos tem-se Cláudio Baldino Maciel, Carlos Rafael dos Santos Júnior, Ivory Coelho Neto e Valmir Martins Batista.⁴

Os que estão a favor da súmula vinculante, fundamentam afirmando que esta seria um instrumento de fortalecimento dos juízes de primeiro grau, pois o nível de definitividade das decisões de primeiro grau é próximo a zero, em que, na maioria das vezes, as partes apenas aguardam a decisão para impetrarem recurso. Ficando para os tribunais superiores as decisões relativas à Constituição (STF) e à Federação (STJ).

Esses magistrados que sugeriram a súmula impeditiva de recursos, alegaram que a súmula vinculante engessaria o exercício da magistratura e as decisões que se criam nas comarcas de primeira instância, pois é nessa ocasião que o Juiz está em contato direto com a sociedade, e com a súmula impeditiva de recursos os magistrados não perderiam a faculdade de criar o direito, podendo julgar os casos de acordo com a sua consciência, e quando sua decisão for semelhante a das cortes, não mais caberá recursos.

Outros ainda alegaram que a súmula vinculante seria um instrumento nocivo, vez que engessaria o Juiz, obrigando-o a decidir de acordo com o pensamento do STF, e segundo levantamento realizado pelo STJ, a maioria dos processos pendentes são de instituições públicas, e que por esse motivo, e sendo o STF composto por ministros indicados pelo Presidente da República, este não iria editar súmulas que obrigassem a administração federal a reconhecer direitos em favor dos cidadãos.

Diante do exposto, observa-se que a eficácia impeditiva de recursos relativiza o princípio constitucional do duplo grau de jurisdição. Analisando o assunto através da comparação do art. 557 do Código de Processo Civil e do art. 8º, n. 2, *h*, da Convenção Internacional de Direitos Humanos, Nery (2005, p. 214) diz que a leitura da referida Convenção indica a adoção do princípio do duplo grau de jurisdição no

⁴ Artigo: Decisões Vinculadas, do Ministro ao Juiz. Disponível a partir de: < [http:// www.ajuris.org.br](http://www.ajuris.org.br)>

processo penal, contudo essa garantia expressa no tratado parece não alcançar o direito processual como um todo.

Essa relativização do princípio constitucional implícito é aceita em virtude do crescente poder outorgado ao Órgão que a opera, e que também é o guardião da Constituição, o STF, como também pela possibilidade de se sacrificar um princípio em função da consecução de outro constitucional e fundamental que o princípio da duração razoável do processo e conseqüentemente a efetiva tutela jurisdicional, que pode ainda vir a concretizar outros, como a: igualdade e a segurança jurídica.

Sobre o tema, Puoli (2002, p.52) afirma que as tendências apuradas nas reformas processuais apontam para a consciência de ser o processo um instrumento público de solução de conflitos, e a necessidade de um progressivo aumento dos poderes outorgados para o Juiz desempenhar sua atividade nos casos concretos, justificando tal fato, em virtude de não adiantar exigir do Juiz uma conduta interessada no atendimento aos escopos do processo se não lhe for dado instrumental legal e os demais meios necessários para o bom desempenho dessa função.

Dispõe ainda Moreira *apud* Puoli (2002, p. 52) que essa tendência não é nova, uma vez que o Código de Processo Civil de 1939 tinha sem dúvida uma dimensão política, e que entre as notas básicas do sistema, ganhava realce o aumento dos poderes do Juiz na direção do feito.

Assim, discute-se muito na doutrina as causas desse aumento de outorga de poderes ao Judiciário, onde fazem diversas menções sobre as alterações das funções exercidas pelo demais poderes constituídos. O Legislativo estaria perdendo sua capacidade de produzir regras legais na quantidade e qualidade demandada pela dinâmica da vida moderna. O Executivo teria se agigantado a ponto de prejudicar o equilíbrio do modelo da separação dos Poderes.

Essa incapacidade dos dois Poderes é que teria levado o Judiciário a se tornar uma instituição ativa no poder político, fenômeno que vem sendo conhecido por Judicialização da Política e Politização da Justiça.

Nesse contexto, Pelegrini *apud* Puoli (2002, p. 146) indaga a quem confiar o controle e a mediação política no embate entre dois poderes legitimados pelo voto popular? É a própria Constituição que responde: ao Poder Judiciário.

Assim, Adeodato (2006, p. 15) faz uma importante observação de que o sistema jurídico vai muito além das bases textuais normativas, pois as interpretações, argumentações e decisões jurídicas não estão na Constituição, mas na jurisdição constitucional, que seria o conjunto de apreciações das controvérsias constitucionais pelo Judiciário, em que este controlaria os conflitos e divergências sobre o próprio texto constitucional.

Conforme Agra (2005, p. 306), a jurisdição constitucional ganhou relevância na defesa da democracia e dos direitos fundamentais com a criação dos tribunais constitucionais na Europa e com a extensão dos direitos civis nos Estados Unidos.

A atuação da jurisdição constitucional é, segundo Agra (2005, p. 306), imprescindível para atender às atividades inerentes a um Estado Democrático Social de Direito, seria um instrumento adequado para garantir a concretização dos mandamentos constitucionais, normas pactuadas pela sociedade para estruturar a organização política e explicitar os direitos fundamentais.

Portanto, a súmula impeditiva de recursos surge como meio termo da súmula vinculante, e insere-se como instrumento no sistema da jurisdição constitucional, que só será legítima se confirmada sua aplicação para consecução da tutela jurisdicional efetiva.

1.2.2 Eficácia Impeditiva de Recurso: Juízo de Admissibilidade ou Juízo de Mérito

Dessa forma, segundo exposição de motivos do projeto convertido na Lei 11.276/06, a finalidade da alteração do art. 518 do CPC é reduzir o número excessivo de apelações que estariam fadadas ao indeferimento, bem como para o relator do projeto a modificação estaria em acordo com um verbete de súmula, pois se houve a opção pela súmula, não haveria sentido em permitir o processamento de recurso contrário ao entendimento fixado pela súmula (referia-se à súmula não vinculante).

Nesse contexto, importante identificar se o momento da decisão pelo impedimento ou seguimento do recurso, o juízo é de admissibilidade ou de mérito, sobre o assunto, argumentou Moreira (2005, p. 261):

[...] todo ato postulatório sujeita-se a exame sob dois ângulos distintos: uma operação destina-se a verificar se estão satisfeitas as condições impostas pela lei

para que o órgão possa apreciar o conteúdo da postulação; outra, subsequente, a perscrutar-lhe o fundamento, para acolhê-la, se fundada, ou rejeitá-la, no caso contrário.

Desse modo, o recurso seria um ato postulatório, e estaria sujeito ao duplo exame, juízo de admissibilidade e o juízo de mérito, ocorrendo o último somente se ultrapassado o primeiro.

Ainda, seguindo uma classificação doutrinária, o recurso tem como pressupostos de admissibilidade: intrínsecos (cabimento, legitimação para recorrer, interesse de recorrer); extrínsecos (tempestividade, regularidade formal, inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer, preparo).

Diante disso, parece que além dos pressupostos já aventados, a Lei n. 11.276/06 com a redação do § 1º do art. 518 do CPC, estabeleceu mais um pressuposto em que o recurso só terá seguimento se a sentença não estiver de acordo com súmula do STF ou STJ.

Entretanto, alerta Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina *apud* Campos; Campos (2007, p. 46) que saber se a sentença está ou não em consonância com um entendimento sumulado pelo STF ou STJ é questão atinente ao juízo de mérito do recurso, em que a referida lei, em vez de ter instituído novo pressuposto de admissibilidade para o recurso de apelação, estabeleceu outra exceção, além da prevista no art. 296 do CPC⁵, segundo a qual o juízo *a quo* pode manifestar-se sobre o mérito do recurso.

Nesse contexto, aceitando a idéia de que houve instituição de nova exceção quanto à impossibilidade de o juízo *a quo* apreciar o próprio mérito da apelação, daria ensejo ao seguinte desdobramento: a redação do § 1º do art. 518 está equivocada, pois deveria dispor sobre o juiz negar provimento à apelação em vez de não receber; o princípio do duplo grau de jurisdição seria mitigado, pois o próprio juiz que proferiu a sentença julgaria o recurso, conforme Campo; Campos (2007, p. 47).

E, levando em consideração o outro entendimento de que o juízo *a quo* adentra ao próprio mérito do recurso quando verifica os pressupostos de admissibilidade significa reconhecer que o exame desse novo pressuposto passa pela análise do mérito da apelação, ou seja, a lei 11.276/06 criou novo pressuposto de admissibilidade, ainda que para sua análise seja necessário adentrar no mérito

⁵ Indeferida a petição inicial, o autor poderá apelar, facultando ao juiz, no prazo de 48h reformar sua decisão.

do recurso, motivo pelo qual Danilo Pires Atala chamou de pressuposto meritório de admissibilidade, conforme Assmann (2007, p. 90).

Assim, observa-se o entendimento do Min. Lewandowski do STF⁶ sobre a questão discutida no agravo regimental em reclamação perante o STF, alegando usurpação de competência da Corte e possível invasão no mérito da causa no juízo de admissibilidade de recurso ordinário em mandado de segurança, o qual o agravo foi improvido, sob a seguinte fundamentação:

I - O Código de Processo Civil dispõe que, quanto à admissibilidade de recurso ordinário, devem-se observar os procedimentos previstos para a apelação e que a mesma não será recebida quando estiver em conformidade com Súmula do STJ ou do STF.

II - Verificou-se, no juízo de admissibilidade, que o acórdão estava em consonância com a Súmula 267 desta Corte, e, aplicando-se o disposto do Código de Processo Civil, negou-se seguimento ao recurso ordinário.

III - O recurso cabível, no caso, seria o agravo de instrumento e não a reclamação.

1.2.3. Semelhanças com o art. 557 do CPC

Alguns doutrinadores argumentam que a alteração do art. 518 do CPC não configura novidade, pois teria sido inspirado pelo art. 557 do CPC, entretanto há diferenças a considerar.

Assim, o art. 557 do CPC autoriza que o relator negue seguimento ao recurso quando: manifestamente inadmissível; improcedente; prejudicado; em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, súmula ou jurisprudência do STF ou de Tribunal Superior; autorizando o relator a dar provimento ao recurso quando: a decisão recorrida estiver em confronto com: súmula do próprio Tribunal, jurisprudência dominante do STF ou Tribunal Superior.

No entanto, os poderes concedidos ao relator para negar seguimento quando a sentença estiver, dentre outros, em conformidade com a súmula do próprio tribunal ou Tribunal superior, ou ainda com súmula ou jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores ou do STF ou do respectivo tribunal, são mais amplos que os

⁶ Agravo Regimental na Reclamação n. 5153-DF – Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Informativo STF n. 488, 12-16 nov. 2007.

concedidos para o juízo *a quo* que apenas autoriza ao juiz negar seguimento apenas se a sentença estiver de acordo com súmula do STJ ou STF.

Tal observação deixa muitos juristas descrentes quando a adoção do § 1º do art. 518 do CPC para redução do número de recursos, uma vez que a utilização do art. 557 do CPC conferindo poderes ao relator não diminuiu nem trouxe celeridade processual.

Outro aspecto importante é que mesmo preenchido o pressuposto da conformidade da sentença com súmula, deva ser verificado os seguintes itens: se o recorrente trouxe alguma nova razão que possa modificar o entendimento da aplicação da súmula; as peculiaridades fáticas do caso concreto; abre-se uma nova perspectiva da questão jurídica que poderia ensejar uma revisão da súmula respectiva; se a sentença tem outros fundamentos além da aplicação da súmula; se o recebimento do recurso poderá ser apenas parcial.

Tais considerações poderá possibilitar o recebimento do recurso mesmo que a sentença esteja em conformidade com súmula do STF e do STJ, e no caso do recebimento parcial haverá possibilidade de agravo de instrumento em relação a parte desfavorável, que se não interposta fará coisa julgada.

Dessa forma, apesar do termo “súmula impeditiva de recurso” não ser tecnicamente correto, pois a súmula impeditiva de recurso prevista na EC 358/05 em que tornaria insuscetíveis de recurso e de quaisquer meios de impugnação e incidente às decisões, em qualquer instância, que dêem a tratado ou lei federal ou à legislação trabalhista a interpretação determinada por ela, ainda não foi aprovada, os efeitos do § 1º do art. 518 do CPC são semelhantes.

Apesar da nova redação do § 1º do art. 518 do CPC não ser irrecorrível, ela parece ser uma outra face da súmula vinculante, pois ambas provém de súmula, considera condensação de série de acórdãos, do mesmo tribunal, que adotem idêntica interpretação de preceito jurídico em tese, de caráter persuasivo as súmulas normais, e de caráter obrigatórios para súmulas vinculantes.

Assim, mesmo não se tratando tecnicamente de uma súmula impeditiva de recurso, mas de decisão judicial baseada em súmula normal, pois a vinculante é obrigatória, em que impediria o recurso, seu efeito é similar ao que produziria a

súmula impeditiva de recurso, ou seja, evitar recursos que não reúnam condições de serem providos.

Portanto, qualquer súmula editada pelo STJ ou STF está apta para fundamentar o não recebimento da apelação pelo juízo *a quo*, independente de ser vinculante, até porque se vinculante não precisaria de fundamento no § 1º do art. 518 do CPC, porque não seria persuasivo, mas obrigatório.

Ademais, a decisão que obsta o seguimento da apelação está passível de agravo de instrumento, além de não poder tecnicamente se denominar súmula impeditiva de recurso no significado inicialmente previsto na EC 358/05 em virtude de seus efeitos, o que leva a pensar que se trata de um novo pressuposto de juízo de admissibilidade com apreciação de mérito, e caso se confirme tal entendimento, poder-se-ia vislumbrar algum benefício de celeridade processual, pois no caso do art. 557 esse juízo só se faria no juízo *ad quem* pelo relator, enquanto no art. 518, § 1º já feito no *a quo* o que poderia antecipar o momento da formação da coisa julgada.

1.2.4. Constitucionalidade do §1º do art. 518 do CPC

Quanto à súmula vinculante, pode afirmar que o STF, de ofício ou por provocação, desde que por voto de 2/3 de seus membros, depois de reiteradas decisões sobre a matéria constitucional, poderá editar súmula vinculando os demais órgãos do judiciário e a administração pública direta e indireta das três esferas de poder, tudo com previsão constitucional no art. 103-A e parágrafos.

Inclusive com disposição sobre seu descumprimento, que autoriza interposição pelo prejudicado de reclamação contra ato administrativo ou decisão judicial que venham contrariar a súmula aplicável ou que for indevidamente aplicada, que se julgada procedente pelo STF, anulará ao ato administrativo ou cassará a decisão judicial e determinará que outra seja proferida.

Ademais, há previsão para legal para responsabilidade cível, penal e administrativa para os órgãos da administração pública, mas não há para os membros do Poder Judiciário, até porque sua atribuição é decidir e julgar, conforme

Assmann (2007, p. 88), porém sua discricionariedade permanece quanto à apreciação do caso concreto se adequar à súmula respectiva.

No entanto, as opiniões se dividem quanto a sentença impeditiva de recurso, em que doutrinadores alegam a inconstitucionalidade do § 1º do art. 518 do CPC, tendo em vista que ao impedir o recebimento da apelação, vincula o juízo de primeiro grau às súmulas do STJ que tratam de matéria infraconstitucional e às do STF sem atendimento aos critérios previstos no art. 103-A da CF/88, ou ainda sob o argumento que as súmulas não vinculantes devem servir apenas de orientação.

Desse modo, parte da doutrina (Eduardo Christini Assmann, Jaqueline Mielke Silva, José Tadeu Neves Xavier, Lênio Streck) alega que a Lei 11.276/06 ao tratar da alteração processual para reduzir excesso de impugnações sem possibilidade de êxito não considerou sua adequação constitucional.

Entretanto, isso não significa que não seja possível, apenas que deve ser observada a adequação à Constituição, pois tal reforma apenas reflete uma tendência do sistema processual, a exemplo do art 475, § 3º do CPC, com alteração introduzida pela Lei n. 10.352/01, que também dispensa o duplo grau de jurisdição, referentes a decisões contra as pessoas jurídicas de direito público.

1.2.5. Observância do Princípio da Igualdade pelo Aplicador da Lei e pelo Legislador

A isonomia expressamente disposta no *topos* que lhe confere um alto nível de densidade normativa brasileira: art, 5º da Constituição Federal, não pode ser entendida como direcionada apenas para o aplicador da lei que opera dentro de limites oferecidos pelo texto legal, mas, e principalmente, para o legislador que deve observar na construção das leis, as conseqüências jurídicas, políticas e sociais que recairão sobre o cidadão.

Assim, não se trata de uma igualdade formal, num pedaço de papel, afirmando que todos serão iguais perante a lei, pois as desigualdades já existentes apenas se confirmariam se houvesse tratamento igual sem levar em consideração as diferenças, sejam elas sociais, políticas ou econômicas.

Dessa forma, não há dúvida de que o destinatário da cláusula constitucional da igualdade perante a lei também é o legislador, pois os critérios da política

legislativa por mais discricionários que sejam, encontram no princípio da igualdade a primeira e mais fundamental de suas limitações, Campos (1956, p. 30).

No entanto, em que critérios legítimos devem-se pautar para tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente, uma vez que isso significa dar tratamento jurídico diferenciado a uma pessoa ou grupo em face de sua desigualdade perante a outra parte.

Assim, o princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme às pessoas, e a função precípua da lei reside em dispensar tratamento desigual, pois as normas legais nada mais fazem que discriminar situações, a medida em que as pessoas compreendidas em umas ou em outras vêm a ser colhidas por regimes diferentes, e em face disso, a algumas são deferidos determinados direitos e obrigações que não assistem a outras, em virtude de fazerem parte de categoria diversa, regulada por plexo de obrigações e direitos diferentes, Mello (2004, p. 12-13).

Dessa forma, as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição, e, portanto, nenhum fator objetivo pode ser escolhido aleatoriamente, sem pertinência lógica com a diferenciação procedida, pois o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas e injustificadas, Mello (2004, p. 18).

Deve-se observar que tal princípio visa a duplo objetivo: propiciar garantia individual e ao mesmo tempo evitar favorecimentos.

No entanto, a obediência à norma pode ser apenas formal e não substancial, bem como pode ter aparência geral e abstrata, mas possuir uma função individualizadora, gerando uma inviabilidade lógica ou material de reprodução da hipótese.

Nesse caso, para análise do respeito ao princípio da isonomia deve-se observar se o mandamento em questão possibilita, mesmo que no futuro sua incidência sobre outros destinatários, o que atenderia ao referido princípio.

Para tal raciocínio, considera-se lei geral em oposição a individualização, e abstrata em oposição a concreto, situação única, ou seja, supõe situação possível de se reproduzir.

Entretanto, toda norma abstrata é sempre geral, pois contém, requer logicamente, a generalidade, o inverso não ocorre, pois a generalidade é neutra quanto a esse aspecto, Mello (2004, p. 27).

Portanto, tem-se que a regra geral nunca poderá ofender a isonomia, a regra abstrata jamais poderá contrariá-la, diferentemente de seus opostos, regras individuais e concretas, que poderão ou não se harmonizar a tal princípio, em que o parâmetro para o exame de compatibilidade da lei com a igualdade seria o critério da individualização absoluta do sujeito.

Assim, um fator neutro em relação às situações, coisas ou pessoas diferenciadas é inidôneo para distingui-las, o que poderia se concluir que não pode ser deferido aos magistrados ou a qualquer classe de profissional que habitem em uma determinada região do país, e apenas por isto, um tratamento mais favorável ou desfavorável juridicamente, entretanto, por existir circunstâncias adversas, peculiares de cada localidade, pode-se gerar elementos diferenciais, justificando o discrimen por situações próprias existentes num determinado espaço, e não pelo espaço em si, Mello (2004, p. 30).

Ademais, o tempo também não pode ser critério diferencial, mas condicionante lógico da vida humana, uma vez que os fatos correm numa sucessão com referência cronológica, sendo tempo neutro, pois ocorre idêntico para todos.

Desse modo, as diferenças justificadoras de direitos e deveres distintos deverão ser buscadas nos próprios acontecimentos, fatos situações, circunstâncias, pois em fatores alheios, neutros, não se encontrarão as peculiaridades geradoras de ausência de uniformidade.

Assim sendo, percebe-se que a igualdade é transgredida quando o elemento diferencial considerado não possui pertinência lógica com a inclusão ou exclusão no benefício concedido ou com a inserção do gravame imposto, ou seja, o critério eleito pela lei para delimitar os alcançados por uma situação jurídica pode ser qualquer um que neles esteja radicado, ressalvando, que tal correlação lógica nem sempre é absoluta, podendo sofrer influência de ingredientes específicos de concepções adotadas na época.

Dessa forma é necessária a concorrência de quatro elementos para haver consonância da discriminação com os interesses erigidos pela Constituição, são eles, Mello (2004, p. 41):

1. A desequiparação não atinja de modo atual e absoluto apenas um só indivíduo;
2. As pessoas ou situações atingidas pela regra diferenciadora possuam características próprias distintas;
3. Existência de uma correlação lógica, *in abstracto*, entre os fatos diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles ordenados pela norma jurídica;
4. A correlação referida, *in concreto*, guarde pertinência constitucional.

Por outro lado, deve-se observar que não há situações tão iguais que não possam ser distinguidas, bem como não há as que sejam tão distintas que não possuam algum elemento comum, e assim, além da correlação lógica, esta deve retratar concretamente um bem, um interesse albergado na norma constitucional.

Portanto, haverá ofensa ao princípio constitucional da isonomia quando: a norma for singularizadora atual e definitiva; o critério diferenciador não resida nos fatos ou pessoas; não haja relação de pertinência lógica entre o fator discriminatório e os regimes outorgados; o *discrímen*, mesmo com pertinência lógica, gere efeitos dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente; interpretação da norma que extraia distinções que não foram, mesmo que implicitamente, por ela aventadas, Mello (2004, p. 47-48).

1.2.6. Princípio da Duração Razoável do Processo

A Constituição é o modo de ser do Estado, sua lei fundamental, como diz Silva (1999, p. 40) é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado.

Transcendendo seu conceito, muitas são as divergências doutrinárias sobre o sentido em que a Constituição é concebida. Silva (1999, p. 40-41) cita Lassale, Schmitt e Kelsen que discorreram sobre tais teorias do sentido da Constituição.

Lassalle a concebe no sentido sociológico, para quem não seria mais que uma folha de papel, vez que a essência da Constituição seria a soma dos fatores reais de poder. Schmitt a entende no seu sentido político, considerando-a como

decisão política fundamental, decisão concreta de conjunto sobre o modo e forma de existência da unidade política. Kelsen a vê no seu sentido jurídico, como norma pura, dever-ser.

Diante disso, qualquer que seja a concepção do seu sentido, há importância exercida pela Constituição como forma de existência do próprio Estado, e portanto, todo ordenamento jurídico deste, sob o qual todas as relações jurídicas irão operar, deve ser pautado naquela.

Mas, as Constituições, tomadas de normas, também têm princípios que são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são, segundo Canotilho; Moreira (1991, p. 49), núcleos de condensações nos quais confluem valores e bens constitucionais.

Assim, os princípios implementam uma feição sistêmica ao conjunto de normas que formam uma Constituição, sendo um norte para o sentido e alcance das normas que formam o núcleo basilar do ordenamento jurídico, Agra (2002, p. 104).

Tais princípios, por possuírem um conteúdo mais abstrato, poderiam ser utilizados numa diversidade maior de situações, e, portanto, poderiam suprir eventuais lacunas, o que não seria nenhum constrangimento, vez que como diz Agra (2002, p. 105) a principal função dos princípios constitucionais seria, ao positivarem valores encontrados na sociedade, diminuir a distância entre norma e justiça.

Portanto, são características dos princípios apontadas por Agra (2002, p. 108): ter uma função hermenêutica, onde se pautariam os aplicadores das normas constitucionais; ser um elo com as demais normas jurídicas, possibilitando um sistema constitucional; ser suprimento para as lacunas apresentadas diante de um caso concreto; permitir maior adequação à realidade social, por poder acompanhar sua complexa dinâmica.

Contudo, para continuar no desenvolvimento dessa descrição há necessidade de quando se falar em análise da Constituição, levar em consideração a lição de dois autores renomados no tema: Hesse (1991, p. 24) que afirma que a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica, não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo, e somente assim, pode ser realizada a sua pretensa eficácia; e Lassalle *apud* Hesse (1991, p. 9) diz que questões constitucionais não são questões jurídicas, mas políticas, pois expressa relações de poder dominantes num país.

A partir de tais observações, e tomando a natureza da Constituição como sendo político-jurídica, vê-se que o Estado evoluiu e sua transformação de Estado Liberal clássico para o Estado de Direito, em que o indivíduo não mais se contrapõe ao Estado, mas por esse é inserido na vida social e pelo zelo ao exercício concreto dos novos direitos, pode ser observada na predisposição das tutelas jurisdicionais.

Entretanto, observa Marinoni (2004, p. 83) que a mudança do perfil do Estado não deve estar apenas na predisposição das tutelas jurisdicionais, mas na mentalidade dos processualistas e operadores do direito, que necessariamente devem pensar o direito processual à luz dos valores constitucionais.

Pois quando a Constituição anuncia os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito (cidadania, dignidade da pessoa humana, etc), quer indicar que não há Estado Democrático de Direito sem direitos fundamentais, já que esse é um elemento do Estado, assim como não existem direitos fundamentais sem democracia.

Dessa forma, a Constituição fixa princípios que deverão condicionar e orientar a aplicação de todas as suas normas, bem como as atividades legislativas, executivas e judiciárias, pois os valores estruturais da Constituição colocam o homem no centro das atenções do Estado.

Assim em análise a atual Constituição brasileira, Canotilho *apud* Dantas, (2001, p. 106) lembra que esta não difere muito dos demais documentos contemporâneos, já que alarga a matéria constitucional, incorpora direitos fundamentais de caráter econômico, social e cultural, além de ocupar-se da organização econômica da sociedade.

Nesse contexto, a Carta Magna de 1988 inovou por ampliar o rol dos direitos e garantias fundamentais ao incluir no catálogo não só os tradicionais direitos civis e políticos, como também os direitos sociais. Esses direitos civis e políticos são guiados pelo princípio da liberdade, enquanto os direitos sociais são fundados no postulado da igualdade e, articulados com os direitos coletivos, provocam a emergência da justiça social.

Tais direitos sociais valem como prestação positiva do Estado para realizar a democracia econômica e social (art. 6º da CF), como proteção aos mais fracos em face da desigualdade.

Esses direitos são conexos com o de igualdade: a saúde, a educação, a segurança social, a assistência dos desamparados, o acesso ao emprego e à renda, o acesso a terra e à moradia, e constituem o maior desafio do Estado brasileiro.

Além dos princípios fundamentais gerais que devem nortear todo o ordenamento jurídico, existem outros que também visam à igualdade, à dignidade da pessoa humana, porém são voltados para o cidadão enquanto titular do direito de ação junto ao Estado (poder judiciário), como a ampla defesa, segurança jurídica, dispositivo, duplo grau de jurisdição, acesso à justiça, e mais recentemente, incluído pela EC 45/04, o inciso LXXVIII do art. 5º da CF, o princípio da duração razoável do processo.

Esse princípio da duração razoável do processo surgiu como necessidade da compatibilização do sistema recursal no direito processual brasileiro com as expectativas da sociedade, em obter do Poder Judiciário, um pronunciamento célere, mas eficaz, e tamanha é a sua importância que além de ter entrado recentemente no rol dos princípios constitucionais brasileiros, explicitamente, ainda foi proclamado no art. 6º, parágrafo único da Convenção Européia para Proteção dos Direitos Humanos, o que demonstra a preocupação com o tema não só no âmbito nacional.

Siqueira Filho (1995, p. 47) analisando o assunto, disse que não se poderia duvidar da relevância da inserção do inciso XXXV do art. 5º da CF, como garantia constitucional do pleno acesso ao judiciário, caso seja assegurado os incisos LIV e LV do mesmo artigo, o devido processo legal, além dos meios e recursos colocados à disposição pelo contraditório e a ampla defesa.

Entretanto, alega que poderia haver uma modificação no sistema recursal, pois conferir aos litigantes o direito de ação com o mais vasto alcance, com direito a recorrer das decisões judiciais, e concebendo o recurso como uma garantia fundamental do indivíduo, converte-o em instrumento da eternização dos feitos, desvirtuando-se sua legítima finalidade.

Parte dessa resposta pode estar no § 1º do art. 518 do Código de Processo Civil, quando o impedimento de recurso, com base em súmula do STJ e STF, poderá trazer mais certeza e celeridade para as partes, uma vez que teria seu pleito julgado sem percorrer todo o caminho de instâncias superiores, já havendo

entendimento pacificado sobre o assunto em questão, o que tornaria inútil seus infinitos recursos na prestação final jurisdicional.

Atente-se também que impedimento do recurso somente se dará nos casos em que o Juiz proferir decisão de igual entendimento dos tribunais superiores, caso contrário, caberá recurso, como também não irá privilegiar nenhuma das partes, uma vez que a regra vale tanto para a decisão que julga o pedido procedente como improcedente, e, portanto poderá beneficiar tanto o autor como o réu.

Assim, a eficácia impeditiva de recurso pode ser uma alternativa para conciliar o devido processo legal, o amplo acesso à Justiça, o duplo grau de jurisdição e os recursos conseqüentes, o direito ao contraditório e à defesa com a celeridade e eficiência almejada pela sociedade, uma vez que apesar de relativizar alguns princípios, pode atender ao princípio constitucional da duração razoável do processo, e, por conseguinte o princípio a efetiva prestação jurisdicional.

1.2.7. Princípio do Duplo Grau de Jurisdição: Relativização

O conceito do duplo grau divide a doutrina em dois grupos, em face da presença ou ausência de hierarquia entre o primeiro e o segundo órgão jurisdicional encarregado do julgamento do pedido.

Segundo Guedes (2002, p. 288-289), no primeiro grupo que exige para caracterização da duplicidade de graus a hierarquia entre órgãos jurisdicionados ou entre membros desses órgãos, estariam: Calamandrei, Moacyr Amaral Santos, Barbosa Moreira e Cândido Rangel Dinamarco; e no segundo grupo que não exige para caracterização da duplicidade a hierarquia entre os órgãos jurisdicionados ou entre os membros desses órgãos, estariam: Enrico Tulio Liebman, Nelson Nery Júnior, Oreste Laspro, Djanira Radamés de Sá.

Porém, mais relevante do que a verificação da superposição entre os órgãos jurisdicionados é entender a essência do conceito que seria a prevalência da decisão subsequente sobre a antecedente, que pode ser entendido como uma relatividade dos conceitos.

Quanto a sua evolução histórica, dizem os doutrinadores que a idéia de recurso nasceu com o próprio homem, na ocasião em que se sentiu injustiçado, mas

tem seu primeiro modelo expresso na *apellatio* romana, e em virtude disso se identifica até hoje a expressão da duplicidade de graus de jurisdição com a apelação.

Então, do direito romano passou ao medieval e ao canônico, e alcançou o direito português que o integrou ao brasileiro desde as Ordenações Afonsinas, Manuelina e Filipinas, como modo de impugnação das sentenças, e às vezes, de decisões interlocutórias.

Fundamenta-se dentre outros critérios, pela recorribilidade legal das decisões que põem fim ao processo decorrente da insatisfação do vencido, e pela constitucionalidade da previsão, ainda que implícita.

Conforme Guedes (2002, p. 293) a doutrina se divide em relação o princípio do duplo grau de jurisdição ter tratamento constitucional. Dentre os que acham que não se trata de princípio constitucional estão: José Frederico Marques e Cândido Rangel Dinamarco, do outro lado estão inúmeros autores brasileiros que identificam a natureza constitucional do princípio, como por exemplo Calmon de Passos, para quem a supressão do duplo grau de jurisdição seria um desrespeito às regras constitucionais do processo.

Dessa forma, a verificação da alocação da previsão do duplo grau de jurisdição no ordenamento jurídico brasileiro é de suma importância por ocasião da necessidade de se adequar, harmonizar ou preterir por um, entre princípios que se confrontam.

Nesse contexto, como a ordem constitucional não contém uma declaração expressa da obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição, apesar de implicitamente poder se observar das disposições de obrigatoriedade de juízos de primeiro grau e tribunais superiores, a própria Constituição prevê processos sem a instância revisora, como a competência originária dos tribunais, Theodoro Júnior (2000, p. 690).

Portanto, essa sistemática pode significar que o princípio do duplo grau de jurisdição está sedimentado no ordenamento jurídico brasileiro, mas não em termos absolutos, cabendo ao legislador ordinário, como no caso do Código de Processo Civil, dispor sobre seus contornos.

Desse modo, pode-se condensar o rol de vantagens com que a doutrina justifica a utilização do princípio do duplo grau de jurisdição: maior experiência do

jugador recursal; a maior independência do julgador recursal; o controle psicológico sobre o Juiz de primeira instância; o exame mais aprofundado do litígio e o inconformismo da parte sucumbente, Norris *apud* Theodoro Júnior (2000, p. 690).

Ademais, o autor demonstra que nenhum desses argumentos se revela suficiente para impor, de forma absoluta, a necessidade de dualidade de instâncias pelos motivos a seguir apresentados: nem sempre o Juiz de segundo grau será pessoa mais experiente que o da decisão recorrida; a independência se demonstra mais no juízo do segundo grau que poderá não ter sua decisão revisada; não se registra o controle psicológico sobre o juízo de primeiro grau em face do duplo grau, mas sim em virtude da publicidade dos atos; o exame mais aprofundado certamente é realizado pelo juízo de primeira instância que tem contato direto com as partes e a coleta de provas; o inconformismo não se demonstra apenas no primeiro julgamento, mas sempre que houver uma derrota.

Além do exposto, o duplo grau de jurisdição, é apontado hoje, como o dos maiores propiciadores de embaraços do acesso à Justiça, em face do manejo reiterado dos sucessivos recursos legais que causam extrema morosidade ao processo.

Tal fato tem sido discutido em vários países, e culminou com a proclamação no art. 6º, parágrafo único da Convenção Européia para Proteção dos Direitos Humanos de que a Justiça que não soluciona os litígios dentro de um prazo razoável se configura como justiça inacessível.

Assim, o mito do duplo grau de jurisdição e da ampla recorribilidade de toda e qualquer decisão final ou interlocutória, pela sua necessidade de exacerbação é, sem dúvida, o grande embaraço que se depara o intento renovador do processo civil brasileiro, inspirado no propósito de tornar a prestação jurisdicional mais simples, célere e eficiente, além de proporcionar práticas nocivas meramente protelatórias, observadas nas praxes forenses, Theodoro Júnior (2002, p. 502).

Desse modo, a decisão de segundo grau é inútil quando confirma a de primeiro grau, infringindo o princípio da economia processual, além de que a decisão que reforma a recorrida é sempre nociva, por afrontar uma divergência que dá margem a dúvidas quanto à correta aplicação do direito, produzindo incertezas nas relações jurídicas e desprestigiando o Poder Judiciário, Grinover (1994, p. 40).

Entretanto, deve-se observar que o duplo grau de jurisdição decorre da legitimação do ato estatal, uma vez que o Estado intervém na vida dos jurisdicionados para solucionar conflitos a ele submetidos, e pode ocorrer que a decisão de primeiro grau seja injusta ou errada, havendo necessidade de permitir o recurso.

Desse modo, a tendência à vinculação das decisões judiciais vem se desenvolvendo há algum tempo, o que pode ser observado nos arts. 476 e ss, 480, 482 e 557, todos do Código de Processo Civil, como também consagrada em dispositivo Constitucional, onde art. 103-A, incluído pela EC n. 45/2004, institui explicitamente sobre o efeito vinculante dos enunciados ditados pela súmula do STF.

Nesse contexto, alguns autores entendem que até o Recurso Extraordinário foi transformado em instrumento de controle difuso abstrato da constitucionalidade das leis, fenômeno conhecido por “objetivação do recurso extraordinário”.

Assim, como alerta Kelsen (2003, p. 179), uma Constituição em que falte a garantia da anulabilidade dos atos inconstitucionais não é plenamente obrigatória, tecnicamente, muito embora, não se tenha muita consciência disso, porque uma teoria jurídica dominada pela política não permite tomar tal consciência, uma Constituição em que os atos inconstitucionais, e particularmente as leis inconstitucionais permanecem válidos, na medida que sua inconstitucionalidade não permite que sejam anulados, equivale mais ou menos, do ponto de vista propriamente jurídico, a um anseio sem força obrigatória.

Vê-se que a mudança trazida ao processo civil, com outorga de novos poderes aos tribunais superiores deve ser analisada em conformidade com os princípios garantidos pela Constituição Federal, e sempre ter como objetivo a racionalização da prestação jurisdicional, se acompanhada da efetiva tutela dos direitos.

Isto porque, muitas foram as lutas para se conquistar preceitos constitucionais que visam a garantia dos direitos do cidadão, e portanto, qualquer alteração na legislação que objetive efetivar direitos em detrimento de tais princípios deve ser examinada.

1.2.8. Antecipação da Coisa Julgada

A República Federativa do Brasil é erigida sob o fundamento do Estado Democrático de Direito, disposto no art. 1º da Constituição Federal, portanto não basta ser um Estado de Direito, onde as leis regulam as atividades do Estado e dos particulares.

Assim, é necessário que o Estado de Direito, legal, seja democrático, instituído e regulado por princípios que se traduza no bem estar de todos, na igualdade, na solidariedade. E nesse sentido, para as atividades do Poder Judiciário, o instituto da coisa julgada pode intermediar a manifestação do princípio do estado democrático de direito, ou seja, a coisa julgada seria um elemento de existência do Estado Democrático de Direito, Nery Júnior (2004, p. 38).

Dessa forma, o processo, como instrumento a serviço da ordem constitucional, é designado pela doutrina como “microcosmos democrático do Estado de Direito”, não se trata de substituir técnica processual pela perspectiva constitucionalista do processo, pois o emprego desta colabora com a maior apuração técnica, utilidade social e política do sistema processual, Nalini *apud* Bonato; Vasconcelos (2001, p. 511).

Nesse contexto, o instituto da coisa julgada é entendido no ordenamento jurídico brasileiro em dois sentidos, material e formal. Quanto ao primeiro, o art. 467 do Código de Processo Civil dispõe que se denomina coisa julgada material a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso. A coisa julgada formal é consequência da imutabilidade da sentença dentro do mesmo processo em que foi proferida, sem impedir que o objeto do julgamento volte a ser discutido em outro processo.

Desse modo, a coisa julgada material só ocorre se e quando a sentença de mérito tiver sido alcançada pela preclusão, que é a coisa julgada formal, sendo esta pressuposto daquela, pelo que se diz que a coisa julgada material traz a segurança jurídica que é manifestação do Estado Democrático de Direito, o que para Chiovenda *apud* Theodoro Júnior (2001, p. 466) a sentença traduz a lei aplicável ao caso concreto, proferida a sentença, esta substitui a lei.

Apesar de não se submeterem à coisa julgada, as decisões interlocutórias podem ser alcançadas pela preclusão que tem conseqüências semelhantes à coisa julgada formal.

Nesse sentido, a função da coisa julgada é a de estender os efeitos da sentença indefinidamente para o futuro, assim, zelando pela segurança extrínseca das relações jurídicas, de certo modo em complementação ao instituto da preclusão, cuja função primordial é a garantia intrínseca do processo, Wambier; Medina (2003, p. 21).

Ademais, o Código de Processo Civil filiando-se ao entendimento de Liebman qualifica a coisa julgada como qualidade especial do julgado, que reforça a sua eficácia através da imutabilidade conferida ao conteúdo da sentença como ato processual (coisa julgada formal) e na imutabilidade dos seus efeitos (coisa julgada material).

Acrescenta Liebman *apud* Theodoro Júnior (2001, p. 466) que as qualidades que cercam os efeitos da sentença, caracterizando a coisa julgada, revelam inegável necessidade social, reconhecida pelo Estado, de evitar a perpetuação dos litígios, em prol da segurança que os negócios jurídicos reclamam da ordem jurídica.

Esta ordem jurídica tem a coisa julgada como instituto de tal importância que além da previsão no Código de Processo Civil, está disposto na Constituição Federal, no art. 5º, XXXVI, portanto alçado a condição de fundamental, sendo inatingível por lei ordinária.

Tendo em vista o Código de Processo Civil prever que apenas as sentenças de mérito proferidas com fundamento no art. 269 são acobertadas pela coisa julgada (material), e as de extinção do processo sem julgamento de mérito, art. 267, são alcançadas apenas pela preclusão (coisa julgada formal), deve ser avaliado se a nova redação dada aos artigos 267 e 269 do Código de Processo Civil, introduzida pela Lei 11.232/05, que substituiu o termo “sentença” por “resolução de mérito” passa a interferir na sistemática da coisa julgada tanto no seu alcance, como na sua abrangência.

Nery (2004, p. 39) ao discorrer sobre a finalidade central do processo, diz que formada a coisa julgada material, esta se apresenta como centro de todos os objetivos do direito processual civil, e seria conseqüência necessária do exercício do direito de ação por meio do processo.

Portanto, em face de seus efeitos vê-se a finalidade da coisa julgada, podendo ser resumida em duas espécies: efeitos endoprocessuais que seria tornar inimpugnável a sentença de mérito transitada em julgado, acobertada pela autoridade da coisa julgada, e tornar obrigatório o comando prolatado na parte dispositiva da sentença; efeitos extraprocessuais que seria vincular as partes e o juízo de qualquer processo e impedir que a lide seja discutida em outra ação judicial.

Nery (2004, p. 40) dispõe ainda sobre um terceiro efeito que seria o substitutivo decorrente da função substitutiva da jurisdição, em que a sentença de mérito transitada em julgado substitui todas as atividades das partes e do Juiz praticadas no processo, em que as nulidades e anulabilidades porventura ocorridas durante o procedimento serão substituídas pela sentença.

Assim, tais nulidades e anulabilidades ocorridas durante o procedimento são absorvidas pela coisa julgada material, podendo tais vícios ser discutidos por meio de ação rescisória, pois a nulidade alegável a qualquer tempo de grau de jurisdição é a originária, e não a derivada que foi substituída pela coisa julgada material.

Nesse contexto, perante a coisa julgada, o Juiz teria duas funções: deve impor a obrigatoriedade da sentença função judicial positiva, e deve impor a imutabilidade da sentença e a intangibilidade da coisa julgada, função judicial negativa.

Mas, a coisa julgada necessita de requisitos para sua formação, quais sejam: existência de processo; sentença seja de mérito que não seja mais impugnável. No caso de processo inválido conter vício por não preencher os requisitos de validade, a sentença de mérito nele proferida poderá fazer coisa julgada, e pode ser desconstituída por ação rescisória. Quando o processo inexistente, a sentença também e, portanto, não haverá coisa julgada material, como é o caso de sentença *extrapetita* e *infrapetita*, sentença sem citação, sentença de carência da ação ou falta de sentença de mérito, sem jurisdição (sentença prolatada por alguém não revestido da função jurisdicional).

Sendo, pois a coisa julgada matéria de ordem pública, o Juiz deve pronunciá-la de ofício e ao réu cabe alegar como preliminar na contestação, pois se proposta ação idêntica (mesmas partes, causa de pedir e pedido) de pretensão já acobertada pela coisa julgada material, aquela ação será extinta sem julgamento de mérito, conforme art. 267, V do Código de Processo Civil.

Apesar de sua importância, há uma certa tendência da doutrina e da jurisprudência em desconsiderar a coisa julgada, em casos excepcionais, como: coisa julgada injusta e coisa julgada inconstitucional, posição adotada pelas recentes reformas processuais, onde se vê no art. 475-L, § 1º e art. 741, parágrafo único, inseridos no Código de Processo Civil através da Lei 11.232/05, em que há abrandamento da coisa julgada, em face de inconstitucionalidade declarada pelo STF.

Contudo, deve-se observar a possibilidade de se instalar a insegurança jurídica com a relativização da coisa julgada, pois na doutrina mundial há o entendimento de que a coisa julgada material se perfaz independente da constitucionalidade, legalidade ou justiça do conteúdo dessa sentença.

Desse modo, de nada adianta a doutrina defender a tese da aplicação excepcional, pois, uma vez aceita, a cultura jurídica brasileira vai alargar seus espectros, como o fez com o mandado de segurança para dar efeito suspensivo a recurso que não o tinha, de exceção passou à regra, Nery Junior (2004, p. 48).

Pode-se citar como opiniões doutrinárias a respeito da relativização da coisa julgada: Carnelutti, Pollaki, Jauernig, Botticher e Boehmer.

Dessa forma, sendo determinados institutos no direito de natureza material, como a decadência e a prescrição, ou processual, preclusão, criados para proporcionar segurança nas relações sociais e jurídicas, como também o instituto da coisa julgada, que tem natureza constitucional, não podem ser modificados ou abolidos por lei ordinária ou por decisão judicial posterior.

Assim, como o art. 5º, XXXV busca pelo processo à tutela jurisdicional adequada e justa, outro valor também perseguido é o da segurança das relações sociais e jurídicas, art. 5º, XXXVI, em que o sistema constitucional brasileiro opta pelo valor segurança, coisa julgada.

Sobre o assunto Assis *apud* Nery Junior (2004, p. 45) afirma parecer pouco provável que as vantagens da justiça do caso concreto se sobreponham às desvantagens da insegurança geral.

Ademais, a coisa julgada não pode ser alterada nem por emenda constitucional (art. 1º *caput* 60 § 4º, n. I e IV, CF), nem por lei (art. 5º, n. XXXVI, CF), entretanto há previsão legal da ação rescisória, como conseqüência do princípio da proporcionalidade, em virtude da gravidade dos vícios que pode se revestir a

sentença. Passados dois anos, não mais será possível o exercício da ação rescisória.

Considerando, portanto, a coisa julgada como o resultado do processo de conhecimento, é de extrema importância o estudo da possibilidade de sua antecipação, pois, se é bem verdade que restringirá os atos a serem praticados no processo, por outro possibilitará enorme benefício, trazendo celeridade e segurança jurídica, escopos perseguidos pela efetiva prestação jurisdicional, atualmente impraticável, em face da exacerbação de recursos que causa o congestionamento do Poder Judiciário, tornando-o um meio de acesso à justiça, muitas vezes o único, inviável.

Conforme Cappelletti e Garth (1988, 20), os efeitos na delonga da solução judicial aumentam os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonarem suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito.

Outro aspecto importante citado por Lucon (2001, p. 877) é que a prestação jurisdicional intempestiva de nada ou pouco adianta para a parte que tem razão, constituindo verdadeira denegação de justiça, desprestigiando o Poder Judiciário e todos os operadores de direito, bem como tem efeitos sociais graves, já que as pessoas se vêem desestimuladas a cumprir a lei, quando sabem que outras a descumprem reiteradamente e obtêm manifestas vantagens, das mais diversas naturezas.

Essa inviabilidade se reflete na perpetuação das demandas, pelo entendimento equivocado de que quanto mais recursos existirem, mais fácil se alcançará justiça, pois que a única parte que possivelmente suportará e envidará esforços nessa persecução protraída será a que tiver maior poder seja econômico ou político.

Ainda há de se observar que a morosidade do sistema aliada à diversidade de instrumentos recursais, permite muitas vezes o desaparecimento do objeto da lide, quando não a própria parte, demonstrando a ineficiência do sistema, bem como auxilia a parte de má fé que utiliza tais instrumentos como forma de protelar o tempo de processo, prejudicando o direito alheio, abusando do seu direito de ação ou de defesa.

Sob esse aspecto, possivelmente não haveria interesse de parcela da classe de advogados, não comprometidos com a causa maior, em se antecipar a coisa julgada, uma vez que eliminaria uma boa parte de sua atividade nos fóruns e, portanto isso se signifique diminuição de ganhos.

Por todos esses aspectos aventados, vê-se que a eficácia impeditiva de recurso, instituída no § 1º do art. 518 do Código de Processo Civil, certamente causará muitas discussões, mas por outro lado, poderá servir como excelente instrumento para efetiva prestação jurisdicional, uma vez que o impedimento do recurso da decisão judicial que estiver de acordo com súmula do STJ ou STF, poderá antecipar a coisa julgada, trazendo celeridade, economicidade e segurança jurídica para as partes, que não aguardarão indefinidamente uma posição de entendimento do judiciário, e mais, as partes pleitearão seus direitos com uma certa previsibilidade, e, portanto, terão a opção de ingressar em Juízo sabendo das possibilidades da tutela de seu pedido.

Acrescente-se a isso que além da eficácia impeditiva de recurso trazer celeridade / certeza, perseguidas pelo princípio constitucional da duração razoável do tempo do processo e conseqüentemente o princípio da efetiva prestação jurisdicional, relativiza outros princípios constitucionais, mas proporciona:

1. O devido cumprimento do entendimento pacificado dos tribunais superiores, evitando recursos desnecessários e as possibilidades de *lobbys* nos bastidores dos tribunais, uma vez que seguida a regra da súmula o resultado, em último grau seria o mesmo;
2. Preserva o princípio do livre convencimento do Juiz, em virtude de sua decisão só se vincular a súmula, caso esteja de acordo com esta;
3. Conserva a isonomia entre as partes litigantes, pois a vinculação pode se dar em benefício de uma ou de outra, uma vez que a decisão pode ser procedente ou improcedente;
4. Mesmo com a vinculação da súmula, há possibilidade de recurso, nesse caso mais restrito, pois a parte interessada pode alegar dessemelhança entre o caso concreto e a súmula ou erro do Juiz, o que preserva ainda mais a segurança do julgado.

Como se vê, ao mesmo tempo em que a eficácia impeditiva restringe aquela infinidade de recursos, oportunidades protelatórias de perpetuação do processo, pode antecipar a coisa julgada, tornando o processo previsível, célere e seguro, o que proporciona ao cidadão a satisfação de ver seu pleito julgado tempestivamente.

2. SEGUNDA PARTE – PROCESSO DECISÓRIO

2.1. Sistemas Influentes no Direito Brasileiro

Apesar de as regras serem bastante diversificadas, as técnicas que auxiliam na interpretação podem ser resumidas a uns poucos grupos, levando-se em consideração não apenas o conteúdo e o teor das regras, mas elementos fundamentais e estáveis.

Tal agrupamento não é um tema pacífico, entretanto, em face de sua importância no mundo contemporâneo, três grupos se destacam: romano-germânico, *common law*, socialistas, sem a pretensão de esgotarem em si toda realidade jurídica existente.

Assim, o sistema romano-germânico tem sua origem na Europa, onde suas universidades desenvolveram uma ciência jurídica comum, a partir do século XII, baseadas em compilações do imperador Justiniano, ela agrupa países em que a ciência do direito se desenvolveu do direito romano, as regras de direito são regras de conduta relacionadas à justiça e à moral, e, a partir do século XIX, vários países influenciados por esse grupo adotaram os códigos. Esses direitos foram formados, por razões históricas, no intuito de regular as relações entre os cidadãos, o que revela sua proeminência em relação aos demais que os desenvolveram posteriormente e já com base nos princípios no direito civil, conforme David (2002, p. 23-24).

Outro grupo, o *common law*, comporta o direito da Inglaterra e os que se desenvolveram sobre o direito inglês, e é bastante diferente do anterior, teve sua formação pelos juízes, por ocasião das resoluções de litígios particulares em que atuavam, e assim, visa dar solução a um processo, não havendo preocupação de formular uma regra de conduta para *posteriori*. Entretanto, sua origem se liga ao poder real, pois se desenvolveu nos casos em que o reino estava ameaçado, e assim era essencialmente público, em que questões particulares só se submetiam aos tribunais *common law* quando colocavam em jogo o interesse da Coroa, e como no caso do grupo romano-germânico, em face da colonização ou recepção, expandiu-se pelo mundo.

Entretanto, deve-se observar que mesmo sendo inseridos nesses grupos, a depender do país e do aspecto de lá ter nascido ou ter sido introduzido, os direitos apresentam muitas características diferentes do grupo em que se insere, como ocorreu com os Estados Unidos e o Canadá, onde se formou uma civilização com vários aspectos diferentes da civilização inglesa.

Assim, ocorreu com o precedente judicial, presente em todo sistema jurídico, independente a qual grupo formou sua origem, considerado como decisão antecedente de um tribunal tomado como base para outros posteriores em casos similares, diferente da jurisprudência entendido como conjunto de decisões acerca de um mesmo assunto.

Nesse contexto, o precedente judicial não foi tratado como fonte principal de direito nos sistemas filiados ao *civil law*, do qual faz parte o Brasil, diametralmente oposto ao ocorrido nos sistemas jurídicos filiados ao *common law*, em que foi desenvolvido o princípio do *stare decisis*, onde decisões judiciais anteriores se tornem obrigatórias para as futuras controvérsias similares.

No entanto, os sistemas fundados na doutrina do *stare decisis* só funcionaram a partir dos repertórios de precedentes ingleses e americanos conhecidos por *law reports*, que é um método de consulta rápido, acessível e seguro aos operadores de direito, ou seja, um eficiente processo de compilações de decisões judiciais, que se desenvolveram em três períodos distintos: anuários, repertórios privados e os *law reports*, apesar de não serem os únicos existentes, conforme Souza (2006, p. 103).

Outras questões são relevantes na doutrina do *stare decisis*, segundo Souza (2006, p. 125-142):

1. Delimitar os institutos jurídicos que permeiam o tema: *Ratio decidendi* (proposição que deve ser seguida pelos tribunais, pois é necessária para decisão); *dictum* (proposição de Direito, constante do julgamento do precedente, que, apesar de não ser *ratio decidendi*, tem considerável relação com a matéria do caso julgado e maior poder de persuasão); *obter dictum* (proposição de Direito, constante do julgamento, com relação muito tênue com a matéria do caso e pouco poder de persuasão), ou seja, a primeira seria obrigatória e as duas últimas não.
2. Elegar um método para determinação da proposição obrigatória (*ratio decidendi*);

3. Definir quem decide quais fatos são fundamentais no julgamento, se é o juiz do caso precedente ou do caso posterior, o que leva a considerar a *ratio decidendi* como descritiva, se dá relevo apenas ao *modus* como o juiz precedente chegou a decisão, ou como prescritiva, em que enfatiza a proposição jurídica derivada da precedente vinculando e obrigando o caso posterior;
4. Adotar critério para definir a identidade entre dois fatos, cujo parâmetro e limite deve ser a constatação de que não há razão jurídica para distingui-los;
5. Definir técnicas na aplicação do precedente: *distinguishing* (distinção entre os fatos fundamentais dos casos); alteração das circunstâncias (avalia razões para permanência da norma); doutrina *per incuriam* (se a corte tivesse ciência do precedente ou da lei, teria chegado a uma conclusão diversa no caso); existência de decisões contraditórias de mesma hierarquia; *overruling* ou revogação do precedente; *reversal* ou reforma através de um recurso.

Apesar de o precedente ser encontrado em qualquer sistema jurídico, suas características e seu *status* variam a depender do sistema, os filiados ao *common law* o precedente é regra obrigatória, tratado como elemento essencial, os filiados ao *civil law*, quase sempre apenas se atribui força persuasiva, portanto relegado ao segundo plano.

Nesse contexto, o precedente judicial no Brasil, apesar de não exercer a mesma força que nos países filiados ao *common law*, tem um papel importante no sistema jurídico brasileiro, uma vez que, no Brasil, tem se buscado alcançar a uniformidade das decisões judiciais, bem como concretizar uma razoável duração do processo, e no sistema judiciário brasileiro, encontra-se uma variada tipologia de decisões.

Assim, há o resultado incidente de uniformização de jurisprudência, que vincula internamente órgão do tribunal, previsto no CPC, arts. 476 e 479, cujo intuito é manter uma unidade do Direito para manter a crença na prestação jurisdicional, pois se verificando decisões divergentes no Tribunal sobre uma mesma tese jurídica, submete-se a análise à seção civil, corte especial ou pleno (órgão uniformizador), porém percebe-se que o incidente é resultado de uma decisão colegiada.

Ainda, a declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum*, prevista nos arts. 480 a 484 do CPC, em que o julgamento do recurso ou da ação no órgão fracionado será sobrestado até a decisão da questão constitucional (prejudicial) pelo

pleno ou órgão especial do tribunal por maioria absoluta, *full bench*, na expressão norte-americana, segundo Souza (2006, p. 249).

Entretanto, tem-se acompanhado o desenvolvimento de enunciados do STF, e a PEC 358/05 que estende também ao STJ, que de início eram apenas orientações, e atualmente já se tem alguns vinculantes, em que o conjunto da jurisprudência dominante de um tribunal, organizado por enunciados, numerados sem compromisso com a temática dos assuntos, denomina-se súmula, conforme Rocha (1983, p. 100).

Mas, esse tema não é recente no Brasil, uma vez que a súmula surgiu oficialmente a partir de 01.03.1963, quando ministros do STF reunidos em Comissão de Jurisprudência a publicaram pela primeira vez fundamentando no acúmulo de processos pendentes de julgamento sobre questões idênticas, cuja edição é resultante de um processo específico de elaboração, disposto em regimentos internos dos tribunais que se inicia com a eleição de temas, discussão técnico-jurídica, aprovação e publicação, conforme Souza (1996, p. 142).

Dentre outros fatores, não menos relevantes, que fundamentaram seu surgimento estão a busca pela certeza do Direito, pela previsibilidade, pela concretização do princípio da igualdade, mas de qualquer forma significou um rompimento com a dogmática tradicional de um país filiado ao sistema romano-germânico.

No entanto, a súmula significa algo diverso do precedente obrigatório (*binding precedent*), como ocorre no *stare decisis*, pois a primeira é resultado de um compêndio de uma série de julgados no mesmo sentido, todo seu conteúdo é considerado essencial, seu valor geralmente é apenas persuasivo, vinculam o próprio tribunal, apesar de na prática, sobretudo as súmulas do STF e STJ, serem incontestáveis, e partir sempre de norma legislada, quanto ao *binding precedent* sua força obrigatória é resultado de uma só decisão, trata-se de sentença em um caso concreto e, portanto, possui ao menos uma *ratio decidendi* e *obiter dicta*, e demais questões do fato que devem ser distinguidas, além de possuírem força vinculante geral, conforme Souza (2006, p. 255).

Nesse ambiente, desenvolve-se no Brasil a valorização do precedente judicial, como percebido nos casos de admissibilidade de um recurso ou mesmo de julgamento de seu mérito, a jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do STF

ou do STJ, sumulada ou não, ser fundamento para negar-lhes seguimento ou provê-lo, segundo Souza (2006, p. 259).

Disso se depreende que no ordenamento jurídico brasileiro além de prever a vinculação interna, em que o tribunal se vincula à sua jurisprudência ou súmula, também há vinculação externa indireta, em que os tribunais ficam vinculados também às do STF e STJ.

Assim, em 1990, o art. 38 da Lei 8.038/90 (processos perante STJ e STF) dispôs: O relator, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, decidirá o pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou improcedente ou ainda, que contrariar nas questões predominantes de direito, súmula do respectivo tribunal. Onde se observa que a possibilidade da inadmissibilidade só ocorreria nos Tribunais Superiores, ou seja, nos últimos momentos ou últimas instâncias.

Mais adiante, em 1998, através da Lei n. 9.756, foi alterado o art. 557, *caput* e § 1º-A do CPC, o qual dispõe: O relator negará seguimento ao recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

Nesse artigo, observa-se a ampliação da possibilidade, pois pode ocorrer em qualquer tribunal e não apenas nos superiores, ou seja, antecipa o momento de impedir o recurso em relação ao art. 38 da Lei 8.038/90, bem como acrescenta a discricionariedade do relator em dar provimento ao recurso caso a decisão recorrida esteja manifestamente em confronto com súmula ou jurisprudência dominante dos tribunais superiores.

Mais recentemente, em 2006, a Lei 11.276 acrescentou o § 1º do art. 518 do CPC, o qual dispõe: interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder. O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

Dessa forma, vê-se que o momento do impedimento do recurso está sendo antecipado, o que pode causar mais celeridade, no entanto, por tratar-se ainda de apelação, cujo juízo de admissibilidade é monocrático, uma decisão não colegiada poderá impedir o prosseguimento de um recurso em suposto confronto com súmula dos respectivos tribunais superiores.

Assim, diferentemente do art. 557 do CPC em que a interpretação literal do seu *caput* dispõe sobre a obrigatoriedade do relator negar o seguimento do recurso naquelas condições, bem como no seu § 1º-A, a discricionariedade de o relator dar provimento ao recurso se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula do STF e STJ, a interpretação literal do § 1º do art. 518 do CPC parece dar ao juiz singular de primeira instância liberdade de decisão diferenciada em dois momentos, no primeiro, na construção de sua sentença terá o livre convencimento, podendo decidir conforme súmula (clássica não vinculante) ou não, no entanto, no segundo momento parece não haver tal discricionariedade, pois o citado parágrafo dispôs: o juiz não receberá o recurso (apelação) se sua sentença (livre convicção) estiver em conformidade com a súmula.

Pelo exposto, tanto o art. 557, como o § 1º do art. 518 do CPC parecem ter acrescentado mais um requisito de admissibilidade do recurso: adequação sumular ou jurisprudencial, cujo exame, por se tratar de questão de ordem pública será realizada de ofício pelo relator ou juiz, conforme o caso.

Nesse contexto, vale observar se tal impedimento de prosseguimento do recurso quando antecipa o momento da coisa julgada trazendo celeridade e segurança jurídica, cerceia o direito à ampla defesa.

Assim, necessário se faz a possibilidade da decisão do não recebimento do recurso ser submetida ao controle do colegiado, o que preservaria o objetivo do recurso que é submeter o caso a mais de um juízo, ou ao menos colocá-lo em discussão.

2.2. Teoria Processual da Decisão Jurídica

O termo decisão no pensamento jurídico contemporâneo está muito mais complexo que o entendimento dado em Aristóteles como uma escolha individual dentre alternativas possíveis.

Nos primórdios, a decisão no âmbito do direito processual, desempenhou papel autocrático de ato do criador do direito pelos *interditos romanos*, reforçado pelo iluminismo da Revolução Francesa, e nos séculos XX e XXI se apresenta, para maioria dos juristas, como ato de salvação da lei pelo poder Judiciário, conforme Leal (2002, p. 18).

Essa postura é também fruto do entendimento de processualistas dentre eles os instrumentalistas que vêem o processo como instrumento de uma jurisdição redentora do direito, através de uma relação jurídica hierárquica entre juiz e demais partes, prática incompatível com a idéia do direito democrático.

Nesse âmbito, Chiovenda (1998, p. 65) considera que o escopo do processo não seria a defesa de direitos subjetivos, mas fazer atuar a lei, segundo entendimento do juiz, cuja incumbência é afirmar com quem está a razão.

Desse postulado do processo como instrumento da jurisdição e relação jurídica entre as partes, emerge uma confusão conceitual entre processo, jurisdição e ação, em face ainda se basear na prescritividade da tradição e autoridade, e não em bases teóricas na razão discursiva, adequada ao atual contexto democrático de direito.

Dessa forma, à decisão ainda se associam três conceitos: poder, tradição e autoridade, eixo ideológico da judicância, que perpassou por todo seu ciclo histórico e somente na modernidade se tornou passível de críticas.

Na atualidade, *decisum* significa genericamente o ato de examinar e aplicar o direito, conseqüência histórica do direito romano arcaico em que a *cognitio* era estritamente pública, onde seria possível julgar (sentenciar) e depois decidir (executar), uma vez que a decisão não descendia da *jurisdictio* desenvolvida por um juiz singular e privado, construída por um procedimento cerimonioso para o pretor não intervir na vida privada, ficando tal incumbência ao árbitro, enquanto que o *decisum* era ato de *imperium* do pretor, incumbido de expedir ordem pública e executar, conforme Leal (2002, p. 25).

Portanto, surge a necessidade de contextualizar o conceito de decisão no direito processual atual, constitucionalmente positivado com base em elementos jurídicos do Estado democrático de direito.

Dessa forma, a faticidade-validade que marcou a modernidade deve ser analisada por uma razão que possibilite decidir em sociedades complexas, o que se

torna difícil se realizada com base na instrumentalidade, uma vez que nesta se coloca a jurisdição compulsoriamente decisória no lugar do processo provimental, com objetivo de desafogar o Judiciário, no entanto, perpetuar a autocracia, segundo Leal (2002, p. 32).

Assim, conclui Leal (2002, p. 35) pela necessidade de se transmitir a democracia pela teoria do processo constituinte e do devido processo constitucionalizado como espaço institucional argumentativo de testabilidade procedimental infinita e comprobatória da validade dos conteúdos da legalidade vigentes.

Entretanto, a maioria dos constitucionalistas defende a idéia de uma teoria da decisão pela discricionariedade concretizadora do juiz, nessa linha estão Canotilho, Larenz, English, Göldner, Muller, Ipsen e Castanheira Nevez, conforme Leal (2002, p. 36).

Dessa forma, a decisão como ato de criação, exercício ou aplicação do direito, assumiu, historicamente, referenciais teóricos que transitaram pela sociedade em toda sua diversidade em função de sua evolução no tempo, em que se verifica os conteúdos de justificação decisória como termômetro do grau de dominação sistêmica pelo qual decididores teriam sobre os portadores de problemas a resolver.

Nesse contexto, surgiu a dogmática da proibição do *non liquet*, ou seja, a atividade jurisdicional é obrigada a preencher lacunas porventura existentes, sem atuação da vontade popular de legislar sobre os respectivos temas envolvidos, excluindo a possibilidade de uma fiscalidade processual sobre os critérios de legislar, evitando ou suprindo lacunas, em cumprimento ao preceito democrático constitucional que no direito se revela em um campo da existência posta pela lei processualmente produzida, impedindo haver realidade jurídica insuscetível de constante testificação processual, conforme Leal (2002, p. 38-39).

Assim, quando a interpretação é fruto de uma personalidade falta juízo lógico-jurídico para solucionar antinomias, recorrendo-se a um princípio impreciso de supremacia de justiça, ou seja, preenchimento de lacunas, espaço político da liberdade processual criativa do direito, é desconsiderar a democracia e adotar o decisionismo autocrático.

No entanto, desde Roma, e antes do direito romano, concretiza-se o *corpus j uris civilis*⁷, j a se formava juristas (aristocracia intelectual), que em nome do príncipe criavam leis, e assim como na atualidade, são guardi es do Estado, direito e sociedade por uma jurisprudência e não jurisdic ncia.

Dessa forma, o direito organizado, sistematizado surgiu com os romanos, que, a partir da experiência cotidiana extraíam regras jurídicas, sistematizando-as e aplicando-as a casos superiores.

Ainda, o conceito de método adotado pelos juristas até a pós-modernidade não o concebem como teoria falível para testificar outras teorias, segundo Popper (1999, p. 61), mas como algo eficiente e não provisório, atividade racional em encontro com verdades de uma lógica das coisas e dos sistemas idealizados para realiza o do justo, conforme Leal (2002, p. 58-59), e, dessa forma, baseiam-se pela essência de um método não polemizado, rumos jurisprudenciais predominantes pela autoridade jurisdicional das decisões concertadas ou das súmulas vinculantes ou não.

Nesse contexto, as decisões silogísticas orientadoras da proibi o do *non liquet* nas ordens jurídicas modernas são combina es artificiosas do método exegetico dos franceses⁸, pandectista dos alem es⁹, e analítico dos ingleses dos séculos XVIII e XIX, os quais implantaram uma dogmática de hermenêutica em que a decisão dos juízes do *common law* dos ingleses poderia, baseada no princípio da compulsoriedade decisória necessária à unidade dos sistemas jurídicos, solucionar conflitos por valores jurisprudenciais paralelos ao mundo rígido das leis, segundo Leal (2002, p. 61).

No âmbito dos métodos infalíveis surgiu a confusão entre ciência do direito e direito positivo, como se direito tivesse sua própria ciência e tivesse por objeto ele mesmo o direito.

Entretanto, a preocupa o atual no direito não   colocá-lo a serviço do homem, mas confirmar se o direito vigente encontra legitimidade na base produtiva e fiscalizatória das normas que o compõem, através da estrutura do procedimento

⁷ Editado por Dionisio Godofredo no século XVI d.C. como compila o sistemática e harm nica do direito romano, antes promovida no século VI d.C. pelo imperador Justiniano de Constantinopla, constituída dos livros do Codex, *Digesto* (Pandectas), *Institutas* e *Novellae*.

⁸ Idolatria às leis.

⁹ Culto ao *corpus iuris*.

instaurado em instância das garantias processuais de ampla defesa, contraditório e isonomia.

Assim, considerando a teoria constitucional adotada no Brasil a partir de 1988, o momento decisório não é mais a oportunidade de o juiz fazer justiça, mas é um instante de uma decisão a ser construída como resultado vinculado à estrutura procedimental regida pelo processo constitucionalizado, conforme Leal (2002, p. 69).

Tal perspectiva é do direito democrático, em que o processo não seria mero instrumento da jurisdição ou relação jurídica entre partes e juiz, pois o Estado não seria mais portador de um poder mítico conferido por um povo, que no papel julgador (Estado-Juiz) promova paz social pela solução de conflitos.

Desse modo, no plano da decidibilidade democrática, o preenchimento de lacunas não pode ser realizado pelos princípios da subjetividade do decisor: transcendência, boa-fé, bons costumes, conveniência, equidade, bom-senso, convertendo a ciência do direito em decisão personalista de um juiz.

Dessa forma, três aspectos, não menosprezando sua importância, trouxeram grande prejuízo à ciência do direito que permanecem na atualidade: primeiro, a concepção iluminista-realista da interpretação do direito, uma vez que confunde ciências jurídicas com ciências humanas afins, o que torna lento o processo de dissociação; segundo, a redução da ciência do direito a dimensões ônticas e prontas do fato, valor e norma; terceiro, os romanos ao denominarem Jurisprudência¹⁰ a ciência jurídica apenas a conceberam como prudência jurídica (dependente do bom senso e aptidão pretoriana) de conduzir decisões a serviço de preservação da austera *pax romana*¹¹, conforme Leal (2002, p. 71).

Assim, percebe-se que a construção da ciência do direito é fornecedora de uma especial lógica jurídica que se divide em deôntica¹², moral (alética¹³, epistêmica¹⁴ e ôntica¹⁵), distinta da apofântica¹⁶, criando uma lógica dialética

¹⁰ Ciência do justo e do injusto.

¹¹ A *Pax Romana*, expressão latina para "a paz romana", é o longo período de relativa paz, gerada pelas armas e pelo autoritarismo, experimentado pelo Império Romano. Foi um dos pilares da civilização romana e da sua difusão e implantação no mundo antigo, responsável pela ordem, tranquilidade, cumprimento da lei e, acima de tudo, da obediência e culto ao imperador. Possuía um sentido de segurança, ordem e progresso para todos os povos dominados por Roma. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Pax_Romana>. Acesso em: 15 jul. 2007.

¹² Dever-ser

¹³ do grego *aleteia* = verdade, ligado ao modo de como algo poder ser verdadeiro ou falso.

¹⁴ Estrutura cognitiva, conhecimento.

¹⁵ Segundo o filósofo alemão Heidegger que pela proposta de distinguir duas palavras: ôntico e ontológico, facilita a compreensão do que vem a ser ôntico. Ôntico diz respeito aos entes em sua existência própria;

condutora da persuasiva que abriria a lógica decisional, bem como outra utopia seria a juscibernética que através de um banco de dados sistematizado pela informática jurídica, forneceria ao julgador, em linguagem binária, uma razão jurisprudencial, acelerando o processo decisório judicial através da construção pretoriana uniformizada e armazenada num computador.

Desse modo, utilizando tais ferramentas, dentre as quais a jurisprudência, exclui-se uma jurisdição através das garantias do devido processo constitucional procedimentalizado, muito criticada pela judicatura, com alegação de que traz morosidade ao Judiciário.

Outro aspecto é a noção de um direito essencialista que conjuga norma e poder normativo, em que a coleta da essência normativa cabe ao juiz, o que estimulou o aparecimento e dicotomias e divisões genéricas: subjetivo, objetivo; público, privado; material, formal; individual, coletivo, difuso; homogêneo, heterogêneo; sem espaço para uma condição discursivo-democrática pelo devido processo, a base da produção e fiscalização normativa.

Esse essencialismo gerou uma teoria substancialista desenvolvida *interna corporis* desde Aristóteles e se ampliou posteriormente em Perelman, Kriete e Alexy, cuja idéia central são critérios de julgar pelo politicamente ou filosoficamente justo como missão de legisladores e juizes capazes de captar a essência da justiça, relevando o fato de que em direito processual não pode valer essa regra de justiça lockeana (equidade) tratando iguais igualmente e desiguais desigualmente, pois o processo na teoria do direito democrático é o ponto discursivo da igualdade dos diferentes, em que se estabelece os critérios de formação da vontade, tais como: isonomia, contraditório, ampla defesa, e, ato contínuo promove o exercício da vontade para deliberação sobre as diversas situações jurídicas, criadas também discursivamente através do devido processo legislativo, conforme Leal (2002, p. 75).

Entretanto, há uma busca inalcançável da teoria substancialista através da teoria da justiça, em que o juiz é um descobridor da melhor decisão por metodologias complexas, jogos de linguagem neutralizadas de sentimentos ou ideologia, dos quais fazem parte: Dworkin, Larenz, Rawls, Alexy, Günther e outros.

ontológico diz respeito aos entes tomados como objetos de conhecimento. Disponível em: <http://br.geocities.com/mcrost02/convite_a_filosofia_30.htm> Acesso em: 10 jul. 2007.

¹⁶ Lógica das situações irreais.

Outra teoria adotada com certo grau de equívoco no direito processual é a legitimação pelo procedimento de Luhmann que sobrepõe às normas, como garantidoras de expectativas, uma equidade e uma justiça advindas de mecanismos sociais como sistema que pode ser frustrado pelo mundo circundante, indivíduo concreto, em que nessa tensão sistema – indivíduo, revelar-se-ia o direito como uma das estruturas sociais garantidoras de expectativas, porém procedimento e processo se confundem nessa teoria.

No entanto, um aspecto importante a ser explorado para o estudo da legitimidade é o poder de decisão desconhecido para o destinatário que não tem alternativa de escolher qual o poder legítimo nem conhece sua origem, em face de uma legitimidade de poder baseada apenas na autoridade desde os romanos, que representava a força da tradição dos princípios.

Dessa forma, a luta histórica contra o poder de um Estado mítico, o binômio da legitimação e da legitimidade, em que a dominação se legitima ora pelo carisma do líder, ora pela tradição da autoridade, ora pela legalidade que se auto intitula racional, são apenas meios de sublimação de poder, e atualmente, ao se deslocar a questão da legitimidade para a norma jurídica processualmente legislada, propõe-se um legalismo contra um normativismo pressuposto que pudesse validar o poder não criado pelo legislador e exercido discricionariamente pelo juiz, conforme Leal (2002, p 90-91).

Assim, o juiz, com base numa justiça instrumental, entende o processo ou o procedimento como meio de realização do direito, que no paradigma do direito democrático, deve concretizar: economia, celeridade e garantia, promovendo justiça rápida e a pacificação dos conflitos na sociedade.

Portanto, deve-se observar a relevância de se institucionalizar o proceder jurídico para normação das situações jurídicas, ou seja, para produzir, aplicar ou extinguir normas e o direito positivado conforme citado proceder.

Nesse contexto, surge uma questão, a lei escrita em si não tem valor, só terá na medida em que o intérprete a estimar, o que parece levar a um paradoxo: se a lei for lacunosa a decisão será pela sabedoria do julgador; se a lei for completa a decisão será pela escolha entre as alternativas interpretativas do decididor, ou seja, em ambos os casos, é o único juiz de si mesmo, conforme Leal (2002, p. 98)

Desse modo, propõe-se que a decisão no direito democrático seja processualmente provimental e construída através da legalidade procedimental aberta a todos os indivíduos e se legitima pelos fundamentos teórico-jurídicos do discurso democrático nela contidos, ou seja, um devido processo legal, como co-extensão procedimental do devido processo constitucional, estabelecendo o espaço discursivo legitimador da decisão a ser preparada por todos os integrantes de sua estrutura procedimental.

Dessa forma, parece existir uma colisão na modernidade do pensamento jurídico entre teoria e ideologia, em que se começa a questionar a certeza de uma razão instrumental como referente infalível de soluções verdadeiras em todos os campos do saber, ou seja, não haveria mais possibilidade de preenchimento de lacunas por convicções tiradas de um ideal não processualizante, testificável por todos participantes procedimentais por um direito de ação incondicionado constitucionalmente garantido, conforme Leal (2002, p. 117-118).

No entanto, conforme Feyerabend (1977, p. 11), os fatos se prendem a ideologias mais antigas, e um conflito entre fatos e teorias pode ser evidência de progresso.

Assim, somente se fala em dogmática se excluindo valores morais ou programáticos não expressos em lei, quando se admite inegabilidades de uma jurisprudência decisória uniformizada, que decide ideologia cultural da razão prática, mas não é capaz de reduzir os conflitos na comunidade jurídica no enfoque da processualidade.

Dessa forma, a legitimidade da decisão apenas ocorreria em fundamentos procedimentais processualizados porque processo como direito de primeira geração é direito fundamental de eficiência autodeterminativa da comunidade jurídica que se fiscaliza, se cria e recria pelos processos discursivos da isonomia, ampla defesa e contraditório.

Desse modo, sendo o Estado condição jurídico-espacial da Jurisdição, e não do processo, regente de ambos, no Estado democrático de direito, a jurisdição só pode atuar a serviço do discurso teórico-processual da procedimentalidade, segundo Leal (2002, p. 125).

Nesse contexto é que se concebe uma legitimidade da decisão de forma equivocada, não decorrente do devido processo, pois se compreende efetividade do

processo como bem de consumo a ser oferecido uma prestação jurisdicional baseada em valores colhidos fora do processo, em que o processo é mero instrumento de uma jurisdição judicial portadora e garantista de um sentimento de Constituição e justiça.

Portanto, para os instrumentalistas a legitimidade ocorre com aceitação geral do poder da decisão pela população, mascarando o processo e transferindo a fundamentação da legitimidade que ocorreria em todo seu iter, para o final do processo que o destinatário passivamente, ao final do processo, aceitasse a decisão, pois se não se insurgisse contra a decisão, esta seria democraticamente justa e legítima.

Entretanto, percebe-se a insatisfação dos destinatários da decisão, pelo acúmulo do Judiciário, uma vez que para o cidadão parte da relação processual não cabe outra alternativa exceto recorrer, fato que vem sendo discutido, como um dos maiores causadores da morosidade para a conclusão do processo.

Desse modo, atualmente a maioria das reformas processual estão sendo fundamentadas na celeridade processual, diminuindo o número de recursos para assegurar a irreversibilidade dos julgados.

Assim, a decisão pode ser discutida em várias vertentes de ato de mando: solução no sentido de fazer solver litígios, assumindo um conceito de ato de vontade interdital; solução da *quaestio* que colocou em debate juridicamente testificada por via procedimental com base no devido processo constitucional, ato estratégico que pode ou não dispensar a procedimentação; ato resolutivo provimental derivado de uma estrutura procedimental procesualizada como espaço jurídico-discursivo, conforme Leal (2002, p. 141).

Nesse contexto, a desmitificação do Judiciário no Estado democrático de direito não se faz apenas pela melhoria do nível técnico dos juízes, mas por sua inclusão como instância pública ao espaço jurídico-processual de comprometimento institucional com o direito democrático, cuja validade da construção da jurisprudência é a teoria discursiva.

Assim, o Estado democrático na concepção pós-moderna deve ser compreendido como espaço judicamente institucionalizado a uma constante aprendizagem processual de exercício testificador, em que os destinatários da normatividade legislada legitimam a validade e a eficácia do ordenamento jurídico

pela via procedimental do devido processo legal irrestrito, ou seja, acessível a todos com base na soberania popular, que Leal (2002, p. 145) denomina de plebiscitarização da fiscalidade jurídica.

No entanto, decidir, no direito democrático, encontra limites legalmente autorizados, autos do procedimento, que expressam os limites formais do campo provisional, probatório, preparador da sentença, uma vez que nenhum aspecto argumentativo do decidir pode valer sem ser testificado pelo contraditório.

Nesse contexto, necessário regatar o conceito de cidadania para que, no direito democrático, seja conteúdo de processualização ensejadora de legitimidade decisória, em que haja o nivelamento de todos de uma comunidade jurídica para que individual ou coletivamente instaure procedimentos processualizados à correição.

Assim, através dos princípios da isonomia, ampla defesa, contraditório, o processo propicia um espaço jurídico-discursivo de auto inclusão do legitimado na comunidade jurídica.

Dessa forma, deve-se entender que cidadania é um deliberado vínculo jurídico-político-constitucional que qualifica o indivíduo como condutor de decisões, capaz de criar e recriar o ordenamento jurídico da sociedade política a que se filiou, cujo exercício se legitima pelo devido processo constitucional.

Desse modo, em face da necessária participação do cidadão no processo decisório, mas, ao mesmo tempo, da necessidade de a prestação jurisdicional ser célere para ser efetiva, levando em consideração cada caso concreto, pode-se aceitar a formação de um repertório jurisprudencial, no Estado democrático de direito, que só se legitima constitucionalmente através de provimentos construídos no devido processo legal, portanto pode-se privilegiar a celeridade, no entanto de forma argumentada.

Assim, no discurso da decidibilidade democrática em face da previsibilidade da razão iluminista, o princípio da obediência do destinatário seria substituído pelo princípio da isocrítica¹⁷: supõe-se que cada um seja dotado de uma faculdade de julgar o verdadeiro e o falso.

¹⁷ O espaço político de criação do direito só poderia ser democrático se assegurados os conteúdos processuais dialógicos da isonomia, isegoria e isocrítica, em que haja em sua base decisória, igualdade de todos perante a lei (isonomia), de interpretar a lei (isegoria), de fazer alterar ou substituir a lei (isocrítica), segundo Wolff (1996, p. 73-81)

Ainda ocorrem distorções em face da existência de várias teorias do processo que dificultam uma visão neoinstitucionalista de decidibilidade adequada ao Estado democrático de direito, conforme descreve Leal (2002, p. 168):

Torna-se óbvio que, nesse horizonte de cogitações, as teorias do processo como contrato (Pothier) e quase-contrato (Savigny), como relação jurídica (Bülow, 1868), como situação jurídica (Godschmidt, 1910), como instituição de cunho histórico-sociológico (Guasp, 1950), como procedimento em contraditório não democraticamente constitucionalizado (Fazzalari, 1975), como modelo constitucional posto e garantido por uma Assembléia de Especialistas em Parlamentos ou Tribunais (Andolina, 1980), e outras teorias similares não atendem a implementação da teoria habermaseana do discurso democrático que visaria institucionalizar o princípio do discurso para sua estabilização em princípio jurídico da democracia que, a seu turno, iria garantir a revisibilidade processual incessante do direito do Estado democrático constitucionalmente criado.

Pelo exposto, não é suficiente a positivação de um modelo de processo assegurado constitucionalmente por uma jurisdição exercida por juízes, pois o que caracteriza o *status* de democrático do direito é o acesso irrestrito ao ordenamento jurídico no exercício da discursividade crítica à fiscalização contínua.

Desse modo, os princípios institutivos do processo (contraditório, ampla defesa, isonomia) na teoria neo-institucionalista do processo, direito processualmente garantido irrestrito e isonômico na preparação das decisões, tem legitimação, nas democracias, no poder emanado do povo garantido pelo devido processo constitucional que institui o processo através de princípios de autogarantia popular, ou seja, supõem autoconstrutividade no espaço discursivo-procedimental da soberania popular.

Tais princípios servem como critérios problematizantes da aceitação ou rejeição de pretensões de validade decisória, e, portanto, não seria qualquer procedimentalidade que conferiria testabilidade contínua da ordem jurídica positivada ou ainda a se positivar, mas a teoria jurídica do processo como *medium* lingüístico demarcador da institucionalização da vontade, procedimentos como estruturas técnicas de argumentos jurídicos assegurados, numa progressiva relação espaço-temporal de criação, recriação, extinção, fiscalização, aplicação e realização de direitos, conforme Leal (2002, p. 175).

Assim, com apoio em Habermas, a legitimação da pretensão de validade normativa da legalidade democrática está na incessante e irrestrita correção procedimental unificadora dos âmbitos de produção e aplicação do direito nas democracias, entretanto o referido jurista concebe igualdade na democracia pela racionalidade final e reconhecadora do judiciário.

2.3. O Ato de Interpretar

O ato de interpretar durante muito tempo era considerado como atividade mediante a qual eram eliminadas as obscuridades da lei, no entanto, levando em consideração que as normas são juízos, entidades que só têm existência no interior das mentes, e que nas leis não estão as normas, mas palavras que formam as proposições mediante as quais as normas são expressas, interpretar seria captar normas a partir desses símbolos (textos de lei), em que a clareza consistiria na facilidade de interpretação, conforme Cavalcanti (2003, p. 71).

Entretanto, algumas atividades são tratadas como integrantes da interpretação, porém com ela não se confunde, tais como: crítica, integração das lacunas da lei, eliminação de contradições, que se existirem ocorrem no momento posterior à interpretação, assim também a aplicação da lei, que nada mais é que a determinação de que os fatos analisados se subsumem nos conceitos revelados pela interpretação.

Ademais, como eleger o sentido das palavras do texto legal adequado ou possível, ou ainda único, e segundo Kohler *apud* Cavalcanti (2003, p. 75), dentre vários possíveis pensamentos da lei há de preferir-se aquele mediante o qual a lei exteriorize o sentido mais razoável, mais salutar e produza efeito mais benéfico.

Nesse contexto, deve-se verificar a possibilidade do intérprete considerar os trabalhos preparatórios da lei, é a diferença entre os adeptos a *mens legis* (interpretação a partir da lei) e os da *mens legislatoris* (interpretar a partir dos trabalhos preparatórios das leis), pois o ato de interpretar como atitude intelectual para ser mais ampla, deve-se valer da maior quantidade de informação possível sobre a questão.

Assim, Savigny *apud* Cavalcanti (2003, p. 82-84) ressaltou quatro elementos distintivos na atividade interpretativa: o elemento gramatical que visaria determinar o sentido da lei em função do sentido literal das palavras nela dispostas; o elemento histórico consistente no tratamento jurídico dado ao assunto referido pela lei, considerando que esta visava alterar algum modo antes existente; o elemento sistemático visa determinar o sentido da lei em função do nexos que se pressupõe existir dentre a diversidade do ordenamento; o elemento lógico não foi muito esclarecido, seria uma busca do sentido em função da *ratio legis*.

No entanto, parece haver uma contradição em relação ao elemento lógico, pois em outra passagem ele afirma ser a *ratio legis* algo externo ao conteúdo da lei e, por esse motivo, estranha ao objetivo da interpretação.

Ademais, a distinção entre regras e princípios é de extrema importância para existência da teoria adequada dos limites, teoria satisfatória da colisão e a teoria suficiente sobre o papel que jogam os direitos fundamentais, expressos em princípios no sistema jurídico, e que devem ser interpretados, Alexy *apud* Santos (2004, p. 13).

Sobre o assunto a doutrina se divide, podendo as correntes ser condensadas em três: a distinção seria inútil, em face da pluralidade de critérios; o uso do critério do grau para operar a distinção; e a distinção qualitativa. É essa terceira corrente a que se alia Alexy.

Em relação às regras, onde se considera a validade e, portanto, devem ser observadas estritamente, afastando a validade das que não são compatíveis, a solução para possíveis antinomias pode estar nos critérios: cronológico, hierárquico e da especialidade, contudo tais critérios não podem ser utilizados para solucionar antinomias referentes aos princípios, onde se destaca a dimensão do peso, pois os princípios podem se compor e incidir no mesmo fato, ocasião em que se procede a ponderação de bens, atuando os dois princípios no caso concreto, com pesos distintos.

Desse modo, a colisão de princípios pode ter alternativas pelo princípio da proporcionalidade, que ele chama de máxima, por rigor técnico, assim tal máxima se subdividiria parcialmente em: máxima da adequação, máxima da necessidade e máxima da proporcionalidade em sentido estrito, Alexy *apud* Santos (2004, p. 17).

Porém, diferentemente dos princípios de interpretação, que desempenham função argumentativa, os princípios jurídicos são normas diretamente vinculantes de indivíduos e entidades, públicas ou privadas, onde é incontestável a força normativa dos princípios constitucionais, sua capacidade de vincular o intérprete/aplicador, além de compor lacunas na integração, pode ser a justificativa para o reconhecimento de uma inconstitucionalidade, Santos (2004, p. 20).

Ainda esclarecendo sobre como interpretar as normas constitucionais em caso de conflito, Santos (2006, p. 31), ensina que pelo princípio da máxima efetividade, intérprete/aplicador tem o dever de, dentre os diversos possíveis

sentidos da norma a ser interpretada, optar pelo sentido que lhe empreste maior eficácia ou efetividade.

Apesar de todo esse sistema colocado à disposição do intérprete/aplicador da norma, havia um costume em interpretar o ramo de direito de acordo apenas com a lei ordinária que o regulamentava. Isso se deve, segundo Nery Júnior (2004, p. 25), em face do fenômeno cultural e político que passou o Brasil, pois este não tinha, até pouco tempo atrás, muito contato com o Estado de Direito e democracia.

Dessa forma, atualmente o intérprete deve buscar a aplicação do direito ao caso concreto baseado na Constituição Federal, portanto os princípios que regem o processo civil devem se adequar aos princípios constitucionais, uma vez que aquela é hoje a base fundamental para o direito no Brasil.

Assim, existem os princípios constitucionais na forma de direitos fundamentais que regem as demais normas jurídicas, e outros princípios que são informativos, muitas vezes implícitos, por serem destinados a regular um subconjunto de regras jurídicas.

Portanto, é de extrema importância para compreensão do sistema e do sentido particular de cada norma, os princípios informativos específicos, devendo ser observados os valores maiores da Constituição.

Poder-se-ia citar dentre outros valores gerais maiores da Constituição, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, a vida, a igualdade, e como valores maiores específicos para o processo a legalidade, o devido processo legal, contraditório, ampla defesa, coisa julgada, a duração razoável do processo e a efetiva prestação jurisdicional. Além desses, existem outros implícitos ou subprincípios daqueles como o duplo grau de jurisdição, a economicidade, celeridade processual, segurança jurídica, etc.

Nesse contexto, os princípios que regem a normas específicas do Código de Processo Civil devem observar os valores maiores ditados pela Constituição, sob pena de ser considerada inconstitucional ou ter sua interpretação e aplicação restringida.

Assim, possivelmente, a partir de uma interpretação principiológica, mais abstrata, os princípios fundamentais poderiam funcionar como elemento de elo entre a realidade social e a CF, possibilitando preenchimento de possíveis lacunas ou

antinomias, aumentando o nível de eficácia das normas, uma vez que poderia melhor adequar o caso concreto com a realidade jurídica.

Então, seguindo esse mesmo entendimento, poder-se-ia dizer que um instituto utilizado como instrumento para realização de determinado direito, poderia, com base na interpretação principiológica e teleológica, servir como meio a consecução de outros direitos, vez que estes não podem se tornar inacessíveis em razão de mecanismos inadequados ou inexistentes.

Desse modo, o particular deve ter a sua disposição, para usar contra outro particular, procedimentos que são autorizados somente em face do poder público, como, por exemplo, da espécie daquele desenhado na lei de mandado de segurança, sob pena de se concluir que o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva somente incide em relação ao Estado, e não diante de particulares, Marinoni (2004, p. 87).

Dessa forma, o Juiz deve olhar para as necessidades do caso concreto, interpretando-as, assim como a técnica processual, sempre em conformidade com o direito material e os valores constitucionais, especialmente com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, Marinoni (2004, p. 93).

Ademais, a alteração trazida pelo § 1º do art. 518 do Código de Processo Civil poderá trazer mais celeridade e economicidade aos julgados, uma vez que questões já pacificadas perante os tribunais não mais serão objeto de recurso, porém esse instituto deve ser analisado com cautela, em face do princípio do acesso ao Judiciário, do contraditório, do duplo grau de jurisdição e do livre convencimento do Juiz.

Então, poder-se-ia entender que se pretende um acesso à justiça irrestrito, mas conforme diz Liebman *apud* Puoli (2002, p. 185) a habilidade e a perspicácia devem ter um freio, não podendo ultrapassar certos limites que o costume e a moral social impõem, acrescentando que o comportamento das partes deve ser norteado pela boa-fé.

Portanto, o acesso à Justiça não pode ser absoluto, assim como os demais princípios, pois conforme as palavras de Lopes *apud* Puoli (2002, p. 182) o acesso a Justiça deve ser garantido com responsabilidade, para que não haja um abuso do direito de demandar.

Quanto ao princípio do contraditório, diz Theodoro Júnior (2001, p. 24) que devido processo legal, síntese geral da principiologia da tutela jurisdicional, exige, às vezes, a mitigação do princípio, em face de medidas indispensáveis à eficácia e efetividade da garantia de acesso ao processo, como no caso de medidas liminares, para que haja a garantia máxima de acesso à tutela da justiça.

Desse modo, quanto ao princípio do livre convencimento do Juiz, os autores se dividem, uns acham que a súmula impeditiva de recurso dá mais poder ao Juiz de primeiro grau, pois realiza definitividade nas suas decisões, enquanto outros acreditam que retira o poder do Juiz que pela prática se restringirá progressivamente aos enunciados sumulados.

2.3.1. Razoabilidade como Dogmática e Proporcionalidade como Controle Argumentativo a Partir da Diferenciação de Princípios e Regras

Adotar-se-á norma como sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos, em que os dispositivos são o objeto de interpretação e as normas seu resultado, não havendo dependência de existência entre ambos.

Nesse contexto há uma indiscriminada utilização de termos (regras, princípios, valores, máximas), em face da ausência de elementos que proporcionem seu correto entendimento e aplicação.

Assim, a exata conceituação de cada espécie é apenas um meio para se atingir o objetivo de optar pela mais indicada a garantir sua aplicação e sua efetividade.

Ademais, a transformação dos textos normativos em normas jurídicas depende da construção de conteúdos de sentido pelo próprio intérprete, e desse modo, o texto normativo ou dispositivo constitui uma mera possibilidade do Direito, conforme Ávila (2005, p. 16).

Dessa forma, a distinção doutrinária majoritária se faz a partir dos seguintes critérios: regras não podem ser ponderadas; instituem deveres definitivos, independentes das possibilidades fáticas e normativas; quando colidem uma se torna inválida ou há exceção para uma superar o conflito; e princípios devem ser

ponderados; instituem deveres preliminares, dependentes de possibilidades fáticas e normativas; quando colidem ultrapassam o conflito mantendo sua validade, prevalecendo o peso deferido pelo intérprete.

No entanto, alguns questionamentos são levantados quanto ao limiar de tal distinção: todas as espécies normativas se comportariam como princípios ou como regras? As regras não podem ser objeto de ponderação? As regras sempre instituem obrigações peremptórias? A colisão de regras apenas se resolve com a invalidade ou abertura de exceção de uma delas? Ávila (2005, p. 18).

De outra forma, defende-se que um mesmo dispositivo possa funcionar como regra e como princípio, e tal tratamento se estenderia à razoabilidade que passaria de simples *topos* alçando dignidade dogmática, bem como à proporcionalidade que dissociada da proibição do excesso começa a ser entendida como uma espécie diferenciada de controle de argumentação.

E mais, é utilizada como preparação de condições para aplicação de princípios ou regras, denominados postulados normativos aplicativos, ou seja, normas estruturantes de aplicação dos princípios e regras, inserindo a justiça no debate jurídico, sem causar prejuízo à racionalidade argumentativa.

A partir desse entendimento tem-se o seguinte panorama: qualificar por princípios ou regras determinadas espécies normativas depende de conexões axiológicas que não estão prontas antes de seu processo de interpretação, bem como de compreender quais características lhe são próprias em relação a outras normas (Ávila, 2005, p. 19).

Entretanto, o intérprete não atribui o significado correto aos termos legais, mas constrói exemplos do uso da linguagem ou versões de significado, sentidos, uma vez que a linguagem não é algo pré-dado, apenas concretizado como uso, e nesse sentido, interpretar também significa reconstruir, tendo em vista que utiliza como ponto de partida os textos normativos, limites à construção de sentidos, bem como manipula a linguagem, à qual são incorporados núcleos de sentidos que são construídos pelo uso e preexistem à interpretação individual (Ávila, 2005, p. 24-25).

Assim, tanto os princípios como as regras podem ser ponderados, uma vez que as normas possuem caráter provisório que pode ser superado por motivos mais relevantes a depender do intérprete no caso concreto, entretanto o tipo de ponderação será diferente.

Nesse sentido, o Poder Judiciário pode desprezar limites textuais ou restringir o sentido usual de um dispositivo, pode fazer dissociações de significados até então desconhecidas, ou seja, a dimensão de peso não é relativo à norma, mas ao aplicador, em que tanto as regras quanto os princípios possuem o mesmo conteúdo de dever-ser, no entanto podem ser diferenciados pelos seguintes aspectos (Ávila, 2005, pp. 53,70):

- o Princípios: dever imediato de promoção de um estado ideal de coisas; dever mediato de adoção de conduta necessária; justificação na correlação entre efeitos da conduta e o estado ideal de coisas; a pretensão de decidibilidade é a concorrência e a parcialidade;
- o Regras: dever imediato a adoção da conduta descrita; dever mediato à manutenção de fidelidade, à finalidade subjacente e aos princípios superiores; justificação na correspondência entre o conceito da norma e o conceito do fato; pretensão de decidibilidade é a exclusividade e abarcância.

Dos quais se tem a seguinte conceituação:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Nesse contexto, observa-se que os princípios são normas imediatamente finalísticas, o objeto do fim são conteúdos desejados, realização de uma situação ou estado, garantir a previsibilidade, a persecução de uma continuidade, preservar o bem-estar das pessoas.

Portanto, necessária a utilização da razoabilidade na escolha das regras a serem aplicadas e da proporcionalidade como controle argumentativo na ponderação de princípios, em que a previsibilidade se torna o fim almejado na construção e reconstrução das normas, e a segurança jurídica, o conhecimento prévio dos procedimentos adotados e do grau de possibilidades do cidadão na busca de uma prestação jurisdicional, torna o sistema mais célere, mas ético, e traz

para o senso comum a credibilidade de que o processo concluiu o *iter* esperado, mesmo que o resultado não seja o desejado, mas poderia ser esperado.

2.4. O Poder dos Juizes

Os Estados contemporâneos são aparados por Poderes concebidos no século dezoito, realidade social e política bem mais simples que as da atualidade, pois poucos tinham a garantia de seus direitos, e assim, para se adequar a democracia necessitam passar por reformas acompanhando o dinamismo social e forneçam serviços eficientes.

Ressalte-se que parte dessa deficiência não advém apenas da estrutura, mas também do comportamento dos operadores do direito, que num paradoxo inexplicável ou desconsidera as leis, sob o argumento de que não precisam ser obedecidas sempre, ou se apegam a um legalismo exacerbado, e geralmente tem por conseqüência condescendência com inconstitucionalidades e ilegalidades praticadas pelo Poder Executivo, conforme Dallari (2007, p. 3), que, estatisticamente, é um dos maiores descumpridores dos mandamentos legais e jurisdicionais.

No entanto, o aperfeiçoamento da proteção judicial dos direitos não passa apenas pela eficiência, pois para tal intento o sistema judiciário precisa de juizes independentes, o que, no Brasil parece ser desconsiderado pelo entendimento de que já está garantida tal independência, bem como sob o argumento de que independência demais afetaria a divisão de poderes com decisões políticas ou criação de leis pelo judiciário.

Assim, as reformas que vem sendo operadas desde 1995 no Poder Judiciário, tem como justificativas do Ministério da Justiça: necessidade de fortalecer o Supremo Tribunal Federal e de reduzir seu volume de trabalho, bem como evitar divergência jurisprudencial geradora de insegurança jurídica, e dessa forma se faria necessário dotar o STF de decisão que vinculasse os demais órgãos do judiciário e do Executivo.

Entretanto, o argumento da necessidade de reduzir o volume de trabalho do STF, como justificativa para impedir a multiplicidade de ações e a jurisprudência divergente, parte da idéia inaceitável de que todo o sistema judiciário, a

independência dos juízes e tribunais, a busca de solução mais justa para cada caso, tudo deve ser sacrificado em nome da celeridade, suprimindo jurisprudência divergente, de onde o direito se renova adequando-se a dinâmica social.

Nesse contexto, segundo Dallari (2007, p. 73), o efeito vinculante além de antidemocrático, inconstitucional, contém uma incoerência lógica, pois após decisão do STF declarando inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, viriam novas leis ou novos atos semelhantes, lançando dúvidas sobre serem paralelas ou não, e isso acataria um grande número de ações questionando essas semelhanças, todas com acesso ao supremo por se tratar de matéria constitucional.

Além disso, há ações questionando legalidade de um mesmo ato apenas sob argumentações e fundamentações diferentes, o que enriqueceria a compreensão de vários ângulos e aspectos do problema, evitando a anulação de lei ou ato normativo com grave dano ao interesse público, ou com apenas uma visão parcial ou equivocada.

Dessa forma, relevante é o papel do judiciário, e, portanto, necessário se faz seu controle democrático, não apenas pelo Tribunal de Contas, ou Ministério Público, mas por todos os seguimentos da sociedade, que de forma transparente deve ter acesso a informações tais como: processo de admissão de juízes, critérios para promoções; e pelos próprios juízes através de participação efetiva nas escolhas dos integrantes das instâncias superiores.

Tais procedimentos tornariam ainda mais legítimos os atos do poder judiciário, trariam mais independência aos seus integrantes, bem como maior credibilidade, além de que concretizaria o espaço democrático a que toda sociedade tem direito como destinatário dos atos públicos, tornando assim o Poder Judiciário, um Poder democrático.

Outro aspecto positivo no acesso às informações pela sociedade é a de evitar omissões, insegurança, por eventuais atos temerários tanto dos juízes, como dos militantes no sistema de forma geral, seja autor, réu, ministério público, juiz, uma vez que todo *iter* processual poderia ser acompanhado não apenas formalmente, mas efetivamente por pessoas com capacidade para compreendê-lo.

Diante disso, o sistema vigente sobrevive das particularidades do juiz com toda sua gama de subjetividade, e, portanto, da existência de magistrados comprometidos com o bem maior de aplicar a lei com bom senso, coerência lógica,

e, sobretudo, sensibilidade de enxergar no meio de tanta formalidade, muitas vezes necessária em face da segurança, o cidadão que possui como último meio e muitas vezes o único meio de perseguir seus direitos.

Por tais argumentos, no entanto, não se chega necessariamente a uma crítica ao sistema vinculante, pois o próprio Poder Público, maior cliente do Poder Judiciário, como réu, beneficia-se e muito da não uniformidade de entendimento, e mesmo com a uniformidade, torna obrigatório que seus representantes recorram indefinidamente, mesmo em casos já pacificados, tornando os recursos uma ferramenta propícia a não concretização do princípio constitucional da duração razoável do processo, e mais, instrumento de postergação de exercício de direitos que, em face do longo período para ser efetivado, o processo tem vida mais longa que o titular de direitos, e mesmo quando alcança, já gerou extrema descrença no sistema, sem falar na insatisfação e meios dependidos pela parte, e pelo sistema judiciário.

Nesse contexto, o sistema processual brasileiro, organizado por leis federais, e uniforme por força constitucional, possui grande influência na organização e no funcionamento do Poder Judiciário, baseado no princípio da garantia do direito de defesa, direito fundamental e característica de um ordenamento jurídico democrático.

No entanto, tal garantia tem sido instrumento de abuso por parte dos operadores do direito, e dentre eles o Poder Público, que a utiliza como instrumento de postergação de reconhecimento ou de exercício de direito já bastante pacificado pelos tribunais superiores, em que não caberia mais discussão.

Desse modo, o desempenho dos juízes e tribunais se atrela intimamente ao sistema processual adotado, e no Brasil, o Poder Judiciário se subordina ao princípio do duplo grau de jurisdição, que pode se desdobrar em três, e com uma variedade enorme de incidentes processuais que ocupam mais que as discussões sobre os direitos, escopo maior do processo.

Apesar de ser um princípio implícito, é considerado indispensável, em face da falibilidade humana que se reflete nas decisões judiciais, e assim, os tribunais e os teóricos do direito processual brasileiro o consideram por força da tradição.

No entanto, o princípio não é absoluto, além dos casos específicos: soberania dos veredictos no Tribunal do Júri; decisões dos Juizados Especiais Cíveis e

Criminais, com possibilidade de novo julgamento por juízes do primeiro grau; competência originária do STF.

Afora esses casos, as reformas processuais têm apontado no sentido de relativizar princípios antes tidos como absolutos em nome da celeridade processual como forma de efetivar a prestação jurisdicional, o que levou à vinculação de súmulas, impedimento de recursos através do § 1º do art. 518 do CPC, dentre outros, mitigando o princípio do duplo grau absoluto, gerando assim uma antecipação de coisa julgada com o fim de pôr termo ao processo em tempo razoável.

Assim, o Superior Tribunal de Justiça, criado com a Constituição de 1988, teve como objetivo criar um sistema judiciário federal que corrigisse deficiências da organização implantada pela Constituição de 1946, entretanto o sistema da Justiça Federal já existia desde o aparecimento da República.

Nesse contexto, um aspecto positivo na composição do STJ é a implantação do federalismo, pois um terço dos ministros que o compõem, por disposição constitucional, deverá ser escolhido dentre os desembargadores dos tribunais de justiça dos Estados, ou seja, democratiza as percepções estaduais para os casos a serem apreciados no tribunal superior.

No entanto, não se pode deixar de ponderar a fragilidade no processo de indicação a partir da formação das listas tríplexes ou sêxtuplas conforme o caso, pois a escolha é feita pelo Presidente da República com aprovação do Senado, que geralmente apenas homologa a preferência presidencial, o que torna o processo temerário, uma vez que um dos maiores clientes do Judiciário Federal é Poder Executivo, e como réu.

Desse modo, segundo Dallari (2007, p. 156-157), o Poder Judiciário precisa passar por reforma de democratização que consistiria basicamente nos seguintes aspectos: necessidade da autodefesa da autonomia em relação aos demais poderes; publicidade ampla de seus atos administrativos e jurisdicionais para possibilitar a participação popular no acompanhamento, ressalvado os casos em que a proteção aos direitos individuais ou interesse público exijam a permanência do segredo de justiça; preparação dos juízes para se comunicar numa linguagem acessível a todos os níveis sociais, compreendendo e sendo compreendido na dialógica do processo; os órgãos de comunicação devem contar com profissionais

que irão divulgar matérias jurídicas com o mínimo de conhecimento na área, levando a população os termos corretamente empregados, bem como tratando com respeito os juízes e o judiciário, o que não significa opiniões acríicas.

Dessa forma, o sistema deve passar por reformas de democratização internas e externas de comportamento e organização, de concepções e funcionamento, a fim de proporcionar não só celeridade como defende as últimas reformas, mas também participação efetiva da sociedade no processo decisório.

Pelo exposto, ao Poder Judiciário é reconhecido o papel político, ampliação de competências, entretanto a postura judicial, até por ser concretizada por seres humanos com toda sua carga de subjetividade e de diversidade de entendimento, ainda se apega ao legalismo exacerbado, relevando a necessidade de discussões a respeito de seu papel social de realização de justiça.

Ademais, conforme Schmitt *apud* Rigaux (2000, p. 110), o acesso de Hitler ao poder foi conforme a legalidade, e portanto, a lei deve ser seguida, mas com interpretação pelo sentimento de justiça, pois conforme Bodin *apud* Rigaux (2000, p. 185), aos juízes é reconhecido o poder de dobrar a lei, uma vez que é coagido a criar, seja porque toda norma deve ser interpretada, seja porque nenhuma codificação poderia prever a diversidade de situações de vida.

Daí da importância da uniformização, para evitar uma diversidade de interpretação que gere tratamento desigual aos jurisdicionados, mesmo se tratando de um mesmo ordenamento jurídico sobre fatos semelhantes trazendo descrença no sistema.

2.5. Previsibilidade nas Decisões em Direito

Toda decisão gera uma consequência, que pode provocar acontecimentos em série formando uma cadeia, e é esse o ponto primordial da tomada de decisão, a possibilidade de prever desdobramentos que os atos podem provocar.

Desse modo, o processo decisório é formado por pelo menos três elementos: a previsão realizada a partir de dados conhecidos; ações selecionadas e aplicadas como as mais viáveis ao caso concreto; resultados, consequências provocadas por tais ações.

Portanto, vê-se que a tomada de decisão ocorre por etapas, e assim, não se limita ao momento em que se decide, é muito mais ampla, é um processo decisório.

Pode-se fazer uma analogia com o processo mental que ocorre espontaneamente quando uma pessoa se depara com um problema: identifica a questão, obtém informações, diagnostica as informações, levanta soluções alternativas, elege e aplica a solução adotada, e ao final as conseqüências são avaliadas, no entanto, pode surgir algo não previsto, um desvio diante de um padrão de normalidade, conhecido previamente e aceitável.

Nesse aspecto, deve-se considerar a inviabilidade de um pensamento lógico fechado, restrito, para explicar um fenômeno tão complexo, e essa é uma perspectiva crescente na ciência contemporânea, que considera paradigmas (*parádeigma* = modelo, padrão) como princípios supralógicos de organização do pensamento, princípios ocultos que governam a visão do mundo das pessoas, controlam a lógica dos discursos, selecionando e recusando dados sem consciência, segundo Morin (2003, p. 15).

Dessa forma, dentre os pressupostos existentes no paradigma tradicional da ciência tem-se: simplicidade (relações causais lineares); estabilidade (determinação, previsibilidade, reversibilidade, controlabilidade); objetividade (colocar entre parêntese a subjetividade do cientista para atingir o universo, versão única do conhecimento), conforme Vasconcellos (2003, p. 69).

Assim, essa forma de pesquisar, elege trabalhar com sistemas permanentes, estáveis, agregados mecanicistas de partes em reações causais separadas umas das outras, em que a cada fenômeno observado corresponde uma causa e cada fenômeno observado tem efeitos, parte do pressuposto da simplicidade do sistema associada à idéia de que o mundo só é cognoscível a partir de uma abordagem racional, trabalhando para eliminar a contradição, a imprecisão e ambigüidade, e se torna paradoxo do discurso científico, em face da insuficiência da dicotomia aristotélica de verdadeiro-falso da concepção de mundo lógica-analítica-racional, segundo Vasconcellos (2003, p. 78).

Outro pressuposto é o da estabilidade do mundo e de que os fatos são repetitivos, ou seja, um mundo ordenado, cujas leis seriam simples e imutáveis, e assim, podem ser conhecidas a partir da aplicação do plano científico de explicar, prever e controlar suas ocorrências.

Dessa forma, concebendo que todo fenômeno se segue naturalmente a alguma condição antecedente decorre a previsibilidade dos fenômenos, bem como da possibilidade de reverter o fenômeno decorre a possibilidade de atuação sobre ele para controlá-lo ou manipulá-lo.

Assim, resta a dúvida: quando o sistema judiciário tenta instalar uma previsibilidade na realidade não estaria controlando os resultados?

Há ainda, o pressuposto de objetividade, numa metodologia de pesquisa científica que afasta o observador do seu objeto, para um melhor acesso à realidade.

Esses pressupostos se desenvolveram e se estabeleceram como paradigma nas ciências físicas, no entanto, nas ciências biológicas, houve uma enorme dificuldade de explicar a complexidade de seres vivos pelas leis físicas, com pressuposto de estabilidade, o que não ocorreu com a simplicidade, pois os biólogos conseguiram fracionar seu objeto para estudá-lo separadamente, nem com a objetividade, pois continuaram pensando uma natureza que embora viva, tem existência independente do observador, conforme Vasconcellos (2003, p. 95-96).

Nesse contexto, as ciências humanas tentaram adotar o procedimento positivista buscando o *status* de ciência, como no campo das ciências naturais, onde o próprio August Comte criou o termo sociologia se referindo a ciência da sociedade humana, ou física social, considerando tal pensamento como único modelo de conhecimento universalmente válido.

Assim, a probabilidade foi conhecida através do primeiro livro publicado sobre o assunto por Huygens (1657, *De Ratiociniis in Ludo Aleae*), introduzindo o conceito de valor esperado, e na mesma época Pascal enveredou por aplicações probabilísticas em questões diversas de jogos de azar, inventando no processo a teoria da decisão.

Simultaneamente, Leibniz pensou na aplicação das probabilidades métricas a questões legais, em que a evidência e a relação causa e efeito pertenceriam a categorias diferentes, ou seja, relação entre hipóteses e evidência, e chamou a teoria da probabilidade de jurisprudência natural, foi o início da probabilidade epistêmica, para Leibniz um novo tipo de lógica (Souza, 2002, p. 281).

Dessa forma, a probabilidade surgiu por pessoas que tinham forte influência de formação jurídica, bem como por problemas médicos, em face da matéria contingente que envolviam.

Assim, a probabilidade, como tentativa de matematizar a ciência do direito há muito é perseguida, e possui grande relevância, pois é na referida ciência onde se localizam os conceitos fundamentais da teoria da decisão: consequência dos atos dos indivíduos (por si ou representantes de uma instituição), eventos subjacentes, incertezas e evidências sobre tais eventos, decisões do poder judiciário.

Entretanto, para se seguir nesse intento, o conceito adotado para ciência não pode ser o seguido pelo direito, corpo de conhecimento organizado, que por si não traria a denominação ciência, mas a concepção de Peirce, surgida no século XVII, aprimorada e atualizada por Popper, em que direito, assim como medicina, não seria ciência, apesar de possuírem um corpo organizado de conhecimento, cujo ponto de partida deve ser entendido menos como crítica e mais convite à interdisciplinaridade, ou seja, encontro de saberes, segundo Souza (2002, 280-281).

Assim, o pensamento de Leibniz pode ser resumido em que a matemática é o modelo para se raciocinar acerca das verdades necessárias, mas a jurisprudência deve ser o modelo a se adotar quando se delibera sobre matéria contingente.

Ademais, o sistema jurídico brasileiro sofre, historicamente, com o alto grau de instabilidade, o que impede a crença necessária dos jurisdicionados para legitimar os atos do poder judiciário.

Exemplo disso são as diversas constituições já promulgadas ou outorgadas no Brasil, país com apenas duzentos anos de independência, contra apenas uma dos Estados Unidos, um Estado independente com existência um pouco anterior.

Dessa forma ocorre também na jurisprudência, em que a perspectiva do jurisdicionado está a mercê das freqüentes alterações das composições dos tribunais e a consequente mudança de entendimento.

Assim, a obediência aos precedentes judiciais, é um dos fatores que pode ajudar na estabilidade do sistema jurídico, pois possibilita o desenvolvimento da crença dos cidadãos parte da relação processual, em face da estabilidade de entendimentos bem fundamentados previamente, conforme Souza (2006, p. 299).

Há ainda outras questões do *stare decisis* ligadas à estabilidade, como igualdade, previsibilidade, celeridade, para citar algumas, uma vez que sua decisão

estabelece uma verdade válida para o caso concreto e para eventual caso semelhante ou igual.

Nesse contexto, na teoria do *Stare decisis*, os tribunais devem seguir, em casos semelhantes, as decisões anteriores, o que torna previsível a solução do litígio, tendo em vista o conhecimento prévio do precedente, trazendo para as partes envolvidas informações essenciais sobre suas perspectivas no caso concreto.

No entanto, com a consciência de que a estabilidade e a previsibilidade não podem ser dissociadas do desenvolvimento do Direito, deve-se observar que apesar de uma das funções primordiais da dinâmica judiciária ser fornecer a certeza do Direito, previsibilidade, esta encontra limites nessa mesma função, uma vez que deve ser contextualizada num dado momento histórico, e dessa forma não pode se perpetuar até não mais corresponder à realidade.

Assim, a busca do Direito se traduz num efetivo acesso à justiça, conforme tem sido fundamentas as reformas processuais civis no Brasil, em que a justificativa para as mudanças é a de que tantos os jurisdicionados como o próprio sistema judiciário almeja o menor lapso temporal possível para o encerramento do processo, ambos precisam da celeridade a prestação jurisdicional, sob pena de os primeiros não obterem um devido acesso à justiça, e o segundo oferecer uma prestação, um acesso tardio.

Ademais, ao contrário do que se prega, a doutrina do *stare decisis*, aprimora o trabalho decisório judicial, pois preserva regras e princípios estabelecidos em casos anteriores, aperfeiçoando-os a cada decisão, seria um incentivo ao aperfeiçoamento do modo de decidir, assim como é no princípio do duplo grau de jurisdição adotado no Brasil, pois os juízes ao terem consciência de que seu entendimento irá repercutir para o futuro, preocupam-se com a repercussão dessa decisão, formulando-a com maior acuidade, segundo Souza (2006, p. 304).

Outra questão importante, o princípio da igualdade perante a lei, prevista nos ordenamentos jurídicos dos países democráticos, proclamados tanto na Declaração Universal dos Direitos Humanos, como na Constituição Federal brasileira, reflete no tratamento igualitário em juízo, não a igualdade jurídica formal, pois as desigualdades concretas existem independentes do texto legal, entretanto a busca pela igualdade é um dos objetivos de Estado que se intitula democrático de direito.

Desse modo, o princípio da igualdade de todos perante a lei também se concretiza quando a lei tem a mesma interpretação em situações idênticas ou semelhantes, o que pode ser realizado pela uniformização, ressaltando que o limite para indicação da semelhança entre os casos é não haver nenhuma justificativa razoável, característica imprescindível que exija distinção.

3. TERCEIRA PARTE - FUNÇÃO SOCIAL DO PROCESSO

3.1. Teorias da Jurisdição

A noção de jurisdição possui diversos seguimentos a depender da teoria a ser considerada, assim, para Chiovenda seria um pressuposto processual, Carnelutti afirma que só existirá a partir de uma lide, para Calamandrei é a atuação do direito objetivo, para Kelsen a atuação jurisdicional ocorre para preservar a validade do direito, Couture afirma ser além de um poder, um dever, Cambi (2006, p. 17, 35, 38, 65,75, 88).

Há ainda a teoria de Liebman para quem a função jurisdicional é a continuação e a especificação da atividade legislativa, em que por intermédio do processo, a função jurisdicional se desenvolve em concreto.

Nesse contexto, de uma perspectiva publicista e instrumentalista é que deve se desenvolver o processo visando realizar o direito substancial e os valores a ele subjacentes.

Entretanto, não se prega o sincretismo ou mesmo a teoria autonomista, mas a adoção da visão instrumentalista que seria uma evolução da grande contribuição que já deram os modelos sincretistas e autonomistas.

Assim, o processo compreendido como direito público ultrapassa a relação entre as partes envolvidas numa lide, e se torna do interesse da sociedade em geral, e dessa forma a jurisdição seria essencial à teoria processual, pois o processo seria o instrumento de atuação jurisdicional para consecução dos escopos jurídicos, sociais e políticos.

Esse foi o compromisso assumido pelo Estado Democrático de Direito, quando dispôs explicitamente em sua Constituição Federal a garantia de inafastabilidade da prestação jurisdicional e o respeito às garantias fundamentais, dentre elas, a ampla defesa, o contraditório, o devido processo legal.

Assim, a reconstrução da relação processo e Constituição, deve ser encarada numa perspectiva de que os instrumentos processuais constitucionais trariam efetividade às normas constitucionais; a teoria do garantismo no processo civil, enfocando a necessidade de garantias às partes no processo; a reciprocidade entre

a Constituição jurídica e a realidade concreta, onde haveria uma simbiose necessária, em que a primeira deve ser expressão da segunda; a importância da reabilitação da moralidade pública para emergência do princípio democrático.

Ademais, como ápice do processo, deve ser levado em consideração a legitimidade das decisões judiciais, em que o direito aparece como mediador da integração social; o processo de leitura para a culminância da decisão, a interpretação jurídica vista na perspectivas de dois paradigmas: do Estado Liberal e do Estado Social; e o devido processo legislativo e a justa adequabilidade como legitimadores dos discursos de justificação e de aplicação respectivamente.

3.2. Reconstrução da Relação Processo e Constituição

Tendo em vista o procedimento não ser apenas forma, aparência, é que na diferenciação entre processo e procedimento deve-se evitar uma análise com base num critério apenas finalístico e conceitual restrito, bem como a natureza jurídica do processo não pode se restringir à relação jurídica, Gonçalves (1992, p. 66-68).

Justifica-se tal entendimento, em face do desenvolvimento dos contornos dos dois institutos (processo e procedimento) e o próprio emprego apropriado terem demorado a ocorrer, pois apesar do conceito de procedimento ter acompanhado a evolução da realidade normativa, o mesmo não aconteceu com os processualistas para conceituação de processo, que além de não buscarem um novo suporte teórico para definir processo, prenderam-se ao antigo modelo de relação jurídica, Fazzalari (1989, p. 72-73).

Assim numa perspectiva da teoria discursiva, processo seria uma espécie de procedimento pela participação na atividade de preparação do provimento estatal.

Entretanto, processo pode ser uma designação ampla, e por este motivo há necessidade de se diferenciar processo legislativo, que consistiria em um sistema de discursos de justificação, de validade normativa e processo jurisdicional, que se refere a um sistema de discursos de aplicação, subsunção da norma ao caso concreto, pois a lógica da argumentação é diversa, Oliveira, M. A. C. (2004b, p. 450).

Portanto, no Estado Democrático de Direito, o processo precisa ultrapassar sua perspectiva formal, de mero instrumento do direito material, a fim de possibilitar a realização de sua função social, primordial em qualquer sistema, onde o exercício da jurisdição tem como objetivo principal a prestação jurisdicional justa e efetiva, e o Estado Democrático de Direito tem como escopo promover o bem comum, a pacificação social, que se revela numa de suas formas no processo, como a participação igualitária da sociedade.

Dessa forma, no exercício do Poder Jurisdicional, o direito realiza sua pretensão de legitimidade através da reconstrução argumentativa no processo da situação de aplicação, e de certeza da decisão através da determinação argumentativa de qual norma jurídica válida é a mais adequada, pois o processo jurisdicional é o instrumento através do qual ocorre o exercício do Poder Jurisdicional e se pode garantir a igualdade de participação das partes, mas nem sempre o processo jurisdicional é garantidor de direitos materiais, pois nem sempre a Jurisdição deverá tutelar ou atuar um direito, Oliveira, M. A. C. (2004b, p. 453).

Nesse contexto, a Jurisdição Constitucional parece ser um excelente instrumento de *check and balance*, tanto na perspectiva de proteção à Constituição, quanto na perspectiva de garantidora de direitos fundamentais, mas apesar de ser possível numa perspectiva de uma teoria geral, deve ser vista à luz do Direito Positivo de cada comunidade jurídica concreta.

Perspectivas essas baseadas nos sistemas jurídicos da Europa Continental que partem de uma distinção de direito objetivo e direito subjetivo para diferenciarem a atuação da Jurisdição Constitucional na garantia de direitos fundamentais e na garantia da Constituição.

Assim, nos Estados Unidos, e na perspectiva de controle, aparecem princípios funcionalmente limitativos de tal poder, em face do questionamento de excessos possíveis de serem cometidos pelo órgão incumbido de realizá-lo: autolimitação judicial (*judicial self-restraint* e *political question doctrine*); interpretação conforme a Constituição; interpretação adequadora; não controlabilidade no âmbito da prognose legislativa; congruência, fundamentação, dentre outros, Canotilho (1997, p. 1290-1305).

Contudo, não se pode confundir a Jurisdição Constitucional com o poder legislativo, ainda que negativa, porque sua perspectiva lógico-argumentativa é a

aplicação reconstrutiva do Direito Constitucional, e não o estabelecimento de programas e políticas para a realização de direitos constitucionais.

No caso do Brasil, todo Judiciário é competente para exercer jurisdição em matéria constitucional, portanto toda jurisdição é constitucional, bem como todo processo ao criar condições institucionais para um discurso lógico-argumentativo de aplicação reconstrutiva do Direito Constitucional é processo constitucional, possibilitando o exercício da jurisdição em matéria constitucional, Oliveira, M. A. C. (2004b, p. 462).

Entretanto, o grande enfoque que tem trazido discussões quanto à jurisdição constitucional é a separação dos poderes e a divisão das funções entre os órgãos que exercem a jurisdição constitucional e os órgãos legislativos, ainda não superadas.

Nesse contexto, os juristas contemporâneos pretendem reconstruir a relação entre Constituição e Processo, enfatizando a efetividade constitucional, os instrumentos processuais constitucionais que garantiriam a efetividade das normas constitucionais ou dos direitos fundamentais do cidadão.

3.3. Teoria do Garantismo no Processo Civil

A teoria do garantismo, trazido para o processo civil ao tempo em que promete proteção aos cidadãos, exige, pelo menos discursivamente, dos operadores do Direito, responsabilidade e ética, surgindo no processo civil como questão que gira em torno do acesso à justiça e da instrumentalidade do processo.

Assim, a jurisdição tem como escopo síntese no plano social a justiça, expressão do bem comum, pois não se conceberia o desenvolvimento integral da personalidade humana, senão em clima de liberdade e igualdade, segundo Dinamarco (2005, p. 190), em que a jurisdição e o processo devem ser compreendidos como instrumentos com o fim de realizar os valores sociais e políticos da nação, sendo o juiz um canal de comunicação entre a carga axiológica atual da sociedade em que atua e os textos legais.

Na medida em que o ordenamento jurídico oferece meios ao juiz para uma interpretação sistemática satisfatória perante o seu senso de justiça, ao afastar-se

das aparências verbais do texto e atender aos valores subjacentes à lei, o juiz estará fazendo cumprir a lei.

Entretanto, deve-se ter cautela em relação aos discursos de verdadeira apologia a valores subjacentes, ao princípio da razoável duração do processo, instrumentalidade do processo, pois a pressa em garantir nem sempre corresponde à certeza da garantia, o senso de justiça do juiz pode não ser os valores da sociedade, ou até mesmo o questionamento sobre o que é e qual é o senso comum numa determinada sociedade.

Em face disso, muitas reformas processuais, cujos objetivos, ao menos retoricamente, se destinam a destruir obstáculo ao acesso à justiça, podem criar outras barreiras, Cappelletti; Garth (1988, p. 163).

Pois, a justiça nem sempre é acompanhada pela devida reflexão em face das questões jurídicas, e as reformas judiciais e processuais não são substitutos suficientes para as reformas políticas e sociais, nem podem ser transplantados outros sistemas sem nenhuma análise profunda dos aspectos característicos da comunidade local para onde estão sendo levados.

Assim, as reformas processuais em diversos países têm reforçado os poderes instrutórios do juiz, onde se prega que o processo deve chegar a um resultado justo, com uma razoável duração, e para tanto o juiz é esse ser imparcial que garantirá a marcha regular do processo e que seu resultado seja o mais próximo possível à realidade, Barbosa (2007, 87).

Contudo, a experiência tem mostrado que a edição de normas, reformas processuais não são suficientes para o resultado que se almeja, pois assegurar poderes aos juízes não significa que eles possuam instrumentos, ou estrutura para efetivá-los.

Por outro lado, há ainda uma forte corrente doutrinária que combate a concessão de mais poderes aos juízes, justificando numa possível exacerbação indevida do elemento publicístico do processo e uma intolerável manifestação de autoritarismo, trazendo como solução que ao invés de se ampliarem os poderes dos órgãos judiciais, alarguem de forma eficaz e efetiva a participação das partes no processo, Barbosa (2007, p. 88).

Para esses doutrinadores, dentre os quais pode-se citar Cipriani na Itália, bem como Montero Aroca na Espanha, um modelo garantístico do processo repele juízes

que não se contenham no estrito âmbito da passividade, e garantem efetiva participação das partes no processo.

Para tanto fundamentam seu pensamento na realização do Estado democrático, uma vez que nesse espaço público a sociedade teria plena liberdade e efetiva participação, entretanto, historicamente se observa que os poderes dos juízes não foram ampliados em governos autoritários, ao contrário, pois os poderes por aqueles exacerbados são os do Executivo, o que demonstra lacuna na argumentação.

3.4. Processo como Realizador da Reciprocidade entre a Constituição Jurídica e a Realidade Concreta

O constitucionalismo europeu teve por premissa de luta e contradição o absolutismo de uma sociedade já organizada e estruturada, a sociedade feudal do antigo regime. Tinha história e tradição, riqueza e cultura, e profundas raízes espirituais.

Assim, o constitucionalismo brasileiro levantou-se sobre as ruínas sociais do colonialismo, herdando-lhe os vícios, e em promiscuidade com a escravidão trazida da África e com o absolutismo europeu, que tinha a hibridez dos Braganças e das Cortes de Lisboa, as quais deveriam ser o braço da liberdade e, todavia foram contraditoriamente o órgão que conjurava a nossa recaída no domínio colonial, Bonavides (2000).

Esse foi o contexto histórico de construção do constitucionalismo brasileiro, e apesar da Constituição de 1988 ser reputada como a melhor já realizada no Brasil, ainda não consegue concretizar seus dispositivos, e assim a referida Constituição fez do Supremo Tribunal Federal taxativamente um tribunal de guarda da Constituição, no entanto até então não se observou tal tarefa de concretizar nas controvérsias do sistema, onde as bases da democracia constitucional estavam em jogo, a sua missão protetora de salvaguarda das instituições.

Observa-se que com referência a outro ramo de sustentação da ordem republicana e democrática, a Corte ignorou o poder que mais pode e que em verdade é o motor constitucional dos demais poderes, atrelando-os as suas

irresponsabilidades legislativas e aos seus atentados desrespeitos e desmoralização de decisões judiciais, ostensivamente descumpridas. Aniquilam-se assim por obra do Executivo as bases éticas e jurídicas do sistema.

Nesse aspecto, há ditadura, e não há governo, há despotismo, e não há Constituição, há obediência, e não há consenso, há legalidade, e não há legitimidade. E a legalidade que há é, todavia a força, que enfraquece a dignidade da pessoa humana, a justiça dos direitos sociais, a sobrevivência da democracia, a defesa e proteção do Estado soberano.

Apesar disso, entre a tese fundamental defendida por Ferdinand Lassale de que a Constituição jurídica de um país não passa de um pedaço de papel, expressa os fatores reais de poder, e questões constitucionais não seriam questões jurídicas, mas políticas, e a teoria desenvolvida por Hesse (1991, p. 9-11) de que ao lado do poder determinante das relações fáticas, expressas pelas forças políticas e sociais, há também a força normativa da Constituição, adotar-se-á a segunda, ressaltando que o poder econômico também é um fator real de poder.

Assim, a Constituição jurídica¹⁸ está condicionada pela realidade histórica, de que depende sua própria eficácia, porém não é apenas expressão dessa realidade, pois em face do elemento normativo ela ordena e conforma a realidade política e social, onde as possibilidades e os limites da força normativa da Constituição resultam da correlação entre ser (*sein*) e dever ser (*sollen*), contudo deve preservar a consciência dos seus limites, uma vez que sua força é apenas uma das que resulta a realidade estatal, Hesse (1991, 24-27).

Dessa forma, há uma simbiose possível de ser verificada entre a Constituição Jurídica e a realidade concreta, em que ao tempo que aquela é expressão desta, também é força que influi e determina a realidade política e social, porém considerando que a natureza singular do presente, formada tanto pela idéia de vontade da Constituição, quanto pelos fatores sociais, econômicos, políticos e outros, estes são limitadores da sua força normativa, e assim quanto mais densa for a sua vontade menor será a interferência, restrições, limitações dos outros fatores.

¹⁸ Lassale faz uma diferenciação entre as forças reais de poder que seriam a Constituição real e a Constituição jurídica que seriam as normas constantes no documento escrito, onde a eficácia da segunda estaria limitada a sua capacidade de coincidir como a primeira, mas ressalta que tal coincidência seria um limite hipotético extremo, uma vez que entre a norma fundamentalmente estática e racional e a realidade fluida e irracional, existe uma tensão necessária e imanente que não se deixa eliminar (HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 10).

Portanto, o processo pode servir não apenas de instrumento, mas de realizador dos princípios constitucionais, o elo, a ponte de ligação entre a Constituição e a realidade concreta, na efetiva e eficaz participação do cidadão na busca de seus direitos, que terá maior nível de legitimidade quanto mais densa for a credibilidade na moralidade das instituições e pessoas públicas.

3.5. Reabilitação da Moralidade Pública: Resgate do Princípio Democrático e da Ética no Processo

O Estado encontra-se em crise nas suas diversas formas de manifestação, enquanto organização com personalidade jurídica, como ordem jurídica, como sociedade civil politicamente organizada, fato esquecido na maioria das discussões sobre o assunto, em virtude do maior enfoque dado na sua estrutura constituída de órgãos, entidades, instituições.

Assim, o baixo consenso dos cidadãos referente aos valores e instituições democráticas, a desintegração social, e as poucas possibilidades de solução de questões emergentes pelo sistema social, denotam também uma crise teórico-sistemática, Coimbra (2006, p. 197).

Nesse contexto, um pressuposto, bem como uma das possibilidades de superação de tal situação seria a reabilitação da moralidade pública como bússola orientadora da vida social e do funcionamento do Estado, pois a ausência ou a presença insuficiente do componente ético da democracia, a manipulação de valores constitucionais em prol de interesses privados, o ínfimo grau de interiorização da democracia pelos cidadãos, revela a referida crise.

Tal constatação pode ser a causa do reaparecimento nas últimas décadas das questões de justiça, como na teoria de John Rawls, em que alguns juristas tentam separar como doutrinas excludentes: substancialistas ou procedimentalistas, o que pode ser útil metodologicamente, mas na prática elas se complementam, ou muitas vezes se confundem, deixando de lado discussões importantes na preocupação do encaixe ou da classificação dos pensamentos.

Entretanto, para o presente trabalho será adotado o termo procedimentalista como a teoria que busca a igualdade de participação das partes no processo,

através da observância de um processo regular, o que de forma nenhuma exclui considerações valorativas ou justicialistas.

Assim, um conceito procedimentalista de Democracia não comportaria uma postura de um juiz que detenha verdade absoluta, pois com as novas conquistas do Direito, o problema da justiça no processo foi deslocado do papel-missão do juiz para as garantias das partes, em que os destinatários do provimento jurisdicional possam participar de sua formação, com as mesmas garantias, em simétrica igualdade, Gonçalves (1992, p. 195).

E nesse sentido, a procedimentalização da Constituição ocorreria em face da necessidade da superação da relação até então pensada entre Constituição e Processo sob duas perspectivas: formalismo processual liberal, em que o processo é insensível aos desafios do Direito contemporâneo, e materialização processual de bem-estar social, em que o pré-direcionamento do processo a partir de uma eticização duvidosa da atividade jurisdicional pode levar a um paternalismo judicial que desconsidera de plano a capacidade das partes, e pode pôr em questão a própria democracia, Oliveira, M. A. C. (no prelo).

Dessa forma, a análise sobre a finalidade do processo e qual pode ser sua função nas sociedades modernas pode ser realizada a partir de duas grandes crises do Direito e da Sociedade: paradigma liberal e paradigma do bem-estar social.

Tal contexto demonstra a imprescindibilidade de políticas públicas paralelas, bem como o desgaste normativo que se revela socialmente como uma crise de legitimidade, enfraquecendo inclusive a constitucionalidade, gerando a necessidade de resgate da crença no Estado em todas as suas formas de manifestação, o que pode ser auxiliado pelo soerguimento da moralidade pública, a ética na realização do processo e o resgate do princípio democrático, com a efetiva participação da sociedade politicamente organizada.

3.6. Direito como Mediador da Integração Social: Legitimidade das Decisões Judiciais

Considera-se como tarefa primordial do Direito nas sociedades modernas a de ser um *medium* de integração social: manter expectativas generalizadas de

comportamento e pretender um fundamento em si mesmo, ou seja, realizar a pretensão de garantir as condições procedimentais da sua própria legitimidade, entretanto não se pode relevar a pluralidade e complexidade social, Oliveira, M. A. C. (2006c, p. 139).

Nesse contexto, o Direito no desempenho da tarefa de integração, Oliveira, M. A. C. (2006c, p. 140):

[...] não pode simplesmente condicionar a atuação de atores sociais movidos por interesses egoísticos, como no caso do paradigma liberal, nem impor aprioristicamente uma única forma de vida como válida para a sociedade, como no caso do paradigma do bem-estar social. A integração social não pode ser confundida como modelo harmônico do mercado, como tantas vezes o foi no século XIX, tampouco com a homogeneização ou a uniformização, como tantas vezes se pretendeu no século XX.

Depreende-se do texto que a integração social não é modelo harmônico de mercado, e a uniformização não pode ser reduzida a mero instrumento legitimador de decisões políticas, nem se esgotar no momento da decisão, mas percebido como procedimento construído em igualdade.

No entanto, o limiar entre o Direito e a política é bastante tênue, e muitas vezes não se dissociam, mas desempenham papéis próprios nos processos de integração social, em busca de suprir falhas funcionais ou déficits de integração.

Assim, a integração social deve ser realizada através de um filtro discursivo, e onde outros reguladores fracassaram, a política e o direito surgem como possibilidade a partir de processos solucionadores de problemas.

Desse modo, o Direito, através da institucionalização jurídico-constitucional de formas comunicativas de formação da vontade e da opinião, realiza a pretensão de garantir as condições procedimentais que se referem a uma prática política deliberativa de cidadãos que no exercício de sua autonomia pública são os co-autores de seus próprios direitos e deveres, que podem ser legitimadoras de sua própria validade.

Tais processos deliberativos podem se relacionar a questões pragmáticas, a questões éticas ou a questões morais, mas não se resumem a nenhuma delas, pois o processo político democrático deve estar aberto a toda e qualquer questão que se torne problemática para a sociedade.

Assim, partindo da idéia de uma sociedade pluralista e complexa, tanto o Direito quanto à política realizam papéis próprios nos processos de integração social, tentando preencher lacunas funcionais ou de integração.

No entanto, na realização da integração social, o Direito não possui o poder de condicionar a atuação de atores sociais movidos por interesses puramente particulares, como no caso do paradigma liberal, nem impor como digna, uma única maneira de viver da sociedade em geral, como no caso do paradigma do bem-estar social, renegando sua característica plural e complexa.

Ademais, no Brasil, parece haver uma grande influência dos sucessivos governos no Poder Jurisdicional, principalmente no conteúdo das decisões judiciais, inviabilizando o uso de meios processuais, seja através das indicações da composição dos tribunais superiores que hoje ditam as normas aplicadas através de enunciados, seja através de sua ingerência no Poder Legislativo, com uma clara afronta a divisão dos poderes, em que o *check and balances* mais se assemelha a um acordo implícito.

Assim, a situação do Poder Judiciário brasileiro é amplamente discutida nos encontros jurídicos, tem sido alvo de várias reformas, contudo, sob o manto de proporcionar mais celeridade processual, tem-se muitas vezes suavizado questões do Judiciário e não dos anseios da sociedade que busca cada vez mais solução de seus conflitos neste Poder, em face da crise de legitimidade dos demais, a tal ponto que se questiona sua própria legitimidade, em face do alargamento do seu poder com a concentração de controle no STF, que é atualmente a última, às vezes a única palavra sobre o verdadeiro sentido da norma constitucional.

E ainda, o processo jurisdicional é analisado, geralmente, como instrumento sob duas perspectivas uma da jurisdição e outra de garantia de direitos, assim, o processo é indispensável à função jurisdicional exercida com vista ao objetivo de eliminar conflitos e fazer justiça mediante a atuação da vontade concreta da lei, é, portanto, o instrumento através do qual a jurisdição opera (instrumento para positivação do poder), Cintra; Grinover; Dinamarco (2004, p. 277).

Desse modo, tão importante é a capacidade de decisão na vida do Estado, que a ela tem sido assimilado, com extrema freqüência entre os cientistas da política, o próprio conceito de poder, em que o poder político seria a capacidade de decidir imperativamente e impor decisões, Dinamarco (2005, p. 106).

Assim, o conceito de poder pretende construir uma depuração de decisionismo das usuais alusões colaterais ao comportamento, à transmissão de decisões ou à participação no processo decisório, em que a observação do modo

como o poder é exercido em sede jurisdicional e impostos os seus resultados, habilitam o processualista a propor esse diálogo ao político, estabelecendo duplo sentido vetorial a uma influência que assim se torna recíproca e faz-se interação, Dinamarco (2005, p. 118).

Portanto, com as novas conquistas do Direito, houve o deslocamento do problema da justiça no processo para as garantias das partes, em que os destinatários do provimento jurisdicional possam participar de sua formação, com as mesmas garantias, em simétrica igualdade, e assim a legitimidade das decisões judiciais deixou de se reduzir à pessoa do juiz, Gonçalves (1992, p. 195).

Justifica-se tal entendimento, pela pluralidade das interpretações, o jogo dos argumentos, e até mesmo, pela diferença entre as decisões que fazem parte de uma sociedade democrática, em que o pluralismo jurídico é assumido pela própria Ordem Constitucional e a legitimidade das decisões é fundamentada, numa sociedade pluralista e democrática, nas garantias atribuídas às partes, principalmente, a do contraditório e a da ampla defesa (construção participada da decisão judicial), além da necessidade de fundamentação das decisões (art. 93, IX da CF/88), Oliveira, M. A. C. (2004a, p. 49).

No entanto, há opiniões diferentes a respeito da legitimidade das decisões judiciais, Oliveira, M. A. C. (2004a, p. 50-51): Robert Alexy: para que seja possível uma argumentação jurídica racional depende não só o caráter científico da Jurisprudência, senão também a legitimidade das decisões judiciais; Kelsen: diferentemente de Alexy, via na aplicação do Direito o exercício de um poder discricionário; e Habermas: o problema da racionalidade consiste em como a aplicação de um Direito contingencialmente emergente pode ser realizada de modo internamente consistente e externamente fundado de forma racional no sentido de se garantir a certeza do Direito e a sua justiça, sua correção.

Portanto, a pluralidade das interpretações, dos argumentos, das decisões fazem parte de uma sociedade democrática, em que o pluralismo jurídico é observado pela própria Ordem Constitucional.

Dessa forma, observa-se que questões referentes apenas à pessoa do Juiz, não podem ter o condão de legitimar o exercício da Jurisdição, mas numa sociedade pluralista e democrática, devem ser priorizadas as garantias processuais atribuídas às partes (contraditório, ampla defesa, decisões judiciais fundamentadas), pois é a

construção participativa da decisão judicial, garantida institucionalmente que legitima o exercício da Jurisdição, e não um resultado utopicamente justo.

3.7. Interpretação Jurídica na Tensão entre Paradigmas

A Constituição do Estado Democrático de Direito deve ser compreendida da perspectiva de um processo constituinte permanente de aprendizado social, de cunho hermenêutico-crítico, aberto ao longo do processo histórico, que atualiza, através das gerações, o sentido performativo do ato de fundação em que os membros do povo se comprometem entre si, com o projeto de construção de uma república de cidadãos livres e iguais, Oliveira, M. A. C. (2006b, p. 321).

Considerando as duas perspectivas de análise da Jurisdição constitucional, a interpretação é utilizada tanto no controle de constitucionalidade como na garantia de direitos, pois do texto constitucional ou legal, através do processo hermenêutico se abstrai a norma a ser aplicada.

Nesse sentido, o intérprete normalmente envereda pela atividade própria a integração, em que a interpretação e a integração comunicam-se funcionalmente e se completam mutuamente para fins de revelação do direito, proporcionando o elo direto das regras de direito e a vida social, extraindo das fontes a norma com que regem os casos concretos, e assim criando no campo jurídico, Cintra; Grinover, Dinamarco (2004, p. 102).

Assim, a problemática acerca da interpretação jurídica, de como garantir decisões, a um só tempo, coerente com o Direito vigente e adequada ao caso concreto, pressupõe paradigmas jurídicos que informam e conformam a aplicação do Direito, Oliveira, M. A. C. (2004a, p. 53).

Entretanto, a tentativa de reduzir a complexidade da interpretação jurídica através da reconstrução de um paradigma jurídico concreto, apenas aliviaria o peso da difícil tarefa atribuída ao juiz de associar as normas aos casos e indicar o entendimento jurídico mais adequado, relacionando contexto jurídico, político e histórico.

Nesse sentido, Habermas desenvolveu do Direito e da política, à luz da Teoria do Discurso, contornos nítidos a um terceiro paradigma do Direito, que recapitule em

si os outros dois, pressupondo o que mais se ajusta aos sistemas jurídicos, vigentes no final do século XX nas democracias de massas, articuladas em termos de Estado Social, é uma compreensão procedimental do Direito, segundo Oliveira, M. A. C. (2004c, p. 204-205), pois quando a teoria constitucional do bem-estar social fala em “colisão” ou em “concorrência de direitos”, e pretensiosamente busca resolvê-las à base de uma negociação/otimização de direitos convertidos em bens juridicamente, pretende-se justamente mascarar a tensão dos paradigmas jurídicos liberal e social.

Para Canotilho (1997, p. 1253) ocorreria uma concorrência de direitos quando um comportamento do mesmo titular preenchesse os “pressupostos de fato” de vários direitos (cruzamento) ou quando determinado “bem jurídico” levasse à acumulação, na mesma pessoa, de vários direitos, o que levaria à discussão acerca de qual direito “é mais ou é menos limitado”, com o fim de se determinar qual assumiria relevo decisivo. Ocorreria uma colisão de direitos quando o exercício de um direito por seu titular colidisse ou conflitasse com o exercício do direito por outro titular, o que levaria a uma discussão acerca de quais direitos admitiriam restrições e quais não, através de um juízo de ponderação e de valoração de prevalência.

Assim é que Habermas em sua crítica a essa compreensão, típica de uma “jurisprudência de valores”, alerta para os riscos de se confundir princípios normativos com valores otimizáveis e direitos com bens negociáveis. As normas jurídicas e os direitos nelas previstos estabeleceriam uma relação de obrigatoriedade, desloca-se, assim, o velho problema metafísico acerca do fundamento: uma soberania popular, concebida em termos procedimentais, ligar-se-ia internamente a um sistema de direitos fundamentais, em razão dos desafios que a própria evolução social contingente teria colocado a si mesma, Oliveira, M. A. C. (2004c, p. 209-210).

Portanto, a argumentação de ambos os paradigmas deve ser considerada criticamente sob as condições jurídico-processuais como perspectivas argumentativas concorrentes, a depender do caso concreto de aplicação, em que deverá ser analisada em cada situação a relação entre a autonomia pública e privada.

3.8. Devido Processo Legislativo e Justa Adequabilidade como Legitimadores dos Discursos de Justificação e de Aplicação

As decisões são tomadas nos contextos discursivos da esfera pública, sofrendo influência da opinião pública que caracteriza a sociedade aberta de intérpretes de direito.

No entanto, se for considerado que a adequabilidade do juízo jurídico-normativo é uma reconstrução que levanta pretensões de validade no quadro de um determinado paradigma de Direito e de Estado, a adequabilidade só pode ser buscada discursivamente, através do processo jurisdicional, segundo Oliveira, M.A.C (2004a, p. 71), e assim, os discursos de justificação e de aplicação do Direito se referem desde o início ao direito positivado democraticamente, e são juridicamente institucionalizados. Como os procedimentos democráticos no âmbito da legislação, normas de direito processual jurisdicional no âmbito da prática jurídica são significativos para compensar a falibilidade e a incerteza da decisão.

Portanto ao juiz cabe o desenvolvimento de um senso de adequabilidade normativa, de uma interpretação racional e argumentativamente fundada em cada situação, tendo em vista uma reconstrução paradigmática apropriada do Direito vigente, Oliveira, M. A. C. (2004a, p. 15).

Dessa forma, quanto mais se rompa com a retórica do “*constitucionalismo simbólico*” e com as tradições de exclusão advindas de um passado que ainda se faz presente, tanto mais o próprio sistema político deverá, ainda que em longo prazo, passar a se compreender e a ser compreendido em termos constitucionais. Esse “*encaminhamento discursivo*” não exclui, ao contrário, só pode ganhar impulso caso integre-se aos movimentos sociais, já presentes, de fortalecimento da sociedade civil e se ceder à pressão pela maior abertura dos canais institucionais de decisão do centro do sistema político às redes periféricas da esfera público-política, Oliveira, M. A. C. (2004d, p. 276).

Assim, no marco da teoria da argumentação jurídica, o devido processo legislativo como discurso de justificação é um dos meios de legitimação das decisões judiciais, bem como a justa adequabilidade das normas válidas e legítimas ao caso concreto como discurso de aplicação, de uma interpretação constitucionalmente adequada.

Entretanto, há críticas à tese da argumentação jurídica da adequabilidade ser tratada como caso especial da argumentação moral e da argumentação axiológica (Alexy), e da deontológica (Günther), pois não se sustentaria na distinção entre Direito e Moralidade que ocorre no momento posterior ao de justificação, em que o princípio do discurso concretiza-se, dentre outras formas, nos princípios da moralidade e da democracia.

Portanto, os discursos de justificação e de aplicação do Direito se refeririam ao direito positivado democraticamente, em que os procedimentos democráticos no âmbito da legislação, das normas de Direito processual jurisdicional no âmbito da prática jurídica são significativos para compensar a falibilidade e a incerteza da decisão.

3.9. Função Social do Processo: Densificação da Jurisdição Constitucional

Tendo em vista o modelo de Estado adotado ou pelo menos expresso, democrático de direito, e a fim de que efetivamente prevaleça a vontade normativa da Constituição elaborada democraticamente com a participação do povo através de seus representantes legislativos e líderes de diversos seguimentos da sociedade, deve-se reconstruir teoricamente a relação entre Constituição e processo.

Nessa relação deve ser buscada a efetividade constitucional, em que os instrumentos processuais têm uma função social de extrema relevância que é a garantia das normas constitucionais e assim, os direitos fundamentais do cidadão ali expressos.

Nesse sentido, a teoria do garantismo discursa sobre a proteção aos cidadãos no processo através da observância dos deveres a serem cumpridos pelos operadores do Direito, através da responsabilidade, da ética, prevalência das garantias processuais constitucionais, tendo como conseqüência o devido acesso à justiça por meio da instrumentalidade do processo no cumprimento dos seus escopos jurídicos, políticos e sociais.

No entanto, a Constituição jurídica deve acompanhar a dinâmica social e política, deve ser expressão da realidade concreta que atua, sob pena de ser

considerada, apesar de legítima, sem densidade, eficácia, eficiência, e até mesmo se tornar apenas uma folha de papel, como já disse Lassale.

Apesar das discussões em torno da função social do processo, da importância de se densificar a jurisdição constitucional nas suas duas perspectivas, não exclui a imprescindibilidade de políticas públicas paralelas, do resgate da credibilidade nas instituições públicas, da própria moralidade pública, de uma postura ética na construção do processo, e isso serve para todos os envolvidos, juiz, advogados, e demais partes, e assim, possibilitar que esse microcosmo de participação efetiva das partes no processo se expanda, pois a sociedade precisa efetivamente estar organizada e assim estar preparada para operar e efetivar mudanças, e quem sabe resgatar o genuíno princípio democrático tão falado e pouco visto.

4. QUARTA PARTE - LEGITIMAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL

4.1. Teorias de Legitimação da Decisão Judicial

O modelo moderno de Estado como sociedade estabilizada pela soberania de base nacional vem sendo superado em face das relações sociais e econômicas globalizadas, que produz o aparecimento de novas sociedades políticas.

Nesse cenário surge uma questão a ser resolvida, a mundialização econômica e social reduz os espaços políticos, em face da perda de identidade e da fragmentação de uma sociedade civil que ao tempo que é universal, não possui um espaço político universal na busca da tutela dos seus direitos, no exercício de sua cidadania.

Assim, na expectativa de proporcionar o ressurgimento desse *locus* político, defende-se a reconstrução dos valores e princípios que fundamentam o Estado Democrático e Constitucional.

A Constituição brasileira, conhecida como Constituição cidadã, em face da densa disposição sobre direitos e garantias, ainda não conseguiu efetivamente concretizar seus mandamentos, em que a simbiose observada entre Constituição jurídica e realidade concreta sofre intensa interferência de fatores externos ao sistema quando a força normativa da Constituição não está densificada.

No entanto, uma das possibilidades de se equilibrar essa reciprocidade é proporcionar uma efetiva democracia em face de uma participação heterogênea num sistema de freios e contrapesos que imunize ao máximo as pessoas das conseqüências de discussões danosas.

Nesse contexto, o surgimento do Estado Democrático de Direito emergiu a tensão entre jurisdição e legislação, em virtude da politização da Constituição e da crise do direito legislado, e fomentou o debate em torno da Jurisdição Constitucional.

Portanto, a garantia de existência da República Democrática tem como condição instituições de controle, o que legitimaria a atuação da Jurisdição Constitucional, em que, no Brasil, STF seria o Órgão guardião da Constituição e seu intérprete na busca da melhor hermenêutica para concretizar direitos fundamentais, sendo estes juntamente com a democracia a base desse modelo de Estado.

Todavia, a complexidade das sociedades pós-modernas exige leis mais abertas para abranger um número mais amplo de situações fáticas, e é nesse *lôcus*, que os tribunais constitucionais atuam, através do fenômeno da jurisprudencialização para determinar a extensão dos mandamentos constitucionais.

Inserir-se no sistema da Jurisdição Constitucional, a súmula vinculante, processo recente na história do Brasil, uma vez que apenas foi regulamentada em 2006, e vem fomentando discussões na sociedade, em virtude da legitimidade de um órgão judicial ter o poder de editar, revisar e cancelar súmulas que têm efeito vinculante quanto aos demais órgãos judiciais, bem como à Administração Pública direta, indireta e em todas as esferas políticas.

Ademais, além da súmula vinculante a ser editada pelo STF, existe a PEC n. 358/05 que, se aprovada, possibilitará a edição de súmula vinculante pelo STJ.

Assim, os juristas adotam as mais variadas teses de legitimação das decisões judiciais, a depender da perspectiva da análise dessa construção, que de forma resumida e generalizante fazem parte de três grandes teorias: procedimentalistas, substancialistas e pluralistas, ressaltando as peculiaridades de cada tese que muitas vezes não se insere em nenhum dos grupos, ou em mais de um.

Dessa forma, necessário suscitar a reflexão sobre a legitimação da decisão judicial baseada em súmula, vinculante ou não, num Estado com fundamentos, dentre outros, na democracia e no Direito, relacionando questões como: princípio democrático, Constituição jurídica, realidade concreta, participação popular heterogênea, concretização dos direitos fundamentais, jurisdição constitucional.

4.2. Resgate do Princípio Democrático no Fortalecimento da Realidade Constitucional

Foi durante a Idade Média, na Europa, que surgiram os feudos, unidades econômicas, sociais e políticas, com certa autonomia, onde o senhor feudal exercia seu poder, fosse rei, papa, duque, etc., convivendo em relação de hierarquia, um marco para o encerramento do processo desenvolvido na Idade Antiga de regime escravista e patriarcal.

Entretanto, o detentor da terra dominava também o poder político na sua unidade de feudo, nisso se baseava o feudalismo, época em que ocorreram muitas lutas políticas entre o clero e o reinado, e no final da Idade Média o poder se tornou central, era o rei com o apoio da burguesia mercantil, contudo um governo absoluto, ou seja, acima de qualquer lei. Ao lado do absolutismo do rei, surge a teoria da soberania real, com o auxílio da força armada fortalecida pelo desenvolvimento de novos instrumentos, armas.

Assim, na transição da Idade Média para Moderna, surge o Estado como sociedade estabilizada pela soberania, Nacional por ter como base geopolítica a nação, Monárquico em face de sua forma de governo e Absoluto em virtude de seu regime político. Percebe-se que é a soberania que define o Estado, como afirmou Maquiavel, a sociedade política estável sob o poder soberano de um príncipe é o Estado, Barros (2007)¹⁹.

Contudo, como ressalta Almeida Filho, motivada pela práxis da época, Idade Moderna, a redução política do direito passou a localizar-se nos quadros de uma compreensão que buscava a essência do Direito e da Política, assim o Estado pretendia submeter a Política ao discurso jurídico, o que não ocorreu devido à instrumentalização que o parlamento burguês estabeleceu em relação ao Direito. Assim, a redução política do fenômeno jurídico aconteceu no cenário do Estado Liberal, em face da identificação entre Direito e Política (lei), Almeida Filho (2006, p. 28-29).

É esse Estado de base nacional surgido na Idade Moderna que existe até os dias atuais, mas tal modelo vem sendo superado no decorrer da Idade Contemporânea, em face da relativização da soberania observada no processo de formação de mercados comuns, blocos econômicos de países denominados de Comunidades supranacionais, pois, assim como ocorreu com os feudos que

¹⁹ Como ensina Sérgio Resende, antes da Idade Moderna não havia Estado, na Idade Média a sociedade política constituiu-se de feudos definidos pelo domínio político-territorial, na Idade Antiga, de pólis (a *civitas* romana): uma cidade e suas terras, definida pela capacidade de auto manter-se e autogovernar-se dos cidadãos, tal como explicou Aristóteles no início de suas considerações sobre a "Política". Assim, na história da civilização, a sociedade humana, depois que se tornou sedentária, teve três bases geopolíticas sucessivamente – a pólis, o feudo, a nação – constituídas e definidas respectivamente pela autarquia dos cidadãos, pelo domínio do senhor feudal e pela soberania do governante. Diferente do que ocorria na pré-história, onde a sociedade humana se constituiu de tribos, comunidades não sedentárias, sem apropriação da terra e, portanto, sem base geopolítica fixa, sociedades regidas por um rei, que não era absoluto, mas escolhido ou aceito segundo uma lei natural, por sua maior sabedoria, vivência, experiência de vida. (BARROS, Sérgio Resende. O Estado Democrático de Direito: Aspiração Constitucional ou Realidade Brasileira. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br>> Acesso em: 09 fev. 2007).

globalizaram em estados nacionais, estes estão se transformando em comunidades supranacionais, constituindo novas sociedades políticas.

Nesse contexto, Garcia, discorrendo sobre os universalistas (liberais) e comunitaristas no processo de mundialização econômica e redução dos espaços políticos dos cidadãos que antes, em nome justiça, puderam formular suas reivindicações, e a decomposição da sociedade civil, afirmou que ante este desvanecimento do Estado deve-se reconstruir as fórmulas éticas de convivência presididas pelos valores e princípios que inspiraram, nas suas origens, o Estado Democrático e Constitucional, Garcia (2006, p. 481, 483, 576).

Segundo este autor a grande questão reside em resolver como e onde a sociedade civil exercerá efetivamente seus direitos de cidadão, e afirma que a única possibilidade de renascimento da realidade constitucional é o resgate do princípio democrático.

Entretanto, vale lembrar a análise de Santos sobre a distinção histórica de Estado / sociedade civil, onde aponta três objeções para a crítica à diferenciação: trazer tal discussão no momento em que a sociedade civil reemerge do jugo estatal e vai se tornando autônoma; aceitando que a distinção é criticável, difícil seria encontrar uma alternativa logicamente possível, em face da vigência da ordem social burguesa; nas sociedades periféricas e semiperiféricas caracterizadas por uma sociedade civil fraca, pouco organizada e pouco autônoma, é politicamente perigoso salientar a distinção Estado / sociedade civil, Santos (2000, p. 121-123). Ao tempo em que apresenta objeções a crítica à referida distinção, também questiona como se explica a persistência de tal dicotomia apesar de suas contradições internas e permanentes de crises?

Outra dicotomia igualmente nociva mencionada por Santos é a econômica / política, uma vez que tal separação permitiu, por um lado, a naturalização da exploração econômica capitalista e, por outro, a neutralização do potencial revolucionário da política liberal, dois processos que convergiram para a consolidação do modelo capitalista das relações sociais.

Assim, afirma Agra que um dos principais motivos de enfraquecimento do aparato estatal, o que não significa seu desaparecimento, é o processo de globalização, no qual o Estado passa a funcionar em função da *lex mercatoria*, em que as necessidades econômicas afetam de forma bastante considerável o quadro

institucional de poder, fazendo com que as relações políticas sejam ditadas em sintonia com a necessidade de mercados, relegando os anseios populares a um papel secundário, retirando do Direito algumas de suas características principais: segurança e certeza, Agra (2006, p. 240).

Na Inglaterra do século XVII, iniciou-se a relativização da soberania, onde o rei passou a dividir seu poder político com os parlamentares e os juízes para conter o poder do governante, e por outro lado concretizou direitos escritos para garantir seu poder. Pelas suas peculiaridades, o ajuste dos usos e costumes às necessidades do momento histórico, a Inglaterra gerou instituições políticas tão eficientes que serviram de modelo para a Europa continental e para os países do ocidente, o que muito influenciou na radicalização da divisão de poderes e no rol de declarações de direitos inseridas em textos escritos chamados de Constituição, através dos processos históricos da Revolução Francesa e da Revolução de Independência dos Estados Unidos.

Segundo Barros (2007), alguns doutrinadores afirmam que a Constituição passou a ser escrita em um código superior, formal e rígido, para organizar mais racionalmente o Estado, porém adverte que o valor diretivo, o vetor axiológico, que motivou e orientou a escrita da constituição não foi organizar o Estado, mas garantir a liberdade individual, concebida como absoluta prerrogativa do indivíduo, só limitável mediante uma lei igual para todos em função do interesse comum, capaz de se opor ao Estado absoluto.

Assim, é que a liberdade individual foi o valor fundante de um novo tipo de Estado que, substituiu a autoridade da lei a do rei, submetendo todos os indivíduos ao Direito, o Estado de Direito, que num primeiro momento histórico, continha um regime político consequência da ideologia do liberalismo, sendo então conhecido por Estado Liberal de Direito.

Nessa perspectiva o Estado de Direito aparece historicamente como Estado Constitucional, em que toda e qualquer lei se submete à Constituição, fundamento de toda a ordem jurídica.

Além das revoluções já citadas, outras liberais que surgiram em seqüência, apesar de terem concretizado a Constituição do Estado Nacional em um código rígido, formal, com ênfase na separação de poderes, e a declaração de direitos, não

foi suficiente para garantir os indivíduos contra o arbítrio do governante, mesmo com a soberania relativizada.

Mas, a insuficiência da separação dos poderes e a declaração dos direitos, em virtude da lei elaborada pelo poder legislativo representante de um povo que visa o interesse comum, normalmente infringir a própria Constituição, e assim não garantir a liberdade individual, então foi desenvolvida uma técnica na tentativa de garantia da própria Constituição, o controle de inconstitucionalidade das leis. Assim, a partir da necessidade de garantir liberdade pela Constituição, também surgiu a necessidade de garantir a Constituição pelo controle de constitucionalidade.

A possibilidade de infringência à Constituição, foi tratada por Alexander Hamilton no número 78 de “O Federalista”, associando a Constituição ao interesse do povo e a lei inconstitucional ao mero interesse dos agentes do povo, conforme Barros (2007).

Concluiu Alexander Hamilton que a interpretação das leis é uma província própria e peculiar das cortes e que uma constituição é, de fato, e deve ser considerada pelos juízes uma lei fundamental, cabendo a estes verificar o significado dela, assim como o de qualquer lei, e então se houver discordância irreconciliável entre ambos, a Constituição deve ser preferida à lei: a intenção do povo à intenção dos seus agentes.

Ressalta Comparato que o princípio da participação implica na realização mais completa de soberania popular, assim soberano é o povo, não apenas em época de eleição, mas e principalmente quando exercem sua cidadania em funções públicas no interesse coletivo, contudo quem seria esse povo? Segundo o autor, o povo não é uma noção simples e unitária, não é uma coleção de indivíduos iguais entre si, mas um conjunto complexo de classes, raças, clãs, estamentos, grupos religiosos, cuja influência depende do momento histórico, e a atribuição de poder a essa unidade global e abstrata, através do voto majoritário, mais esconde do que revela a realidade do poder efetivo na sociedade, Comparato (1989, p. 70, 127).

No início da era do controle de constitucionalidade das leis na prática americana que significava o meio de garantir a intenção do povo, a Constituição e em consequência a garantia da liberdade, foi observada no caso *Marbury versus Madison*.

Foi na decisão deste conflito que ficou estabelecida a autoridade e a responsabilidade da Suprema Corte dos Estados Unidos, assim como das cortes federais, e assegurou ao judiciário federal esse importante papel de coordenar Poderes do governo quanto a sua fidelidade à Constituição, ou seja, a possibilidade de eliminar atos inconstitucionais, *null and avoid*, como dispôs o Chefe de Justiça John Marshall: "... se, então, as cortes consideram a Constituição, e a Constituição é superior ao ato ordinário do legislativo, a Constituição, e não aquele ato ordinário deve ser aplicado ao caso em que ambas se aplicam", Fine (2006).

Portanto, observa-se que a relativização da soberania ocorreu a partir do momento em que o Estado sai da fase absolutista e o Estado Liberal de Direito se constituiu formalmente, por escrito, o que não houve na Inglaterra, que se deu com os usos e costumes constitucionais.

Assim, o Estado Democrático de Direito é o ápice jurídico da evolução do Estado Liberal para o Estado Social de Direito, cujos direitos a serem alcançados são os de terceira geração, e o vetor, os direitos humanos, são também baseados em deveres de todos, deslocando parte da responsabilidade estatal.

Todavia, conforme ressalva Carducci, a idéia de "transição constitucional" cria um jogo semântico em volta das palavras, antes mesmo de afetar os conceitos do constitucionalismo ocidental, e assim falar em "transição até a democracia" nos países do terceiro mundo já é uma imposição de modelo, o que pode ocorrer neste caso é se considerar apenas a forma precária do anseio de participação, de liberdade, de representação daquele modelo, e essa dimensão de incerteza e contingência inclui, ao invés de excluir, a necessidade de democracia, Carducci (2006, p. 73).

Ressalta Streck a existência de três barreiras à plena implementação do novo paradigma representado pelo Estado Democrático de Direito: a teoria positivista das fontes vem a ser superada pela Constituição; a velha teoria da norma cederá lugar à superação da regra pelo princípio; e o velho *modus* interpretativo subsuntivo-dedutivo fundado na relação epistemológica sujeito-objeto, vem a dar lugar ao giro lingüístico-ontológico, fundado na intersubjetividade, Streck (2006, p. 224).

Dessa forma, afirma o autor, pode-se dizer que no Brasil o novo constitucionalismo, o qual exige nova teoria das fontes, nova teoria das normas e um novo modo de compreender o Direito, ainda não aconteceu.

Entretanto, deve-se levar em consideração que, historicamente, as normas foram escritas não para opor direitos aos governantes, mas para opor direitos aos governados, pois enquanto a relação de governo foi dominada pela necessidade de expandir o poder, a âncora da governabilidade foram os deveres e penas impostos ao governado e não direitos e garantias opostos ao governante, que apenas sobrevieram quando a necessidade predominante passou a ser a de conter o poder, Barros (2003, p. 156-157).

Nesse contexto, a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, conforme dispõe o art. 1º de sua Constituição Federal, mas como bem observa Barros (2007), embora tenha sido escrita pelo Constituinte com o verbo no indicativo presente, essa afirmação não é uma realidade, é um desejo do povo brasileiro que ainda está por ser satisfeito, pois somente se realizará quando todos os direitos fundamentais, inclusive os políticos, estiverem convertidos em direitos humanos difusos, integrais, recíprocos, solidários.

Esses direitos fundamentais são verdadeiros direitos para todos que, por serem apoiados nos deveres que lhes sejam correspondentes, possam assim, quanto à titularidade, sujeitar todos os indivíduos da espécie humana e, quanto ao objeto, apreender todos os valores da dignidade humana, sendo esta a valorização das condições em que o ser humano nasce e se desenvolve no seu processo histórico-social, e assim valores fundantes da espécie humana.

Desse modo, Piovesan (2006, p. 112) em análise às perspectivas da justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos na experiência brasileira, afirma que após vinte e um anos de regime autoritário, objetiva a Constituição resgatar o Estado de Direito, a separação dos Poderes, a Federação, a Democracia e os direitos fundamentais, à luz do princípio da dignidade humana, pois este valor, fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, da Constituição brasileira), é o núcleo básico e informador de todo ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação do sistema constitucional.

Segundo Agra (2005, p. 12-17) não se pode conceber uma república sem a presença de um regime democrático, e as principais características do Republicanismo, teoria de forma de governo, são: a negação de qualquer tipo de dominação, defesa e difusão das virtudes cívicas, estabelecimento de um Estado de Direito, construção de uma democracia participativa, incentivo ao autogoverno dos

cidadãos, implementação de políticas públicas que atenuem a desigualdade social, através da efetivação da isonomia substancial.

Dessa forma, o referido autor traz a discussão de que é a recuperação do sentido ético de participação política, em que os órgãos políticos deveriam pautar suas escolhas por parâmetros substanciais, estabelecendo um apelo às virtudes cívicas que remodela as relações sociais, firmando-as sob o manto da liberdade, igualdade, autogoverno e respeito à *res publica*.

Assim, no processo, o princípio democrático se revelaria na oportunidade de participação igualitária das partes, através da concretização dos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal, da segurança jurídica, da igualdade, da razoável duração do processo.

4.3. Sistema de Freios e Contrapesos e Espaço Público para uma Participação Popular Heterogênea

Se existe essa reciprocidade entre Constituição e realidade, importante então o princípio democrático, como forma de legitimidade da própria Constituição, pois a principal característica da democracia é a participação popular, seja de forma direta ou representativa, e nessa seara instigante a análise realizada por Sunstein (2006, p. 71-73) a partir da democracia deliberativa americana, que combina a reação popular com um alto nível de reflexão e o intercâmbio entre pessoas com pontos de vista concorrentes.

Ademais, a deliberação do enclave é, simultaneamente, um perigo em potencial para a estabilidade social, uma fonte de fragmentação social ou mesmo de violência, e um abrigo contra a injustiça social e a insensatez, que pode ser observada a partir da análise da polarização grupal.²⁰

Assim, a deliberação do grupo tanto pode desenvolver opiniões omitidas injustamente, como extremismo injustificado, e um fator que pode limitar tais extremos seria o planejamento das instituições a fim de assegurar que a causa da

²⁰ Polarização grupal, segundo Sunstein, e ressaltando outras conotações doutrinárias, é o deslocamento de um grupo de deliberação, quando requisitado em grupo a decidir, em direção a um ponto mais extremo no sentido indicado pelo julgamento pré-deliberativo médio. Além de polarização, utiliza o termo radicalização grupal.

polarização grupal seja antes por força dos argumentos, do que pela dinâmica social que pode causar a polarização grupal, sendo apontadas por outros autores com frequência a comparação social e os argumentos persuasivos, caso contrário a consequência poderia ser a difusão de um erro e a fragmentação da sociedade.

Refinando as questões da dinâmica social causadora da despolarização grupal, Sunstein ressalta duas observações que entende relevantes: se as pessoas se consideram parte de um mesmo grupo social, assim como os outros membros; os grupos de deliberação irão tender a despolarizar se forem formados por subgrupos igualmente opostos ou se os membros possuem um grau de flexibilidade em suas posições.

Alerta Sunstein (2006, p. 74) que apesar do termo “polarização grupal” ser padrão, se torna enganoso uma vez que não foi criado para sugerir que membros do grupo irão se deslocar para pólos, nem se refere a um aumento de variação entre grupos, embora seja este seu resultado.

Portanto, sendo característica essencial a suscetibilidade individual e o planejamento institucional, uma tarefa primordial para o planejamento constitucional é impossibilitar que ocorram movimentos de opiniões não justificados adequadamente dentro dos grupos, ou que tais deslocamentos não sejam em função de impedimento arbitrário ou ilegítimo sobre a diversidade de argumentos disponíveis.

Nesse contexto, defende Sunstein (2006, p. 93) um sistema de freios e contrapesos, cujo objetivo seria proteger as pessoas contra consequências de discussões grupais potencialmente danosas. Seria assegurar a heterogeneidade apropriada, pois o necessário não é se permitir que cada opinião seja ouvida, mas que nenhuma opinião isolada seja amplamente difundida, impedindo que as pessoas realizem uma análise crítica da razoabilidade dos argumentos.

Da necessidade da participação da sociedade na deliberação dos enclaves é que Habermas defende a criação de espaços públicos, para que impossibilite nas palavras de Sunstein (2006, p. 95) o isolamento dos membros do enclave daqueles com opiniões opostas, e dos que estão fora dele.

Pelo exposto, observa-se a necessidade de fiscalização entre os três poderes, entretanto isso não significa usurpação de funções típicas, ou ingerência de um poder sobre o outro, bem como a essencial participação da sociedade nas

discussões para edição de súmulas sejam vinculantes ou não, tendo em vista que por ocasião de uma matéria está em pauta para se tornar um enunciado é pelo fato de que aquele fato já foi amplamente discutido no âmbito do judiciário e precisa ter seu entendimento uniformizado.

Entretanto, em face de haver um número restrito de legitimados para propor a edição, revisão e cancelamento de um enunciado, deve-se levar em consideração a importância de abrir espaço para debate mais amplo com participação de maior representatividade da sociedade, contemplando diversos seguimentos.

Por outro lado aos Tribunais Superiores é possível intervir nos demais poderes naquilo que está expresso na Constituição, que vai legitimar os atos nela previstos, mas sempre com a devida cautela para não exorbitar na sua função de intérprete final da lei ou da Constituição, conforme o caso.

Nesse contexto, para ilustrar o grau de complexidade pragmático que emerge dessa situação, pode-se citar dois casos recentes: fidelidade partidária (proibição de candidatos eleitos mudarem de partido a meio do mandato) e a greve dos servidores públicos (aplicação da lei dos servidores privados aos servidores públicos), em que o STF atuou como verdadeiro legislador em nome de seu papel de intérprete e de guardião da constituição, e no caso específico de preencher lacunas da lei.

Sobre tais episódios, Mayer (2007, p. 11) levanta algumas questões: qual seria o significado de tal conduta? Que repercussões jurídicas poderão ocorrer se introduzida essa nova práxis no ordenamento jurídico nacional? Ao aceitar também a posição de legislador, o STF não estaria introduzindo no país o governo dos juízes? Tal comentário se deve em face do princípio da separação de poderes em que repousa a Constituição brasileira.

4.4. Concretização dos Direitos Fundamentais como Elemento Legitimador da Jurisdição Constitucional

Considerando que a Constituição brasileira de 1988 foi desenvolvida com participação em debates (espaços públicos) de diversos segmentos da sociedade (heterogeneidade dos partícipes), pode-se considerar que a Assembléia Constituinte desta, dentro desse processo aberto e pluralista, deixou um legado de legitimidade da sua realidade jurídica.

Assim, a supremacia da Constituição ultrapassou as barreiras de ser vista apenas pelo aspecto do controle constitucional ou garantia da liberdade individual, pois com as Constituições democráticas do século XX, assumem também o papel de norma diretiva fundamental, que dirige aos poderes públicos e condiciona os particulares de tal maneira que assegura a realização dos valores constitucionais, Streck (2004, p. 101-107).

Ademais, ao lado da significação geral comum a todas as Constituições, a jurisdição constitucional também adquire uma importância especial, que varia de acordo com os traços característicos da Constituição considerada, relevância esta de primeira ordem para a República democrática, com relação à qual as instituições de controle são condição de existência, Kelsen (2003, p. 181).

Contudo, observa Streck que o surgimento do Estado Democrático de Direito trouxe implícito a problemática da tensão entre Jurisdição e legislação, em face da politização da Constituição, em que torna imprescindível a discussão acerca do tipo de Jurisdição Constitucional adotada em cada país.

Dá se afirmar que a legitimidade da atuação da justiça constitucional está no caráter existencial do Estado Democrático de Direito, baseado nas democracias surgidas após a segunda guerra mundial, cuja principal preocupação com os direitos fundamentais podem ser confirmadas nos textos constitucionais, em que a democracia e tais direitos passam a ser os sustentáculos desse novo modelo, que não admite retrocesso, Streck (2004, p. 112).²¹

Sobre o princípio da proibição do retrocesso, no que se refere à vinculação do legislador (nos programas de cunho social e econômico) imediata à Constituição e mediata à garantia da dignidade da pessoa humana, Sarlet (2006, p. 445-448) salienta que um dos principais desafios é a adequação da hierarquização entre o direito à segurança social jurídica (direitos já implementados) e a igualmente fundamental necessidade de, em prol do interesse comunitário, promover ajustes que comprovadamente se fizerem imprescindíveis, em face da possibilidade de mudanças constitucionalmente legítimas correspondentes às necessidades da sociedade.

Assim, Mendes (2006, p. 469) afirma que o desafio do Supremo Tribunal Federal é buscar o equilíbrio institucional, a partir de procedimentos que permitam a

²¹ Ver a teoria do “*entrenchment*” em MOURA, Walber Agra de. A Reconstrução da Legitimidade do Supremo Tribunal Federal: Densificação da Jurisdição Constitucional Brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

conciliação entre as múltiplas expectativas de efetivação de direitos com uma realidade econômica diversa, que alguns autores denominam de pensamento do possível ou o próprio limite do financeiramente possível.

Entretanto, alerta Queiroz (2005, p. 211) que quando existe um direito, este, se mostra em princípio justiciável, mas no caso dos direitos de natureza econômica e social a justiciabilidade encontra-se dependente de uma configuração jurídica particular do legislador, assim é que a “reserva do possível”, no sentido daquilo que o indivíduo pode exigir da sociedade, não tem como consequência a ineficácia jurídica, mas a necessidade de ponderação.

A partir também de tais expectativas, surgiu o modelo de justiça constitucional introduzido pela Áustria e seguido pela Itália, Portugal, Espanha e Alemanha que influenciou bastante a de outros países, principalmente esta última no que se refere à eficácia dos direitos fundamentais e dos mecanismos interpretativos que embasam as teses de força normativa da Constituição e seu caráter dirigente, ressaltando também a importância do ativismo judicial da Suprema Corte dos Estados Unidos. No Brasil as maiores influências advieram dos modelos alemão, nos últimos quinze anos, e americano, no seu nascedouro.

Conforme afirma Baracho Júnior (2006, p. 215), a Jurisdição Constitucional no Brasil sofreu uma influência marcante na sua formação, do modelo americano, em que Rui Barbosa, que já defendia a criação de um tribunal supremo, realizou profundos estudos sobre o Direito Constitucional, enfatizando a adoção dos princípios republicano e federativo, e a jurisdição constitucional americana, que colocava os direitos fundamentais (individuais) ao centro, onde o princípio da separação dos poderes (segundo o pensamento de John Locke) e o princípio federativo (James Madison) seriam apenas garantias gerais aos direitos fundamentais.

Nesse contexto, o processo de aproximação com o modelo alemão, auxiliado pelo fortalecimento do controle abstrato previsto na Constituição de 1988, ocorreu em 1993 com a Emenda Constitucional n. 3 que introduziu a ação declaratória de constitucionalidade (ADC ou ADECON) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) no ordenamento brasileiro.

Assim, seguindo duas orientações que em muitos pontos se contrapõem (alemã e a americana) é que a jurisdição constitucional do Brasil se tornou peculiar,

de forma mista, agregando tanto o controle difuso de constitucionalidade, realizado por qualquer juiz ou órgão judicial, dentre eles o STJ, inclusive o STF que funciona como órgão judicial de última instância, como o controle abstrato concentrado realizado apenas pelo STF, em sua função de Corte Constitucional, o que causa muitas críticas em reunir num único órgão duas funções, por muitos, entendidas como dissociáveis: a jurídica e a política.

Oliveira. M. A. C. (2006a, p. 203) defende a recuperação crítica do que ele chama de intuição normativa, já presente na jurisprudência do STF, quanto à distinção Direito-Política, que seria o reconhecimento de que, embora a Constituição articule, de forma complexa, questões políticas (éticas, morais e pragmáticas) e jurídicas, deve-se compreender tal articulação do ponto de vista normativo, constitucionalmente adequado ao Estado Democrático de Direito, de tal forma que a proteção dos direitos não fique prejudicada por razões de Estado.

Acrescenta o autor que, apesar disso, o judiciário não deve assumir erroneamente o papel de poder constituinte permanente, ao confundir “argumentos de princípios” com “argumentos de política” (Dworkin), nem “normas com valores” (Habermas), como também não deve abdicar de sua autoridade democraticamente legitimada, cedendo à vontade política dos demais poderes ou render-se, de modo não mediatizado institucionalmente, a uma opinião pública informal.

Assim, Streck (2004, p. 833) ressalta o problema acarretado pela implementação, no Brasil, de um controle difuso originário do *common law* em um sistema calcado no *civil law*, em que não havia um correspondente mecanismo para conceder o efeito *erga omnes* (*stare decisis*) às decisões de inconstitucionalidade de leis.

Nesse contexto, o autor faz uma crítica ao critério para aferir a correção de uma súmula que não pode advir do fato de ser aplicada ou aceita pelos juízes ou tribunais, como no caso da súmula impeditiva de recurso a ser editada pelo STJ, em trâmite através da PEC 358/05, prevista sem efeito vinculante através do § 1º do art. 518 do CPC que se pauta nas súmulas clássicas, mas sim da análise das condições de possibilidade que tem os Tribunais Superiores de editar súmulas, Streck (2004, p. 853-855).

Assim, pode-se afirmar que no sistema jurídico brasileiro a vinculação sumular reforça o poder de auto-reprodução, fechando o sistema, o que difere de

uma adequada hermenêutica que deve buscar uma perspectiva produtora de sentido e não reprodutora.

Entretanto, como bem salienta Agra (2006, p. 239), apesar da expansão jurisdicional ser relativamente recente, o princípio da exclusividade da produção normativa do Legislativo não foi considerado absoluto, nem mesmo nos países do *civil law*, no ápice do positivismo jurídico, em que a principal oposição enfrentada foi o *jusnaturalismo* que acreditava em leis imanescentes à natureza humana sendo desnecessária a criação de lei por aquele poder.

Portanto, nessa linha de pensamento pode-se argumentar que não se deve almejar resolver problemas do sistema judiciário buscando apenas efetividade quantitativa, como desafogá-lo em relação a quantidade de recursos permitidos, pois se o fundamento é perseguir celeridade processual, alçado com a EC 45/04 a direito fundamental, tem-se à disposição outros instrumentos processuais que se efetivamente aplicados poderiam servir como filtros, evitando a formação de inúmeros processos e recursos, porém sem impossibilitar as manifestações de instâncias judiciais inferiores impingindo decisões universalizantes, ou se ampliar a legitimidade de propositura para edição, revisão e cancelamento de tais enunciados, vinculantes ou não, a fim de gerar largo debate pelos diversos seguimentos da sociedade, legitimando o ato do órgão judicial respectivo incubido pela confecção do enunciado, pois legalidade já haveria pela expressão do próprio texto constitucional que é um documento de alto teor democrático.

Confirmando tal entendimento sobre a celeridade, argumentam Cappelletti e Garth (1988, p. 161-163), que a pressa em garantir nem sempre corresponde à certeza da garantia. As próprias reformas processuais que se destinam a destruir obstáculo ao acesso à justiça podem criar outras barreiras.

Referem-se aos limites e riscos do enfoque de acesso à justiça: as reformas judiciais e processuais não são substitutos suficientes para as reformas políticas e sociais; as reformas não podem (e não devem) ser transplantadas simploriamente de seus sistemas jurídicos e políticos; a existência do risco de que procedimentos modernos e eficientes abandonem as garantias fundamentais do processo civil.

Agra (2006, p. 242-252) faz um mapeamento das causas das crises enfrentadas pelo Estado Democrático, Constituição e legitimidade da Jurisdição Constitucional, ressaltando suas possíveis soluções.

Assim, a crise do regime democrático ocorre em face de uma ausência de legitimação popular, pela impossibilidade de resposta às demandas da sociedade, cuja solução seria a participação da população nas decisões políticas e a substancialização dos direitos fundamentais, outorgando maiores prerrogativas à Jurisdição Constitucional para tal intento.

Tal crise acarreta forte impacto no Direito e no papel desempenhado pelas Constituições e em suas principais características, supremacia constitucional, imutabilidade relativa, suprallegalidade, em face de: sua impossibilidade de atender às exigências das demandas sociais o que exigiria sua renovação constante, gerando desordem nas relações sociais; a ineficácia dos seus dispositivos; o arrefecimento de sua supremacia em face da pluralidade de instituições com poderes normativos; o processo de globalização exigindo adequação das normas constitucionais às ditadas por órgãos estranhos à soberania nacional.

A crise da Jurisdição Constitucional, realizada no Brasil por todo e qualquer juiz ou órgão judiciário, refletindo-se de forma mais contundente através do controle de constitucionalidade através das ações diretas, mas também através da busca pela uniformização e vinculação para uma maior segurança jurídica, bem como concretização do princípio constitucional da igualdade e da razoável duração do processo, surge como reflexo do direito legislado, e se torna mais evidente quando suas decisões tomam uma densidade política mais ampla, realizando além de controle de constitucionalidade, exigências sobre determinadas posturas de outros poderes.

Assim, a solução para crise do Estado Democrático de Direito, seria a densificação da legitimidade da Jurisdição Constitucional, através da concretização dos direitos fundamentais, conforme Agra (2006, p. 242-252), que no processo se revela através da participação igualitária e efetiva das partes.

4.5. (I) Legitimação pelo Procedimento da Súmula

4.5.1. Sentido de Legitimidade e Jurisprudencialização

O sentido de legitimidade a ser adotado não é apenas o formal, de formação de consenso social, aceitação da sociedade das justificações normativas, apesar de saber que tal fato não ocorre apenas levando em consideração o aspecto jurídico, pois este não pode ser dissociado do contexto histórico, político, cultural e econômico, mas legitimação resultado da participação, da influência qualitativa dos participantes na construção da decisão.

Assim, numa sociedade em que as decisões judiciais vão alcançando patamares de grande relevância como fonte de direito, necessária é a tutela dos mandamentos constitucionais como garantia da força normativa da Constituição, e para construção de uma democracia participativa, densificando a legitimidade da jurisdição constitucional, que pode ser realizada por qualquer órgão judiciário, Agra (2005, p. 154).

As estruturas representativas da sociedade sofrem o impacto de uma tensão constante entre a Jurisdição Constitucional e o regime democrático, em face da ampliação da esfera de atuação estatal, tendência da atual fase do Estado Democrático. Alega-se a redução do espaço das decisões políticas em face do desenvolvimento das decisões da jurisdição constitucional, uma vez que os componentes desta não foram eleitos pelo povo e nem se submetem à vontade popular, não representam a soberania popular.

Dessa forma, o que ocorre é a ocultação da tensão entre a função fiscalizadora da jurisdição constitucional e de legislar do legislativo, bem como dos princípios da suprallegalidade constitucional e do princípio majoritário, estes últimos construtores da soberania popular.

Todavia, como afirma Agra (2005, p. 109, 111, 117), a jurisdição constitucional não é intrinsecamente contrária ao regime democrático, seu funcionamento, tomando como parâmetro a Constituição e os direitos fundamentais, auxilia no fortalecimento da participação popular nas decisões políticas e estimula a

consolidação da democracia, e, sendo a cidadania parte dos direitos fundamentais, e estes serem uma das bases da legitimação da jurisdição constitucional, constituem pressupostos entre si a Constituição e a participação política dos cidadãos.

Segundo o autor, essa tensão entre jurídico e político poderia ser arrefecida pela revalorização da supremacia das normas constitucionais, especificação do conteúdo mínimo dos direitos fundamentais e por sua consolidação por intermédio do *entrenchment*²², entretanto os dois se completam e estão intrinsecamente relacionados.

Com a complexidade social existente hoje, não há como a produção legislativa acompanhar suas demandas, até porque causaria muitas contradições nos conteúdos e insegurança sobre a vigência de determinada norma.

Assim, no intuito de atender um número mais amplo de situações, as leis estão sendo produzidas cada vez mais abertas, e em vista disso os tribunais possuem um espaço maior de atuação, fenômeno conhecido como jurisprudencialização da tutela constitucional, cuja função é determinar a extensão dos mandamentos constitucionais, Agra (2005, p. 122-125).

Portanto, um dos motivos do fortalecimento do poder normativo dos juízes é o enfraquecimento do Legislativo na sua produção legislativa, no entanto tal situação deve ser analisada com bastante cautela, pois apesar da função fiscalizadora e protetora da Constituição, e de possibilitar a adequação das normas à dinâmica realidade social, sem necessidade de reformas constitucionais, o judiciário não é representante do povo (soberania popular), não tem função específica de criar leis (divisão de poderes), e assim carece, nesses aspectos, de legitimidade, além da necessidade de limites de atuação muito bem definidos para não provocar insegurança jurídica em detrimento inclusive do princípio da legalidade.

Assim, Agra menciona alguns limites que impedem a jurisdição constitucional ocorrer de forma arbitrária: a doutrina do *self-restraint*, os atos *interna corporis* e a proibição de apreciação de atos que versem sobre *political question*, todos relacionados ao princípio da separação dos poderes e a supremacia constitucional,

²² Segundo Walber Agra, o *entrenchment*, proibição do retrocesso, princípio do não retorno da concretização, é uma teoria da densidade suficiente ou do conteúdo mínimo que deve ser concebida como entrincheiramento dos direitos fundamentais, em que as prerrogativas dos cidadãos são fixadas em determinada intensidade, e esta é protegida para que sua eficácia não se torne cambiante de acordo com variáveis sociais. (AGRA, Walber Moura. A Reconstrução da Legitimidade do Supremo Tribunal Federal: Densificação da Jurisdição Constitucional Brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 300)

contudo ressalta que tanto os atos *interna corporis* quanto o *political question* não podem existir quando causem danos a direitos fundamentais, à cidadania²³.

Dessa forma, a jurisprudencialização surge como uma necessidade para possibilitar a prestação jurisdicional tempestiva, bem como objetiva trazer uniformidade e segurança jurídica, em que a atuação dos Tribunais Superiores (STJ e STF) em face de súmula pode ser legitimada quando, além de cumprir os requisitos normativos constitucionais, seja precedida de amplo debate na sociedade, e se destine a concretização de mandamentos constitucionais.

4.5.2. Legitimidade do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça em Face da Súmula

A súmula surge através de um método indutivo, a partir de suas premissas particulares (casos concretos) se chega a conteúdos universalizantes (súmulas), mas abstraindo-se tais particularidades.

Ademais, o efeito vinculante que pode ser atribuído a alguns enunciados do Supremo Tribunal Federal, em trâmite a PEC 358/085 que estende para o Superior Tribunal de Justiça, foi criado pela EC n. 45/04 e regulamentado pela Lei n. 11.417/06, e segundo a doutrina representa uma forma de percurso entre o concreto até o abstrato generalizante (efeito *erga omnes*).

Dessa forma, sua legitimidade ativa está prevista na CF, e com a ampliação prevista na Lei n. 11.417/06 acrescentam-se os tribunais e os municípios, mas estes últimos, se parte de processo em curso, bem como a súmula seja proposta incidentalmente e seu objeto pode ser a interpretação e eficácia de uma determinada norma (art. 103-A, § 1º da CF), mas sua atuação principal é o de

²³ Segundo o autor a doutrina *self-restraint* busca conter o *judicial activism*, defendendo uma ética de autocontrole do órgão que tem prerrogativa de exercer a jurisdição constitucional, em que este deve se autolimitar ao enunciado dos dispositivos constitucionais. Os atos *interna corporis* são os proferidos por autoridades no exercício regular de sua competência, com a finalidade de produzir efeitos no âmbito interno de órgãos ou entidades. O *political question* seria atos políticos ou atos de governo, mas o tema não pacífico, pois considerado conceito indeterminado ficando a cargo da doutrina e da jurisprudência determiná-lo. Assim, José Adércio Leite Sampaio menciona quatro critérios para definição de tal conceito: competência privativa, ausência de parâmetro normativo, o interesse perseguido seja transcendente, e não ocorra nenhuma afronta aos direitos fundamentais. (AGRA, Walber Moura. A Reconstrução da Legitimidade do Supremo Tribunal Federal: Densificação da Jurisdição Constitucional Brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 135-140).

declarar a validade de determinada norma constitucional, pois a previsão é que verse sobre matéria constitucional, e não se restringe a dispositivos constitucionais.

Assim, a fim de demonstrar tal tendência, segue adiante dois dos oito enunciados editados pela Comissão de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que deverão ser analisados pelo presidente da comissão, ministro do STF, e após serão apreciados pela presidente do Supremo, posteriormente seguem para análise do procurador-geral da República e só vigoram, depois de aprovadas por pelo menos oito dos onze membros do plenário do STF:

- ⇒ Enunciado 1: “Ofende a garantia constitucional do ato jurídico perfeito a decisão que, sem ponderar as circunstâncias do caso concreto, desconsiderar a validez e a eficácia de acordo constante do termo de adesão instituído pela LC nº 110/01.”
- ⇒ Enunciado 2: “É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual que disponha sobre loterias e jogos de bingo, *site* STF (2007)”.²⁴

Então, em virtude da amplitude universal de sua incidência, o conteúdo da súmula não deve representar um pensamento imediato e isolado dos Tribunais Superiores, e será mais legítimo na medida em que conseguir proporcionar a maior maturação ao longo do tempo e das demais instâncias judiciais, e o maior acesso dos diversos seguimentos da sociedade às discussões que deverão ser implementadas previamente, ou seja, criar um *locus* público que possa efetivamente influir no pensamento do respectivo tribunal, Tavares (2007, p. 15).

Dessa forma, importante verificar qual a legitimidade do órgão que exerce o poder de editar, revisar e cancelar súmulas, sejam clássicas ou vinculantes para os demais órgãos judiciais e a Administração Pública, exercendo o papel de fonte normativa, uma vez que sua composição, pelo menos de forma direta, não tem origem na vontade popular, diferentemente dos Poderes Executivo e Legislativo.

Tal legitimidade poderia ser justificada pela concretização das normas constitucionais, uma vez que a Constituição é fruto de uma Assembléia Constituinte, ápice da soberania popular, contudo como ressalta Cláudio Pereira Souza, a dimensão de validade da norma, mesmo que constitucional não é suficiente para justificar as decisões para a sociedade, pois elas devem ser aceitas de forma

²⁴ Informações contidas no *site* do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 01 mar 2007.

espontânea pelos seus destinatários, cuja legitimação pode vir através da racionalidade do ordenamento jurídico, Agra (2005, p. 145-146).

Entretanto, mesmo que a legitimidade não seja aferida através de mecanismos tradicionais da democracia participativa, segundo Agra ela pode ser construída na medida em que o poder judiciário concretiza mandamentos da Constituição, principalmente direitos fundamentais, garantindo expectativas da população, sedimentando no inconsciente da sociedade a simbologia de sua eficácia.

Assim, Agra aponta dois importantes aspectos para possibilitar a reconstrução da legitimidade da jurisdição constitucional: a escolha dos membros dos Tribunais Superiores deve permitir a participação do maior número possível de forças políticas, a fim de refletir o pluralismo social, bem como suas decisões devem ter bem definidos parâmetros jurídicos, garantindo segurança e previsibilidade, requisitos essenciais para concretizar as estruturas normativas.

Mas, se a legitimidade da atuação de um órgão tem como escopo o exercício de suas atividades nos parâmetros previamente estabelecidos pela Constituição e sem tolher o exercício dos demais poderes, se conclui que a inserção da súmula vinculante na Constituição a legitima quanto ao primeiro escopo, mas em relação ao segundo permanece o conflito com o princípio também constitucional da separação dos poderes, caso sejam observadas exorbitações por parte do Poder Judiciário quando no exercício de seu papel constitucional se imiscuir em questões internas a outros órgãos.

Observa-se que a súmula clássica possui uma de suas perspectivas vinculante, pois apesar de seu poder apenas persuasivo, de orientação, sem vincular a decisão do juiz caso seja contrário a súmula, possui efeito vinculante quando o pensamento do juiz é convergente com o entendimento nela disposto.

Contudo, Dimoulis faz uma crítica ao fato das leis serem elaboradas por políticos e não juristas, em que estes estudam o direito, mas não podem criar, e então se indaga por que é preferível colocar tal encargo nas mãos de quem, em princípio, não teria qualificação técnica para tal, e a resposta é o resultado histórico das grandes revoluções ocorridas nos séculos XVIII e XIX, quando vários povos do mundo, liderados pela classe burguesa, decidiram abolir o monopólio jurídico dos

juízes e advogados, considerando que o direito deveria ser criado pelo próprio povo, Dimoulis (2006, p. 54).

No Brasil, a influência adveio do *Civil Law* que em regra geral o precedente judicial não tem força normativa, em face da relevância do princípio da legalidade, hoje se insere num misto que se aproxima, assim como uma tendência mundial, do sistema do *Common Law*, onde prevalece o *stare decisis*, cujo precedente judicial é uma das principais fontes de direito.

Assim, a jurisprudencialização com efeito vinculante pode ser observada no Brasil, inicialmente através do STF, Órgão de último grau de recurso, que também funciona como Tribunal Constitucional, após a EC 45/04, e a sua regulamentação através da Lei 11.407/06, que dispõe sobre a súmula e sua força vinculante sobre os demais Órgãos do poder judiciário e à Administração Pública, porém como a maioria dos institutos que nascem como exceção e se tornam regra, possivelmente se estenderá a súmula editada pelo STJ, cuja PEC 358/05 tramita no Congresso Nacional.

Nesse contexto, Agra (2005, p. 146) afirma que tal fenômeno pode servir de instrumento para o esvaziamento da Constituição, mas também pode ser fator de densificação de sua legitimidade, se for balizado por elementos de natureza substancialista, concretização dos direitos fundamentais, sendo elemento integrador entre as esferas política e jurídica.

Assim, o mais relevante é assegurar que a judicialização esteja amparada nos dispositivos constitucionais, qualquer atividade dos tribunais superiores, e mesmo do judiciário como um todo, seja adstrita aos parâmetros da Constituição, e sua atuação mais extensível justificada pela concretização dos direitos fundamentais.

4.5.3 Legitimação Pelo Procedimento *Versus* Legitimação Substancialista do Procedimento

4.5.3.1 *Da Legitimação pelo Procedimento à Teoria Pluralista*

A teoria da legitimação pelo procedimento, apesar de apresentar algumas peculiaridades de acordo com a tese adotada, configura-se como forma pós-moderna de justificação, em que a legitimidade do direito estaria na legalidade, e o conteúdo normativo deve estar adstrito aos mecanismos que orientam a realização das decisões judiciais, menosprezando a importância de conteúdos substanciais na concretização do direito.

Entretanto, como afirma Adeodato (1989, p. 55), o direito deve ser utilizado adequadamente, sob pena de não exercer as funções de promover uma justiça social e legitimar as decisões finais, mas antes consolidar as regras pré-estabelecidas do jogo, pouco importando seu conteúdo.

Os que adotam essas teses têm como argumento mais comum para rechaçar a utilização de um conteúdo substancial, a inexistência de princípios aceitos universalmente por toda sociedade, diante do atual pluralismo social, todavia não justificam como haverá aceitação pela sociedade de algo que ela mesma não compreende, qual seja o procedimento, geralmente complexo e direcionado pelas partes dominantes (econômico ou intelectual). Alguns de seus adeptos são: Niklas Luhmann, Jürgen Habermas, John Hart Ely, Cass R. Sunstein.

Outras teses defendidas são da teoria da legitimação substancialista que, assim como as procedimentalistas, possuem um núcleo comum, o pressuposto de assegurar valores substanciais, principalmente os direitos fundamentais. Dentre os que a seguem estão: John Rawls (alguns doutrinadores o consideram procedimentalista) e Ronald Dworkin.

Há ainda teses desenvolvidas com objetivo de construir uma nova ordem no processo hermenêutico que ultrapassasse o método lógico-dedutivo do positivismo clássico, como a de Peter Häberle com a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, que ele denomina como teoria pluralista. Esse processo hermenêutico compreende uma vertente valorativa, recorre à Moral como meio à Justiça e, tenta

desenvolver um sistema valorativo de interpretação para preencher as lacunas do positivismo clássico, em que duas obras relevantes são as de Chaïm Perelman e Robert Alexy.

Todavia, apesar de se inserir metodologicamente num determinado grupo (procedimentalistas x substancialistas), as teses são peculiares, como a da legitimação de Häberle que não se confunde com a de Luhmann, pois a primeira exige a participação qualitativa e de conteúdo dos intérpretes a fim de legitimar a jurisdição constitucional, e na última dispõe sobre a conformação com o procedimento adequado e sujeitos legitimados para produzir uma verdadeira interpretação.

Assim, Häberle (1997, p. 32-33) alerta que a participação no processo não significa aptidão para aceitação de decisões e preparação para se recuperar de eventuais decepções. Legitimação, que não há de ser entendida apenas em sentido formal, resulta da participação, isto é, da influência qualitativa e de conteúdo dos participantes sobre a própria decisão. Não se trata de um aprendizado dos participantes, mas de um aprendizado por parte dos Tribunais em face dos diversos participantes.

A Teoria de Häberle pretende atender aos anseios sociais de participação popular no processo de legitimação da norma, garantindo a incolumidade dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, através de três bases: a da teoria do direito, da norma e da interpretação; a da teoria da Constituição; e a da teoria da Democracia.

4.5.3.2. Legitimidade Racional: Crença na Legalidade da Ordem Pré-Estabelecida

Luhmann (1980, p. 3-5) parte do pressuposto que normas, instituições e núcleos significativos não são mecanismos congruentes entre si, por isso que o direito é uma generalização congruente e dinâmica entre eles, possibilitando socialmente uma imunização simbólica de certas expectativas contra os fatos, em termos de se poder atuar de modo indiferente ao que realmente acontece ou venha

a acontecer, em que a sociedade seria um sistema e o homem concreto faz parte do mundo circundante.²⁵

Nesse contexto, sistema seria um conjunto de elementos delimitados segundo o princípio da diferenciação, e pressupõe um mundo que não pertence a ele, assim é que sendo o sistema um conjunto estruturado, o mundo é em relação a ele complexidade, conjunto aberto e infinito de possibilidades.

Assim, a sociedade seria um sistema de interações sempre ameaçado pela contingência, em face do indivíduo concreto, parte do mundo circundante, inserir na sociedade a contingência do seu arbítrio.

Portanto, para Luhmann uma estrutura jurídica é legítima quando é capaz de produzir uma prontidão generalizada para aceitação de suas decisões, ainda indeterminadas quanto a seu conteúdo concreto, dentro de certa margem de tolerância.

Defende que em face das decisões normativas serem deônticas (dever ser), não cabe alternativas verdadeiro / falso e, portanto, a impossibilidade de se fundar a legitimidade em valores supremos, numa decisão última, sendo mais viável se legitimar no próprio processo decisório em que o procedimento, sistemas de ação, através dos qual os destinatários das decisões interlocutórias aprendem a aceitar a decisão final posterior antes de sua ocorrência.

Assim, a legitimação pelo procedimento ocorre quando as partes aceitam a decisão, mesmo havendo decepções, pois a função da decisão seria absorver e reduzir insegurança, ou seja, de contornar a incerteza de qual decisão será tomada pela certeza de que uma decisão será tomada.

Para Luhmann (1980, p. 20-24) um dos atributos mais importantes do sistema político das sociedades modernas seria os procedimentos juridicamente organizados, e no caso específico dos procedimentos judiciais, não há tanta discrepância entre o objetivo oficial, organização institucional e funções latentes como nos demais procedimentos (administrativo e legislativo), apesar de também ser relacionado a um critério de verdade pelas doutrinas dominantes do processo a um conhecimento exato daquilo que é legalmente válido e é legal no caso

²⁵ Segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior, Luhmann concebe a legitimidade como uma ilusão funcionalmente necessária, em face de se basear na ficção de que existe possibilidade de decepção rebelde, só que esta, não seria, de fato, realizada, e assim o direito se legitimaria na medida em que os seus procedimentos garantissem esta ilusão.

específico, pois o núcleo de todas as teorias clássicas do procedimento é a relação com a verdade ou com a verdadeira justiça como objetivo.

Assim, a autonomia do procedimento dentre os papéis sociais desempenhados e a diferenciação dos seus papéis específicos para a função especial de encontrar a verdade, legítima, justa, não garante que no alcance da verdade se tenha uma decisão certa, pois a isso se opõe a necessidade de decisão e, dessa forma, o sistema não pode garantir, simultaneamente, a possibilidade de decisão de todas as questões (proibição do *non liquet*) e garantir justiça da decisão.

Portanto, Luhmann (1980, p. 30) conceitua legitimidade como uma disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda indefinido, dentro de certos limites de tolerância, contudo fica a incerteza se na base dessa disposição se encontra uma causa psicológica relativamente simples, ou se é resultado de diversos mecanismos sociais que identificam conjunturas heterogêneas de motivos, em que o conceito de legitimidade que mais se aproxima da resposta a essa questão quanto à legitimação pelo procedimento é o de Max Weber, para quem a legitimidade racional é baseada na crença da legalidade das ordens estabelecidas.

Para tanto, o procedimento tem de ser diferenciado através de normas jurídicas específicas da organização e por meio de uma separação de papéis socialmente institucionalizada como um sistema especial de ação, deve adquirir uma certa autonomia em face das normas jurídicas para se individualizar através de uma história própria, deve ser complexo o suficiente para se submeter os seus conflitos ao debate e poder deixar na incerteza, durante algum tempo, as soluções desses conflitos, Luhmann (1980, p. 101).

Nesse contexto, Luhmann defende a tese de que legitimação das decisões judiciais ocorre em face da adoção de papéis, bem como através de outros procedimentos: despersonalização da lide jurídica, isonomia das partes processuais e a imparcialidade do juiz, contudo foca os direitos fundamentais como os de primeira geração, instituições que regulamentam expectativas comportamentais dos cidadãos.

Assim, apesar de possível na prática, o hermetismo sistêmico desta teoria, impossibilita a inserção de conteúdos substancialistas e, assim não concretiza a adequação das normas com a realidade social.

4.5.3.3 Teorias Procedimentalistas com Elementos Substancialistas

A teoria de Habermas não é o procedimentalismo puro como em Luhmann, que necessita de elementos apenas intra-sistêmicos, ela parece se contrapor à democracia liberal, pois deixa de ser vista exclusivamente como representativa, incluindo a necessidade de intensas discussões públicas nas pretensões normativas, é a democracia discursiva que exige que dos cidadãos terem acesso a um espaço público para participar dos debates acerca das decisões. O objetivo maior seria o desenvolvimento de procedimentos éticos de deliberação a fim de possibilitar a formação de consensos, e não a busca, em princípio, de valores éticos, Agra (2005, p. 187).

Assim, há um deslocamento da racionalidade que no positivismo jurídico se encontra no juiz, para centrar-se no processo argumentativo, segundo a teoria discursiva, levando em consideração que não só as teorias justificam as decisões, mas, e principalmente as decisões justificam as bases teóricas.

No entanto, a teoria de Habermas se diferencia das demais teses procedimentalistas, em face de admitir que a legitimidade pode ser alcançada através de um procedimento, mas também de um conteúdo material. Alerta Agra (2005, p. 193, 213) que tal teoria somente poderia ser desenvolvida num Estado Democrático (participação popular) Social (atendimento aos hipossuficientes) de Direito (parâmetro legal) e na existência de uma cultura em que os cidadãos se sintam obrigados a participar das decisões políticas e responsáveis pela administração da coisa pública.

Dessa forma, Habermas (1997, p. 298) faz duras críticas à jurisdição constitucional, e dispõe que o problema mais suscitado reside na distribuição de competências entre legislador democrático e justiça, numa afronta ao princípio da separação de poderes, problema que deve ser analisado sob diferentes aspectos e de modos distintos, como por exemplo a indeterminação do direito em face de uma jurisprudência de valores.

Ainda, as teorias de Ely e de Sunstein têm em comum a legitimação da jurisdição constitucional através apenas de procedimentos imprescindíveis ao desenvolvimento do regime democrático, negando a possibilidade da atuação de Corte Suprema, em face da limitação do *self-restraint*. Todavia, o primeiro tenta

conciliar o controle de constitucionalidade com o princípio majoritário e o segundo tenta estabelecer ligações entre a jurisdição constitucional e a democracia política, a fim de evitar a “tirania da maioria”.

Tais teorias da legitimação apenas pelo procedimento tornam-se bastante perigosas em sociedades de elevada desigualdade social, pois não visam à concretização dos anseios sociais, nem a garantia dos direitos fundamentais, o objetivo teleológico é a efetiva seqüência do procedimento preestabelecido ou do processo comunicativo, e não normas constitucionais como seu principal vetor.

Entretanto, na prática observa-se algo que parece ser a superação da tradicional legitimidade pela soberania popular, uma vez que atualmente uma decisão judicial pode trazer novos contornos a uma lei.

Ademais, tanto as teorias procedimentalistas na legitimação da jurisdição constitucional, quanto as teorias substancialistas surgidas a partir das críticas à ausência de fundamentação das decisões judiciais, cuja essência é teleológica de concretização dos direitos fundamentais, de qualquer geração são isoladamente insuficientes.

4.5.3.4. Teorias Substancialistas com Elementos Procedimentalistas

Dentre os substancialistas, Dworkin desenvolve uma teoria para fundamentação da decisão judicial sem parâmetros impostos pela discricionariedade dos juízes, reaproximando o direito da ética, possibilita a aplicação da jurisdição constitucional fundamentada em princípios, não nega injunções políticas, e constrói a teoria da legitimidade da jurisdição constitucional sobre três elementos: direito, moral e política, para ele vinculados, Agra (2005, p. 254-258).

Assim, nessa teoria, divergente de Habermas, Sunstein e Ely, a legitimação da jurisdição constitucional é estruturada com base numa “comunidade moral de princípios”, transcendental às normas jurídicas.

Apesar de sua defesa em benefícios dos direitos individuais e das minorias, Dworkin recebe críticas em face de que sua teoria baseada em princípios contidos na Constituição transfere ao órgão que exerce a jurisdição constitucional a liberdade de decisões judiciais, restringindo a atuação do poder legislativo.

Por outro lado, Rawls em 1993 surge com sua teoria dos elementos constitucionais essenciais, que apesar de ainda exprimir uma teoria procedimentalista, defendida por ele em 1971 (teoria da justiça) concebe limites substanciais, a fim de evitar um modelo procedimental que colida com preceitos imprescindíveis para construção de um conceito de justiça.

Nessa teoria a jurisdição constitucional deve ser exercida com a finalidade de proteger a essência constitucional, a partir da razão pública²⁶ que deve servir de base às decisões judiciais. Assim, no Brasil, o STF, quanto à Constituição, e o STJ quanto às leis, seriam os órgãos para concretizar a razão pública, o que seria compatível com seus papéis expressos na Constituição.

Desse modo, Rawls define a razão pública a partir da concepção política de justiça, e esta é alicerçada nas liberdades de oportunidades básicas para todos e de convicção ideológica e religiosa, além de instrumentos de garantia de concretização de tais liberdades.

Assim, os elementos constitucionais essenciais dispostos no liberalismo político seriam de dois tipos: princípios fundamentais que definem a estrutura de governo, do processo político, dos três Poderes, dos limites ao governo formado pelo princípio da maioria; igualdade de direito e liberdade fundamental de cidadania, que a maioria parlamentar deve respeitar, direito de voto e participação ativa política, entre outras garantias estipuladas pelo Estado de Direito, Agra (2005, p. 264).

Dessa forma, Rawls afirma que o Tribunal Superior deve implementar a razão pública, em face de desempenhar o papel de órgão de última instância na interpretação constitucional, contudo sem ser exclusivo, fundamentando seu entendimento em cinco aspectos: distinção entre poder constituinte e poder ordinário; distinção entre leis constitucionais e infraconstitucionais; a Constituição democrática expressar a idéia política de um povo; os elementos constitucionais essenciais estabelecidos nas Constituições modernas; na atuação de três Poderes que devem prestar contas ao povo, e não apenas um único poder de uma corte suprema.

²⁶ A razão pública seria um apanágio dos regimes democráticos, cujas decisões políticas são tomadas pelo povo, no sentido de alcançar o bem comum, o que seria possível nas sociedades plurais atuais com a formação de consensos sociais que orientariam a razão pública, contudo para tal necessitaria do desenvolvimento de espaços públicos de discussão, que somente ocorrem em um regime democrático. (AGRA, Walber Moura. A Reconstrução da Legitimidade do Supremo Tribunal Federal: Densificação da Jurisdição Constitucional Brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 261-262).

Ademais, a crítica maior à teoria de Rawls seria a sua ineficiência em garantir direitos fundamentais, pela imprecisão do que seria os elementos constitucionais essenciais, e estes não abrangerem os direitos sociais, se tornando inviável para realidade brasileira, entretanto o grande mérito desta teoria é a tentativa de acoplar a legitimação da jurisdição constitucional, de conteúdo substancialista baseada num conteúdo mínimo de direitos fundamentais, com a teoria de legitimação procedimental, Agra (2005, p. 267).

4.6. Legitimação do Procedimento da Súmula: Antecedente Debate Popular e Conseqüente Concretização dos Mandamentos Constitucionais.

Vale ressaltar, *a priori*, a diferenciação entre legitimação pelo procedimento de Luhmann e a legitimação do procedimento, em Häberle, que valora os procedimentos na medida em que "aumentam a complexidade", ou seja, na medida que faz possível o surgimento de alternativas. E, assim, os procedimentos serão legítimos se alcançarem esse objetivo de facilitar as alternativas: onde o problema é, na expressão utilizada por Häberle, a legitimação *do* procedimento e não a legitimação *através* do procedimento, Amaral (2003).

Entendendo-se, pois a jurisdição constitucional como a função estatal que tem a missão de concretizar os mandamentos contidos na Constituição, fazendo com que as estruturas normativas abstratas possam regular a realidade fática, e exprime a intenção de estabilizar as relações sociais, de acordo com os parâmetros da Carta Magna, evitando o risco do arrefecimento de sua força normativa, conforme Agra (2005, p. 19), pode-se compreender a súmula como uma espécie de ponte de ligação entre decisões, especialmente de controle de constitucionalidade ou interpretativas proferidas numa dimensão concreta e uma decisão (sumulada) proferida com caráter abstrato, Tavares (2007, p. 13).

Assim, partindo do pressuposto que a súmula integra os mecanismos de controle de constitucionalidade e, portanto se insere na jurisdição constitucional, importante analisar sua legitimação no âmbito brasileiro.

Deve-se levar em consideração o fato da jurisdição constitucional brasileira ter sofrido grande influência da Suprema Corte norte-americana (*common law*) e do Tribunal Constitucional Alemão (*civil law*), segundo Agra (2005, p. 169-182), países

que têm em comum o regime democrático, a concretização dos direitos fundamentais e a relevância das decisões dessa jurisdição, mas também dessemelhanças profundas.

A primeira teve sua Constituição baseada no republicanismo, autonomia da vontade dos cidadãos, cuja acepção clássica (concepção de democracia participativa), é uma das principais fontes do ativismo judicial, tentativa de compensação do desnível entre a idéia republicana e a realidade constitucional, em que a jurisdição constitucional serviria para garantir a realização de condições procedimentais de participação política que legitimam a formação institucional da opinião pública, baseada na autonomia dos cidadãos, pois a esfera das decisões políticas e a sociedade civil tornam-se instrumento de fortalecimento da cidadania.

Contraopondo-se ao ativismo judicial, cuja principal crítica é sua incompatibilidade com o princípio democrático e com a separação dos poderes, foi criada a doutrina do *self-restraint*, mitigando a atuação da jurisdição constitucional.

Dessa forma, ao Tribunal Constitucional Alemão, atribui-se a função legislativa concorrente, em que a maior extensão das decisões judiciais ocorre com base em princípios jurídicos, realizando um processo de criação de direito que permite maior aproximação com a realidade fática, tendo densificado a força normativa constitucional através de reiterada jurisprudência fundamentada na hierarquia dos valores constitucionais. Uma das maiores críticas a esse sistema é que a jurisprudência de valores provoca indeterminação no conteúdo das decisões judiciais.

Segundo Agra (2005, p. 124), a jurisprudencialização da Constituição pode reafirmar determinados direitos nos casos concretos, como os direitos sociais que são princípios de conteúdo indeterminado, cabendo ao STF garantir um conteúdo mínimo, a fim de evitar sua supressão por atos políticos casuísticos.

Dessa forma, observa-se que essa postura é uma preocupação que se deve ter e pouco se apresenta nas discussões sobre as súmulas, pois muito se questiona sobre a legitimidade dos tribunais superiores na edição de súmulas, mas pouco se questiona legitimidade do próprio poder legislativo para restringir direitos historicamente conseguidos, que podem ser resguardados através da uniformização do entendimento dos órgãos judiciários.

Em relação aos Tribunais superiores no Brasil, Piovesan (2006, p. 116-122) realizou um estudo jurisprudencial referentes aos direitos sociais e econômicos, e constatou que especificamente em relação aos de saúde e educação, uma das deficiências mais relevantes debatidas no cenário nacional, a cidadania ainda é pouco exercida, principalmente quando se trata de sociedade civil organizada, em que as demandas relacionadas a tais direitos ainda são incipientes, e quando ocorrem na sua maioria são de cunho individual e não coletivo.

Assim, as decisões são fundamentadas, por exemplo, na afirmação de que o direito à saúde é uma conseqüência constitucional indissociável do direito à vida, o poder público não pode transformar norma programática em promessa constitucional inconseqüente (RE271286-AgR/RS – STF), ou invocando razões de ordem ético-jurídica, afirma a prevalência do direito subjetivo inalienável da vida sobre o interesse financeiro e secundário do Estado.

Afirma Piovesan, haver um certo rompimento com a ótica formalista procedimental, como verificado na decisão do STJ (Resp 662033) que protegeu o direito à vida e à saúde de criança portadora de doença grave, em que o argumento utilizado foi:

[...] a busca pela entrega da prestação jurisdicional deve ser prestigiada pelo juiz, de modo que o cidadão tenha, cada vez mais facilitada, com a contribuição do Poder Judiciário, a sua atuação em sociedade, quer nas relações jurídicas de direito privado, quer nas de direito público.

Contudo, há ainda muitas decisões que se fundamentam numa perspectiva liberal clássica e no princípio da separação dos poderes, e assim afastam a justiciabilidade desses direitos, bem como utilizam o argumento da insuficiência de recursos orçamentários (STJ – MS 6.564/RS).

Tais teses, de cunho substancialista ou procedimentalista, possuem muitas semelhanças, contudo a depender do caso concreto, observa-se aspectos positivos em ambas, inclusive em termos de possibilidade de serem aplicadas e aceitas.

Desse modo, Piovesan (2006, p. 125-126) aponta alguns aspectos que podem compor o rol das causas de tais direitos não serem perseguidos judicialmente, e se perseguidos ainda existirem cerceamentos: a ausência de menção aos tratados internacionais de proteção de direitos humanos com parâmetros protetivos mínimos revela o desconhecimento tanto do judiciário e a vocação refratária em relação a direitos internacionais, bem como dos litigantes; o

“estranhamento recíproco” entre a população e o Poder Judiciário, em face de ambos apontarem tal distanciamento como um dos maiores obstáculos para a prestação jurisdicional.

Esse afastamento entre o judiciário e a sociedade contribui para arrefecer a legitimidade daquele, contudo, não somente a súmula, mas qualquer outro procedimento que seja precedido de amplo debate dos diversos seguimentos da sociedade e que tenha como conseqüente a concretização dos mandamentos constitucionais, gozará de legitimidade perante a sociedade.

Assim, no modelo de Estado que preza pela democracia e o Direito, condição de sua própria existência é a participação ampla e heterogênea da sociedade nas decisões que a tenham como destinatária, além da concretização de sua Lei Maior, que irão legitimar as decisões judiciais, sejam elas através decisões colegiadas, jurisprudência, súmulas clássicas, súmulas vinculantes, mas todas com o componente de no mínimo colegialidade, uma vez que irá persuadir, orientar ou vincular, a depender do caso, as demais decisões, sejam judiciais ou administrativas.

No entanto, a crise do direito legislado, apesar dos agentes atuantes gozarem da legitimidade auferida em face da soberania popular, como seus representantes, e a necessidade de se uniformizar a hermenêutica constitucional, trazendo segurança jurídica, além da tentativa de propiciar uma tutela tempestiva, culminou com o aparecimento de Órgãos Superiores, como o STF e o STJ, que ao tempo que exerce seus papéis constitucionais, podem proporcionar a efetiva participação igualitária do cidadão tanto nas construções de uniformização com o amplo debate, como também no papel de parte de uma relação processual com a concretização do princípio constitucional da igualdade .

Todavia, uma das críticas mais contundentes sobre os tribunais superiores, é sua composição, indicada por outros poderes de forma permanente, que na contramão pode autorizar aumentos de seus salários, punir seus atos ilícitos, dentre outros.

Dessa forma, parte da doutrina afirma parecer mais um acordo tácito que verdadeiramente um *check and balances*, situação ainda imprevisível com a regulamentação da força vinculante das súmulas editadas pelo STF, e possivelmente pelo STJ, caso seja aprovada a PEC 358/05, uma vez que estas

podem vincular tanto os demais órgãos judiciais quanto a Administração Pública direta e indireta.

Ademais, apesar da fundamentação para criação da súmula vinculante ter vindo no bojo da reforma do judiciário, num pacto por uma justiça mais célere, esta é instrumento de uniformização de interpretação constitucional, e pode se inserir na atuação da jurisdição constitucional como ferramenta para efetivar os mandamentos constitucionais.

Desse modo, caso haja um funcionamento regular e eficaz de *checks and balances* entre as instituições de controle, e estas e a sociedade organizada, em que a legitimação de um ato, como aceitação pela sociedade, possa ser verificada, não apenas pelo seu procedimento, incluindo aí o órgão atuante, mas, e principalmente pela substância do ato, ou seja, se ele concretiza os mandamentos constitucionais, não importaria questionar a legitimidade de ato de um tribunal superior para vincular os demais órgãos judiciais e a Administração Pública, uma vez que estes estariam, independente de tal vinculação, obrigados a cumprir a Carta Magna.

Observe-se ainda que a súmula clássica ou vinculante não pode ser analisada apenas como causa, mas e principalmente como consequência de uma junção de fatores políticos, sociais, econômicos, jurídicos: a crise do direito legislado; necessidade de concretização dos mandamentos constitucionais; necessidade de limitar a discricionariedade do juiz aos limites constitucionais; complexidade da sociedade exigindo uniformização para possibilitar a segurança jurídica e a tutela tempestiva; dotar as decisões de primeira instância de autoridade, muitas vezes descumpridas; concretizar o princípio da igualdade em face da previsibilidade das decisões.

Nesse contexto, a doutrina a tem considerado como processo de ligação entre controle difuso concreto e o concentrado abstrato, todavia no resultado final de generalização se subtrai as peculiaridades do caso concreto, para possibilitar o efeito *erga omnes*.

No entanto, há várias críticas à súmula, e principalmente à vinculante que se fundamentam, principalmente, na mitigação do princípio da separação dos poderes em face do seu efeito vinculante, ao livre convencimento dos juízes de instâncias inferiores.

Assim, necessária a construção da legitimidade do órgão responsável pela criação da súmula vinculante, e esta legitimação pode ser embasada através de várias teorias, procedimentalistas, substancialistas ou pluralistas, sendo que, *a priori*, parece a última a mais adequada para o caso brasileiro, que reúne uma série de peculiaridades tanto de modelo político, como de cultura social, pela condição de país periférico com conseqüências nefastas inclusive de nível educacional da sociedade, bem como o modelo misto adotado de jurisdição constitucional.

Desse modo, apesar do enquadramento de algumas teses defendidas numa ou outra classe teórica, observa-se que a legitimação pelo procedimento antes de ser contrária à legitimação substancialista, possui com esta, pontos comuns, que pode se integrar trazendo uma teoria pluralista em que uma seria o parâmetro de limite para outra, ou seja, a previsibilidade do procedimento a ser adotado e não do conteúdo da decisão traria segurança para os jurisdicionados, ao tempo em que esta previsibilidade poderia ser mitigada em face da concretização dos mandamentos constitucionais, principalmente os direitos fundamentais.

Portanto, não se trata de uma legitimação pelo procedimento, mas legitimação do procedimento, em que a participação prévia da sociedade nas discussões, bem como a concretização de mandamentos constitucionais, principalmente os direitos fundamentais fossem parâmetro de legitimação, juntamente com questões anteriores à atuação do STF ou do STJ, como a sua composição, que deveria permitir a participação do maior número de forças políticas, que fosse um reflexo da sociedade plural.

4.7. Eficácia Impeditiva de Recurso como Instrumento para Efetiva Tutela Jurisdicional ao Cidadão

A cidadania é notoriamente um termo associado à vida em sociedade. Sua origem está ligada ao desenvolvimento das póleis gregas, entre os séculos VIII e VII a.C. A partir de então, tornou-se referência aos estudos que enfocam a política e as próprias condições de seu exercício, tanto nas sociedades antigas quanto nas modernas. Por outro lado, as mudanças nas estruturas socioeconômicas, incidiram,

igualmente, na evolução do conceito e da prática da cidadania, moldando-os de acordo com as necessidades de cada época.

Segundo Cardoso (1985, p. 28-29), nessas póleis gregas e romanas, constata-se que muitas modificações ocorridas, resultado de transformações nos campos da técnica, da economia e da arte bélica, alteraram potencialmente as relações entre o poder e a sociedade. Além disso, não se pode esquecer que a urbanização foi o fator que mais contribuiu para a evolução das póleis.

Com o passar do tempo, operou-se uma redistribuição do poder político. Além de ampliação do quadro de cidadãos, as póleis gregas presenciaram o deslocamento do controle político e jurídico. Nesse contexto, a aristocracia cedeu espaço a favor das Assembléias e dos conselhos com participação popular. No entanto, havia ainda critérios de distinção social, por meio dos quais se limitava o acesso às Magistraturas mais altas, polarizando o poder político.

Apesar dessas mudanças, afirma Cardoso (1985, p. 28-29), fatores de ordem social e política continuavam associando o termo cidadania ao exercício da participação política. Mesmo com esse pleno direito assegurado e a existência de um regime democrático, a cidadania aparecia de forma tímida, principalmente no que se refere ao efetivo das decisões políticas. Afirma Arendt (1995, p. 37-47) que muitos cidadãos, cercados por restrições econômicas e valores ligados à família, permaneciam completamente alienados e tolhidos na expressão de atos políticos.

Em Roma, a situação não era diferente. Sociedade escravista, baseada nas “gens” (famílias), era dominada pelos patrícios, os quais detinham a cidadania e os direitos políticos. À plebe, constituída de romanos não nobres e de estrangeiros, não cabia qualquer tipo de direito. Este quadro alterou-se aos poucos, possibilitando o acesso à cidadania a todos os romanos de nascimento, mesmo que fossem escravos libertos. Apesar desse avanço, uma manobra da Aristocracia para preservar o controle político restringiu, novamente, o acesso à cidadania. Apenas as mais altas magistraturas, entre elas o Senado e o Patriciado, poderiam usufruir os privilégios dessa posição.

A partir dessas informações, pode-se concluir que a essência política do conceito de cidadania na realidade greco-romana revestia-se de uma discrepância entre Democracia real e ideal. Defendia-se, portanto, uma igualdade de direitos políticos que, de fato, não era praticada. Com o passar dos tempos, entretanto, o

conceito de cidadania passou a se referir a outras esferas que não apenas à política. Assim, conforme Marshall (1967, p. 63-65), para entender seu significado, é necessário atentar para os direitos civis e sociais, situando a cidadania também na esfera jurídica e moral.

A Idade Média foi, em termos sociais, econômicos e políticos, um período de transformações e adaptações a uma nova realidade organizacional da sociedade. Assim, durante o processo de formação do feudalismo, muitas mudanças ocorreram nas atitudes mentais e nas relações entre o saber e a política.

Então surgiu um tipo peculiar de organização social (nobreza, clero e camponeses), cujos reflexos foram sentidos até os finais da Idade Moderna. A esse tipo de poder aliou-se um regime judiciário, refletindo uma distinção social e de *status*. Segundo Bloch (1982, p. 397-405), verificou-se, portanto, uma justiça diferenciada por estamentos, na qual apenas os estamentos superiores possuíam o direito de ser julgados por um semelhante.

Assim, o acesso à justiça, além de constituir-se de elementos consuetudinários, impedia o julgamento entre “iguais”, pelo menos no que tangia às camadas menos favorecidas da sociedade. Era, portanto, uma sociedade de ordens, diferenciadas tanto política quanto juridicamente. Submissos à justiça e à ordem estabelecida, poucos eram os que podiam ver na justiça uma fonte de direitos, disse Bloch (1982, p. 411).

Visualizando o contexto medieval, pode-se dizer que a noção de direitos políticos e cidadania tornou-se frágil demais, se comparada às necessidades materiais e espirituais impostas pela ruralização da economia e pela cristianização da sociedade. Por outro lado, o final desse período registrou profundas alterações sociais, produto da crescente urbanização. Houve, então, a necessidade de reformulação do antigo conceito de cidadania, o qual retomou o ideal de igualdade entre os cidadãos.

Com a chegada do século das luzes, todas as idéias produzidas pelos iluministas traduziam o pensamento político da época, influenciando tanto os movimentos de independência na América, quanto as Revoluções Inglesa e Francesa. Ao mesmo tempo, o ideal de sociedade, daí surgido, já apontava desigualdades no campo social. A situação trouxe inúmeros prejuízos para a cidadania, restringindo a sua prática, assim como observou J.M. Barbalet:

(...) a concessão de cidadania para além das linhas divisórias das classes desiguais parece significar que a possibilidade prática de exercer os direitos ou as capacidades legais que constituem o status do cidadão não está ao alcance de todos que os possuem. (1989, p.13).

Simultaneamente à ampliação da esfera da cidadania, as diferenças de classe operavam no sentido de limitar os atributos políticos dos cidadãos. Este aspecto da evolução do conceito de cidadania é o que nos fornece o maior número de ensaios críticos. Autores afeitos ao materialismo histórico, liberais do século XIX e mesmo estudiosos da atualidade vêm nessa questão a principal fonte dos limites à prática efetiva da cidadania na contemporaneidade.

Então, pode-se observar que o conceito de cidadania percorreu mais de dois mil e quinhentos anos de história, vinculando-se cada vez mais às mudanças nas estruturas sociais. Contudo, é impossível não notar o quanto avanços nos campos da técnica e da política provocaram na sociedade impactos tão radicais em tão pouco tempo, influenciando indiretamente os direitos e deveres dos cidadãos. Sobretudo nos séculos XIX e XX, esses progressos transferiram para a esfera da cidadania toda uma gama de desajustes oriundos do sistema de classes.

Houve um legado das lutas sociais observadas em diversos países, ao longo dos séculos XIX e XX, responsável pelo caráter reivindicatório da cidadania, tal como é conhecida. Hoje, uma variedade de atitudes caracteriza a prática da cidadania. Assim, entende-se que um cidadão deve atuar em benefício da sociedade, bem como esta última deve garantir-lhe os direitos básicos.

Como consequência, cidadania passa a significar o relacionamento entre uma sociedade política e seus membros. Os reflexos dessa condição no direito internacional, por outro lado, impulsiona esse conceito ao de nacionalidade. Mas foi apenas com as guerras mundiais e com o temor à extrema violência dos conflitos e de seus subprodutos, como foram os regimes totalitários, que a sociedade civil e os órgãos internacionais, como a ONU, entenderam ser os direitos humanos uma questão de primeira ordem para o tema da cidadania contemporânea.

A situação, antes de significar uma falência das sociedades democráticas, como afirmam alguns autores, denota a validade do debate sobre as classes sociais e seu impacto sobre a cidadania.

Assim, por exemplo, surge a cidadania civil, que marca a superação da situação observada na Idade Média, garantindo os direitos quanto à liberdade e à justiça e vinculando-se diretamente à burguesia. Já a cidadania política surge com a universalização de seu próprio conceito e com ampliação dos direitos civis. Conforme dispõe Barbalet (1989, p. 76), estes aparecem com a diferenciação classista, sobretudo nos séculos XIX e XX, período no qual a efervescência dos conflitos sociais cobrara do poder público uma atuação no sentido de “... suavizar o mal que as desigualdades econômicas causam aos indivíduos, colocando uma rede de proteção de política social por baixo dos desfavorecidos”.

Esta nova consciência sobre as diferenças no interior do *status* de cidadão acentua os debates sobre a exclusão social, os direitos humanos e mesmo sobre a atuação política da sociedade civil. Por outro lado, no atual estágio do capitalismo, falar em cidadania significa considerar, igualmente, as próprias mudanças ocorridas na sociedade, nos valores e na educação, proporcionados pelas inovações da realidade tecnocientífica.

Entretanto, foi somente após a Segunda Guerra Mundial que se observou uma nova relação entre os direitos sociais e o poder público. A criação, na década de 1940, dos estados de Bem Estar Social (*welfare state*²⁷), confirma o pressuposto de que o temor à revolução é que propicia as reformas sociais. No entanto, foi a própria estrutura previdenciária desses órgãos, aliada às oscilações na economia mundial, que os tornaram um fardo para o Estado. Assim sendo, a falência deste estado de Bem Estar Social, na década de 1970, revelou a fragilidade dessas reformas. Estas, aplicadas como meros paliativos, não favoreceram alterações nas estruturas responsáveis pelas desigualdades sociais.

Tem-se, então, associado ao atual conceito de cidadania, um repertório teórico e mesmo prático, cuja amplitude acompanha o próprio desenvolvimento das sociedades modernas. Contudo, a extensão desses direitos à totalidade da população não possibilitou a garantia da liberdade e da igualdade idealizadas por Rousseau. Para isso, contribuíram todas as transformações vistas nas estruturas econômica e social.

²⁷ O *Welfare State* surgiu com a superação dos absolutismos e a emergência das democracias de massas, emergiram os serviços sociais em resposta às dificuldades individuais, visando garantir a sobrevivência das sociedades. Iniciou-se nos países europeus, com ampliação de programas sociais e o predomínio do Estado prover o mínimo quanto aos benefícios sociais. Aparece no Brasil entre as décadas de 30 e 70.

Neste sentido, problemas recorrentes, como as violações dos direitos humanos, as ineficiências no campo social e o processo de pauperização manifestado na periferia do capitalismo mostram que a cidadania exige mais do que o simples ato de votar ou de pertencer a uma sociedade política. Cabe, portanto, à sociedade civil, caráter representativo, substituir as pressões ou mesmo a atuação legítima dos cidadãos. Nisso consiste a essência da cidadania atual.

Assim, a República Federativa do Brasil tem como essência fundamentos que a alicerça, dispostos na Constituição e sem os quais, o Estado Democrático de Direito não é proclamado.

Tais fundamentos fazem parte de uma sistemática constitucional, ou seja, são inseridos no conjunto dos princípios fundamentais, valores norteadores da Constituição, que, apesar de apresentarem mesma natureza e eficácia das outras normas jurídicas, tem a característica de servir como instrumento hermenêutico, como função integradora de normas, proporcionando mais eficácia para o sistema.

Nesse ambiente, insere-se a Cidadania, disposta no inciso II do art. 1º da CF, sob o título de princípios fundamentais, denominada como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, constituído da República Federativa do Brasil.

Muito embora existam correntes doutrinárias para a formação do Estado: teológica (São Tomás de Aquino), contratualista (Locke, Hobbes e Rousseau), patriarcal (Filmer), força e violência (Gumpowicz, Oppenheimer), econômica (Marx e Engels), e para a fundamentação da sociedade: mecanicista (Toennies), e organicista (Del Vecchio, Spencer), se for levado em consideração o componente acrescentado por Groppali *apud* Agra (2002, p. 68) na conceituação de Estado que é a finalidade, a importância das divergências será bem mais restrita.

Pois o esforço da discussão será voltado para sua finalidade, seu destino, o objetivo para o qual o Estado orienta a consecução das suas atividades, vez que seria instrumento para realização dos interesses coletivos.

Nesse contexto, encontra-se o cidadão, uma vez que os membros de um Estado tomam coletivamente o nome de povo e chamam-se em particular cidadãos enquanto participantes na atividade soberana, e súditos enquanto sujeitos às leis do Estado. Consiste, portanto, a cidadania na manifestação das prerrogativas políticas que tem um indivíduo no Estado democrático.

Tal manifestação é o exercício da cidadania que é fundamental, pois sem ela não se pode falar em participação política do indivíduo nos negócios do Estado ou em outras áreas de interesse público, não havendo assim democracia.

Portanto, o estudo do processo deve ter como enfoque o cidadão, uma vez que é o destinatário final dos sistemas jurídicos, titular de deveres e direitos que poderão ser buscados através da tutela jurisdicional, muitas vezes, sua única via de acesso.

Desse modo, a cidadania alçada como fundamento da República Federativa do Brasil, e pressuposto para um Estado Democrático de Direito deve ter disponibilizado instrumento capaz de tornar efetivo seu exercício, sob pena do direito substancial de extrema magnitude disposto na CF, ser apenas um texto sem efeitos práticos.

Nesse sentido, o Código de Processo Civil se apresenta como excelente ferramenta para o cidadão buscar seus direitos materiais, tendo em vista que o poder judiciário ganha cada vez mais força e credibilidade junto à sociedade como Órgão através do qual se pode atingir a tutela dos seus direitos, e o processo civil é o instrumento hábil de realização dos atos no procedimento judicial.

Assim, a função jurisdicional cognitiva é composta por atividades destinadas a formular juízo a respeito da incidência ou não de norma abstrata sobre determinado suporte fático.

E, conforme o art. 468 do Código de Processo Civil, resulta desse conjunto operativo, uma decisão, identificadora do conteúdo da norma jurídica concreta, que, transitada em julgado, se torna imutável e passa a ter força de lei entre as partes.

Essa via de acesso deve ser diversificada, e sobre a uniformidade do procedimento diz Marinoni (2004, p. 64) não se pode abstrair os bens e as pessoas, pois isso reflete também na abstração dos procedimentos, se tudo é igual, e assim não há necessidade de tutela diferenciada específica, basta um único procedimento e apenas os meios executivos tipificados na lei.

Nesse âmbito, um ordenamento que se funda na dignidade da pessoa humana e se esforça de fato, não apenas proclama, para garantir a inviolabilidade dos direitos, preocupa-se na tutela também de direitos não-patrimoniais.

Sobre o tema Proto Pisani *apud* Marinoni (2004, p. 82) afirma que em um ordenamento que atribui importância central à pessoa, o princípio chiovendiano de

“tudo aquilo e propriamente aquilo” deve ser atuado, sobretudo para as situações de conteúdo não patrimonial, pena do abandono da disciplina de seu gozo efetivo às meras relações de força.

Diante disso, se a propriedade é protegida por meio de procedimentos especiais capazes de propiciar a tutela preventiva, deve-se dar igual tratamento aos direitos da personalidade, sob pena de violar valores constitucionais.

Nesse sentido, como garantia para “todos” à prestação jurisdicional efetiva, dispõe o art. 5º, XXXV da CF que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Tal Poder faz parte da estrutura do Estado Democrático de Direito, onde é proibida a autotutela, em que Estado assume o monopólio da Jurisdição, e em contrapartida conferiu aos particulares o direito de ação. Essa tutela jurisdicional deve ser pensada em conjunto com sua tempestividade e, em alguns casos, ter a possibilidade de ser preventiva.

Desse modo, o direito à tempestividade da tutela jurisdicional não se refere apenas a antecipação de tutela, mas também compreende a duração do processo de acordo com o uso racional do tempo processual por parte do Juiz, do autor e do réu.

Diante dessa tendência à racionalização e à celeridade processual inserem-se as últimas reformas introduzidas ao Código de Processo Civil, em que foram privilegiados princípios que visam possibilitar o andamento do processo e sua rapidez. Tais reformas evidenciam a clara intenção a instrumentalizar o processo acompanhando o binômio celeridade x segurança.

Assim as reformas poderão proporcionar ao cidadão a possibilidade do prosseguimento do feito, ou mesmo sua tempestividade, vez que em virtude da morosidade no seu desenvolvimento, direitos não são perseguidos ou não são alcançados.

Nesse contexto, o § 1º do art. 518 do Código de Processo Civil trouxe um instituto agora conhecido como “súmula impeditiva de recurso”, que consiste no não recebimento pelo Juiz de recurso de apelação quando a sentença estiver conforme súmula do STJ e STF. Por uma questão lógica, referido dispositivo não se associa à súmula vinculante, pois estas já vinculariam a decisão de instância inferior, mas se refere às súmulas clássicas, o que torna tecnicamente o termo “súmula impeditiva

de recurso” impróprio, podendo tal denominação ser adotada no caso de aprovação da PEC 358/05.

Diante da previsão constitucional do art. 103-A (EC 45/2004), não houve mais dúvida sobre o efeito vinculante da súmula do STF, contudo a questão não foi esgotada, ao contrário, foi acrescida, dentre outras, sobre as decisões tomadas em recurso extraordinário que igualmente têm efeito vinculante. Os mesmos argumentos utilizados para amparar a eficácia vinculante das decisões do STF estão sendo usados para autorizar a outorga à força vinculante do STJ.

Segundo Zavascki (2001, p.37) é de alta significação a força das decisões do STF, como precedente, especialmente para o efeito de julgamento de recursos e de ação rescisória, em casos análogos, pelos demais tribunais. No que se refere aos recursos, a invocação da jurisprudência do STF, permite um julgamento simplificado.

Na prática tal entendimento vem sendo eficaz, como ocorre na adoção do § 1º-A do art. 557 do Código de Processo Civil, onde se um recurso está em confronto com a referida jurisprudência, cumpre ao relator, de plano, negar-lhe seguimento, confirmando a decisão recorrida.

Dessa forma, a decisão proferida com base em cognição semelhante propicia um juízo com índice de segurança maior quanto à certeza do direito controvertido, e por isso o Estado confere a ela autoridade de coisa julgada.

Desse modo, a conclusão a que tem chegado a doutrina é que tal técnica atende aos princípios da celeridade, da economia, e da racionalidade dos serviços judiciários, e prestigiando a autoridade do precedente do STF, cumpre o princípio da igualdade de todos perante a lei.

Disse Zavascki (2001, p. 122) que o objetivo fundamental da jurisdição é a eliminação de conflitos de interesses mediante decisões justas, efetivando no plano social, os desideratos básicos do sistema normativo, consagrando nas relações concretas, os ideais estabelecidos em plano abstrato pelo ordenamento jurídico, e assim, atuar em direção à pacificação social, à harmonia na convivência, à estabilidade das relações humanas.

Conforme dispõe Dinamarco (2005, p. 388), a jurisdição não tem apenas um escopo, mas escopos, é pobre a fixação de um escopo exclusivamente jurídico, pois a maior importância é a destinação social e política do exercício da jurisdição, uma vez que esta tem escopos sociais (pacificação com justiça, educação), políticos

(liberdade, participação, afirmação da autoridade do Estado e do seu ordenamento) e jurídico (atuação da vontade concreta do direito).

Contudo, deve-se ter cuidado, como alerta Severo Neto (2001, p. 67), do perigo que é a elaboração de normas jurídicas construídas levando-se em consideração determinados mitos que podem prejudicar a interpretação jurídica, tais como: soberania popular, igualdade diante da lei, ditadura do proletariado, direito social, porque se faz um mito irreal assumir o caráter de verdadeiro.

Então, no centro de tudo isso o cidadão, pois como afirmou Cappelletti (1988, p. 11) não é surpreendente que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganhado particular atenção na medida em que as reformas do *welfare state* têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo, cidadãos.

Como disse Zavascki (2001, p. 129) a estabilidade dos julgados é valor jurídico que se preserva independentemente dos valores neles adotados pelo Juiz, onde todas as resoluções de mérito assumem, quando não mais atacáveis por recurso, a qualidade de coisa julgada.

Assim, os princípios da supremacia constitucional, da isonomia, e a autoridade do pronunciamento do STF e do STJ constituem os pilares de sustentação para construir um sistema apto a dar respostas coerentes à variedade de situações concretas.

Portanto, para a caracterização da existência de uma República Federativa assentada em um Estado Democrático de Direito, destinada a garantir o exercício de direitos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceito, fundada na harmonia e comprometida na ordem interna e internacional com a solução pacífica das controvérsias, necessária a concretização dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º da CF/88), dentre eles: coisa julgada, igualdade, razoável duração do processo, devido processo legal, da inafastabilidade da apreciação judicial; dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º da CF), dentre eles: soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana; dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, dentre eles: construir uma sociedade livre, justa e solidária; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação; respeitar os princípios

fundamentais (art. 2º da CF), dentre eles, a divisão de Poderes da União, independentes e harmônicos entre si.

Dessa forma, o § 1º do art. 518 do CPC, pode servir como instrumento mais equilibrado dentre as possibilidades existentes para conformar a necessária previsibilidade e uniformidade das decisões com a realidade social, sem impossibilitar a autonomia dos juízes de primeira instância, que com base nos enunciados dos tribunais superiores poderá promover a efetiva e tempestiva prestação jurisdicional, como instrumento de certeza e segurança ao processo, dado cumprimento ao princípio da duração razoável do processo e, conseqüentemente, à efetiva tutela jurisdicional ao cidadão, legitimado pela igual e efetiva participação do cidadão parte da relação processual.

5. QUINTA PARTE - ENTENDIMENTO DOS MAGISTRADOS FEDERAIS DA 1ª INSTÂNCIA DE PERNAMBUCO AO STF

5.1. Relevância do Acesso ao Entendimento dos Aplicadores e Intérpretes das Leis

As instituições brasileiras atravessam uma fase de muitos questionamentos perante a opinião pública, e o poder judiciário, um dos mais importantes no sistema brasileiro, por ser a última, muitas vezes a única via para o cidadão buscar seus direitos, está inserido nas apreciações descrentes da sociedade.

Nesse contexto, segundo pesquisa Barômetro Pernambuco do Instituto de Pesquisas Sociais, Políticas e Econômicas (Ipespe) sobre a confiança dos pernambucanos no Poder Judiciário, 48% dos entrevistados afirmam não confiar e 47% acreditam nela, o que demonstra um universo considerável de quase 50% de uma população descrente numa das instituições mais respeitadas do país, *Jornal do Comércio* (2007).

No entanto, a referida pesquisa demonstrou que apesar disso, 78% afirmaram que vale a pena recorrer à Justiça em caso de necessidade, contra apenas 22%.

Pelo exposto, conclui-se que independente da legitimidade, da credibilidade, que goza o poder judiciário na opinião da sociedade brasileira, o cidadão o utiliza por ser sua via (na maioria das vezes a única) de acesso para alcance de seus direitos, mesmo sem entender seu funcionamento, ou sem recursos para suportar o desenvolvimento do processo.

Ademais, os entrevistados apontaram como os principais problemas do Judiciário: 1º lentidão; 2º punição apenas dos pobres; 3º corrupção, o que corrobora as afirmações do professor Torquato (2007, p. 13), para quem os instrumentos criados para assegurar a celeridade à Justiça (juizados especiais, súmula vinculante, súmula impeditiva de recursos, etc.) são apenas uma gota d'água no oceano dos processos, em que a transparência deixa a desejar, reforçando o conceito de que o Judiciário possui "caixas-pretas", que escondem gastos com estruturas, liturgias dos julgamentos e os modos de pensar e agir dos juízes, sendo o próprio Estado o maior cliente do Judiciário, e geralmente como réu.

Então, através de entrevistas pessoais, foram coletadas as opiniões de magistrados federais, quanto às questões discutidas no presente trabalho, cujo roteiro de entrevista está acostado no apêndice.

Dessa forma, na pesquisa, foram entrevistados: cinco Juízes Federais da primeira instância da Seção Judiciária em Pernambuco, cinco Desembargadores Federais do Tribunal Regional Federal – 5ª Região em Pernambuco, cinco Ministros do Superior Tribunal de Justiça, e dois Ministros do Supremo Tribunal Federal, visando verificar a legitimidade da eficácia impeditiva de recurso, prevista no § 1º do art. 518 do CPC, através das consequências jurídicas trazidas pela aplicação do referido dispositivo pelo judiciário para o cidadão, parte da relação processual, à luz dos princípios constitucionais.

Assim, levando em consideração o entendimento dos aplicadores dos dispositivos legais e constitucionais, observa-se que não há uma tendência à adoção de uma ou outra teoria de legitimação da decisão judicial, pois alguns entrevistados observam-se peculiaridades particulares de maior tendência ao enquadramento na teoria substancialista, outros à teoria procedimentalista, outros pluralistas, mas todos trazem no seu processo decisório a sua certeza pessoal de ato legítimo que possui um pouco de cada teoria.

Nesse contexto, importante enfatizar os pontos principais ressaltados pelos magistrados, desembargadores e ministros, por ocasião da análise de questões tais como: importância das súmulas (clássicas e vinculantes); legitimidade do STF ou STJ para editar, revisar e cancelar súmula; consequências jurídicas da aplicação do § 1º do art. 518 do CPC para o cidadão parte da relação processual, à luz dos princípios constitucionais; vantagens e desvantagens da aplicação das súmulas (clássica e vinculante) de duas perspectivas, do judiciário e do cidadão; tomando como base as teorias substancialistas, procedimentalistas e pluralistas de decisão judicial, como ocorreria o seu processo decisório.

Desse modo, a seguir são expostos os aspectos relevantes ressaltados pelos magistrados, relativos aos temas antes apontados, que pode auxiliar para uma visão de como se processa a decisão judicial na perspectiva pessoal do magistrado nas diversas instâncias judiciais federais.

5.2. Magistrados da Instância Federal em Pernambuco

A **Juíza Federal Ara Cárita Muniz da Silva** explica que doutrinariamente se encontra uma série de impedimentos para aplicação da súmula, como a limitação da criação do juiz, mas na prática é importante pela questão da celeridade, porque se consegue reduzir o tempo do processo, e também pela questão da igualdade jurídica, porque se pode garantir ao cidadão que casos iguais terão decisões também iguais por parte do judiciário, uma vez que para o cidadão causa muita estranheza que casos iguais tenham soluções distintas, isso diminui a credibilidade da justiça.

Nesse contexto, a súmula seja vinculante ou impeditiva de recurso não viola o princípio constitucional da separação de poderes, pois no caso de súmula vinculante o que se tem é um entendimento jurisprudencial que foi assentado para aquela determinada situação específica, então não se confunde com a norma legal de caráter geral, que será aplicada a uns cem números de situações, de acordo com a interpretação do juiz no caso concreto, não chega o judiciário a se imiscuir na área de atuação legislativa.

A igualdade jurídica seria um princípio prestigiado pela adoção de súmula, e a segurança jurídica também porque as decisões judiciais para determinadas situações passam a ser mais previsíveis, e isso é salutar, pois os economistas comentam que é interessante para se investir no país em que as decisões judiciais tenham um pouco de previsibilidade.

Na medida que o judiciário puder prestar um serviço mais célere, puder garantir à sociedade uma prestação jurisdicional num tempo mais reduzido, a sociedade acredita mais na justiça e procura mais o judiciário, isso prestigia outros princípios constitucionais, porque na medida em que o cidadão tem a certeza que ingressando no judiciário vai ter uma resposta rápida, e dependendo da situação uma resposta segura, pois vai haver uma harmonia entre os cidadãos em situações semelhantes que irão ter uma resposta do judiciário igual, prestigia o judiciário e reforça os princípios do acesso à justiça, do direito de ação, do direito de defesa, etc.

Ademais, a súmula vinculante e a súmula impeditiva de recurso não se excluem, mas se complementam, desempenham papéis semelhantes no sentido de

contribuir para a celeridade, para harmonia das decisões judiciais, e, portanto, elas apresentam essas vantagens para o judiciário e para o cidadão.

Portanto, o que legitima mais a decisão judicial é o resultado da prestação jurisdicional, a garantia de uma decisão justa, e prestada num tempo razoável, pois muitas vezes a decisão pode ser justa, e ter demorado tanto que não se revela mais útil para o cidadão, mas se ela é justa e num tempo razoável legitima o processo judiciário.

Esta visão se enquadraria mais numa teoria substancialista, pois não seria apenas o procedimento em si que legitimaria, deve-se obedecer ao procedimento que está previsto na lei, não uma visão só formalista, o que vai legitimar a decisão do juiz é o resultado que ele está prestando no processo.

Então, a teoria substancialista se aproximaria mais desse ideal que se está buscando, um processo que resolva a questão do cidadão e no tempo razoável.

Quanto ao **Juiz Federal Allan Endry Veras Ferreira**, afirma que o benefício trazido para o processo se reflete também para o cidadão, que tem acesso a uma ordem juridicamente justa, célere, pois como já disse Chiovenda, a jurisdição tem que oferecer tudo e precisamente aquilo que a parte tem direito.

Desse modo, a súmula reflete um entendimento dominante no tribunal, consagrado, fruto de experiência, fruto de reiterados julgamentos que se cristalizou, e, evidentemente isso deve refletir para instâncias inferiores, como por exemplo, a súmula 192 do STJ sobre a competência para execução da pena da justiça comum estadual, no caso em que o preso, mesmo condenado na esfera federal, esteja recolhido no presídio estadual.

Assim, a súmula evita discussão fadada a ser revertida caso reflita entendimento contrário que nela está consagrado, e nesse sentido, reduz o prazo, tramitação, procedimentalização e oferece uma rápida resposta às partes que estão em litígio.

Dessa forma, a súmula não impede o acesso, pois acesso ao judiciário houve, como também defesa, mas o recurso pode ser impedido, no entanto pode ser passível de recurso para verificar a compatibilidade da súmula com o caso concreto.

Mesmo a súmula vinculante é legítima, é um tribunal constitucional, ela obedece a um rito legal, há possibilidade de revisão, não engessa o tribunal, como

por exemplo, a súmula sobre os crimes hediondos, em que o STF tinha um entendimento, mas os demais órgãos não seguiam, o que gerava tempo e recurso.

Portanto, as súmulas, seja clássica ou vinculante são importantes, no intuito de dar uma resposta célere, que não pode ser visto como suficiente, mas uma decisão justa, mantendo-se um equilíbrio entre a segurança jurídica e a efetividade do processo.

Nesse contexto, as súmulas se legitimariam no sistema constitucional e legal, o que poderia se questionar é a eventual perda da independência do magistrado em julgar, no entanto, a decisão é passível de recurso, mesmo que seja para questionar sua compatibilidade com a súmula.

Então, a consequência jurídica da eficácia impeditiva de recurso é a celeridade, fundamento de sua criação, pois se questiona a relativização de alguns princípios, igualdade, segurança, mas todos têm direito ao acesso a uma ordem jurídica e justa, e o que seria uma ordem jurídica justa ? É um procedimento longo, com inúmeros incidentes processuais, inúmeras possibilidades de recursos? Não necessariamente, mas que tenha equilíbrio entre a segurança jurídica e a efetividade do processo.

Tal segurança se dá pelo pré-estabelecimento de regras num processo, de forma que as partes não sejam surpreendidas com algo novo, que ela não esperava no curso de processo, não há nenhuma violação aos princípios constitucionais.

Ademais, a adoção da súmula vinculante não excluiria a impeditiva de recurso, pois a primeira deve ser editada para matérias excepcionais, de cunho constitucional, não pode ser banalizada, envolve direitos e garantias fundamentais, e isso parece estar sendo seguido, tendo em vista o reduzido número até agora editado.

Ambas podem trazer benefício para o jurisdicionado, principalmente envolvendo a Fazenda Pública, que é contumaz em recursos procrastinadores, em que o cidadão sairia mais fortalecido, pois o acesso à justiça já sofre com o Poder Público, quando, por exemplo, não há uma assistência jurídica, defensoria pública, eficiente.

Portanto, deve existir equilíbrio entre segurança, revestida no próprio procedimento, normas prévias e a efetividade, a busca de tudo e precisamente aquilo em que a parte tem direito, não deve se apegar tão somente ao procedimento

legal, que poderia trazer uma decisão injusta, mas também não se pode apenas buscar efetividade, atropelando o procedimento, pois este já uma garantia para o cidadão de que vai existir um dado rito em que terá oportunidade de ser ouvido e falar sobre tudo que a outra parte disse, e contradizer, o que foi dito, inclusive a possibilidade de recurso.

Assim, não se pode desconsiderar a segurança, pois quem seria prejudicado seria a parte, e desse modo, afirma que seu processo decisório parte da análise do caso, analisa o direito, e então se emite uma decisão, o que de certa forma, em todas as decisões além da presença da segurança, e da busca da efetividade, deve existir bom senso, como já mencionou o Ministro Marco Aurélio em decisão judicial que expôs o modo de decidir.

Pois, com bom senso se consegue esse equilíbrio, não há nada absoluto nessa formação, o bom senso deve imperar sempre na busca de uma solução justa, enfim pacificar a solução dos litígios, pacificação social, o escopo maior.

A **Juíza Federal Polyana Falcão Brito** diz que a maior importância de súmula tanto vinculante, como a clássica, é a celeridade nas demandas de massas, que na realidade da justiça federal responde por um número maior de processos.

Então, a súmula vinculante, embora alguns juízes e doutrinadores entendam que se limitaria o poder de decisão do juiz, possivelmente só será editada em matérias já pacificadas, onde a grande maioria dos juízes já decidem de acordo com esse entendimento, portanto só tendem a contribuir.

No entanto, há prejuízo pela não adoção da súmula, pois os tribunais estão abarrotados, os tribunais superiores não conseguem desempenhar seu papel principal que é a interpretação constitucional ou infraconstitucional, isso é muito pior do que esse ponto negativo apontado que seria o cerceamento da livre convicção do juiz, em nome da celeridade.

Assim, não haveria uma invasão de competência, pois se tem um sistema de freios e contrapesos, e a edição de súmula é uma interpretação de norma já existente, não há criação de lei, o papel do judiciário é justamente de interpretação, o direito é por excelência controverso, a edição de súmula não seria inovação, mas apenas interpretação de norma já existente.

Dessa forma, para o cidadão comum a súmula é extremamente benéfica, pois na medida em que enseja o mesmo entendimento judicial acerca de determinada

matéria, dá efetividade aos princípios da igualdade, pois uniformiza a decisão judicial, contribuindo também para o princípio da segurança jurídica.

Ademais não vislumbro o ponto tido como negativo de impedimento de recurso para os tribunais superiores, pois o cidadão continuará tendo acesso ao judiciário, continuará tendo direito ao duplo grau de jurisdição, não a todas as instâncias, e ainda assim o fato de se decidir diferente terá a possibilidade de recorrer, contribui para a segurança jurídica.

Portanto, o devido processo legal é respeitado, pois não existe um direito de acesso aos tribunais superiores irrestrito, em face de que foram pensados para decidir matérias de direito, e para interpretar, dar a conhecer a interpretação infraconstitucional para o STJ e constitucional para o STF.

Ainda, não haveria cerceamento de direito de defesa, pois poderá ser revista a decisão, mesmo que na mesma instância, e, portanto, além de não ferir os princípios do acesso à justiça, direito de ação, direito de defesa, duplo grau de jurisdição, ainda concretiza os princípios da igualdade, da razoável duração do processo, segurança jurídica, dentre outros.

Há muitas vantagens na adoção de súmula, pois com o amplo acesso ao judiciário, muitas vezes se vê o abuso por parte de advogados e partes que sabem que os processos têm demandas manifestamente infundadas, principalmente no juizado é uma realidade, que acaba dificultando e muito uma boa prestação jurisdicional em casos que realmente necessitam.

Desse modo, a experiência pode mostrar o contrário, mas a idéia é que essas súmulas venham apenas para as matérias que já tenham um entendimento sedimentado no âmbito dos tribunais, no caso da súmula impeditiva de recurso para evitar a protelação de recursos, assim, as vantagens superam e muito as desvantagens.

Portanto, afirma dar muita importância ao direito material, apesar de saber da relevância do processo por ser uma garantia a todos envolvidos no tratamento igual, no entanto, o escopo da jurisdição seria a pacificação dos conflitos, tentar decidir de forma justa, cumprir melhor sua função, mas observando a lei. Não tem como tirar da realidade um plexo de valores, a ética, prestigiando a norma de direito material.

Assim, o processo, principalmente no juizado é muito flexível, existe uma criatividade grande até por conta da celeridade, e essa experiência vem

contribuindo, pois muitas coisas que nascem no juizado são positivadas no processo civil, como o julgamento *prima facie*, e antes de ser positivada se julgava quase que a margem da lei, mas atendendo ao princípio da celeridade, sem prejuízo de defesa, e assim, afirma que seu processo decisório teria uma tendência mais substancialista.

A **Juíza Federal Marília Ivo Neves** dispôs sobre a importância da súmula, que consistiria na uniformização, pois se existem matérias que já foram diversas vezes decididas por tribunais superiores, ao juiz que não a utiliza só causa o excesso de processos, pois a parte tem direito na primeira instância, mas sabe que na instância superior não vai ter, então apenas posterga o momento da decisão final.

No entanto, a súmula só deveria existir em matérias totalmente pacificadas, e que seja geral e não para um caso específico, pois o que se observa é a proliferação das súmulas clássicas, em que muitas vezes o próprio órgão que a editou não a segue, alegando que naquele caso específico não pode se seguir.

Então a tendência é seguir o que o Supremo decide, mesmo contrário ao seu entendimento pessoal, o que se pode fazer é, na sentença consignar seu entendimento pessoal, mas aplicar o entendimento do Tribunal Superior, em nome da celeridade e de prestigiar a parte com a duração razoável do processo, pois o entendimento à luz da Constituição na primeira instância é provisória, cabe ao Supremo a última palavra, porque a análise é realizada quando não há súmula, então se decide o caso concreto à luz da Constituição.

Nem sempre a edição da súmula vai significar que todos os casos semelhantes irão se adequar à súmula, pois há casos que pela peculiaridade deve ser analisado no caso concreto.

Dessa forma, a legitimação de súmula é do próprio sistema constitucional brasileiro, uma vez que quando a lei sai da casa legislativa, a interpretação, seus limites e contornos quem afirma é o judiciário.

Acontece muitas vezes que decisões judiciais contrárias à Administração Pública (Poder Executivo), principalmente na Justiça Federal, em matérias pacíficas, não são respeitadas, ou entendimento já reiterado não é levado em consideração pela Administração, tendo os administrados que recorrer ao judiciário para que ele confirme o que já havia dito anteriormente.

Desse modo, o entendimento do Poder Executivo não pode se sobrepor ao entendimento do judiciário, isso faz parte inclusive do princípio democrático, pois cabe ao judiciário interpretar a lei, e após esse ato, todos devem se submeter, inclusive o Poder Público, através de súmula, do controle de constitucionalidade, e serve para impor aos demais órgãos o cumprimento da lei, a interpretação mais consentânea com os princípios constitucionais.

Nesse sentido a edição de súmula, principalmente vinculante é importante, porque o jurisdicionado já sabe a resposta que vai obter, ou seja, a previsibilidade.

Nesse contexto, o direito de acesso à justiça não é absoluto, o cidadão tem direito de trazer suas questões, mas deve ter consciência de que ao judiciário cabe a interpretação da lei, e assim saber que a última palavra, por exemplo, em interpretação da Constituição é do STF, e então não adiantaria recorrer de algo sem possibilidade de êxito, o cidadão pode discordar, mas não pode deixar de se submeter às decisões judiciais, isso faz parte da vida em sociedade.

Até porque a quem mais interessam os recursos é ao Poder Público, que na maioria dos casos tem a intenção de protelar a concretização do direito dos cidadãos, já muitas vezes, com entendimento favorável pacificado, que poderiam conceder administrativamente, mas força o cidadão com direito certo recorrer ao judiciário para que ele confirme o que todos já tinham conhecimento, e vai para Turma Recursal, depois para Turma Nacional de Uniformização, e então ao Supremo.

Assim, ao judiciário cabe dizer, conhecer sobre um determinado direito, mas se aquele caso já foi difusamente discutido e os Tribunais Superiores pacificaram a questão, e ela se adequa ao caso concreto, não profícuo prosseguir o feito, pois o judiciário já cumpriu seu papel de solucionar o conflito, não havendo assim limitação do acesso ao judiciário, pois a questão foi apreciada.

Então, o Brasil parece estar num momento de transição, pois se antes não se litigava por nada, hoje se litiga por tudo, mesmo sabendo que não se tem razão, e isso não faz parte do Estado Democrático de Direito, pois a lide só deve surgir quando a pessoa sente seu direito subjetivo violado e muitas vezes isso não ocorre, as pessoas procuram o judiciário porque ouviram que alguém impetrou uma ação, e foi provida.

Então importante a adoção de súmula tanto normal como vinculante, como instrumento hábil a que esse processo tenha um tempo mais reduzido, e assim traga a possibilidade de uma prestação jurisdicional útil.

Ademais, a súmula, principalmente vinculante deveria se restringir às matérias exclusivamente de direito e pacificadas, nas matérias fáticas cabe a análise caso a caso, na prática, a maioria dos juízes dos juizados, consignam seu entendimento contrário, mas sentenciam de acordo com a súmula, seja do STJ ou STF, prestigiando a celeridade, a segurança jurídica.

Isso é importante para formar na sociedade a noção de segurança jurídica, de igualdade de tratamento, de previsibilidade, e assim de credibilidade nos órgãos, nas instituições públicas, no caso o Poder Judiciário.

O único receio é que de exceção, vire regra, generalizando a adoção de súmula, e se retire o direito do magistrado apreciar as dessemelhanças do caso concreto, mas isso só com o tempo, com a prática isso poderá ser observado.

Desse modo, ambas, súmula vinculante e súmula impeditiva de recurso, são úteis, as vantagens para o poder judiciário é diminuir o número dos processos, diminuir a chegada ao Supremo, deixando mais livre para discussões constitucionais mais profundas.

Quanto ao cidadão a maior importância é a segurança jurídica, inclusive, para educação da sociedade, em que a vida social deve se submeter às decisões dos poderes constituídos, que foram criados para, imparcialmente solucionar conflitos, e acatá-las, aceitá-las mesmo que contrária a seu interesse pessoal.

Embora se tenha a questão legal, procedimental, na prática do juizado, o importante é dentro do caso concreto se chegar a solução, então primeiro se soluciona, depois se procura na lei como meio de aplicar aquela decisão já encontrada, ou seja, buscar a melhor forma de resolver o problema, respeitando as garantias processuais do acesso à justiça, ampla defesa, contraditório, decidir com respaldo legal, mas buscando a justiça.

O que não pode se confundir com assistencialismo que não cabe ao judiciário, não a vontade da parte de querer ou precisar do direito, mas é a parte efetivamente ter o direito, daí pode-se buscar uma forma justa, mesmo que mais informal de ele tal prestação.

O **Juiz Federal Jorge André de Carvalho Mendonça** afirma que apesar da doutrina ser contrária a adoção de súmula, sob o argumento de limitaria a criação judicial, na prática ela é extremamente relevante, pois proporciona celeridade, igualdade jurídica, credibilidade no Judiciário, mesmo para os advogados que passar uma expectativa possível para seu cliente.

Não entende que viole o princípio da separação dos Poderes, pois se edita súmula de entendimento jurisprudencial amplamente debatido e pacificado, e com possibilidade de revisão o que não limita a criação judicial.

Entende que antes de relativizar princípios, ela concretiza os princípios da segurança jurídica, igualdade, acesso à justiça, direito de ação, direito de defesa, enfim prestigia o judiciário com economia de tempo e recursos, e prestigia o cidadão na garantia dos princípios constitucionais e processuais.

Na sua opinião a adoção da súmula impeditiva de recurso é mais vantajosa que a vinculante, pois enseja segurança jurídica, e não impede livre entendimento do juiz.

Afirma que relegar a segurança jurídica é deixar o processo decisório à mercê da cabeça do juiz, portanto num procedimento previsível, constituído pelo legislativo e interpretado pelo Órgão Constitucional ou infraconstitucional em última instância, é muito mais viável que uma busca subjetiva pela justiça.

No entanto, deve-se observar um risco que se tem quando a pacificação desse entendimento for na sua maioria favorável à Administração Pública, então a súmula é importante, mas deve-se ter cautela na sua edição e com a maior participação possível de diversos seguimentos da sociedade nos debates.

Acrescenta que apesar da riqueza da decisão judicial estar na interpretação, deve-se ater à legislação, dentro da sistemática jurídica, o que pode possibilitar uma decisão justa.

5.3. Desembargadores do Tribunal Regional Federal – 5ª Região em Pernambuco

O **Desembargador Federal Marcelo Navarro Ribeiro Dantas** observa que a importância na edição de súmulas normais e vinculantes está nos fatos de serem mecanismos que caminham no sentido de uma uniformização horizontal e vertical

das decisões do poder judiciário, que é uma tendência e o direito brasileiro parece estar seguindo.

Assim, as súmulas normais surgiram no começo da década de 60 como uma forma de responder a chamada crise no Supremo Tribunal Federal que não foi resolvida com isso, como também não foi resolvida com a estratégia adotada na Constituição de 1988 de separar a competência constitucional da competência legal, ficando a competência constitucional para Supremo e a competência legal para o STJ, até porque essa separação, separação difícil de fazer, por ser complexo resolver uma questão legal sem fazer referências constitucionais, bem como também conter a análise apenas no ponto de vista constitucional.

Então, principalmente a súmula vinculante, parece ter rompido com um paradigma típico dos países que não pertencem ao *common law*, os países da família romano germânica do direito, que é o caso do Brasil.

Dessa forma, está se ingressando numa nova era porque o Supremo tem dado alguns passos além da edição das súmulas vinculantes, que são ainda no momento muito poucas, mas o Supremo começa a diminuir ou até abolir as diferenças entre o controle de constitucionalidade concentrado e controle de difuso, ele começa a emprestar efeito vinculante, efeito geral a decisões dele mesmo em *habeas corpus*, no caso da progressão de regime dos crimes hediondos, o Supremo admitiu reclamação para estender aquela decisão que não fora decidida em controle concentrado para outros casos, bem como a sistemática do exame dos recursos extraordinários oriundos dos juizados especiais federais em que o Supremo recebe um recurso suspende o andamento de todos os milhares de recursos iguais, decide a tese e aí, uma vez decidida, aquilo vale para todo mundo.

Também a questão da repercussão geral que ainda vai ampliar mais isso, então a importância não apenas na edição de súmula, mas nesse comportamento de passar a trabalhar como um tribunal de precedentes, e isso vai findar se estendendo para o STJ, como já existe no TST a questão da transcendência no recurso de revista, precisa haver uma sistemática semelhante ao STJ no recurso especial que foi até proposta nos trabalhos preparatórios da emenda 45, mas não foi aprovada talvez por uma certa prudência do legislador, mas isso será inexorável.

Assim, a legitimação para o STF e o STJ editar, revisar e suprimir súmula se encontra na Constituição, mas antes mesmo se legitimava no poder de sumular a

própria jurisprudência. Na realidade essa questão no Brasil é uma coisa mais formal, os tribunais dos países do *common law* trabalham com esses conceitos a muito mais tempo de modo informal, através de técnicas como *overrunling*, *distinguishing*, e outras que permitem ao tribunal excluir a aplicação do precedente em algum caso por achar que ele não se aplica bem ao caso, ou de alterar o precedente, ou de admitir que existem fatos novos que podem levar a criação de um novo precedente, ou de especificar alguma coisa como um sub precedente.

Enfim, são muitas circunstâncias que demonstram que aquela idéia que alguns propalaram quando se começou a falar na criação da súmula vinculante no Brasil, que se engessaria o judiciário, não engessaria nada porque nos países em que existe sistema de precedência, o judiciário é rigoroso, inovador, criativo e nunca foi engessado, como o daqui não vai ficar, não está engessado.

Quanto à súmula impeditiva de recursos estar dentro dessas outras técnicas de impor uma vinculação horizontal e vertical, pelo menos uma uniformização, à luz dos princípios constitucionais, já se destaca a questão do princípio da isonomia, tende-se a ter julgamentos menos discrepantes, e se atende melhor ao princípio da duração razoável do processo, princípio da efetividade da prestação jurisdicional, contribui para a realização do princípio da dignidade humana.

Hoje o grande norte da interpretação jurídica propõe que se dê a isso não é nem mais um nome de princípio, mas um postulado, com caráter quase que absoluto que é a interpretação do direito em qualquer área, sempre a interpretação do direito em favor da dignidade humana. É indigno que se tenha processos infundáveis ou de duração irrazoável, é indigno que alguns entes, inclusive entes públicos estejam a defender em juízo teses pacificadamente já contrárias.

Exemplifica o exposto, com sua atuação numa seção em que está levando quase 400 processos, desses mais de um terço são entes públicos argüindo contra os cidadãos uma tese, que já está pacificada neste e em todos os tribunais, contrária a esses entes públicos, e eles continuam atulhando o judiciário de processos desnecessariamente, e como não há súmula, há um caso julgado pelo pleno do Tribunal Regional Federal – 5ª Região, onde atua, um incidente de inconstitucionalidade, mas alguns colegas orientam a não levar a matéria para o colegiado, julgando por despacho, mas, primeiro o trabalho de fazer o despacho é o mesmo de fazer o voto, segundo é que se julgar por despacho esses órgãos vão

entrar com um agravo interno do colegiado, é incrível, mas se houvesse algumas outras tendências, algumas outras técnicas para ampliar esse sistema de vinculação isso já estaria resolvido.

Portanto, a súmula vinculante e impeditiva de recurso não se excluem, são duas técnicas semelhantes que conduzem ao mesmo resultado. Era comum se dizer que a súmula impeditiva de recurso era mais democrática que a súmula vinculante, porque a súmula vinculante implicaria uma decisão de cima para baixo da parte do Supremo ou do STJ, se tivesse sido adotada pelo STJ, enquanto que a súmula impeditiva de recurso já começaria da base.

Desse modo, ambas começam da base porque quando o Supremo se pronuncia num caso que ele resolve sumular com efeito vinculante é porque acerca daquele tema judiciário se discutiu muito em milhares de processos, e se formaram teses, e se puseram argumentos.

Então, a própria súmula vinculante representa da parte do Supremo apenas a escolha entre várias teses que foram exaustivamente debatidas em todas as instâncias do judiciário, aquilo na verdade começou da base não foi simplesmente por que algum Ministro ou um grupo de Ministros do Supremo teve uma iluminação e resolveu estabelecer uma tese, essa tese surgiu de dentro do judiciário entre outras teses que apareceram.

Nesse contexto, a súmula impeditiva de recursos não é melhor, nem mais legítima que a súmula vinculante, elas não se excluem, e são duas técnicas que contribuem para essa mesma tendência.

É um pouco difícil enquadrar o processo decisório numa dada teoria, é como aquele mito de que a decisão judicial seria um silogismo, premissa maior é a lei, a premissa menor é o fato, e a decisão é a conclusão. A lógica silogística não se aplica a decisões judiciais, a decisão judicial é fruto de um processo mental muito complexo para o qual contribuem muitos elementos racionais, mas alguns elementos irracionais também, os elementos intuitivos até, alguns elementos pessoais dentro daquela realidade orteguiana que afirma: “eu não sou eu, sou eu e a minha circunstância”.

Então, é muito difícil enquadrar numa dada teoria, talvez o processo decisório de um juiz ele possa ser analisado sob uma teoria holística, porque são tantos

elementos que contribuem para esse processo decisório que é inviável querer enquadrá-lo num sistema.

Afirma não ser legalista no sentido de haver um apego grande a lei, não fetichismo da lei, mas ao mesmo tempo não é daqueles que acham que se deve ignorar a lei, pois com boa reflexão, a lei é uma conquista da civilização, se simplesmente se desprezar a lei, irá se cair num excesso de subjetividade, que é tão nocivo quanto o excesso de legalismo, porque vai depender puramente da suposição, do achismo, das inclinações pessoais doutrinárias ideológicas do juiz, e isso é prejudicial.

Então a lei já entendida como direito positivo, não apenas a lei escrita, não apenas a lei ordinária, o direito positivo desde a Constituição até os atos normativos inferiores, esse direito positivo deve servir de balisa.

Há também um campo para discricionariedade judicial, e depende muito do caso concreto, das circunstâncias, tem caso que se decide facilmente com base até num aspecto processual, mas há outros em que deve até se afastar isso em nome de valores mais importantes, da justiça, da equidade, enfim.

O **Desembargador Federal Manoel Erhardt** explica que as súmulas normais mantêm a sua função tradicional, que é basicamente uma função informativa, uma função de orientação, mas sem aquele caráter de obrigatoriedade uma função que já preenche há bastante tempo o nosso sistema jurídico.

Quanto à súmula vinculante decorre do assoberbamento, principalmente no Supremo Tribunal Federal, foi uma idéia pensada para o Supremo Tribunal Federal e na PEC paralela do judiciário, há uma possibilidade de uma outra feição não propriamente vinculante, mas com uma outra feição se estender a outros tribunais.

Assim, observa-se que o perfil do judiciário se modificou ao longo do tempo com as demandas de massa, com as questões que envolvem grandes coletividades, grandes números de pessoas em questões semelhantes, e principalmente para atender essas questões é que se vê a utilidade da súmula vinculante.

Dessa forma, a tendência seja de elaborá-las nessas matérias onde há repercussão, e dentro dessa perspectiva realmente ela pode servir até como fator de igualdade, que vai propiciar decisões judiciais mais uniformes e vai afastar aquelas situações que às vezes causa perplexidade a lei de direito àquela pessoa ou pessoas que tiverem seus processos na mesma matéria julgados de uma forma bem

distinta, então pode preencher algum papel, não vai ter uma relevância muito intensa no aumento da essência do judiciário porque serão poucas essas formas, sem dúvida não vai haver uma proliferação nessas súmulas, só nesses casos bem restritos e servirão principalmente para desafogar o supremo tribunal federal, não acha que haja grande impacto em relação aos tribunais em geral.

Observa também que na regulamentação da súmula vinculante tem-se a questão referente à reclamação quando se trata de decisão administrativa que é descumprida, e essa regulamentação estabeleceu que somente após a decisão final da instância administrativa é que se admitirá a utilização da reclamação.

É compreensível que se tenha procurado evitar que o Supremo se transformasse em uma espécie assim segunda instância por isso essa necessidade, no entanto essa necessidade de exaurir as instâncias administrativas tira grande parte da utilidade da súmula vinculante para uniformizar a atuação da administração, principalmente para as pessoas que lidam com as pessoas de direito público, para justiças voltadas para isso na justiça federal, não vai haver grande benefício das súmulas vinculantes tendo em vista que a parte vai ter que recorrer administrativamente e aí isso pode terminar sendo inócuo em termo de resultado prático da súmula vinculante para a justiça federal.

Por outro lado, as súmulas normais elas têm um papel de orientação, esse ponto é importante, embora se saiba que vez por outra houve a revisão de uma súmula já editada, às vezes um sentimento já consolidado, então ela não impede que os juizes decidam ao contrário do seu teor o que é ate bom porque vez por outra se faz a revisão de uma súmula dessa a partir até de um recurso normal comum que faz essa revisão, mas elas são úteis, sempre foram úteis e na maioria das vezes foram seguidas, foram prestigiadas, principalmente pelo supremo tribunal federal, pelas administrações superiores, no papel de uniformização.

Nesse ponto ela não inibe o juiz e ai ate teria essa possibilidade de fazer com que o tema continuasse ser estudado, de modo a permitir decisões ate contrárias que levasse a sua reformulação.

Ademais, a edição de súmula não teria muito a ver com a questão da divisão de poderes, de funções legislativa e judicial, porque a função legislativa continuará a ser exercitada normalmente e o tribunal ao editar súmula vinculante não está fazendo mais do que interpretar que é a função própria do judiciário, proceder a essa

interpretação, então não há uma ofensa ao princípio da separação de funções ou de poderes, o que se poderia ser visualizada como uma ofensa à independência dos juizes, sempre reconhecida, sempre resguardada pelo sistema jurídico brasileiro.

No entanto, observa-se uma certa tendência de modificação dos padrões do sistema judiciário brasileiro em que realmente essa independência vai sofrer, embora isso em homenagem a celeridade, ao objetivo da celeridade. Então parece que o problema não afeta o equilíbrio entre os poderes, porque na verdade a súmula vinculante retrata apenas uma interpretação, e essa repercussão é normal nos órgãos judicantes, sacrificando essa independência do juiz de certa forma em homenagem a pretensão de celeridade da prestação jurisdicional.

Também não há grande prejuízo a obediência aos princípios constitucionais, porque afinal de contas essa súmula foi elaborada com base em diversas decisões, em reiteradas decisões, seguiram aquele caminho, e adotaram aquela interpretação, então a questão sem dúvida para chegar a ser sumulada precisa ser amplamente discutida em inúmeras ações judiciais, em que houve a oportunidade para o exercício de toda essa sistemática de recurso.

Há ainda essa preocupação da razoabilidade, da razoável duração do processo como um direito fundamental, e para o exercício desse direito fundamental pode ser que em certo ponto haja a necessidade de colocar algum freio nas possibilidades de recurso quando é uma decisão que já está uniformizada, não havendo grandes prejuízos a esses princípios que a constituição assegura.

Ademais, essa questão da participação popular em relação ao judiciário, ainda deve ser enfatizada até em outros aspectos, pode ser enfatizada no que tange a própria cobrança da sociedade pela agilidade da prestação jurisdicional, no que tange a participação da sociedade na indicação de membros das altas cortes, isso sim seria uma forma de garantir a participação, não no processo isolado em si, onde cada um vem defende o seu direito, isso existe, mas a medida em que há reiteradas decisões num determinado sentido, até a questão da isonomia e da igualdade vai recomendar que as instituições apliquem de um modo geral a todos que tiverem situações semelhantes.

Cabe ao juiz dizer quais situações são semelhantes, mas isso não deva ficar sem controvérsia, vai haver situações em que a parte vai propor algum recurso ate a defesa mostrar que a sua situação não é exatamente aquela, que não se enquadra

ali, então ele vai ser admitido, não vai ser possível que o juiz comece a carimbar todos os processos com a súmula, vai haver alguma forma de se levar isso a reapreciação.

Portanto, o Supremo não vai agir de uma forma irresponsável, aplicando o carimbo da sumula em qualquer processo só para evitar o recurso, mas se houver alguma situação excepcional.

Então, no caso das súmulas vinculantes e impeditivas, ambas podem ser adotadas porque, na verdade, a súmula vinculante tem uma força maior na vinculação dos seus efeitos, e o grande avanço em relação à súmula vinculante foi a inclusão da administração pública, mas um avanço que ficou um tanto prejudicada com a regulamentação, na medida em que exigiu a decisão final da administração, então sem dúvida a súmula vinculante ela tem essa função, mais abrangente.

Por outro lado a súmula impeditiva, também vai racionalizar trabalho nos tribunais fazendo com que aquelas questões elas fiquem restritas aos graus anteriores então sem duvida ambas contribuem, não são excludentes, essas duas modalidades tem o seu fator positivo.

Na sua tomada de decisão, acha que a questão de classificar o magistrado ou o perfil do magistrado envolve vários aspectos, envolve a formação do magistrado, envolve até a sua personalidade, é muito difícil objetivar um comportamento de um magistrado, ele tem na sua decisão um reflexo de todas as experiências que teve, é o reflexo de seus valores, sem dúvida isso leva a um perfil próprio.

Afirma nunca ter sido inovador a ponto de desprezar integralmente os textos informativos, atuou assim, mas procurou extrair desse textos a interpretação que solucione com maior senso de justiça aquela situação concreta que está sendo examinada, inclusive, procura sempre observar as repercussões sociais daquela decisão.

Então tem certas situações que rigorosamente com parâmetro estritamente legalista não poderiam ser reconhecidas, mas tem-se que verificar a razão social da legislação, como ela pode ser utilizada para construir uma sociedade mais justa, mais solidária, então acha que o magistrado, mesmo sem adotar uma posição de rejeição ao ordenamento positivo, o que é muito difícil para o modelo brasileiro que o magistrado aja assim, que ele veja uma justiça completamente afastada das normas, mas ele tem condições de interpretar, a função de interpretar é ampla, dar margem a

muitas vezes até a criação de uma situação nova, na medida que se tem um sentido novo para norma, até porque as normas perduram por vários anos, não podem ser interpretadas com os critérios de vinte anos atrás.

Assim, o magistrado tem que ter essa sensibilidade, tem que procurar estar sintonizado como os anseios da sociedade, não pode pensar burocraticamente, mas também não deve desapegar por completo do ordenamento, das normas, isso é o que se procura desenvolver.

O **Desembargador Federal Petrúcio Ferreira** diz que a importância da adoção de súmula estaria em não criar uma expectativa sobre certo ponto enganadora, uma vez que já havia pronunciamento dos Tribunais Superiores sobre o caso, até mesmo em face da desigualdade financeira das partes, em que certamente a menos favorecida não suportaria levar adiante o processo.

Pois, muitas vezes, os advogados protelam a decisão final através de recursos concededores da sucumbência mais adiante, apenas visando a questão financeira, mas não observando a do seu cliente.

Outra vantagem é desafogar os tribunais de recursos que seriam apenas ratificações de decisões definidas anteriormente

Alega não existir decisão certa ou errada, mas existe decisão bem ou mal justificada, e a riqueza do direito está na sua capacidade de renovação.

Na sua opinião o Estado deve promover o princípio da dignidade humana em todos os seus atos, é isso que legitima a atuação estatal, por isso tudo que vem tolher a possibilidade do jurisdicionado continuar lutando pela reforma na decisão que não correspondeu a leitura da justiça mais do que exterminar o direito é determinar a morte.

5.4. Ministros do Superior Tribunal de Justiça

O **Ministro José Augusto Delgado** afirma que o ordenamento jurídico brasileiro está trabalhando com três espécies de súmula, as chamadas súmulas jurisprudenciais, as súmulas impeditivas de recurso, e as súmulas vinculantes.

Nesse contexto, a súmula jurisprudencial se subdivide em súmula por convergência e súmula por divergência. A primeira, súmula por convergência, é aquela que é adotada pelo Tribunal com base nas regras de seu regimento interno,

quando há convergência jurisprudencial sobre determinado tema, o Tribunal seleciona o tema e envia para uma comissão de jurisprudência, regulada pelo regimento interno dos Tribunais, que dá seu parecer, elenca os precedentes jurisprudenciais a respeito, e submete através da relatoria ao órgão competente para fixar a súmula.

No STJ se for relacionado ao direito público, com exceção de direito penal e relativo a funcionários públicos, a competência é da primeira seção, composta por dez ministros; se for direito privado a competência é da segunda seção, composta por dez ministros; se for relacionado ao direito penal a competência é da terceira seção, composta por dez ministros; se interessar a todas as seções, a competência é da Corte Especial, formada por vinte e um ministros.

Ademais, a súmula por divergência é aquela que qualquer juiz integrante do colegiado poderá suscitar no caso concreto, ao julgar o caso ou o recurso especial, e os tribunais de segundo grau o recurso de apelação, a arguição de incidente de uniformização de jurisprudência, ocorre quando está havendo divergência entre as turma ou câmaras, depois do parecer do Ministério Público é submetido também ao órgão competente para o julgamento como já mencionado para a súmula por convergência.

Quanto à súmula impeditiva de recurso foi introduzida nas últimas reformas de processual civil, impede a aceitação do recurso de apelação pelo juízo do primeiro grau quando sua decisão estiver de acordo com súmula já fixada pelo STJ. STF, TST, e quanto à súmula vinculante só é adotada hoje pelo STF, em matéria constitucional, não se tem súmula vinculante em matéria infraconstitucional (STJ), nem direito local (direito estadual ou municipal). O STF está muito cauteloso na adoção da súmula vinculante, e mesmo que algum juiz vier a descumpri-la não haverá nenhuma punição, poderá ocorrer uma reclamação para o STF a respeito de seu descumprimento.

Assim, a importância da adoção de súmula é um, dentre tantos outros meios para fazer cumprir o dispositivo constitucional da razoável duração do processo. Dar maior segurança ao jurisdicionado, observando que as súmulas não vinculantes, ou seja, a súmula impeditiva de recurso e a súmula jurisprudencial não são de cunho obrigatório seu cumprimento pelo juiz de primeiro e segundo grau, em regra há uma tentativa de que os juízes adotem para evitar a dispersão jurisprudencial, ou seja, a

importância é de acelerar a entrega da prestação jurisdicional e evitar processos inúteis que certamente serão modificados pelo STJ e pelo STF.

Nesse contexto, o instituto sumular foi criado no Brasil por Vitor Nunes Leal, que pela primeira vez sugeriu a criação da súmula em nosso ordenamento jurídico, tem legitimidade na medida em que é a oportunidade do STF, STJ e demais tribunais uniformizar o entendimento jurisprudencial. O direito é uma ciência que tem por objetivo unificar e não dispersar, pois caso contrário leva a insegurança jurídica.

Dessa forma, a edição de súmula está legitimada pela necessidade de se impor da segurança jurídica, especialmente quando a missão do Supremo (STF) é a zelar pelo cumprimento da interpretação uniforme do texto constitucional e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) é a guarda da lei infraconstitucional, e zelar pela sua interpretação uniforme em todo o território nacional.

Pois, a compreensão horizontal do direito beneficia o cidadão, pois terá maior segurança nos seus negócios jurídicos, especialmente os negócios jurídicos bilaterais. Então a legitimação da súmula adotada pelo STF ou STJ está na busca da segurança jurídica e interpretação uniforme do Direito.

Desde que a súmula seja bem aplicada a súmula impeditiva de recurso, que os fatos julgados e a interpretação da lei sejam iguais aos fatos da súmula, traz o benefício da segurança jurídica, e o cidadão passar a ter confiança na decisão judicial.

A súmula impeditiva pode evitar que o julgamento se protele no tempo quando já se conhece o pensamento da corte *ad quem*, bem como tratar igualmente a todos aqueles que buscam o poder judiciário para a solução de seus conflitos.

Portanto, a súmula impeditiva tem o papel de uniformizar o entendimento jurisprudencial na solução de casos idênticos, e evitar a protelação de recursos quando se sabe que aqueles são apenas protelatórios.

O risco que se tem é se editar uma súmula impeditiva de recurso e posteriormente o STF editar uma súmula vinculante com entendimento contrário, seria um problema, mas é um risco que se deve correr e, ocorrendo será solucionado em tempo, vai se observar com sua aplicação.

Ambas desempenham papéis importantes, não se excluem, sobretudo porque a súmula impeditiva pode ser de matéria constitucional ou infraconstitucional, e a

súmula vinculante apenas matéria constitucional, pois o STJ não tem competência para editar súmula vinculante.

Desse modo, para o Poder Judiciário e para o cidadão são muitas vantagens: estabilidade, uniformização, previsibilidade celeridade, segurança jurídica, e como desvantagens poderia se apontar o impedimento do processo criativo do juiz, no entanto, isso não ocorre, pois quando há uma súmula, foi em decorrência de um processo de maturação ao longo do tempo, onde muitos ministros, desembargadores, juízes já analisaram a questão, bem como o juiz pode criar através de outros instrumentos, artigos, doutrina, e ressalvas do seu ponto de vista na sua sentença.

Deve-se observar no século XXI, com o profundo respeito aos princípios da dignidade humana e da cidadania, não se pode brincar com o cidadão, não se pode colocar o processo criativo do juiz de primeiro ou segundo grau acima desses valores, ao lado da celeridade, da isonomia, da segurança jurídica, da igualdade.

Para o século XXI a formatação do sistema judiciário que se busque segurança jurídica e celeridade, não é bom que o juiz de primeiro grau invocando seu processo criativo e sua absoluta autonomia se decida contrariamente aos tribunais superiores.

Assim, a decisão do juiz de primeiro grau é uma decisão de um homem só, sem debate público, sem a participação do Ministério Público, enquanto que a decisão do colegiado é um método mais transparente possível, com a participação do Ministério Público, das partes nas sustentações orais, é muito mais democrático.

Desse modo, a decisão do juiz monocrático tem sua importância porque é a primeira decisão que é posta para a relação jurídica, mas a importância do colegiado é maior porque depois de já ter essa base fixada pelo juízo do primeiro grau vai para o colegiado, em que a visão individualista é substituída por uma perspectiva colegiada, um processo de maior segurança.

Referido Ministro adota há quarenta e dois anos o procedimento, mas não consagra o procedimento como cume, consagra a substância, adota a corrente pluralista para trazer subsídios para a decisão, chama seu processo decisório de eclético para maior segurança, ou seja, valoriza do ordenamento jurídico, mas com ênfase grande na substância, pois entende que o processo não é fim, ele é meio utilizado para se fazer entrega da prestação jurisdicional, não deve ser tido como

sendo de uma categoria de suma importância para decisão, ele é de importância para decisão desde que sejam preenchidas suas regras básicas, as suas regras paralelas e suas variantes desde que não prejudique o devido processo legal não tem grande significação.

Observa-se que tal processo decisório identifica todas as teorias influenciando na valorização que foi dada a situação concreta.

O **Ministro Ari Pargendler** afirma que a eficácia da súmula impeditiva de recurso é mínima porque o recurso só é inibido quando o Tribunal local decide a favor da súmula, e os tribunais não se subordinam às decisões do STJ, até porque o princípio que rege o judiciário é o da coordenação, em que o juiz interpreta a lei como ele percebe, então se vive uma anarquia judicial.

Também a sociedade deve se desenvolver de acordo com as regras, respeitando os tribunais superiores, e como disse um jurista americano: a Constituição é o que a Suprema Corte diz que é.

Entende que a legitimidade do ato judicial está na autoridade deste ato, e não na racionalidade das decisões, no entanto dos tribunais superiores decorre de serem a última palavra em matéria constitucional ou infraconstitucional, respectivamente STF e STJ.

Para o Tribunal Superior não haveria norma cogente, porque o que ele fizer, se transformar uma norma cogente em dispositiva ela permanece assim porque não há recurso.

Deveria ser observado o princípio da independência dos juízes, pois não há hierarquia, no entanto, ele não pode se sobrepor ao princípio da segurança jurídica.

O direito partiria do princípio de que as normas orientam a ação humana de modo que ela tenha os efeitos previstos em lei, e para se preservar a integridade do ordenamento jurídico numa federação como a brasileira deverá se adotar a idéia de ordenamento jurídico que os tribunais superiores adotarem, caso contrário ter-se-á anarquismo judicial sob o pretexto de liberdade.

Cita um jurista italiano que em seu livro (A Certeza do Direito) afirma que o valor ético da norma jurídica está no fato de que ela é igual para todos, ruim ou boa, a interpretação é aceitável se todos estiverem sujeitos a ela.

Também cita José Afonso da Silva que num livro publicado em 1974 ressalta que o recurso extraordinário e o especial não foram criados para atender interesse

das partes, mas a parte é apenas um instrumento para se levar a questão aos tribunais superiores com vistas a manter a integridade do ordenamento jurídico, não adianta o juiz na sentença defender uma tese se ela posteriormente vai ser modificada.

Alega que quando o juiz decide contra a súmula cria um prejuízo enorme para o judiciário porque os processos vão se repetindo sem nenhuma utilidade, e para o jurisdicionado que terá uma expectativa falsa.

Utilizando as palavras de um escritor francês, ele diz que o estilo é o homem, portanto o juiz é um homem com suas qualidades, defeitos e preconceitos, mas o magistrado consciente é aquele que aplica a lei, porque só assim ele dar segurança as pessoas que precisam de uma decisão judicial.

Na sua opinião não haveria distinção entre direitos substanciais, procedimentais, pois o grau de desenvolvimento do processo é que demonstra uma determinada civilização, quanto maiores as garantias do processo e os juízes seguirem as normas processuais, mas fácil vai ser desvelar o direito aplicado à espécie, ou seja, o processo deve proporcionar garantia às partes e decidir de acordo com a lei.

O **Ministro Napoleão Nunes Maia Filho**, partindo de uma perspectiva afirma que a súmula com força vinculante não tem sido assimilada, pelo menos de modo uniforme, pela comunidade de juristas, alguns juristas fazem críticas muito fortes contra essa força vinculante, alegando que corta a originalidade das decisões dos juízes de primeiro grau, que são aqueles que estão mais pertos dos fatos e conseqüentemente mais perceptores de suas sutilezas e de suas singularidades.

Outra perspectiva é que a súmula vinculante permite prever ou ter alguma orientação de qual vai ser o resultado da demanda, e diminui ou reduz drasticamente o sentido aleatório que ocorre no julgamento.

Dessa forma, afirma que alguns enunciados pudessem ser vinculantes, não todos, principalmente para o Poder Público que é o grande fomentador do incremento do processo no judiciário, em que vincular o Poder Público às súmulas do Supremo Tribunal ou do STJ, é uma coisa positiva, é uma coisa útil e necessária também. Isso não quer dizer que não haja contradições ou situações em que isso seja indesejado.

Assim, é como tudo, é como toda obra humana, na própria lei, na jurisprudência, na doutrina, em tudo que se cria, há pontos positivos e negativos, o que se deve fazer é um balanço do que é que pesa mais, pensa que o lado dos aspectos positivos pesa mais do que os dos negativos.

Por exemplo, o prazo para impetrar mandado de segurança porque que não é um ano ou sem prazo, ou um prazo de trinta dias? Talvez o mandado de segurança não devesse ter prazo para ser impetrado, mas tem, e o fato de ter prazo para ser impetrado tem resultados positivos e tem resultados negativos, como também o prazo para recorrer, o efeito não suspensivo dos recursos raros (Resp e RE), dentre outros.

Dessa mesma forma, os próprios prazos processuais, a legitimidade, a exigência de certos documentos para propor, por exemplo, os procedimentos especiais, não têm que ter certos documentos, ter certas provas pré-constituídas? Isso é bom ou ruim, vai depender do rumo, da perspectiva.

Assim, a súmula clássica já cumpre um papel importante para orientar, orientar é sempre uma atividade bem quista e bem vinda, já impedir ou obrigar se torna menos simpático ou menos cômodo para o juiz ter que decidir daquele modo porque um outro tribunal já decidiu assim, isso de certa forma, corta a originalidade dos julgamentos dos juízes, principalmente os juízes de primeiro grau.

Nesse contexto, cabe esclarecer que a separação de poderes foi um dogma no século XIX, no século XX não é visto mais como uma barreira intransponível, ou uma rigidez que não possa ser flexibilizada.

Desse modo, as súmulas, ou a súmula vinculante, ou qualquer outro enunciado dos tribunais, representam uma diretriz, um entendimento, uma interpretação, uma interpretação que deve ser permanente, no caso das súmulas vinculantes ou das súmulas voltadas para impedir recurso, por exemplo, isso tende a ser permanente para aumentar o grau de previsibilidade das decisões e evitar a álea do julgamento.

Nesse sentido, pensa que isso tem pouco a ver com a separação de poderes, inclusive porque se editada uma súmula mesmo vinculante, e houver uma alteração normativa ou legislativa, evidentemente aquela súmula, mesmo vinculante, se atualiza, não há o risco de engessar o legislativo, ou de deixar o legislativo manietado ou comprimido, poderá legislar livremente como o faz hoje, e as

interpretações vinculantes ou não seguirão o passo das mudanças normativas, pois quando mudar a norma muda a interpretação, e a súmula é uma interpretação, ainda que seja vinculante e vocacionada a permanência, mas é uma interpretação, se mudou a norma se a norma não está mais regulando aquela situação concreta da vida social, evidentemente que a interpretação é mudada.

Ademais, a história do processo é oscilada ao longo dos séculos entre duas tendências igualmente poderosas e importantes, é a tendência de multiplicar o número de recursos, se dizendo quanto mais recurso melhor, e na outra ponta de reduzir o número de recursos, quanto menos recursos melhor.

No primeiro caso subjaz uma idéia de múltiplos recursos, a noção de que os recursos aperfeiçoam a decisão, o reexame de uma decisão produzirá uma decisão melhor, mais justa, mais perfeita, mais eqüitativa, esta é a idéia que justifica a proliferação de recursos, e na outra ponta as decisões dos graus superiores pioram a decisão do primeiro grau, ela ao contrário, ao invés de aperfeiçoar, faz reduzir o grau de justiça, ou de acerto ou de equidade, ou de qualquer outra conveniência processual ou jurisdicional.

Assim, afirma que os recursos são uma necessidade, reduzir o número de recursos não atende a ideal de justiça, talvez atende a ideal de celeridade, de presteza, de segurança e de estabilidade. Se a função judicial é perseguir a justiça não se deve reduzir o número de recursos, mas se a função judicial é produzir ordem, segurança estabilidade e certeza, nem deveria ter recurso.

Talvez, o raciocínio dos que ficam contra os recursos, advogue mesmo a implantação de um grau único, um único grau, então não haveria recurso nenhum, isto pode soar estranho ou bizarro, mas muitos sistemas processuais contemporâneos não têm dois graus de jurisdição, tem apenas um grau de jurisdição, apenas este grau único é colegiado, três, cinco ou sete julgadores, mas o que aquele colegiado decidir não tem recurso.

Assim, no sistema brasileiro de tradição romana, é hierarquizado, os graus são hierarquizados, temos até terceiro grau de cognição de um problema, embora cada recurso tenha suas peculiaridades, seus pressupostos, seus requisitos, suas exigências. A existência de vários recursos contribuem para melhorar as decisões. Os recursos não podem ser todos de revisão integral da decisão anterior, mas quantas decisões judiciais de tribunais afronta a Constituição? Muitas; afronta leis

federais? Muitas; afronta a jurisprudência consolidada no STJ? Não tem que haver um recurso para evitar isso? É claro que deve haver, ou então vira uma colcha de retalhos o direito brasileiro, com vinte e sete tribunais cada qual entendendo diferentemente o mesmo ponto jurídico.

Ademais, a federação que é uma realidade que pode levar a esse exagero, de se reconhecer aos tribunais de justiça uma autonomia tão grande que até se tornem definitivas e irrecorríveis suas decisões, não é essa a idéia orgânica que se tem do sistema jurídico. A existência de vários recursos colabora para melhorar a prestação de justiça, isso demora muito e encarece muito, mas o que se persegue? Justiça ou brevidade? Esta é a dúvida que atormenta.

Dessa forma, pensa que se persegue a justiça, por isso deve-se que ter um grau de compreensão maior para a pluralidade recursal, porque é recurso que não acaba mais.

Por exemplo, uma ação de despejo julgada no interior de Pernambuco não pode ter as mesmas referências que tem uma ação de despejo julgada aqui em Brasília. Por que a lei de despejo não é estadual? Por que a lei de locação não é estadual? Por que o Código de Processo Civil não tem diversos dispositivos aplicados a cada Estado? Na região amazônica, por exemplo, deve ser difícilimo cumprir os prazos.

Nesse contexto, a jurisprudência faz, os recursos fazem isso, adequar a legislação às peculiaridades dos Estados. Por exemplo, quando se aprecia no STJ, questões de seringueiros da região amazônica ou de trabalhadores rurais do nordeste, tem-se uma atenção particularizada ou diferenciada para situação desses reclamantes, ou desses autores, desses pleiteantes, não se tratar como se eles fossem pessoas do maior discernimento, ou capazes de se orientar dentro do sistema jurídico com a segurança e a habilidade que se orientam os trabalhadores da cidade, mas a jurisprudência faz isso, daí porque a rigidez dos precedentes pode conduzir eventualmente a algo distorcido, e, portanto, que deve ser evitado.

Então, a súmula impeditiva praticamente já está adotada no art. 557 do CPC, é que monocraticamente se pode resolver um recurso, qualquer recurso, recorrendo-se a uma diretriz consolidada naquele tribunal, para indeferir o recurso, ou para julgar prejudicado, ou dar ou negar prosseguimento, isso acelera.

Uma outra questão que vem a tona, é essa tendência que se verifica no direito processual civil brasileiro de se permitir os julgamentos monocráticos no segundo grau, ou seja, a pessoa demandante tem o seu pleito apreciado no primeiro grau por um juiz singular e no segundo grau também. Parece que subjaz na idéia de segundo grau a colegialidade, pois o julgamento monocrático de segundo grau contraria o sentimento que se tem do duplo grau ou grau dobrado, dos dois graus de jurisdição, em que o julgamento monocrático de segundo grau, afirmando realizar intensamente na sua atividade no STJ, mas pensa que isso frustra a expectativa que tem o recorrente de ver seu pleito apreciado pelo menos por cinco julgadores, além de um outro inconveniente é que o julgamento monocrático é no silêncio do gabinete, o colegiado é eminente debate, sustentação, discussões, às vezes acirradas, isso é bom para o judiciário, a monocratização é algo que deva ser visto como indesejável e perigoso.

Da mesma forma a súmula impeditiva de recurso que termina no julgamento monocrático, a súmula vinculante corta a originalidade do julgamento de primeiro grau, principalmente os juízes de primeiro grau, é algo que contribui para reduzir o teor de justiça do julgamento, o juiz é que está perto dos fatos, e conhece bem os detalhes. As súmulas e os recursos ficariam para as questões de direito estrito, onde não se envolvessem matéria factual ou matéria probatória, mas somente questão do direito estrito, aí reduziria muito a utilidade das súmulas, mais uma vez volta aquele ponto inicial entre proliferar e reduzir recursos postila a história do processo.

Portanto, no seu processo decisório, procura reduzir ao máximo possível as decisões monocráticas, leva a maior parte das questões para discussão da turma, já fazia isso no Tribunal da 5ª Região. Está mais para uma teoria pluralista. Todo monismo é prejudicial, tudo que se afunila, que se unifica, que se concentra, que se centraliza, tudo isso corta a liberdade, não existe liberdade fora do pluralismo.

Recordando o que Rui Barbosa dizia a respeito do Império brasileiro e do movimento republicano no fim do século XIX: “Não me fiz republicano, se não quando me convenci que a monarquia encrustara definitivamente em resistir ao federalismo”, quer dizer, o monismo imperial cortava a liberdade, prejudicava a liberdade. Federalismo é exatamente o que? A dispersão do poder ou a descentralização, a desconcentração no grau máximo, criando lugares autônomos na periferia do Estado Federal e isto é algo que garante a pluralidade.

Assim, entende que todo monismo, todo centralismo, toda concentração, toda unificação prejudica a liberdade, e isso pode ser dito com relação às súmulas, porque fica um só pensamento, o importante é a pluralidade de pensamento.

Essa é sua opinião, seu ponto de vista pessoal, a favor do pluralismo e da discussão ampla, sem limite, o precedente é algo que comprimi a criatividade, mas é necessário para orientar, não para engessar, para vincular, entre a proliferação de recursos e a redução de recursos oscila a história do processo.

O **Ministro José de Castro Meira** diz que a adoção de súmula seja vinculante ou clássica é importante como solução imediata para as ações repetitivas com jurisprudência cristalizada, apenas deve-se ter cautela com o excesso, o que se tem observado na postura dos tribunais superiores, e sua legitimidade se encontraria no próprio poder de editar a súmula.

Deve-se limitar os recursos, pois quem mais se interessa em retardar o desenvolvimento do processo é quem não precisa do benefício ou quem sabe que vencido deverá cumprir com sua obrigação, geralmente em detrimento do cidadão comum, sem recursos.

O desenvolvimento de seu processo decisório, ocorre a partir da análise do caso concreto, depois a norma, a jurisprudência dominante, e sendo no STF, deve-se ter em mente que você não é um Órgão, mas participante de um Órgão colegiado, em que as decisões são tomadas coletivamente.

Entende que no primeiro grau há uma possibilidade maior de análise em face do contato com as partes, as provas, já no segundo grau se analisa apenas as questões de direito, pois as de fato se restringe aos termos que na primeira instância foi analisado.

O **Ministro Francisco Peçanha Martins** observa que as súmulas seriam necessárias para uniformização da jurisprudência, principalmente num país de dimensões continentais como o Brasil, seria uma forma de minimizar as dificuldades do sistema judiciário diminuindo a morosidade.

Não vislumbra nenhuma atuação legislativa seja do STJ ou do STF na edição de súmula, pois se trata de prerrogativas constitucionais ou legislativas constituídas pelo Poder Legislativo.

Também assevera não haver prejuízo para o cidadão, ao contrário a súmula impeditiva de recurso evita a procrastinação do processo, e as vantagens são

grandes, evita a repetição de recursos em matéria já decidida, visa a uniformização para que a cidadania tenha mais segurança jurídica.

Na sua atuação utiliza a interpretação sistemática, partindo da interpretação gramatical, o exame da lei deve ser realizado dentro de um sistema, tomando como base a Constituição e as regras do sistema do direito aplicado, por exemplo, no caso de direito administrativo recomenda-se a interpretação restritiva, em face da sistemática desse direito ser regido pela proibição do agir no que não estiver previsto em lei, já no direito civil deve-se utilizar a interpretação extensiva, pois tal direito rege-se pela liberdade do agir desde que não esteja proibido por lei.

5.5. Ministros do Supremo Tribunal Federal

O **Ministro Marco Aurélio Mello** fez a primeira observação foi quanto à impropriedade técnica no uso da palavra súmula, que seria um substantivo coletivo, em que cada Tribunal teria súmula da jurisprudência predominante, número seria de verbetes, enunciados.

Dessa forma haveria um vício de linguagem, em que a referência correta seria verbete número tal da súmula da jurisprudência predominante do Supremo ou do STJ, em conformidade com a origem da palavra no Brasil, pelo Dr. Vitor Nunes Leal, juiz que criou o verbete e se referia a verbete de súmula.

Quanto à adoção de súmula vinculante, sua opinião de cunho pessoal e acadêmica, seria uma reação contrária, em face do entendimento que na magistratura, o predicado seria a espontaneidade, em que cada processo é um processo, e tem peculiaridades próprias, tem a verve dos advogados, em termos de convencimento, e o juiz não pode se tornar um batedor de carimbo, cujo aspecto negativo, a tendência do homem quando ele se defronta com uma carga praticamente invencível, seria a generalização que poderia acabar prejudicando o jurisdicionado.

Desse modo, o juiz ao invés de sopesar, analisar as peculiaridades do caso se restringe a um verbete de súmula e decide, de forma sumária, e sem exame aprofundado, pois as decisões dos Tribunais Superiores devem se impor pelo próprio conteúdo.

No entanto, pode-se ter a previsão do impedimento de recurso como já se tinha, pois seria outra coisa, quanto à tramitação, observando que o julgamento não pode sofrer cerceio, o poder de convencimento do juiz deve ser amplo, não pode estar limitado, estará limitado por ser um ato vinculado, não a precedentes, mas vinculado à lei, à ordem jurídica.

Nesse sentido, acredita-se mais, em termos de alívio na carga invencível de processos do Supremo, na repercussão geral, reconhecendo-se que hoje a súmula vinculante está na própria Constituição Federal.

Desse modo, tomando como exemplo a decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade, com eficácia *erga omnes*, cujo processo é objetivo, o Poder Legislativo pode editar uma lei já declarada antes inconstitucional pelo Supremo, mas nada impede o ajuizamento de outra ação, e o Supremo vir declarar a inconstitucionalidade.

Assim, a súmula vinculante poderia servir para alguns magistrados acomodados, e angustiados em se ver livres dos processos, e isso implique uma bateção de carimbos incompatível com arte de julgar.

Por outro lado, a súmula clássica serviria para tornar mais explícita a jurisprudência, norte aos jurisdicionados, às partes. Um outro aspecto que ocorre quando se pacifica uma jurisprudência editando um verbete de súmula, é a tendência a não se ter mais conflito de interesse sobre a matéria, porque já se disse de antemão que havendo a interposição sucessiva de recursos e chegando o processo à edição do verbete, a Corte vai placidar, vai dizer da adequação desse verbete, então os verbetes vão ficando ultrapassados, daí ter-se a necessidade de revisão constante.

Nesse contexto, não seria admissível ação direta de inconstitucionalidade, que pressupõe ato abstrato e autônomo num Supremo contra verbete de súmula, hoje com maior razão se o verbete é vinculante, faz às vezes da própria norma, da própria lei, e surge um outro aspecto, a lei enseja interpretação, o verbete já é uma interpretação, não pode ser reinterpretado para gerar enfoques diversos, ele pressupõe uma clareza maior, para ter o alcance, a primeira visão, e se passa a ter algo que ganha envergadura maior que a própria lei, a lei gera a interpretação que é o ato de vontade, e a interpretação se faz de acordo com o perfil técnico, com o

perfil humanístico daquele que é a realize, o verbete não, o verbete passa a ser algo que é muito fechado.

Assim, a súmula seria uma forma que homenageia o pragmatismo, ao lado prático em detrimento do próprio direito, mesmo porque não se tem semideuses nos Tribunais, são pessoas passíveis de falhas, e outro dado, o direito está sempre em evolução, inclusive na interpretação.

Por exemplo, a Constituição Federal dos Estados Unidos, o que ocorreu com a Constituição? Ela se tornou um periódico como a brasileira que já tem sessenta e uma emendas e não tem vinte anos de idade? Não, ela tem duzentos anos e foi pouquíssimo emendada, mas porque ela se mantém atual? Porque os juízes da suprema corte americana reinterpretem, interpretam, evoluem. E o verbete o que é? É o engessamento.

Então, o verbete impeditivo parte de um pressuposto de que não se pode dar uma esperança vã, tem-se na ordem jurídica brasileira uma parafernália de recursos, é preciso haver um enxugamento, praticamente, presume-se que uma decisão contrária aos próprios interesses é uma decisão errônea, e aí há automaticidade onde há até mesmo a falta de independência técnica dos advogados, há uma automaticidade na interposição de recursos.

Portanto, há um lado que se presume o que normalmente ocorre, que a decisão esteja em harmonia com o direito posto, com o direito subordinante, se estão de acordo com o direito subordinante esses valores maiores da Constituição Federal estão atendidos.

No entanto, a justiça é obra do homem, e sendo obra do homem é sempre possível um erro de enxugamento, ou um erro de procedimento pelo respeito deste último às normas instrumentais, e o erro pode estar até mesmo estampado num verbete, mas são sopesados valores, e por uma opção política legislativa, entende-se que o valor maior está na segurança jurídica, e não na busca incessante da almejada justiça, e justifica o verbete impeditivo, a segurança jurídica.

Pois, o que diz a jurisdição? Restabelecimento da paz social momentaneamente abalada pelo conflito de interesses, e é importante que esse fenômeno, restabelecimento, ocorra no menor espaço de tempo possível.

Assim, o verbete impeditivo de recurso evita voltar para as *calendas gregas*²⁸ o desfecho final do processo, e está calcado no princípio do restabelecimento das relações jurídicas, e da celeridade referente ao termo final do processo.

Portanto, é preciso raciocinar o que normalmente ocorre, se chegou a ponto de editar o verbete, é porque o tema já estava maduro quanto ao seu alcance, e de que esse verbete atende às garantias fundamentais do homem.

Desse modo, a vantagem maior da adoção de súmula clássica ou vinculante é a estabilidade nas relações jurídicas, na segurança jurídica. A desvantagem está em se breçar, em se afastar a evolução do próprio direito, no engessamento do direito.

Isso porque é muito difícil o cancelamento de um verbete de súmula, poucos são aqueles que se mostram seguros o bastante para evoluírem, e reconhecerem, dando a mão à palmatória de que claudicaram, que erraram ao editar o verbete.

Dessa forma, os magistrados, mesmo os ministros dos tribunais superiores não são legisladores, e devem observar as normas existentes aprovadas pelo Congresso Nacional, principalmente as normas de envergadura maior que são as normas constitucionais, mas caso fosse legislador ficaria apenas com o impeditivo, não chegaria ao vinculante.

Portanto, o processo decisório, há vinte e nove anos atrás, quando iniciou o ofício judicante, passou a acreditar que era uma missão sublime julgar os semelhantes, e os conflitos de interesses envolvendo os semelhantes, substituindo a vontade deles.

E assim, como juiz, primeiro idealiza, segundo sua formação humanística, a solução mais justa para o caso, e depois de ter achado essa solução, é vai à dogmática, vai à lei para buscar o indispensável apoio, já que a atuação do magistrado é uma atuação vinculada ao direito posto, ao direito subordinante.

Ademais, como a interpretação é acima de tudo um ato de vontade, quase sempre encontra apoio para o que idealiza. Não inverte, não parte para automação de sair da lei para o caso concreto, sai do caso concreto para a lei.

²⁸ *Ad kalendas græcas* é uma expressão latina que indica algo que jamais ocorrerá, um evento que nunca acontecerá pois as *calendas* eram inexistentes no calendário grego. Em português utiliza-se esta expressão já traduzida: isto vai ficar para as *calendas gregas*. Disponível a partir de: < <http://pt.wikipedia.org>>. Acesso em 22 nov. 2007.

É imprescindível que os magistrados percebam a importância da atividade desenvolvida, e procurem implementar o trinômio que Miguel Reale sempre ressaltou: Lei, Direito e Justiça, potencializando esse último vocábulo, a Justiça, e dando a cada um o que é seu.

Segundo o **Ministro Gilmar Mendes**, a edição de súmulas guarda estrita relação com a própria função dos Tribunais Superiores, no sentido de garantir a autoridade e a uniformidade interpretativa da Constituição e das leis federais.

Cita Evandro Lins e Silva (1997):

[...] para os não iniciados, para o público em geral, diremos: Súmula foi a expressão de que se valeu Vitor Nunes Leal, nos idos de 1963, para definir, em pequenos enunciados, o que o Supremo Tribunal Federal, onde era um dos seus maiores ministros, vinha decidindo de modo reiterado acerca de temas que se repetiam amiudamente em seus julgamentos. Era uma medida de natureza regimental, que se destinava, primordialmente, a descongestionar os trabalhos do tribunal, simplificando e tornando mais célere a ação de seus juizes. Ao mesmo tempo, a Súmula servia de informação a todos os magistrados do País e aos advogados, dando a conhecer a orientação da Corte Suprema nas questões mais frequentes”.

Também cita Victor Nunes Leal (1981, p. 287-299), o qual afirmou que a súmula tem grande significado como método de trabalho, destinado a ordenar e facilitar a tarefa judicante, o que explicaria a sua utilização pelos diversos Tribunais e pela própria administração. Nota o eminente mestre que o conteúdo da súmula passa para segundo plano, quando o comparamos com a sua função de método de trabalho, revestido de alguns efeitos processuais, que contribuem para o melhor funcionamento da justiça.

Dessa forma, alega que a súmula não seria apta a resolver, de forma integral, o problema do excesso de recursos, especialmente no contexto de uma sociedade de massas, tendo em vista o seu limitado caráter de obrigatoriedade ou a sua *obrigatoriedade indireta* (expressão de Victor Nunes).

Assinala-se, por outro lado, que a Constituição de 1988 deu um significativo impulso à chamada crise numérica experimentada pelo Supremo Tribunal Federal. A Constituição conferiu expressiva ênfase à proteção judicial efetiva, emprestando significado ímpar às ações judiciais individuais e coletivas. De resto, o espírito emanado desse texto certamente contribuiu para que as pessoas reivindicassem, com maior intensidade, os seus direitos na Justiça. Como muitos desses pleitos eram pretensões homogêneas — casos de massa, como, v.g., os casos ligados a

planos econômicos, questões previdenciárias, FGTS etc. — ninguém haveria de se surpreender com o fato de os feitos processuais terem se multiplicado.

Observou que uma das respostas adequadas para essa evolução complexa parecia ser a súmula vinculante, pois teria o efeito não só de impedir os recursos sobre a matéria já sumulada, mas, sobretudo, de fixar uma orientação que deveria ser seguida pelo Poder Judiciário em geral e, especialmente, pela Administração direta e indireta, que, como se sabe, tem tido participação decisiva no aumento de demandas no âmbito dos nossos Tribunais.

Assim, esperava-se, afetar o problema da litigância abusiva na sua origem, com o aperfeiçoamento de um instituto original e exitoso, a Súmula do Supremo Tribunal Federal.

Ademais, o STF tem a sua legitimidade expressa na própria Constituição, daí a edição da Emenda Constitucional nº 45/04 e da Lei nº 11.417/06.

A jurisdição é prestada pelas duas instâncias ordinárias (garantia ao devido processo legal e duplo grau de jurisdição). Os Tribunais Superiores têm como missão institucional precípua a uniformização da jurisprudência nacional, de forma que tanto a súmula vinculante quanto a impeditiva de recurso não ferem os princípios constitucionais, nem muito menos os direitos fundamentais, na perspectiva do *status activus processualis* (Jellinek).

As duas súmulas não são excludentes, estando suas vantagens e desvantagens apresentadas pela doutrina pátria.

Afirma ter simpatia pela teoria pluralista de Peter Häberle. Defende que as decisões da Suprema Corte guardem estreita conexão com a realidade circundante, pois devem ser dotadas da máxima eficácia possível, por concretizarem normas constitucionais. Nesse particular, quanto maior a participação dos atores sociais na busca dessa realidade (o *amicus curiae* é instituto importante nesse sentido), melhor será a eficácia da decisão e, conseqüentemente, maior a legitimidade da própria Corte.

6. CONCLUSÕES

O processo civil possui grande relevância no sistema jurídico brasileiro, uma vez que estabelece as regras em que o procedimento judicial irá se desenvolver para a pacificação dos conflitos trazidos em juízo pela sociedade.

Desse modo, as reformas realizadas nesse âmbito podem gerar conseqüências jurídicas com grande repercussão para o cidadão que persegue seus direitos.

Nesse contexto, se insere o § 1º do art. 518 do CPC incluído pela Lei n. 11.276/06, possibilitando o não recebimento de recurso de apelação pelo juízo de primeiro grau, quando sua decisão estiver de acordo com súmula do STJ ou STF.

Há divergências quanto à denominação de tal dispositivo, pois o ato judicial que pode não receber o recurso é formalizado por despacho, pois se alega que tecnicamente não se trataria de uma sentença ou num termo mais atual de uma resolução, bem como também da súmula que a embasa ser a clássica e não especificamente a impeditiva de recurso cuja PEC n. 358/05 ainda tramita no Congresso Nacional, no entanto, privilegiando o tratamento doutrinário e jurisprudencial, adotou-se para a presente dissertação na referência ao dispositivo as seguintes denominações: eficácia impeditiva de recurso (efeito provocado pela alteração processual), súmula impeditiva de recurso (súmula que embasa a decisão judicial).

Assim, verifica-se que a procedimentalização da eficácia impeditiva de recurso ocorreu no bojo de alterações que se fundamentaram na busca da celeridade processual, como necessária para diminuir o tempo de desenvolvimento das ações judiciais fadadas ao insucesso em razão de entendimento já sedimentado nos tribunais superiores, o que economizaria além de tempo, recursos tanto do judiciário, como das partes.

Vislumbra-se a possibilidade da eficácia impeditiva de recurso restringir recursos inúteis, e além de concretizar o princípio constitucional da duração razoável do processo, prestigiar os princípios da igualdade pelo tratamento de situações semelhantes que estiverem de acordo com a súmula do STJ ou do STF, segurança jurídica, acesso à justiça, pois em face da previsibilidade gerada pela uniformização

jurisprudencial proporcionada pela súmula, o judiciário poderá comportar outras demandas ou ainda dar o devido tratamento às demandas existentes.

No ordenamento jurídico brasileiro, a adoção de súmula, assim como ocorre com o controle de constitucionalidade, possui fórmula mista, pois utiliza precedente vinculante, regra obrigatória típica de países que sofreram influência do *common law*, mas também utiliza o precedente clássico, com força apenas persuasiva, próprio de países influenciados pelo *civil law*, como é o caso do Brasil.

Além da perspectiva do enunciado, é essencial que se conheça o processo decisório que aplica a súmula, adotando o entendimento que a decisão judicial deve ser desenvolvida como resultado de uma estrutura procedimental que assegure igualdade de garantia às partes.

Desse modo, em face da diversidade de possibilidades no ato de interpretar, e tendo em vista a necessidade de proporcionar tratamento isonômico aos jurisdicionados, surge a necessidade da uniformização, em que o entendimento assentado já foi objeto de diversos julgados.

Assim, a função social do processo pode ser cumprida quando na atuação judicial se observar a participação em igualdade de garantia para as partes, bem como na expectativa destas em relação aos seus direitos, e pela certeza da decisão em face da previsibilidade.

Tal atuação deve ser sempre com a postura de jurisdição Constitucional que funciona como *check and balances* tanto na observação das garantias fundamentais como de guarda à Constituição.

No Estado Democrático de Direito, a legitimação do exercício da jurisdição não pode estar na autoridade do juiz, mas na consecução das garantias processuais atribuídas às partes.

Há várias teorias sobre a legitimação da decisão judicial, dentre as mais conhecidas estão as substancialistas, procedimentalistas e pluralistas, que de forma bastante resumida e simplista, sem levar em consideração suas peculiaridades, privilegiam respectivamente: a substância, o procedimento, a participação popular.

Desse modo, o princípio democrático, no processo, se revelaria na participação igualitária das partes, em que a reciprocidade da Constituição e a realidade social, com a efetiva participação das partes ocasionaria o sistema de freios e contrapesos, necessário para garantir o sistema íntegro.

Também há legitimidade na atuação judicial quando cumpre os mandamentos constitucionais, e sendo a Jurisdição Constitucional exercida por qualquer juiz ou Órgão Judicial, cabe a todo sistema judiciário observá-lo, o que no processo seriam as garantias dispostas às partes, ressaltando que os direitos e garantias ensejam o cumprimento de deveres recíprocos de todos os participantes do processo.

Até então, procurou se justificar a legitimação do ato judicial que impede o recurso, no entanto, o ato se baseia numa súmula editada pelo STJ ou STF, e em que se fundamentaria sua legitimidade?

Concluiu-se que a legitimidade na edição, revisão, e supressão de súmula pelo STJ ou STF encontra-se na própria Constituição promulgada por representantes eleitos pelo povo, desde que seja antecedida por amplo debate, bem como tenha como consequência a concretização dos mandamentos constitucionais.

Pelo exposto, percebe-se a possibilidade do § 1º do art. 518 do CPC tornar-se um excelente instrumento para efetiva e tempestiva prestação jurisdicional, entretanto, por se tratar de ato humano, irá depender do entendimento e da amplitude que o magistrado der a sua aplicação, assim descreve-se a seguir os principais aspectos mencionados sobre o assunto da perspectiva dos juízes.

Os juízes federais da primeira instância da seção judiciária em Pernambuco afirmam que no seu processo decisório buscam a justiça no caso concreto, e que esse deveria ser o caminho percorrido pelo judiciário no seu objetivo maior de prestação jurisdicional efetiva com pacificação social. Admitem que não o fazem sem uma interpretação possível dentre tantas disponibilizadas pela legislação, ou seja, seguem além do devido processo legal, que se justificaria além da sua obrigatoriedade cogente e democrática (confeccionada por representantes do povo), as garantias constitucionais processuais aos jurisdicionados (igualdade, contraditório, ampla defesa, segurança jurídica, acesso à justiça).

No entanto, admitem que na maioria de suas decisões não contrariam súmulas dos tribunais superiores, sejam enunciados, entendimentos jurisprudenciais sedimentados, dispondo em suas sentenças suas convicções apenas como ressalva.

Tal decisão se deve, segundo os magistrados, em razão da aceitabilidade do jurisdicionado, por se referir a tratamento mais legítimo, muito mais coerente por parte do juiz, prolatar uma decisão que sabe não será definitiva, pois se houver

recurso, haverá certeza da sucumbência da parte até então convencida do alcance favorável da prestação, gerando expectativas falsas que não serão posteriormente confirmadas, bem como causando descrença no sistema judiciário, em razão de tratamentos diferenciados no próprio judiciário em casos idênticos ou semelhantes, por não seguirem a uniformização jurisprudencial.

Justificaram a necessidade da adoção da uniformização, em face do maior beneficiário ser o cidadão comum, parte da relação processual, que tem uma prestação efetiva por ser célere, pois a maioria das demandas na Justiça Federal o réu é a União (Administração Pública Federal), maior interessada em protelar a decisão final, tendo em vista que muitas vezes uma ação se protraí por anos, cujo entendimento já está pacificado nas instâncias superiores, apenas postergando o alcance do direito pelo cidadão.

No entanto, não explicam a legitimidade que teria a uniformização nos moldes que se tem atualmente, com discussões pelo próprio poder judiciário, ou ainda, apenas por decisões reiteradas, pois alegam que a legitimação é intrínseca a própria atribuição que é dada ao Judiciário em interpretar a norma a ser alcançada dentro das possibilidades trazidas pelo próprio texto legal que foi produzido por representantes do povo, em que o judiciário não criaria o direito, mas estaria desempenhando inclusive seu papel constitucional.

Percebe-se que mesmo os que têm o discurso ou se enquadram na teoria substancialista, ao explicarem seu processo decisório, terminam justificando a legitimação de seu ato pela disponibilidade às partes das garantias processuais e na concretização dos princípios constitucionais, através do devido processo legal.

Quanto aos Desembargadores do TRF-5ª Região, segundo grau de jurisdição, acreditam que se inicia uma nova fase em que o Supremo começa a diminuir as diferenças entre o controle de constitucionalidade concentrado e controle de difuso, começa a emprestar efeito vinculante, efeito geral a suas decisões mesmo em *habeas corpus*, admitiu reclamação para estender decisão que não fora decidida em controle concentrado para outros casos, bem como a sistemática do exame dos recursos extraordinários oriundos dos juizados especiais federais em que o Supremo recebe um recurso suspende o andamento de todos os milhares de recursos iguais, decide a tese que tem efeito *erga omnes*.

Alegam que o princípio norteador de qualquer interpretação jurídica, que não seria mais princípio, mas postulado da dignidade humana, e assim não é digno que tenha processos infundáveis, ou que alguns entes, inclusive públicos, estejam a defender em juízo teses pacificadamente já contrárias, e isso se complica em face do mudança ocorrida no perfil do judiciário com as demandas de massa, grandes números de pessoas em questões semelhantes, e daí a importância da adoção de súmula para servir como fator de igualdade propiciando decisões mais uniformes.

Afirmam que a edição de súmula não mitigaria o princípio da divisão de poderes, porque a função legislativa continuaria a ser exercitada normalmente e o tribunal ao editar súmula vinculante não está fazendo mais do que interpretar que é a função própria do judiciário.

Reconhecem na duração razoável do processo um direito fundamental, e para o exercício desse direito fundamental pode haver a necessidade de impedir algum recurso, mas isso nos casos já pacificados, então não haveria prejuízo aos princípios constitucionais.

Os ministros do STJ se dividem nas opiniões, mas todos vêem a importância prática na adoção de súmula, principalmente a vinculante, em face dos juízes serem regidos pelo princípio da coordenação e, por isso não se subordinam ao entendimento dos tribunais superiores, o que sobrecarrega o sistema judiciário sem nenhuma utilidade, uma vez que a maioria dos casos poderiam ter sido resolvidos no primeiro ou segundo grau de jurisdição.

Afirmam que a legitimidade da súmula não decorreria da racionalidade das decisões, mas da autoridade do ato judicial, no entanto apesar da independência dos juízes ser observada, não pode prevalecer frente ao princípio da segurança jurídica.

Houve a ressalva de que os recursos especiais foram criados não visando o interesse das partes, mas a tutela da integridade do ordenamento jurídico, para que se desse tratamento uniforme no cumprimento à lei, sob pena de não haver certeza no direito, nem ética na justiça.

Identificou-se como magistrado consciente aquele que aplica a lei, em face da concretização da segurança jurídica, e por esse motivo, mais legítimo será o processo na medida em que forem observadas as garantias às partes seguindo as normas processuais. Também foi ressaltada a necessidade de se ter a Constituição

como base da interpretação que deve ser sistemática, seguindo as regras, bem como a importância de uma decisão colegiada.

Foi observado que a separação de poderes foi um dogma no século XIX, no século XX não é visto mais como uma barreira intransponível, ou uma rigidez que não possa ser flexibilizada.

Não haveria a possibilidade de se manter o judiciário engessado, pois com a alteração legislativa muda a interpretação, e a súmula sendo interpretação deverá se atualizar.

Defendeu-se que a história do processo oscila entre duas tendências: multiplicar o número de recursos; reduzir o número de recursos, o que deve se observar é qual a função judicial é perseguir a justiça não se deve reduzir o número de recursos, mas se a função judicial é produzir ordem, segurança estabilidade e certeza, nem deveria ter recurso.

Sugeriu-se a possibilidade da implantação de um grau único, apenas este grau único seria colegiado.

Ressaltou-se que a federação pode levar ao equívoco de se reconhecer aos tribunais de justiça uma autonomia tão grande que até se tornem definitivas e irrecorríveis suas decisões, nesse caso, poder-se-ia descentralizar a legislação processual, para que pudessem, como já faz a jurisprudência e os recursos, adequar a legislação às peculiaridades dos Estados.

As súmulas e os recursos deveriam ficar para as questões de direito estrito, onde não se envolvessem matéria factual ou matéria probatória.

Foi ressaltado que todo monismo é prejudicial, tudo que se afunila, que se unifica, que se concentra, que se centraliza, tudo isso corta a liberdade, não existe liberdade fora do pluralismo.

O Ministro Marco Aurélio do STF, quanto à adoção de súmula vinculante, afirmou que sua opinião de cunho pessoal e acadêmica, seria uma reação contrária, em face do entendimento que na magistratura, o predicado seria a espontaneidade, em que cada processo é um processo, e tem peculiaridades próprias, tem a verve dos advogados, em termos de convencimento, e o juiz não pode se tornar um batedor de carimbo.

No entanto, o impedimento de recurso seria outra coisa, observando que o julgamento não pode sofrer cerceio, o poder de convencimento do juiz deve ser

amplo, não pode estar limitado, estará limitado por ser um ato vinculado, não a precedentes, mas vinculado à lei, à ordem jurídica.

Assim, alega que a súmula seria uma forma que homenageia o pragmatismo, ao lado prático, em detrimento do próprio direito, mesmo porque não se tem semideuses nos Tribunais, são pessoas passíveis falhas, e outro dado, o direito está sempre em evolução, inclusive na interpretação. E o verbete seria o engessamento.

Então, o verbete impeditivo partiria de um pressuposto de que não se pode dar uma esperança vã, tem-se na ordem jurídica brasileira uma parafernália de recursos, é preciso haver um enxugamento, praticamente porque se entende que uma decisão contrária aos próprios interesses é uma decisão errônea, e daí há automaticidade na interposição de recursos.

Portanto, haveria um lado que se presume o que normalmente ocorre, que a decisão esteja em harmonia com o direito posto, com o direito subordinante, se estão de acordo com o direito subordinante esses valores maiores da Constituição Federal estão atendidos.

No entanto, a justiça seria obra do homem, e o erro pode estar até mesmo num verbete, mas são sopesados valores, e por uma opção política legislativa, entende-se que o valor maior está na segurança jurídica, e não na busca incessante da almejada justiça, e justifica o verbete impeditivo, a segurança jurídica.

Assim, o verbete impeditivo de recurso evitaria voltar para as calendas gregas o desfecho final do processo, e está calcado no princípio do restabelecimento das relações jurídicas, e da celeridade referente ao termo final do processo, utilizando o entendimento de que se chegou a ponto de editar o verbete, é porque o tema já estava maduro quanto ao seu alcance, e de que esse verbete atende às garantias fundamentais do homem.

Desse modo, a vantagem maior da adoção de súmula clássica ou não vinculante seria a estabilidade nas relações jurídicas, na segurança jurídica. A desvantagem está em se breçar, em se afastar a evolução do próprio direito, no engessamento do direito, em face da dificuldade no cancelamento de um verbete de súmula, porque poucos são aqueles que se mostram seguros o bastante para evoluírem, e reconhecerem que claudicaram ao editar o verbete.

Dessa forma, afirmou que os magistrados, mesmo os ministros dos tribunais superiores não são legisladores, e devem observar as normas existentes aprovadas

pelo Congresso Nacional, principalmente as normas constitucionais, mas afirma que caso fosse legislador ficaria apenas com o impeditivo, não chegaria ao vinculante.

Afirmou realizar seu processo decisório da seguinte forma: primeiro idealiza, segundo sua formação humanística, a solução mais justa para o caso, e depois de ter achado essa solução, vai à dogmática, já que a atuação do magistrado é uma atuação vinculada ao direito posto.

Faz ainda, o ministro, uma observação de que é imprescindível que os magistrados percebam a importância da atividade desenvolvida, e procurem implementar o trinômio que Miguel Reale sempre ressaltou: Lei, Direito e Justiça, potencializando esse último vocábulo, a Justiça, e dando a cada um o que é seu.

O Ministro Gilmar Mendes afirmou que quanto maior a participação dos atores sociais na busca dessa realidade (o *amicus curiae* é instituto importante nesse sentido), melhor será a eficácia da decisão e, conseqüentemente, maior a legitimidade da própria Corte.

Pelo exposto, conclui-se que, independente das teorias de legitimação de decisão judicial adotadas, ou mesmo do tipo de processo decisório adotado, a legitimação advém antes das garantias dispostas às partes que da aceitação dos destinatários, uma vez que todos se consideram detentores de direitos, mas apenas uma parte tem seu pleito deferido.

Dessa forma, entende-se que a aplicação do § 1º do art. 518 do CPC tem como conseqüência jurídica ao cidadão, parte da relação processual, a possibilidade de concretização dos princípios: segurança jurídica, duração razoável do processo, igualdade, acesso à justiça (pois os juízes podem ter possibilidade de receber novas demandas), através da previsibilidade, da uniformização jurisprudencial, da celeridade, garantindo observância do contraditório, do direito de ação e defesa, enfim do devido processo legal.

Tais garantias legitimariam o dispositivo processual seja pelo procedimento, seja pela substância, seja pela perspectiva do resultado, ou da perspectiva da aceitação dos destinatários.

Pois, mesmo que se entenda a legitimação a partir da aceitação das decisões, as conseqüências jurídicas apresentadas pela adoção e aplicação da “súmula impeditiva de recurso” cuja conseqüência é “eficácia impeditiva de recurso”, como queira denominar a doutrina e a jurisprudência, trazem para o cidadão, parte

da relação processual, a aceitação da decisão pelo procedimento ter sido previamente estabelecido, previsível e igualitário quanto a observância das garantias processuais de participação das partes, bem como no tratamento igual para casos semelhantes.

Nesse caso, a parte vencida, mesmo insatisfeita, sentimento inerente a todo ser humano que não tem seu pedido atendido, era sabedora da fragilidade de seu direito em face da existência de uma súmula com entendimento contrário ao seu pleito, o que gera o reconhecimento de que participou de um processo justo e realizado por um Órgão confiável.

Ademais, a experiência demonstrou pelas entrevistas dos magistrados que o maior interesse em protelar a decisão judicial final é da Administração Pública, parte na maioria dos processos no âmbito federal.

Portanto, no Estado Democrático de Direito, a legitimação da atuação judicial advém da construção participativa com igualdade de garantias processuais, a partir de regras previamente estabelecidas.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica: Para uma Teoria da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ADEODATO, João Maurício. *Limites Éticos do Poder Constituinte Originário e da Concretização da Constituição pelo Judiciário*. Disponível em: <http://www.esmape.com.br/downloads/limites_éticos.pdf> Acesso em 25 mar 2006.

ADEODATO, João Maurício. *O Problema da Legitimidade no Rastro do Pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

AGRA, Walber de Moura. *A Reconstrução da Legitimidade do Supremo Tribunal Federal: Densificação da Jurisdição Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2005a.

AGRA, Walber de Moura. *Manual de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

AGRA, Walber Moura. Pós-Modernidade, Crise do Estado Social de Direito e Crise na Legitimação da Jurisdição Constitucional. *Constitucionalismo e Estado*. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz e PINTO FILHO, Francisco Bilac Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

AGRA, Walber de Moura. *Republicanism*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005b.

ALVIM, J. E. Carreira; CABRAL, Luciana Gontijo Carreira Alvim. *Cumprimento da Sentença: Comentários à Nova Execução da Sentença e Outras Alterações Introduzidas no Código de Processo Civil (Lei n. 11.232/05)*. Curitiba: Juruá, 2006.

ALMEIDA FILHO, Agassiz. Constituição e Estado Constitucional: Ruptura ou Continuidade dos Paradigmas Liberais? *Constitucionalismo e Estado*. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz e PINTO FILHO, Francisco Bilac Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

AMARAL, Rafael Caiado. *Breves Ensaios acerca da Hermenêutica Constitucional de Peter Häberle*. Jus Navigandi. Teresina, ano 7, n. 64, abr. 2003. Disponível a partir de: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3995>>. Acesso em: 15 dez. 2006.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2005.

ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

ASSMANN, Eduardo Christini. A Súmula Vinculante e a Súmula Impeditiva de Recurso. *Revista Interesse Público*. Belo Horizonte: Editora Fórum, n. 41, 2007.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. A Jurisdição Constitucional nos Estados Unidos, na Alemanha e no Brasil. *Constituição e Crise Política*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

BARBALET, J. M. *A Cidadania*. Lisboa: Editorial Estampa, 1989.

BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos Humanos: Paradoxo da Civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BARROS, Sérgio Resende. *O Estado Democrático de Direito: Aspiração Constitucional ou Realidade Brasileira*. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br>. Acesso em: 09 fev. 2007.

BLOCH, Marc. *A Sociedade Feudal*. Lisboa: Edições 70, 1982.

BONATO, Gilson; VASCONCELOS, Rita de Cássia Côrrea. Aspectos Controvertidos do Contraditório nos Recursos Cíveis. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outras Formas de Impugnação a Decisões Judiciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 508-538. (Série aspectos polêmicos e atuais dos recursos; v. 4).

BONAVIDES, Paulo. A Evolução Constitucional do Brasil. *Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo*. São Paulo, v. 14, n. 40, set./dez. 2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?>. Acesso em: 06 fev 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em 02 mar. 2007

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 01 mar. 2007.

CAMBI, Eduardo. *Jurisdição no Processo Civil: Compreensão Crítica*. Curitiba: Juruá, 2006.

CAMPOS, Fernando Marques de; CAMPOS, Gledson Marques de. O Novo art. 518 do CPC e a Polêmica em torno da Súmula Impeditiva de Recursos – Lei 11.276/06. *Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)*. São Paulo: Dialética, n. 49, abr. 2007

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Safe, 1988.

CARDOSO, Ciro Flamarion. *A Cidade Estado Antiga*. São Paulo: Ática, 1985. (Série Princípios).

CARDUCCI, Michele. O Constitucionalismo como Categoria do Centro. *Constitucionalismo e Estado*. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz e PINTO FILHO, Francisco Bilac Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CAVALCANTI, Arthur José Faveret. *A Estrutura Lógica do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual*. Campinas: Bookseller, 1998, vol I.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2004.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar. O Déficit Material da Democracia Contemporânea: Levando os Valores Constitucionais a Sério. *Constitucionalismo e Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. *Para Viver a Democracia*. Editora Brasiliense: São Paulo, 1989.

Crença na Justiça Divide a Opinião de Pernambucanos. *Jornal do Comércio*, Recife, 26 out. 2007. Caderno Cidades, p. 8.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes*. São Paulo: Saraiva, 2007.

DANTAS, Ivo. *O Valor da Constituição: Do Controle da Constitucionalidade como Garantia da Supralegalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DAVID, René. *Os grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

Decisões Vinculadas, do Ministro ao Juiz. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.Br>>. Acesso em: 25 mar. 2006.

DEMO, Pedro. *Metodologia Científica em Ciências Sociais*. São Paulo: Atlas, 1995.

DIMOULIS, Dimitri. *O Caso dos Denunciantes Invejosos: Introdução prática às relações entre direito, moral e justiça*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Efeitos dos Recursos. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 22-66. (Série aspectos polêmicos e atuais dos recursos; v. 5).

FAZZALARI, Elio. *Instituzioni di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milano, 1989.

FINE, Toni. *O Funcionamento dos Tribunais Americanos*. Palestra proferida na Universidade Católica de Pernambuco, em 11 set 2006.

FEYERABEND, Paul K. *Contra o Método*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1977.

Wolff, Francis. *A Crise da Razão*. São Paulo: Cia das Letras, 1996.

GARCIA, Pedro de Vega. *Mundialização e Direito Constitucional: A Crise do Princípio Democrático no Constitucionalismo Atual. Constitucionalismo e Estado*. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz e PINTO FILHO, Francisco Bilac Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

Gil, Antônio Carlos. *Como Elaborar Projetos de Pesquisa*. São Paulo: Atlas, 1996.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GODOY, Arilda Shmidt. Introdução à Pesquisa Qualitativa, RAE – Revista de Administração de Empresas. São Paulo, v. 35, n. 2, p.57-63, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Um Enfoque Constitucional da Teoria Geral dos Recursos. *Revista Jurídica: Órgão Nacional de Doutrina, Jurisprudência, Legislação e Crítica Judiciária*. Porto Alegre, n. 198, p. 39-58, abr. 1994.

GUEDES, Jefferson Carús. Duplo Grau ou Reexame e a Atenuação do Reexame Necessário nas Leis Brasileiras. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos e de Outros Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 285-316. (Série aspectos polêmicos e atuais dos recursos; v. 6).

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Constituição para e Procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre a faticidade e validade*. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 1991.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.

LEAL, Vitor Nunes Leal. *Passado e Futuro da Súmula do STF*. São Paulo: RT, n. 533, p. 287-299, 1981.

LEVENHAGEN, Antônio José de Souza. *Recursos no Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 1997. (retirou citação p. 16 sobre conceito de recurso)

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, vol. 1.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Abuso do Exercício do Direito de Recorrer. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outras Formas de Impugnação a Decisões Judiciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 873-901. (Série aspectos polêmicos e atuais dos recursos; v. 4).

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. Trad. Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: UNB, 1980.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS; Eva Maria. *Técnicas de Pesquisa*. São Paulo: Atlas, 1999

MARINONI, Guilherme Luiz. *Técnica Processual e Tutela de Direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MARSHALL, Thomas Humprey. *Cidadania, Classe Social e Status*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

MATTAR, Fauze Najib. *Pesquisa de marketing*. São Paulo: Atlas, 1996.

MARTINS, Gilberto de Andrade Martins. *Manual para Elaboração de Monografias e Dissertações*. São Paulo: Atlas, 1994.

MAYER, Dayse de Vanconcelos. *O Poder Menor dos Ministros*. *Jornal do Comércio*, p. 11, 18 nov. 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2004.

MENDES, Gilmar. Integração Social e Perspectivas da Democracia. *Constituição e Crise Política*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. *O Desafio do Conhecimento*. São Paulo: Hucitec, 1993.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Cumprimento da Sentença e Outras Reformas Processuais: Leis nº 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006, Comentadas em Confronto com as Disposições do CPC de 1973*. São Paulo: Atlas, 2006.

MOREIRA, Joaquim Barbosa. *O Neoprivatismo no Processo Civil*. Temas do Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Lisboa: Instituto Piaget, 2003.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios Constitucionais do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

OLIVEIRA, Luciano. Não fale do Código de Hamurábi. In: _____. *Sua Excelência o Comissário: e outros ensaios de Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004. p. 137-167.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A Ponderação de Valores na Jurisprudência Recente do Supremo Tribunal Federal: Uma Crítica Teorético-Discursiva aos Novos Pressupostos Hermenêuticos Adotados na Decisão do *Hábeas Corpus* n. 82.424-2-RS. *Constituição e Crise Política*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2006a.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito: Um Ensaio de Teoria da Interpretação enquanto Teoria Discursiva da Argumentação Jurídica de Aplicação. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004a.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Minorias e Democracia no Brasil. Direito, Estado e Democracia: Entre a (In)Efetividade e o Imaginário Social. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, vol. 1, n. 4. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006b.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Processo e Jurisdição Constitucional. Jurisdição. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004b.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Teoria Discursiva da Argumentação Jurídica de Aplicação e Garantia Processual Jurisdicional dos Direitos Fundamentais. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004c.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Da Constitucionalização do Processo à Procedimentalização da Constituição: Uma Reflexão no Marco da Teoria Discursiva do Direito* (no prelo).

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Devido Processo Legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006c.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Devido Processo Legislativo e Estado Democrático de Direito: Uma Justificação Democrática do Controle Jurisdicional de Constitucionalidade das Leis e do Processo Legislativo. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004d.

PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos Direitos Sociais e Econômicos no Brasil: Desafios e Perspectivas. Direito, Estado e Democracia: Entre a (In)Efetividade e o Imaginário Social. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, vol. 1, n. 4. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006.

POPPER, Karl. *A Lógica da Pesquisa Científica*. São Paulo: Cultrix, 1999.

PUOLI, José Carlos Baptista. *Os Poderes do Juiz e as Reformas do Processo Civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

QUEIROZ, Cristina. Direitos Fundamentais Sociais: Questões Interpretativas e Limites de Justiciabilidade. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

RIGAUX, François. *A Lei dos Juízes*. Trad. Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ROCHA, Lincoln Magalhães da. *Direito Sumular: uma experiência vitoriosa do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Shogun, 1983, p. 100.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela Mão de Alice: O Social e o Político na Pós-Modernidade*. São Paulo: Cortez, 2000.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *As Reformas de 2005 do Código de Processo Civil: Execução dos Títulos Judiciais e Agravo de Instrumento*. São Paulo: Saraiva, 2006.

SANTOS, Gustavo Ferreira. *O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Limites e Possibilidades*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. *Constituição e Crise Política*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SCHIFFMAN, L. ; KANUK, L. *Comportamento do consumidor*. Rio de Janeiro: LTC Editora. 2000.

SEVERO NETO, Manoel. *Legitimação Incidental no Processo Civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1999.

SILVA, Evandro Lins e. Crime de Hermenêutica e Súmula Vinculante. *Revista Jurídica Consulex*. Brasília: Editora Consulex, n. 5, 1997.

SIQUEIRA FILHO, Élio Wanderley de. Recursos e Celeridade Processual. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. São Paulo: Editora Jurid Vellenich Ltda, n. 141, p. 47-64, out. 1995.

SOARES, Evanna. A Súmula e a Admissibilidade dos Recursos Cíveis. *Revista de Direito do Trabalho*. Curitiba: Gênese, v. 20, n. 118, p. 498-511, out. 2002.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. Segurança Jurídica e Jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico. São Paulo: LTr, 1996.

SOUZA, Fernando Menezes Campello de. *Decisões Racionais em Situações de Incerteza*. Recife: Editora Universitária UFPE, 2002.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. A Atualidade do Debate da Crise Paradigmática do Direito e a Resistência Positivista ao Neoconstitucionalismo. Direito, Estado e Democracia: Entre a (In) Efetividade e o Imaginário Social. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, vol. 1, n. 4. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. O Efeito Vinculante e a Busca da Efetividade da Prestação Jurisdicional – da Revisão Constitucional de 1993 à Reforma do Judiciário (EC 45/04). In: AGRA, Walber de Moura (Coord.). *Comentários à Reforma do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 148-205.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SUNSTEIN, Cass R. Por que Grupos Vão a Extremos. Constituição e Crise Política. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

TAVARES, André Ramos. Nova Lei da Súmula Vinculante: Estudos e Comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006. São Paulo: Método, 2007.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A Súmula e Sua Evolução no Brasil*. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em: 21 mar. 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, vol 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol. 2.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Inovações da Lei nº 10.6352 de 26/12/2001, em Matéria de Recursos Cíveis e Duplo Grau de Jurisdição. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, v. 7, n. 25, p. 502-518, jul./set. 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Os Recursos Cíveis e seus Problemas. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, v. 5, n. 18, p. 688-710, out./dez. 2000.

TORQUATO, Gaudêncio. Névoa Moral sobre o Judiciário. *Jornal do Comércio*, Recife, 06 mai. 2007, p. 13.

TRIVIÑOS, Augusto Nivaldo Silva. *Introdução à Pesquisa em Ciências Sociais: A Pesquisa Qualitativa em Educação*. São Paulo: Atlas, 1987.

TRUJILLO, Alfonso. *Metodologia da Pesquisa Científica*. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 1982.

VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. *Pensamento Sistêmico: O Novo Paradigma da Ciência*. Campinas: Papiro, 2002.

VERGARA, Sylvia Constant. *Projetos e Relatórios de Pesquisa em Administração*. São Paulo: Atlas, 2000.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O Dogma da Coisa Julgada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

APÊNDICE (Roteiro de Entrevista)

1. Levando em consideração que as últimas reformas processuais (CPC) foram realizadas sob a justificativa de proporcionar maior celeridade, com base no recente dispositivo constitucional da duração razoável do processo, e tendo em vista os distintos efeitos das citadas reformas para o sistema judiciário e para o cidadão parte da relação processual, uma vez que o benefício trazido para um não se estende necessariamente ao outro, qual é a importância, na sua opinião, da edição de súmulas (normais e vinculantes)?
2. Considerando o princípio da separação / divisão de poderes, em que o ato de legislar caberia ao Poder Legislativo, no entanto ponderando a necessidade do sistema de freios e contrapesos entre os poderes estatais, em que se legitimaria o ato do STF / STJ editar, revisar e suprimir súmulas que deverão ser seguidas pelos demais órgãos do judiciário e Poder Executivo, bem como define a interpretação a ser aceita pelos demais órgãos do Poder Judiciário de determinados dispositivos constitucionais ou leis, conforme o caso?
3. Em virtude da vigência de uma Constituição Federal conhecida como “cidadã” com forte tendência ao garantismo, onde constam no art. 5º, dentre outros, os princípios: igualdade, segurança jurídica, acesso à justiça, contraditório, devido processo legal, direito de ação e de defesa, proclamada num Estado que se considera Democrático de Direito em que é necessária a participação efetiva da sociedade nas decisões estatais, que no processo jurisdicional se reflete na garantia de participação efetiva aos interessados com base nos princípios antes elencados, que conseqüências jurídicas a aplicação da súmula impeditiva de recurso traz ao cidadão parte da relação processual à luz dos princípios constitucionais?

4. Tendo em vista os distintos efeitos provocados pela aplicação da súmula vinculante (uniformização jurisprudencial, previsibilidade, celeridade) e da súmula impeditiva de recurso (autonomia das decisões dos juízos inferiores, prevalência do processo criativo judicial, adequação das normas à dinâmica social), na opinião de V.Exa. quais seriam as vantagens e desvantagens para o sistema judiciário e para o cidadão parte da relação processual na aplicação de cada uma? Ambas desempenham papéis úteis ou a adoção de uma excluiria a aplicação da outra?

5. Tomando como base as teorias procedimentalistas, substancialistas e pluralistas relativas à decisão judicial, como se desenvolve o vosso processo decisório?