



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

FELISBERTO DE SOUTO XAVIER

SÚMULAS VINCULANTE E IMPEDITIVA DE RECURSO: A
EQUIVOCADA PONDERAÇÃO DE BENS E A ESTAGNAÇÃO DO
DIREITO

SOUSA - PB
2008

FELISBERTO DE SOUTO XAVIER

SÚMULAS VINCULANTE E IMPEDITIVA DE RECURSO: A
EQUIVOCADA PONDERAÇÃO DE BENS E A ESTAGNAÇÃO DO
DIREITO

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Ma. Geórgia Graziela Aragão de Abrantes.

SOUSA - PB
2008

Felisberto de Souto Xavier

**SÚMULAS VINCULANTE E IMPEDITIVA DE RECURSO: A EQUIVOCADA
PONDERAÇÃO DE BENS E A ESTAGNAÇÃO DO DIREITO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovado em: 25 de novembro de 2008

COMISSÃO EXAMINADORA

Geórgia Graziela Aragão de Abrantes
Professora Orientadora

Examinador(a)

Examinador(a)

Dedico,

A Angela Maria de Souto e José Maria Xavier Neto, meus pais, que com muita luta, superando muitas adversidades desde o início do meu Curso de Direito, estiveram sempre ao meu lado me apoiando no desiderato de buscar a realização do sonho de conclusão deste.

Ao Grupo Permanente (Diego, Dênis e eu), pelo exemplo do que é amizade, preocupação e dedicação.

Agradeço,

A Deus, por me proporcionar lucidez e força de vontade na elaboração deste trabalho.

Aos colegas de faculdade que de alguma forma contribuíram para o cumprimento de mais esta etapa de minha formação.

A Professora Geórgia Graziela, que me orientou na tarefa de procurar trazer neste trabalho a qualidade que a sua importância merece.

RESUMO

Com intuito de esclarecer os reais efeitos da adoção das súmulas vinculante e impeditiva de recurso, este trabalho procura mostrar, através de pesquisas bibliográficas e apresentação de estatísticas, que tais institutos não servem para o propósito para o qual foram criados, qual seja, reduzir a lentidão do Judiciário. As súmulas vinculante e impeditiva de recurso foram introduzidas no sistema jurídico do Brasil sem uma atenta discussão a respeito de sua compatibilidade com a tradição romano-germânica aqui adotada. A criação de normas pelos órgãos da Justiça, diretamente pela súmula vinculante e indiretamente pela impeditiva de recurso, promove a criação de uma nova fonte formal do Direito, inconcebível em um regime primado pela edição de leis por representantes do povo, que as editam de forma a garantir que estas normas sejam despidas de quaisquer ilegitimidades. A edição de normas gerais e abstratas pelos Tribunais Superiores rompe com princípios basilares do Estado Democrático de Direito, de forma que não é aceitável esse tipo de manifestação totalitária do direito. Esses institutos foram criados em um cenário de muita pressão pela adoção de medidas que solucionassem o problema da morosidade, que é muito grave. Ao invés de se adotar políticas no sentido de resolver as causas da morosidade, criaram-se estas aberrações jurídicas. Os problemas como a falta de estrutura do Judiciário, do número insuficiente de juízes, da burocracia processual continuam a atravancar o andamento dos processos, enquanto isso, são editadas as súmulas que mais servem para defender interesses de pessoas dotadas de poder ou *status*. Os efeitos das súmulas, além da defesa de interesses ilegítimos, promovem a violação de diversas garantias constitucionais, processuais e de princípios, apresentando-se como instrumentos antidemocráticos. Por fim, um dos maiores malefícios que tais mecanismos provocam é a estagnação do direito, impedindo que a evolução natural das regras, teses, temas, etc., sejam rediscutidos na atividade dos tribunais pelos verdadeiros defensores do direito, seus operadores, que se debruçam diuturnamente sobre os estudos para promover um direito voltado para a realidade social, almejando, assim, a justiça na sua forma mais plena. As súmulas vinculante e impeditiva não permitem essa evolução natural pela atividade dialética enriquecedora do Direito: o trabalho de seus operadores.

Palavras-chave: Súmulas. Violação. Garantias. Estagnação do Direito.

ABSTRACT

With intention of explaining the Real effects of the adoption of the synopsis obligatory and resource prohibitive, this work search to show, through bibliographical researches and presentation of statistics, that such institutes are not for the purpose for which you/they were created, which is, to reduce the slowness of the Judiciary. The synopsis obligatory and resource prohibitive were introduced in the juridical system of Brazil without an attentive discussion regarding his/her compatibility with the Roman-Germanic tradition here adopted. The creation of norms for the organs of the Justice, directly for the synopsis obligatory and indirectly for the resource prohibitive, it promotes the creation of a new formal source of the Right, inconceivable in a regime excelled by the edition of laws by representatives of the people, that edit them in way to guarantee that these norms are naked of any illegitimacies. The edition of general and abstract norms for the Superior Tribunals breaks up with basic beginnings of the Democratic State of Right, so that it is not acceptable that type of totalitarian manifestation of the right. Those institutes were created in a scenery of a lot of pressure by the adoption of measures that you/they solved the problem of the slowness, that is very serious. Instead of adopting politics in the sense of solving the causes of the slowness, they grew up these juridical aberrations. The problems as the lack of structure of the Judiciary, of the insufficient number of judges, of the procedural bureaucracy continues to clutter the course of the processes, meanwhile, they are edited the synopsis that more they are to defend endowed interests of people of being able to or status. The effects of the synopsis, besides the defense of illegitimate interests, promote the violation of several warranties constitutional, procedural and of beginnings, coming as antidemocratic instruments. Finally, one of the largest harms that such mechanisms provoke is the stagnation of the right, impeding that the natural evolution of the rules, theories, themes, etc., be rediscussed in the activity of the tribunals by the true defenders of the right, their operators, that lean over his daily work on the studies to promote a right gone back to the social reality, longing for, like this, the justice in his fuller form. The synopsis vinculante and prohibitive don't allow that natural evolution for the activity creative dialectics of the Right: the work of their operators.

Word-key: Synopsis. Violation. Warranties. Stagnation of the Right.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 01 A JURISPRUDÊNCIA COMO FONTE DO DIREITO E SUA APLICAÇÃO ERGA OMNES	11
1.1 Fontes do Direito	12
1.1.1 A Lei.....	13
1.1.2 O Costume.....	14
1.1.3 Doutrina.....	14
1.1.4 Analogia, Princípios Gerais do Direito e Equidade.....	15
1.1.5 Jurisprudência.....	16
1.2 A Súmula de Jurisprudência Predominante.....	19
1.3 A Súmula Vinculante.....	20
1.3.1 Origem e Fundamentos para a Instituição da Súmula Vinculante.....	20
1.3.2 Conceito e Requisitos para Edição.....	23
1.3.3 Revisão e Cancelamento.....	24
1.3.4 Reclamação ao Supremo Tribunal Federal por Descumprimento de Súmula Vinculante.....	25
1.3.5 Modulação e Limitação Temporal dos Efeitos.....	25
1.3.6 As Primeiras Súmulas Vinculantes Editadas Pelo Supremo Tribunal Federal.....	26
1.4 A Súmula Impeditiva de Recurso.....	28
1.4.1 Fundamentos para a Instituição da Súmula Impeditiva de Recurso.....	28
1.4.2 Noções Básicas e Conceito.....	29
1.4.3 A Criação das Súmulas Impeditivas de Recursos do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Superior do Trabalho (“Projeto de Emenda Constitucional Paralelo do Judiciário”).....	31
1.5 Natureza Jurídica das Súmulas Vinculante e Impeditiva de Recurso.....	33
CAPÍTULO 02 A VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS JURÍDICOS PELAS SÚMULAS DE OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA.....	35
2.1 Violação a Princípios Jurídicos.....	36
2.1.1 O Desrespeito ao Princípio do Duplo Grau de Jurisdição.....	36
2.1.2 A Equivocada Leitura do Princípio da Segurança Jurídica.....	40
2.1.3 Isonomia Exacerbadamente Formal.....	42
2.1.4 Princípio da Legalidade.....	43
2.1.5 Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição ou Acesso à Justiça.....	46
2.1.6 A Separação de Poderes.....	48
2.1.7 Livre Convencimento Motivado do Juiz e Independência Funcional.....	51
2.1.8 Devido Processo Legal, Ampla Defesa e Contraditório.....	53
CAPÍTULO 03 A NECESSIDADE DE UMA PONDERAÇÃO DE BENS E A ESTAGNAÇÃO DO DIREITO.....	56
3.1 O Princípio da Proporcionalidade e as Súmulas Vinculante e Impeditiva de Recurso.....	57

3.2 Ponderação Entre Princípios – a Prevalência da Celeridade Processual Sobre Princípios Democráticos Fundamentais.....	58
3.3 Causas da Morosidade do Judiciário e as Súmulas Vinculante e Impeditiva de Recurso.....	62
3.3.1 As Causas da Morosidade na Tramitação dos Processos Judiciais.....	63
3.3.2 As Súmulas e a Solução para a Morosidade.....	68
3.4 A Estagnação do Direito pela Adoção das Súmulas Vinculante e Impeditiva de Recurso.....	74
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	83
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	86

INTRODUÇÃO

O tema das súmulas vinculante e impeditiva de recurso é provocador de polêmicas e de serias discussões a respeito da necessidade de adoção destes institutos frente a outras alternativas que poderiam solucionar o problema por eles atacados – a morosidade do Judiciário.

Neste trabalho, buscar-se-á fazer uma análise da criação destes institutos abordando-se, principalmente, duas vertentes. A primeira delas procurará mostrar as súmulas frente à garantias constitucionais, principiológicas e processuais, fazendo-se um paralelo comparativo com as causas da morosidade e as soluções possíveis, para que se possa ter condições de se fazer um juízo valorativo de proporcionalidade entre garantias possivelmente violadas e os benefícios alcançados.

Em uma segunda vertente, demonstrar-se-á que a atividade dos tribunais, desde a primeira instância até os Tribunais Superiores, tem uma função conformadora do Direito, proporcionando uma evolução a este, melhorando sua aplicabilidade e até provocando a modificação da legislação.

A pesquisa baseou-se na coleta de informações bibliográficas e estatísticas, principalmente visando buscar a opinião de autores que possam corroborar uma visão voltada para o tema da violação de garantias frente às causas da morosidade do judiciário, com o intuito de proporcionar as condições necessárias para se ponderar os possíveis benefícios e malefícios. Buscando, por outro lado, subsídios para mostrar que a atividade realizada nos tribunais tem uma função criativa indireta do Direito, promovendo sua evolução e, neste contexto, apresentar os efeitos da adoção das súmulas frente a esta evolução do direito pelo trabalho dos operadores Judiciais.

No primeiro capítulo demonstrar-se-á a função da jurisprudência como fonte do direito, fazendo-se uma análise, mesmo que simplória, das demais fontes do Direito apresentadas pela doutrina. A idéia é que se mostrem os fundamentos de como considerar a jurisprudência como uma fonte do direito.

Nesta mesma esteira, apresentam-se as noções fundamentais das súmulas vinculante e impeditiva de recurso como, por exemplo, fundamentos para criação, conceito, regulação

constitucional e legal, etc. O intuito aqui é oferecer ao leitor um conhecimento, mesmo que não muito aprofundado, dos institutos, para que se possa ter uma melhor compreensão da problemática abordada pelo trabalho.

No segundo capítulo serão abordadas as súmulas frente à garantias basilares do Estado Democrático de Direito como, por exemplo, os princípios do Duplo Grau de Jurisdição, da Inafastabilidade da Jurisdição, o Devido Processo Legal, entre outras. Nesta parte da pesquisa buscar-se-á oferecer subsídios para a temática a ser desenvolvida no último capítulo.

O capítulo terceiro demonstrará o tema central do trabalho. Veremos a adoção das súmulas com uma ponderação dos valores envolvidos. Apresentando a proporcionalidade entre os fundamentos de criação das súmulas e as garantias afrontadas, além de aclarar as reais causas da morosidade, suas soluções e a razoabilidade de adotar as súmulas como solução desta lentidão da Justiça brasileira.

Ainda no terceiro capítulo, elencar-se-á os efeitos da adoção de súmulas com o intuito de diminuir a liberdade de se interpor recursos e de também, remover dos juízes a liberdade de julgarem estritamente com base em seu livre convencimento motivado, limitados apenas pela lei, sobre o trabalho de melhoramento do Direito realizado pela atividade dos tribunais, já que esta promove uma renovação da legislação na sua aplicação, além de proporcionar a mudança de teses jurídicas que se encontrem firmadas.

Este trabalho tem por escopo provocar um repensar sobre a adoção dos institutos, pois, estes foram criados em clima de forte pressão sobre a adoção de medidas que diminuíssem a lentidão que assola o Judiciário no Brasil. Foi neste contexto que promulgada a Emenda Constitucional 45/2004 que criou a súmula vinculante, e também a lei nº 11.276/2006 instituidora da súmula impeditiva de recurso nos moldes atuais.

A principal fonte de informações para a elaboração deste trabalho foi a bibliográfica, coletando-se em artigos científicos, na doutrina constitucionalista e processual dentre outras, a legislação, a jurisprudência e revistas jurídicas fundamentos para a apresentação da temática proposta. Nesta pesquisa, utilizou-se o método dedutivo-comparativo para análise de sistemas jurídicos alienígenas e do nacional. Como método auxiliar, na leitura e interpretação da legislação, o método finalista da norma foi o que melhor se apresentou como eficaz no desenvolvimento do tema.

CAPÍTULO 01 A JURISPRUDÊNCIA COMO FONTE DO DIREITO E SUA APLICAÇÃO *ERGA OMNES*

A atividade dos Tribunais é uma das mais importantes formas de assegurar-se o Estado Democrático de Direito, no qual se baseia a República Federativa do Brasil.

É através dos juízes que se pode corrigir as incongruências da legislação, já que muitas vezes, a mesma demora para se adaptar às mudanças ocorridas na sociedade. Provoca-se até injustiças no seio social, já que as mudanças ocorridas nas relações sociais não se encontram refletidas na legislação.

Além da atualização da legislação anacrônica às evoluções sociais, e da correção dos efeitos daquela quando provocadora de injustiças em casos *sub judice*, é o Poder Jurisdicional que fiscaliza a atuação dos demais Poderes, de forma a evitar abusos cometidos por legisladores (como nos casos de inconstitucionalidades de leis) e, principalmente, da Administração que entre outros, abusando do poder, acabam provocando prejuízos aos indivíduos, sem mencionar os casos de corrupção que a Justiça toma conhecimento e pune os malversadores do Erário Público.

Atualmente tem tomado grande repercussão nos debates dos estudiosos do direito e na própria jurisprudência, a questão desta como fonte do Direito. Não existe discussão quanto ao aspecto persuasivo que a atividade dos Tribunais provoca na atuação dos demais juízes, servindo como orientador do posicionamento daqueles.

O que realmente tem provocado discussões é a instituição dos efeitos vinculantes e impeditivos de recursos, estes sim, são severamente criticados por uns, e defendidos por outros.

Adiante se mostra, mesmo que de forma muito perfunctória, as fontes do Direito, sem exauri-las, e apresenta-se neste cenário as Súmulas Vinculante e Impeditiva de Recurso.

1.1 Fontes do Direito

A noção de fonte do direito remonta aos estudos iniciais da ciência jurídica, que as apresenta como o lugar de onde emanam as normas e princípios do direito. O vocábulo fonte da à idéia de nascedouro, como no caso de uma fonte de água, a nascente de um rio.

Fonte é o lugar onde se pode buscar um fundamento para o reconhecimento de determinado direito. Assim como nos diz Sílvio de Salvo Venosa, em sua obra introdutória ao Direito Civil (2005, p. 37): “a expressão fontes do Direito tem dois sentidos: origem histórica ou diferentes maneiras de realização do Direito. Aqui, no sentido que ora nos interessa, temos o aspecto de fonte criadora do direito”.

Du Pasquier (*apud* NADER, 2004, p.137) ao comentar o aspecto de fonte como nascedouro do direito, afirma

[...]remontar à fonte de um rio é buscar o lugar de onde as águas saem da terra; do mesmo modo, inquirir sobre a fonte de uma regra jurídica é buscar o ponto pelo qual sai das profundidades da vida social para aparecer na vida do Direito.

A doutrina não é unânime na enumeração das fontes do direito, por isso apresenta-se aqui as fontes aceitas sem maiores restrições pela maioria dos autores.

Fala-se em fontes materiais e formais, sendo as primeiras os fatos sociais e valores que permeiam determinado povo influenciando a elaboração das segundas, que são os meios de manifestação do Direito. Como anteriormente mencionado, importa neste trabalho, mesmo que de forma muito simplificada, mencionar quais as fontes formais do direito.

São consideradas fontes do direito pela maioria dos juristas: a) a lei; b) o costume ou direito consuetudinário; c) a doutrina; d) a analogia, os princípios gerais do direito e a equidade; e e) a jurisprudência. A seguir passa-se a fazer uma abordagem sucinta de cada uma delas.

1.1.1 A Lei

Neste contexto, a lição do mestre Miguel Reale (1976: p. 164) introduz bem a idéia de fonte como “os processos ou meios em virtudes dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória, isto é, com vigência e eficácia”.

Assim, apresenta-se a Lei como principal fonte do direito, por possuir de forma absoluta os caracteres de vigência e eficácia, sendo a forma primordial de positivização do Direito no atual estágio de desenvolvimento da sociedade.

Afirma-se que a Lei é a fonte primordial do Direito Positivo pelo fato de está legitimado por um processo de formação complexo, chamado de Processo Legislativo, por meio do qual os fatos sociais passam a ser regrados no interesse da coletividade, evitando-se o arbítrio de poucos.

A doutrina apresenta algumas classificações para as leis sob diferentes aspectos. Em relação à origem da lei elas podem ser classificadas em federais (União), estaduais (Estados) e municipais (Municípios).

Quanto à duração a lei poderá ser temporária (quando existir um prazo de duração ou depender da existência de determinada circunstância como condição para sua vigência).

Já quanto à força obrigatória a lei pode ser considerada cogente (quando se impõem por si mesmas, não deixando qualquer arbítrio ao indivíduo, sendo aplicadas mesmo que os beneficiários não queiram submeter-se), ou dispositiva (quando a lei funciona de forma supletiva à vontade das partes, deixando ao arbítrio destas a escolha de como regular suas relações, tendo seu campo de atuação no direito das obrigações).

Em um conceito amplo de lei poderiam ser incluídos os decretos e os regulamentos, que possuem força normativa, mas não se encaixam no aspecto estrito de lei aqui focado.

1.1.2 O Costume

O Direito costumeiro ou Direito Consuetudinário é outra forma de manifestação do Direito existente em alguns Estados, especialmente na atualidade, nos países Anglo-Saxões, cujo sistema é baseado no Common Law.

O Costume apresenta-se, segundo Paulo Nader (2004: p. 150-151):

[...]como o conjunto de normas de conduta social, criadas espontaneamente pelo povo, através do uso reiterado, uniforme e que gera a certeza de obrigatoriedade, reconhecidas e impostas pelo Estado.

A espontaneidade pela qual são criados os costumes é aspecto bastante interessante, e está intrinsecamente ligada a nomenclatura desta fonte, pois, costume significa hábito, prática, praxe, uso, etc.

Para Venosa (2005: p. 45), dois requisitos são imprescindíveis ao costume: “um de ordem objetiva (o uso, a exterioridade do instituto, o que palpável e percebido pelos sentidos), outro de ordem subjetiva (ou seja, a consciência coletiva de que aquela prática é obrigatória)”. Segundo o mesmo autor, o último aspecto é que atribui ao costume o status de fonte do direito.

1.1.3 Doutrina

A doutrina tem sido alvo de discussões a respeito de possuir ou não o caráter de fonte do direito. Tal discussão tinha lugar em épocas anteriores as codificações, já que as lições dos mestres apresentavam-se como forma de solucionar os conflitos.

Na atualidade, a doutrina cumpre um papel não menos importante, mas não deve ser considerada como uma fonte *per se*, para a interpretação do Direito, para formular

propostas de alteração do ordenamento vigente. Desta forma, o trabalho dos juristas, cientistas do Direito, é de suma importância para se ter um ordenamento jurídico o mais próximo possível da justiça.

1.1.4 Analogia, Princípios Gerais do Direito e Equidade

A Analogia, os Princípios Gerais do Direito e a Equidade não podem ser consideradas como uma forma de expressão do Direito (fonte), mais sim como instrumentos de integração, de suprimento das falhas existentes na legislação. Dizem-se falhas por não terem lugar apenas nas lacunas da lei, mas também quando esta se apresentar injusta, devendo ser adequada a realidade, de forma a não se levar ao extremo de aplicar regras jurídicas de maneira absoluta sem se preocupar com os fatores e circunstâncias de cada caso.

Na atual conjuntura do direito deve-se fazer uma reflexão sobre os Princípios jurídicos. A doutrina, quase que de forma unânime, apresenta os princípios da forma mencionada no parágrafo anterior, como fonte integrativa do direito. Modernamente os princípios têm ganhado muita força, servindo como uma fonte do direito, até mesmo mais importante do que a própria lei, pois teriam uma carga valorativa muito grande. Atualmente fala-se em normatividade dos princípios.

Wilson Rocha Assis (2006: p. 06), em seu artigo “*A normatividade dos princípios e a pós-modernidade*” dá a idéia central da importância que os princípios têm tomado na atualidade:

A normatividade dos princípios guarda uma relação dúplice com a pós-modernidade. Ao mesmo tempo em que propõe uma normatividade mais aberta, mais adequada, portanto, ao contexto de fragmentação característico da pós-modernidade, a atribuição de imperatividade aos princípios permite a integração entre um contexto social fragmentado e disperso por uma infinidade de interlocutores legitimados a proferir atos de fala e a necessidade de atribuir sentido e norma à atuação social dos indivíduos.

A normatividade dos princípios adequa-se à pós-modernidade ao compor um conjunto normativo mais flexível, mais aberto à subjetividade do julgador e à multiplicidade de perspectivas da presente quadra da história. Todavia, de forma dialética, o reconhecimento de carga normativa aos princípios rompe com a fragmentação e com as incertezas características da alta modernidade, recompondo,

ainda que de forma precária e incompleta, a possibilidade de ordenação social e a legitimidade das instituições sociais.

Desta forma, no atual estágio de evolução do Direito, os princípios foram erigidos ao status de fonte do direito, até mesmo com mais importância do que as próprias leis, fala-se em um “Direito dos Princípios”. Diz Rocha Assis (2006: p. 06):

As regras, em face de sua reduzida carga valorativa, não realizam os anseios de justiça e legitimidade de uma sociedade em cuja estrutura social vacilam as certezas existenciais e multiplicam-se as incertezas ético-filosóficas. Nesse contexto, os princípios realizam simultaneamente a reflexão deontológica, acerca dos deveres de cada indivíduo, e a normatização da vida social, exigindo do intérprete do direito o percurso de um caminho mais longo entre a abstração principiológica e a realização da justiça no caso concreto, através da argumentação e da motivação mais elaborada de seus atos.

O que se tem visto na atividade dos operadores do Direito é uma busca incessante por princípios, especialmente os elevados ao status Constitucional, como forma de melhor fundamentar suas petições, pareceres e decisões.

Esta busca por princípios explica-se pela tendência pós-positivista de deixar-se de atribuir preponderância às leis, que possuem pouca carga valorativa, e aplicarem-se os postulados principiológicos, que muitas vezes nem estão escritos, mas podem ser valorados de acordo com os anseios sociais e com as bases do Estado Democrático de Direito.

1.1.5 Jurisprudência

Deixou-se para abordar a Jurisprudência por último, por ser, neste trabalho, a fonte que mais interessa. Já que a idéia é fazer uma abordagem da atividade dos tribunais em diversos aspectos, seja na promoção de uma evolução do direito através das discussões jurídicas travadas nos tribunais, seja pela utilização de mecanismos que o atual ordenamento jurídico põe a disposição dos magistrados, como a edição de súmulas de jurisprudência predominante, passa-se adiante a analisar o que pode ser considerado Jurisprudência.

A jurisprudência segundo Rodolfo de Camargo Mancuso (2001: p. 31):

[...]ela pode significar: ciência do Direito, direito aplicado aos casos concretos, doutrina jurídica, a somatória global dos julgados dos Tribunais, harmônicos ou não, ou seja, a totalização dos acórdãos produzidos pela função jurisdicional do Estado, a coleção ordenada e sistematizada de acórdãos consonantes e reiterados, de um certo Tribunal, ou de uma dada *Justiça*, sobre um mesmo tema jurídico. Há que se reservar esse termo para significar, basicamente, uma sucessão de acórdãos consonantes, sobre um mesmo tema, prolatados em modo reiterado e constante, por órgão jurisdicional colegiado, num mesmo foro ou justiça.

A definição apresentada pode ser desmembrada em alguns elementos principais, de forma a deixar mais claro o que pode ser chamado de Jurisprudência: a) as decisões passíveis de formar jurisprudência devem ser provenientes de órgãos colegiados, ou seja, de Tribunais, não se admitindo formar jurisprudência as decisões monocráticas de juízes de primeira instância; b) essas decisões devem consubstanciar em um número razoável, não formando jurisprudência um número reduzido de decisões; c) devem tratar de um mesmo tema, objeto de processos distintos; d) devem ser harmônicas e reiteradas, decisões contraditórias sobre um mesmo tema formam divergência jurisprudencial e não Jurisprudência, no sentido técnico da expressão; e) devem surgir em determinada Justiça, demonstrando-se a especialização que se exige para que as decisões possam ser consideradas Jurisprudência.

Assim como em relação à doutrina, a Jurisprudência tem sido alvo de discussões a respeito de se tratar ou não de uma fonte do Direito, uma forma de manifestação de regras jurídicas que devem ser seguidas, seja pelos próprios Tribunais, seja pelos jurisdicionados.

Em relação aos últimos, a jurisprudência não deve ser considerada como fonte do Direito, já que não dispõe de caracteres indispensáveis para tal, como a generalidade e a universalidade. As decisões judiciais só têm força cogente entre as partes de um processo, não podendo ter força obrigatória em relação a quem não interveio na relação processual.

Já em relação aos demais órgãos do Judiciário, especialmente os que estão em grau inferior ao tribunal formador da Jurisprudência, esta torna-se demasiadamente importante, de forma que os juízes de primeira instância têm a tendência de seguir a orientação que tem dado o Tribunal Superior através de suas decisões reiteradas e uniformes relativas a casos semelhantes.

Nader (2004: p. 170), ao abordar o tema da Jurisprudência como forma de expressão do Direito, faz um paralelo entre os sistemas anglo-americano e o romano-germânico. Afirma que no primeiro, a jurisprudência é uma importante fonte de expressão do direito (acrescente-se, a mais importante), e ao tratar do segundo sistema assevera:

[...]o papel da jurisprudência limita-se a revelar o Direito preexistente. No Estado Moderno, estruturado na clássica divisão dos três poderes, o papel dos tribunais não poderá ir além da interpretação ou integração do Direito a ser aplicado. Se os juízes passassem a criar o Direito, haveria uma intromissão arbitrária na área de competência do Legislativo.

Bustamante y Montoro (apud NADER 2004: p. 170), também no sentido anteriormente mencionado, salientam que “se a jurisprudência fosse uma fonte de Direito, se converteria em uma prisão intelectual para o próprio Supremo Tribunal, escravizado, depois que houvesse reiterado uma norma elaborada por ele”.

Alguns juristas, principalmente quando analisam a questão do prisma teórico, asseveram que a Jurisprudência não deve se converter em uma fonte criadora de direito, pelo menos não direta, sob pena da afronta à construção teórica que por muito tempo evoluiu até o estágio atual, fazendo com que os indivíduos possam viver em sociedade de uma forma a ter seus direitos assegurados em duas frentes: por um lado um órgão criador de normas que possuam os caracteres da universalidade e da generalidade, e de outro, um órgão guardião desse ordenamento, garantindo que seja respeitado e fazendo com seja aplicado com certeza e segurança.

Falou-se que a Jurisprudência não deve ser fonte criadora do Direito de forma direta, mais adiante destaca-se o aspecto criativo indireto da atividade dos tribunais, promovendo a sua atualização ao desenvolvimento dos valores sociais mais importantes.

1.2 A Súmula de Jurisprudência Predominante

A atividade dos Tribunais demonstra-se muito importante para a integralização e interpretação do Direito preexistente. No exercício destas funções o Poder Judiciário acaba por revelar novas definições a conceitos já existentes, ampliando o conteúdo ou restringindo-o.

Por serem formados por juízes, seres humanos, que detêm experiências pessoais e profissionais próprias, sempre existindo posicionamentos diferentes em relação a questões jurídicas semelhantes. Com intuito de diminuir os inconvenientes causados por estas interpretações contraditórias, foram criadas as chamadas Súmulas, pequenos enunciados que condensam a tese jurídica predominante em determinado tribunal.

Quando da criação deste instituto, que teve como principal defensor o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal Victor Nunes Leal, houve grande resistência e críticas, pois acreditou-se que poderiam provocar a estagnação da jurisprudência.

Evandro Lins e Silva (matéria “*Crime de Hermenêutica e súmula vinculante*” publicada na Revista In Verbis nº5 de 31/05/2004: p. 22) demonstra o que houve à época da criação das súmulas:

Houve críticas e resistências a sua implantação sob o temor de que ela provocasse a estagnação da jurisprudência ou que pretendesse atuar com a força de lei. Seu criador, Victor Nunes, saiu a campo e, em conferências proferidas na época, explicou e deixou bem claro que a Súmula não tinha caráter impositivo ou obrigatório. Ela era matéria puramente regimental e podia ser alterada a qualquer momento, por sugestão dos ministros ou das partes, através de agravo contra o despacho de arquivamento do recurso extraordinário ou do agravo de instrumento.

A idéia primordial é que a Súmula demonstre o entendimento do Tribunal, de forma a servir a juízes, promotores e advogados como fonte, para o primeiro, de fundamentação das decisões, mas que não pode ser a única, e para os outros, como meio de persuasão dos pareceres e postulados dirigidos ao Judiciário.

Como os Tribunais são formados por juízes que serão substituídos por outros, e a aprovação das súmulas dá-se por maioria de votos, faz-se necessário deixar claro que o entendimento firmado através da súmula é contemporâneo aos juízes que o formam, com a

alteração da composição do órgão é necessária a revisão da tese como forma de se deixar claro se a posição continua firme ou se alterará.

1.3 A Súmula Vinculante.

A chamada “Reforma do Poder Judiciário” implementada pela Emenda Constitucional nº 45 de dezembro de 2004, criou a Súmula Vinculante no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Apresentam-se neste momento os fundamentos e origem do instituto, além dos procedimentos de edição, cancelamento e revisão do enunciado. Procura-se deixar o leitor a par do instituto, pelo menos de maneira inicial, para que a problematização apresentada nos próximos capítulos possa ser mais bem compreendida.

Também aqui é apreciada a Reclamação ao Supremo Tribunal Federal por descumprimento de Súmula Vinculante, assim como, a sua modulação de efeitos, de forma a que não se tenham dúvidas ao se mencionar tais procedimentos no decorrer deste texto, pois, por ser um instituto novo que ainda padece de dúvidas quanto à sua aplicação, toda informação sobre o tema faz-se necessária.

1.3.1 Origem e Fundamentos para a Instituição da Súmula Vinculante

Diversos aspectos são apontados pelos defensores da súmula em comento como fundamentos para sua instituição. Cumpre analisar os principais deles, não tendo o intuito de exauri-los, por não ser o objetivo deste trabalho.

Primeiramente, cabe esclarecer que a Súmula de Observância Obrigatória é uma tentativa de conciliar e adaptar o modelo da *common law* (*stare decisis*) para o sistema adotado no Brasil, que é o romano-germânico (*civil law*).

Lapidar é a lição de André Ramos Tavares (2006: p. 20) ao comentar a lei regulamentadora da súmula vinculante:

[...] há uma radical oposição e (aparente) incompatibilidade entre os modelos mencionados. Realmente, enquanto o *modelo codificado* (caso brasileiro) atende ao pensamento abstrato e dedutivo, que estabelece premissas (normativas) e obtém conclusões por processos lógicos, tendendo a estabelecer normas gerais e organizadoras, o modelo do jurisprudencial (caso norte-americano, em parte utilizado como fonte de inspiração para a criação de institutos no Direito brasileiro desde a I República) obedece, ao contrário, a um raciocínio mais concreto, preocupado apenas em resolver o caso particular (pragmatismo exacerbado). Este modelo do *common law* está fortemente centrado na primazia da decisão judicial. Já o direito codificado, como se sabe, está baseado, essencialmente, na lei [...]

A incompatibilidade apontada pelo autor não nos parece ter sido preocupação do legislador constituinte derivado reformador, nem, muito menos, do infraconstitucional.

Uma outra questão referente à tentativa de conciliação dos sistemas feitos através das súmulas de efeito obrigatório, é o fato de o próprio sistema do *istare decisis* não comportar a adoção de súmulas que vinculem decisões de instâncias inferiores, muito pelo contrário. As palavras de Paulo Eduardo Razuk, em seu artigo científico “*Súmula Vinculante – Excrescência no sistema romano-germânico*” (2005: p. 04), demonstram com clareza o tamanho equívoco cometido pelo legislador brasileiro:

A doutrina do *stare decisis* não comporta a edição de súmulas, que contenham proposições jurídicas genéricas. Encontrados os precedentes, faz-se o cotejo dos fatos relacionados aos casos anteriores com o fato objeto do caso em julgamento. É uma operação lógico-indutiva, em que a regra geral é extraída pelo aplicador do exame dos casos anteriores, mediante a comparação dos fatos, para aplicá-la ao caso concreto.

Verifica-se então que o precedente vinculante da doutrina do *stare decisis*, pertencente ao sistema jurídico da *common law*, nada tem a ver com a súmula vinculante do direito brasileiro, que constitui uma excrescência no sistema jurídico romano-germânico, do qual o Brasil sempre fez parte.

Plínio Gustavo Prado Garcia (2005: p. 06), ao comentar o texto acima, faz as seguintes afirmações, de tamanha pertinência que não podem deixar de serem colocadas:

De fato, o princípio do "stare decisis" do Common Law só se aplica quando o juiz forma sua convicção no sentido de encontrar no caso "sub judice" os mesmos pressupostos fáticos ensejadores da formação do precedente. Não fica, assim, o juiz atado automaticamente ao precedente, pois não só pode como deve apontar as distinções, se existentes, entre o caso "sub judice" e o precedente.

Fica bem delineado o fato de que as súmulas que, de qualquer forma, criem proposições genéricas violam o próprio *common law*, o que dizer em relação ao sistema brasileiro.

A criação da súmula de observância obrigatória procura defender, primordialmente, dois princípios: a *segurança jurídica* e a *igualdade*. A idéia é que se dê uma única interpretação para as normas jurídicas, sejam constitucionais ou legais, de maneira a assegurar a segurança jurídica e igualdade nos quais o Poder Judiciário deve calcar sua atuação. Neste sentido, segundo Alexandre de Moraes (2008: p. 566):

[...]os órgãos do Poder Judiciário não devem aplicar as leis e atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades arbitrárias, devendo, pois, utilizar-se de todos os mecanismos constitucionais no sentido de conceder às normas jurídicas uma interpretação única e igualitária.

Além da garantia da segurança jurídica e de igualdade, tem-se como consequência o "desafogamento" do Poder Judiciário, retirando-se das prateleiras dos tribunais grande quantidade de processos, que causam uma das mazelas existentes no Judiciário: a sua morosidade. O intuito é diminuir a repetição de processos que versem sobre a mesma questão.

A criação desta súmula vinculante, segundo os seus defensores, irá promover, de acordo com os fundamentos retro apontados, maior segurança jurídica e igualdade aos jurisdicionados, evitando-se decisões diferentes para casos idênticos, além de buscar maior celeridade processual, pois, promoverá um "desafogamento" dos tribunais, diminuindo sua morosidade.

1.3.2 Conceito e Requisitos para Edição

Pode-se conceituar Súmula vinculante como o enunciado aprovado pelo Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, no qual se consubstancia o entendimento desta corte em relação a determinado assunto, que esteja sendo objeto de reiteradas decisões, ou seja, inúmeros processos sobre o mesmo tema (artigo 103 – A da Constituição Federal e artigo 2º da Lei 11.417/2006). Foi criada pela Reforma do Judiciário, Emenda Constitucional 45/2004, que promoveu diversas mudanças, dentre elas a Súmula Vinculante sob comento.

A idéia é que este enunciado demonstre qual o entendimento predominante no Supremo Tribunal Federal a respeito do tema, fazendo com que este posicionamento seja adotado, pois, tem força vinculante, por todo o Poder Judiciário e pela Administração Pública como um todo (direta e indireta, nas esferas Federal, Estadual e Municipal).

A edição desta súmula depende de um procedimento específico. Somente após reiteradas decisões sobre matéria constitucional e aprovação de pelo menos 2/3 dos membros do Supremo Tribunal Federal, é que se editará o enunciado que após sua publicação na imprensa oficial, passará a ter o chamado efeito vinculante, anteriormente mencionado.

Mas, para a edição deste tipo de súmula, a Constituição Federal e a Lei 11.417/2006 (que disciplinou a edição, a revisão e o cancelamento), estabeleceram determinados requisitos que podem assim ser apresentados: a) reiteradas decisões sobre matéria constitucional; b) ter por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas; c) controvérsia atual sobre tais normas entre órgãos judiciários ou entre estes e a Administração Pública; d) que essa controvérsia acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica; e e) manifestação do Procurador-Geral da República.

A edição deste tipo de súmula poderá ser direta ou incidental. Pode-se chamar de ordinária a forma direta de edição, que pode ser realizada de ofício pelo Supremo Tribunal Federal, ou por provocação dos legitimados previstos no artigo 3º da Lei 11.417/2006, transcrito abaixo por ser de suma importância a sua leitura:

Artigo 3º. São legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante:
I – o Presidente da República;

- II – a Mesa do Senado Federal;
 - III – a Mesa da Câmara dos Deputados;
 - IV – o Procurador-Geral da República;
 - V – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
 - VI – o Defensor Público-Geral da União;
 - VII – partido político com representação no Congresso Nacional;
 - VIII – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional;
 - IX – a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito federal;
 - X – o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
 - XI – os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares.
- § 1º O Município poderá propor, incidentalmente ao curso de processo em que seja parte, a edição, a revisão, ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante, o que não autoriza a suspensão do processo.
- § 2º No procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, o relator poderá admitir, por decisão irrecurável, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

A forma incidental possui suas peculiaridades. Primeiro, como pode-se perceber pela leitura da lei, pressupõe que haja um processo em curso. Nesta forma de edição, apenas o Município é legitimado, quando for parte no processo. Ressalte-se que o processo não será suspenso pela proposta de edição de súmula vinculante, o que poderia levar a multiplicação de propostas de edição, revisão e cancelamento de súmulas.

Neste ponto é bom deixar claro que também na forma de edição, revisão ou cancelamento ordinária (direta), não se autoriza a suspensão de processos que discutam a mesma questão, o que pode se demonstrar, futuramente, muito inconveniente para a segurança jurídica das decisões proferidas em casos como este.

1.3.3 Revisão e Cancelamento

A revisão e o cancelamento das Súmulas Vinculantes obedecem ao mesmo procedimento e formas para a edição, inclusive quanto aos legitimados à provocação.

Caso a norma em que se fundou a edição do Enunciado de Súmula Vinculante seja revogada ou modificada, o Supremo Tribunal Federal deverá, de ofício ou por provocação, proceder à sua revisão ou cancelamento, conforme o caso (artigo 5º da lei nº 11.417/2006).

1.3.4 Reclamação ao Supremo Tribunal Federal por Descumprimento de Súmula Vinculante.

A própria Emenda Constitucional 45/2004, que promoveu a Reforma do Judiciário e instituiu a súmula vinculante, menciona que, caso os juízes não observem as Súmulas Vinculantes, caberá assim à parte prejudicada pela aplicação indevida, ou não aplicação, interpor uma reclamação ao Supremo Tribunal Federal (§ 3º do artigo 103-A da Constituição Federal de 1988).

A Lei 11.417/2006 regulamenta o instituto da reclamação da seguinte forma:

Artigo 7º. Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação.

§ 1º Contra omissão ou ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas.

§ 2º Ao julgar procedente a reclamação, o Supremo Tribunal Federal anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial impugnada, determinando que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso.

Destarte, apesar da instituição da Súmula Vinculante para desafogar o Supremo Tribunal Federal, abriu-se essa via de provocação direta desta Corte, podendo-se reclamar da decisão judicial de um juiz de um Juizado Especial ou do Ato Administrativo de um Prefeito, diretamente para o Supremo Tribunal Federal. Só a prática e o tempo dirão se será eficiente e se não ensejará tantos processos quantos os que existem atualmente, ou até mais.

1.3.5 Modulação e Limitação Temporal dos Efeitos.

Em redação não muito clara, o que pode levar a dúvidas na sua aplicação, a Lei 11.417/2006 instituiu a possibilidade de modulação dos efeitos da súmula vinculante, ou a

limitação temporal da aplicação da mesma, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público.

Para essas formas de limitação dos efeitos da súmula, exige-se que seja aprovada por no mínimo 2/3 dos membros do Supremo Tribunal Federal. Pouco se discutiu, talvez pela ausência de clareza da lei, a respeito deste aspecto. Não parece ser conveniente, pelo menos para os defensores da súmula, este tipo de mecanismo, pois, onde ficará a segurança jurídica e a igualdade de interpretação tão decantadas por eles? Se a súmula terá efeitos diversos, não se pode falar em única interpretação.

1.3.6 As Primeiras Súmulas Vinculantes Editadas Pelo Supremo Tribunal Federal

A seguir apresentam-se as primeiras súmulas vinculantes editadas pelo Supremo Tribunal Federal, que atualmente perfazem um total de treze, na seguinte ordem de edição com os respectivos números:

Súmula Vinculante 1

Ofende a garantia constitucional do ato jurídico perfeito a decisão que, sem ponderar as circunstâncias do caso concreto, desconsidera a validade e a eficácia de acordo constante de termo de adesão instituído pela Lei Complementar nº 110/2001.

Súmula vinculante 2

É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias.

Súmula vinculante 3

Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

Súmula vinculante 4

Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial.

Súmula Vinculante 5

A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.

Súmula Vinculante 6

Não viola a Constituição o estabelecimento de remuneração inferior ao salário mínimo para as praças prestadoras de serviço militar inicial.

Súmula Vinculante 7

A norma do §3º do artigo 192 da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional nº 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicação condicionada à edição de lei complementar.

Súmula Vinculante 8

São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.

Súmula Vinculante 9

O disposto no artigo 127 da Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se lhe aplica o limite temporal previsto no caput do artigo 58.

Súmula Vinculante 10

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

Súmula Vinculante 11

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Súmula Vinculante 12

A cobrança de taxa de matrícula nas universidades públicas viola o disposto no art. 206, IV, da Constituição Federal.

Súmula Vinculante 13

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

O intuito é ter-se a noção de como tem sido elaborado os textos dos enunciados. Uma conclusão parece ser inequívoca: os textos se apresentam demasiadamente concisos para o tamanho do poder que possuem, necessitando que o aplicador tenha o maior cuidado, sendo crucial uma pesquisa a respeito dos precedentes que deram origem as súmulas.

1.4 A Súmula Impeditiva de Recurso.

Inicialmente, faz-se necessário uma pequena apresentação da Súmula Impeditiva de Recurso, tanto na atual conjuntura, como na que se apresenta patente de implementação por mais reformas ao Texto Constitucional.

Assim como foi feito em relação à Súmula Vinculante, procurar-se-á abordar as noções, os fundamentos e justificativas para adoção destas súmulas, o que se torna muito importante diante da problematização que se fará nos capítulos próximos.

1.4.1 Fundamentos para a Instituição da Súmula Impeditiva de Recurso.

A Súmula Impeditiva de Recurso possui fundamentos muito semelhantes aos da Súmula Vinculante anteriormente mencionados. Aliás, ambas tem a mesma finalidade precípua: desafogar os Tribunais Superiores da enorme quantidade de processos, que segundo quem defende esses institutos, é o principal motivo da morosidade das causas que até lá chegam.

Estes dois institutos surgiram num mesmo momento da história brasileira, onde se procurava evitar, de toda forma, que os processos judiciais chegassem até os órgãos de cúpula do Judiciário. Mecanismos diversos neste sentido foram surgindo, de tal forma que as suas legitimidades têm sido questionadas.

A Súmula Impeditiva de Recurso tem diversas semelhanças com a súmula vinculante, mas, especificamente seus fundamentos, apresenta-se uma grande diferença. Apesar de se alegar que a súmula impeditiva de recurso também tenta atribuir uma maior segurança jurídica aos jurisdicionados, é inequívoco que o seu intuito é (quase que exclusivo) evitar que um grande número de recursos sejam recebidos, e acabem por aumentar ainda mais a demanda perante os Tribunais de Justiça dos Estados e Tribunais Regionais Federais, em um

primeiro momento, e aos Tribunais Superiores, em caso de eventuais novos recursos das decisões proferidas por aqueles.

É também baseada no *common law*, sistema que dá maior prevalência aos precedentes judiciais do que as leis na solução dos litígios, aliás, o sistema firma-se nestes, que surge a súmula impeditiva de recurso, assim como anteriormente dito sobre a súmula vinculante.

O problema surge na compatibilização do sistema do *stare decisis* com o sistema brasileiro que é o *civil law* (romano-germânico), com base na codificação (edição de leis num modelo abstrato e dedutivo). Há quem diga que os sistemas são incompatíveis, como é o caso de André Ramos Tavares, em sua obra “Nova lei da Súmula Vinculante: estudos e comentários à lei 11.417/2006” (2006: p. 20), onde, resumidamente, apresenta como funcionam os modelos, bem como sua incompatibilidade, já referida neste trabalho ao tratar-se sobre a súmula vinculante.

1.4.2 Noções Básicas e Conceito

A compreensão a respeito da Súmula Impeditiva de Recurso é fácil, já que se trata de um tema simples.

Na verdade não existem, ainda, súmulas que possam ser, especificamente, chamadas de impeditivas de recursos, ou seja, não existe a edição de enunciados com a finalidade de impedir o seguimento de recursos. Mais adiante, far-se-á a apresentação das propostas de implementação destas sumulas que ainda tramitam no Congresso Nacional.

A chamada Súmula Impeditiva de Recurso, atualmente, é, na verdade, mais um pressuposto de admissibilidade do recurso de apelação, instituído pela Lei 11.276/2006. Está previsto no artigo 518, § 1º do Código de Processo Civil, e estabelece que o recurso de apelação não deverá ser recebido pelo juiz quando a sentença impugnada estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

Ocorre que esse requisito já existia desde 1998, com a Lei 9.756 que alterou o artigo 557 do Código de Processo Civil dando ao relator no tribunal o poder de negar seguimento

aos recursos nas mesmas circunstâncias do mais novo diploma legal. A mudança que a lei mais recente promoveu foi dá ao juiz, no juízo de admissibilidade inicial, o mesmo poder que o relator do tribunal já possuía. Só que para o juiz, esse poder fica restrito ao recurso de apelação, limitação que não existe para o relator, que pode utilizar deste mecanismo em relação a qualquer recurso.

Cumpra aqui a análise dos textos legais para uma melhor compreensão do que fôra dito:

Artigo 557. O relator negará seguimento a 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. [...]

Artigo 518. [...]

§ 1º 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. [...]

Resumidamente, a idéia é que a decisão que esteja de acordo com as súmulas do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal não pode ser apelada, devendo o próprio juiz prolator da decisão atacada não receber o recurso.

Outros dispositivos legais contidos no Código de Processo Civil bebem no mesmo fundamento. O § 1º - A do artigo 557; os artigos 120, parágrafo único; 544, § 3º; e 475, § 3º, todos do Código de Processo Civil, em hipóteses distintas, trazem a idéia de Súmula Impeditiva de Recurso.

Os enunciados da jurisprudência predominante dos mencionados Tribunais, dentro deste instituto da Súmula Impeditiva de Recurso, têm o condão de permitir aos juízes, que não admitam recursos de suas próprias decisões que tenham sido tomadas com fundamento naqueles enunciados.

Cumpra destacar, que cabe o recurso de agravo de instrumento das decisões que não admitam os recursos de apelação, conforme o artigo 522 do Código de Processo Civil, permitindo-se assim, uma nova análise dos pressupostos de admissibilidade dos recursos. Só o tempo dirá se não trocou-se a espécie de recursos que atravancavam os tribunais, substituindo a apelação pelo agravo de instrumento.

1.4.3 A Criação das Súmulas Impeditivas de Recursos do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Superior do Trabalho (“Proposta de Emenda Constitucional Paralela do Judiciário”)

Quando se mencionou a respeito da súmula impeditiva de recurso, foi dito que não existem enunciados de jurisprudência predominante dos Tribunais editadas com a finalidade de obstar o prosseguimento de recursos. Na verdade, o que se tem chamado de Súmula Impeditiva é uma espécie de pressuposto de admissibilidade do recurso de apelação criado recentemente pela Lei 11.276/2006, como já fôra anteriormente dito.

Mas, existe no Congresso Nacional uma Proposta de Emenda Constitucional com intuito de instituir a edição de súmulas específicas para impedir o recebimento de recursos. Aí sim, trata-se da criação de enunciados para que se impeça o processamento de recursos que tenham a finalidade de impugnar uma tese prevista em uma súmula e aplicada em uma decisão de um caso concreto.

A proposta que procura criar essa espécie de súmula está dentro da chamada “Proposta de Emenda Constitucional Paralela do Judiciário”. Esta proposta procura fazer uma reforma no Poder Judiciário, semelhante à feita pela Emenda Constitucional 45/2004. Na verdade, chama-se “Proposta de Emenda Constitucional Paralela”, justamente porque ela foi proposta paralelamente a tramitação do projeto que deu origem a Emenda Constitucional 45/2004.

O proposta, além de muitas outras alterações no Texto Magno, cria dois novos artigos, os de números 105-A e 111-B, referindo-se ao Superior Tribunal de Justiça e ao Tribunal Superior do Trabalho, respectivamente. Estabelecem que esses dois Tribunais editem súmulas com a finalidade precípua e única de impedir o recebimento de recursos referentes às matérias nelas tratadas. Vejam-se as redações propostas aos artigos:

Art. 105-A. O Superior Tribunal de Justiça poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços de seus membros, após reiteradas decisões sobre a matéria, aprovar súmula que, a partir de sua publicação, constituir-se-á em impedimento à interposição de quaisquer recursos contra a decisão que a houver aplicado, bem como proceder a sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada originariamente perante o Superior Tribunal de Justiça por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º São insuscetíveis de recursos e de quaisquer meios de impugnação e incidentes as decisões judiciais, em qualquer instância, que dêem a tratado ou lei federal a interpretação determinada pela súmula impeditiva de recurso.”

“111-B. O Tribunal Superior do Trabalho poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços de seus membros, após reiteradas decisões sobre a matéria, aprovar súmula que, a partir de sua publicação, constituir-se-á em impedimento à interposição de quaisquer recursos contra a decisão que a houver aplicado, bem como proceder a sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada originariamente perante o Superior Tribunal de Justiça por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º São insuscetíveis de recursos e de quaisquer meios de impugnação e incidentes as decisões judiciais, em qualquer instância, que dêem a legislação trabalhista a interpretação determinada pela súmula impeditiva de recurso.

Percebe-se a semelhança entre o procedimento de edição, revisão e cancelamento das Súmulas Impeditivas do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Superior do Trabalho, com o procedimento das Súmulas Vinculantes. O que se denota mais uma vez, é a busca incessante do legislador de criar mecanismos processuais para mitigar a utilização dos recursos.

Algumas observações devem ser feitas. Primeiro, a instituição desse tipo de súmula amplia sua aplicação a todo e qualquer recurso ou meio de impugnação, diferente do que ocorre atualmente, já que a limitação aplica-se apenas a apelação. Segundo, as súmulas impeditivas passam também a ser de competência do Tribunal Superior do Trabalho, o que também amplia a sua aplicação, já que hoje as súmulas impeditivas são apenas as do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Existe uma outra Proposta de Emenda Constitucional, o de nº 377/2004, com a proposta de revogar a previsão da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, para substituí-la pela edição de Súmulas Impeditivas de Recursos, nos mesmos moldes da proposta das Súmulas Impeditivas do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Superior do Trabalho.

Mais adiante tecer-se-á comentários a respeito de mais essa proposta de modificação da Constituição Federal com o intuito de mais uma vez criar-se mecanismos que emperram o desenvolvimento natural do Direito, sem falar nos inúmeros princípios jurídicos violados com

essas alterações, uma verdadeira usurpação da Ciência Jurídica, esquecendo-se como ocorre a verdadeira adaptação do direito aos fenômenos sociais.

1.5 Natureza Jurídica das Súmulas Vinculante e Impeditiva de Recurso

Diante das considerações tecidas anteriormente, é de se indagar qual natureza jurídica assume as Súmulas Vinculante e Impeditiva de Recurso? A resposta não é fácil, pelo menos a primeira vista perante o cenário de desconfiança dos institutos e das críticas que são feitas, além do que, são novidades no cenário nacional, não havendo, como é óbvio, uma posição clara sobre o tema.

Décio Sebastião Daidone, em sua obra *A Súmula Vinculante e Impeditiva* (2006: p. 47), ao introduzir o presente aspecto assevera:

Não obstante o cenário jurídico atual tem as súmulas apenas força persuasiva diante do princípio da livre convicção do juiz, não o obrigando a adotar a tese jurisprudencialmente pacificada, têm se transformado, ao lado das orientações Jurisprudenciais editadas pelo Tribunal Superior do Trabalho, em instrumentos de resolução dos recursos, seja como indicativo de pressuposto de admissibilidade, seja como resultado de apreciação do próprio mérito recursal e sua solução final, [...]

Diante da análise das afirmações pode-se perceber dois caracteres apontados como explicativos da natureza das súmulas. Primeiro menciona-se “como indicativo de pressuposto de admissibilidade”, em relação à impeditiva (é o que se pode concluir do texto), e em segundo lugar, “como resultado da apreciação do próprio mérito recursal e sua solução final”. Não parece ficar claro qual a natureza das súmulas, assim fica patente o que fôra afirmado inicialmente.

Para se chegar a uma conclusão quanto a natureza dos institutos sob análise, deve-se proceder como *José Moura Rocha, Luiz Carlos Alcofarado e Calmon de Passos* (apud DAIDONE, 2006: p. 47-49), que analisando os aspectos de formação, edição e publicidade qualificarem-nas com caráter normativo semelhante as leis.

Mas, há uma ressalva que faz Daidone (2006: p. 49), no sentido da diferença dos fatores que provocam a edição das normas jurídicas e das Súmulas, segundo ele:

Ao ser elaborada a norma jurídica, o legislador leva em conta a combinação de fatores de relevância socioeconômica, política e cultural, enquanto que os elementos formadores da Súmula Vinculante, serão as interativas e idênticas decisões sobre determinada matéria em face de lei objetiva, [...].

Conclui o autor que esses aspectos aproximam os institutos, fazendo com que possam ter natureza jurídica muito assemelhada. Ao contrário, os institutos diferenciam-se pelos aspectos mais importantes. Primeiro, pelo fato de as Súmulas Vinculante e Impeditiva não serem editadas pelo órgão legitimado pelo Estado Democrático de Direito para a criação de regras de aplicação geral e abstrata, que é o Poder Legislativo.

Segundo, que os aspectos demonstrados como ensejadores da edição de ambos ao invés de os aproximarem, os distanciam, não se pode dá a mesma força a fatores bem diferentes. Deve-se sim, utilizar os fatores que ensejam a edição das Súmulas como pontos de partida para, dentre eles encontrarem os pontos comuns, verificando se a motivação que levaram a propositura das ações foram as mesmas, pois podem ter motivações diversas, até mesmo ilegítimas.

Apesar dos argumentos apresentados no parágrafo anterior, a conclusão de Daidone (2006: p. 49), parecer ser, no contexto atual, a que melhor se aproxima com a real natureza jurídica das Súmulas Vinculante e Impeditiva, no sentido de que

[...] é de fonte de direito de aplicação obrigatória *erga omnes*, situando-se no plano jurídico, entre a jurisprudência não sumulada e a própria lei, ficando pois, acima daquela e abaixo desta hierarquicamente.

Deve-se perceber que, não se podendo afirmar que foi intencional, o autor usou a expressão “fonte de direito” e não “fonte do Direito”, levando a conclusão que tais súmulas devem ser vistas como mais uma fundamentação do direito que se pretende, retirando o caráter científico de fonte do Direito.

Fica assim, evidenciado certa fragilidade do tema, pois, já que se encontra entre a jurisprudência, que é apenas uma fonte indireta do Direito, e a Lei, fonte primordial do Direito, por que não lhe atribuir o caráter de fonte do Direito.

CAPÍTULO 02 A VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS JURÍDICOS PELAS SÚMULAS DE OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA.

A instituição das súmulas de observância obrigatória analisadas no capítulo anterior foi muito polêmica, muitos as criticavam, alguns as defendiam. Mas, o cenário atual é que elas foram criadas e vêm sendo editadas e publicadas, não existindo ainda muita clareza na aplicação por serem institutos novos. O fato é que elas estão no ordenamento jurídico, cabendo aos operadores a tarefa de “manuseá-las”.

Como visto, ainda não se chegou a um consenso sobre qual a natureza jurídica da súmula vinculante. Em relação a atual súmula impeditiva de recurso, sabe-se que é considerada um pressuposto de admissibilidade do recurso de apelação, e que se pretende ampliar para todos os recursos através uma nova Emenda Constitucional.

Esses temas foram abordados no capítulo anterior. Neste, no entanto, pretende-se mostrar que houve um grande equívoco por parte do legislador constituinte derivado reformador, pois, ao criá-las violou inúmeros princípios fundamentais de um Estado de Direito.

Deu-se, por conseguinte, prevalência a consecução de um processo judicial rápido, cedendo a pressões não legítimas, e deixou-se de lado garantias constitucionais que são indissociáveis ao Estado Democrático de Direito.

Destaca-se a seguir a violação de princípios jurídicos fundamentais para Estado Brasileiro, tais como a segurança jurídica, a separação de poderes, a isonomia, o livre convencimento motivado do juiz, a inafastabilidade da jurisdição ou acesso à justiça, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, o duplo grau de jurisdição e a legalidade.

2.1 Violação a Princípios Jurídicos.

A criação das súmulas vinculante e impeditiva de recursos baseia-se na tripla fundamentação: segurança jurídica, igualdade e celeridade processual. Principalmente nesta última.

Esses desideratos levaram à Reforma do Judiciário. O intuito principal, como dito, é conseguir uma duração razoável do processo (artigo 5º, inciso LXXVIII da Carta Magna), elevado à categoria de direito fundamental.

Esse objetivo é louvável, conseguir com que os processos judiciais passem a ter uma duração mais célere, corrigindo o problema de sua morosidade é o que todos desejam.

A grande questão é analisar como isso foi feito pela Emenda Constitucional 45/2004, que promoveu o rompimento com diversas garantias constitucionais e dogmáticas que fazem com que o Brasil se consubstancie em Estado Democrático de Direito.

Pretende-se demonstrar a equivocada criação dos institutos das súmulas obrigatórias, que promoveram a violação de diversos princípios jurídicos. Os princípios apresentados a seguir não exaurem os problemas ocasionados, mas procuram demonstrar as principais garantias confrontadas.

2.1.1 O Desrespeito ao Princípio do Duplo Grau de Jurisdição

De forma simplificada, considera-se como Princípio do Duplo Grau de Jurisdição a possibilidade que a parte tem de não se conformar com a decisão proferida apenas por uma instância, seja administrativa ou judicial, ou seja, após a primeira decisão proferida o jurisdicionado tem a garantia de poder recorrer a um órgão ou autoridade hierarquicamente superior (ou não) ao prolator da decisão, para vê-la ser reexaminada. Inconformismo é a palavra mestre na concepção do duplo grau de jurisdição, já que é da própria natureza humana não se conformar com as decisões que lhe são desfavoráveis.

O Princípio do Duplo Grau de Jurisdição exerce algumas funções dentro de um sistema jurídico, de forma que se consubstancia em um fundamento basilar do moderno Estado Democrático de Direito.

Neste tipo de Estado, é fundamental que os atos de poder emanados das autoridades estatais sejam controlados. De forma que a sociedade deve está atenta as atividades e atos praticados pelos poderes, devendo fazer uso dos meios a sua disposição para corrigir atos de poder atentatórios ao bem estar social.

Como uma das funções importantes que exerce o Duplo Grau de Jurisdição, pode-se mencionar o controle das decisões prolatadas pelos membros do Poder Judiciário, em um duplo sentido. Primeiro pela sociedade, representada pelas partes do processo judicial, que ao exercerem a sua faculdade de recorrerem de uma decisão que lhes é desfavorável, estão provocando o segundo sentido do controle, qual seja, a revisão da decisão prolatada por órgãos hierarquicamente superiores, detentores de maior experiência e, conseqüentemente, podem atribuir maior segurança no deslinde do feito.

O mesmo princípio garante que decisões arbitrárias, a par dos erros e equívocos cometidos, não se propaguem e acabem causando danos irreparáveis, não só à parte prejudicada em determinado processo, mas à própria democracia e às instituições que têm como função defendê-la, como é o caso do Judiciário. Quando uma decisão arbitrária é prolatada, não se está prejudicando apenas a parte envolvida no processo, o próprio Estado Democrático é violado e se instaura uma sensação de desconfiança das instituições.

A democracia no âmbito processual está assegurada por garantias legais e constitucionais que formam um complexo sistema contra a arbitrariedade e o subjetivismo. Diversos princípios asseguram ao jurisdicionado um processo judicial sem máculas ou suspeitas. Princípios como a prévia instituição e definição da competência (juiz natural), a bilateralidade da audiência, a publicidade dos atos e decisões, a fundamentação das decisões e o controle das mesmas, possibilitando-se a correção de qualquer ilegalidade cometida.

Tais garantias têm tanta importância, que qualquer tentativa de mitigá-las deve ser reprimida, mesmo que tenha surgido com o intuito de buscar maior celeridade aos processos. Calmon de Passos (2000: p. 69-70), ao comentar as tentativas de agilizar os processos, demonstra o entendimento mais consentâneo com a democracia e as garantias individuais:

Dispensar ou restringir qualquer dessas garantias não é simplificar, deformalizar, agilizar o procedimento privilegiando a efetividade da tutela, sim favorecer o arbítrio em benefício do desafogo de juízos e tribunais. Favorece-se o poder, não os cidadãos, dilata-se o espaço dos governantes e restringe-se o dos governados. E isso se me afigura a mais escancarada anti-democracia que se pode imaginar.

Mitigar o acesso dos jurisdicionados à possibilidade de vê uma decisão que lhe foi desfavorável ser reexaminada, parece mitigar a própria construção do Direito como ciência e, também, negar toda a construção dogmática processual que vê tal garantia como crucial para uma boa solução dos litígios.

Questão que tem provocado grande divergência na doutrina pátria, é a de o Duplo Grau de Jurisdição possuir ou não um caráter de garantia constitucional. Diversos argumentos favoráveis e desfavoráveis são apontados.

Os aspectos até agora apontados neste trabalho são mais do que suficientes para defender a tese de que este princípio apresenta-se como uma garantia constitucional, pois é inerente ao moderno Estado Democrático de Direito adotado pela Carta Constitucional do Brasil, indissociável dos demais princípios informadores do “sistema processual constitucional jurisdicional”, como o chama Calmon de Passos (2000: p. 69-70)

Alguns pontos negativos também são apontados como decorrência deste princípio, como anteriormente mencionado. A dificuldade de acesso à justiça, o desprestígio da primeira instância, a quebra de unidade do Poder Judiciário, a dificuldade na descoberta da verdade mais próxima da real e a inutilidade do procedimento oral são os principais argumentos apresentados como críticas ao princípio do Duplo Grau de Jurisdição.

Desta forma, não se poderia admitir que este princípio fosse uma garantia constitucional, em detrimento dos pontos apresentados como mais relevantes a serem defendidos. Além do que, a própria Constituição Federal prevê hipóteses que não se submetem a uma segunda instância, tais como os casos de competência originária do Supremo Tribunal Federal.

Este último argumento é um dos mais fortemente apresentados como forma de negar o caráter de garantia constitucional do Duplo Grau de Jurisdição. Mas, demonstra-se extremamente frágil, pois os casos de competência originária do Supremo Tribunal Federal são casos de prerrogativa de foro de autoridades que se encontram no mesmo nível dos ministros da Suprema Corte, e como esta é a cúpula do Judiciário, impossível se torna a

sistematização de uma revisão das decisões proferidas em casos como esse. É uma questão de impossibilidade, e não de se abrir mão do Duplo Grau.

Verifica-se que os demais argumentos negativos apresentados têm reflexos meramente práticos, o que não faz com que percam a sua importância, devendo ser defendidos, mas, tais questões não podem sobrepor-se a toda a construção principiológica e dogmática que envolve a possibilidade e a garantia de vê-se as decisões judiciais serem revistas e, se for o caso, reformadas ou invalidadas quando evadas de erros, arbitrariedades, subjetivismo ou ilegalidade.

A sistemática de organização do Poder Judiciário definida na Carta Magna de 1988 é formada por órgãos hierarquizados, existindo Tribunais Superiores que se encontram superpostos a outros Tribunais, os quais encontram-se acima de juízos de primeira instância. Tal hierarquia existe para assegurar a possibilidade de revisão de decisões por órgãos de nível superior ao prolator, evidenciando, de forma clara e inequívoca, a garantia ao Duplo Grau de Jurisdição.

Além da hierarquia estabelecida, a própria Constituição Federal prevê e sistematiza a competência dos Tribunais Superiores e dos Tribunais Federais. Tais competências podem ser definidas basicamente em duas: originária e recursal. A primeira é estabelecida sim pela Constituição, mas pode ser considerada insignificante quando comparada com a previsão e sistematização da segunda (a recursal). Esta última consubstancia a grande fatia da competência dos tribunais. Os recursos previstos no Texto Maior são intocáveis pela legislação inferior, denotando a sua importância e demonstrando que não é apenas um princípio, mas sim, uma garantia. Isso porque a própria Carta Magna de 1988 previu as hipóteses que não admitem a revisão das decisões, ao atribuir ao Supremo Tribunal Federal (cúpula do Judiciário) competências originárias, impossibilitando os recursos de suas decisões.

O Duplo Grau de Jurisdição é visto, modernamente, como um princípio constitucional, e como tal, pode sofrer ponderação quando encontrar-se em tensão com outros princípios, devendo ser aplicados de forma razoável e proporcional, realizando-se um juízo de ponderação de aplicação de princípios. Isso ocorre no que tange ao Duplo Grau de Jurisdição, especialmente em relação ao princípio da Efetividade do Processo. Deixe-se claro que a possibilidade de ponderação na aplicação do Duplo Grau de Jurisdição diz respeito à previsão de recursos na legislação infraconstitucional, em relação aos recursos da própria Constituição Federal que não admite ponderação, sendo, aí sim, uma garantia.

Em relação à Efetividade do Processo, tem-se entendido que o legislador pode, proporcionalmente, sem desprestigiar o Devido Processo Legal e a Ampla Defesa, dá maior aplicabilidade a Efetividade do Processo, restringindo, em determinadas circunstâncias, a aplicabilidade do Duplo Grau de Jurisdição. Ressalte-se que isso não significa que os recursos possam ser extirpados do ordenamento, fazendo com que os jurisdicionados fiquem, previamente, privados de buscar uma justiça mais densa e experiente através das vias recursais.

Apesar de existirem pequenas divergências, pode-se apresentar como quase pacificado na doutrina, a indissociabilidade dos princípios do Devido Processo Legal, Ampla Defesa e Contraditório encontrando-se entrelaçado a estes o Duplo Grau de Jurisdição. Os três primeiros são defendidos de forma unânime, e são considerados garantias processuais intangíveis. Não é de compreender-se por que alguns autores acabam por não aceitar e defender o Princípio do Duplo Grau de Jurisdição com os mesmos aspectos dos demais acima mencionados. Este último princípio está atrelado à concepção de Estado de Direito, como já mencionado neste trabalho, assim como os demais, estando previsto de forma expressa no Texto Maior (Artigo 5º, inciso LV).

A instituição das Súmulas Vinculante e Impeditiva de Recurso é uma clara violação ao princípio do Duplo Grau de Jurisdição e porque não dizer, da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal. Privar os jurisdicionados de verem as questões jurídicas envolvidas em suas causas serem discutidas por Tribunais formados por juízes mais experientes e com “bagagem” de conhecimento mais ampla, é sim violar os princípios acima referidos. Sem falar que impede o debate a respeito da aplicabilidade ou não das súmulas aos casos concretos, já que não haverá a possibilidade de se discutir quando a decisão tiver por fundamento a súmula, só podendo se discutir quando a súmula não for aplicada.

2.1.2 A Equivocada Leitura do Princípio da Segurança Jurídica

Este princípio é apresentado como um dos mais importantes fundamentos para a criação das súmulas objeto deste trabalho, especialmente em relação à Súmula Vinculante.

Vem sendo dito pelos defensores da súmula de observância obrigatória, que a sua edição faz com que o Poder Judiciário passe a ter apenas em posicionamento em relação à determinada questão, o que ofereceria certeza ao jurisdicionado quando buscasse a solução de seus problemas através de um processo judicial.

O conteúdo deste princípio diz respeito à certeza da sociedade de que os direitos e deveres previstos no ordenamento sejam respeitados e, em caso de violação, existam mecanismos para a correção desta.

Os adeptos da vinculação das decisões judiciais afirmam que as divergentes decisões oriundas de juízes diferentes ocasionam insegurança jurídica no seio da sociedade. Que a decisão tomada e consubstanciada em um enunciado com força vinculante, promoveria uma maior segurança jurídica, já que os juízes passariam a tomar suas decisões com uma mesma interpretação das normas legais ou constitucionais. Essas afirmativas se aplicam também a súmula impeditiva de recurso, evidentemente retirado o aspecto da vinculação das decisões, que só acabaria ocorrendo mesmo na prática.

A primeira vista pode parecer correto este entendimento. Mas, uma análise mais profunda do conteúdo da segurança jurídica buscada por este princípio, demonstra que esta idéia é gritantemente equivocada.

As decisões judiciais são tomadas de acordo com o entendimento e a opinião dos julgadores. A interpretação dada por determinados magistrados é baseada na sua experiência de vida e profissional. Ora, diante desta afirmação é de se concluir que as súmulas aqui abordadas, tendo o conteúdo primeiro de decisão judicial, não fogem a essa regra e, por isso, poderão ser justas para determinados casos e injustas para outros, dependendo das circunstâncias em que se encontram as partes do processo. Aqui reside um dos perigos da adoção destas súmulas.

Manoel Pedro Soares Junior (2006: p. 32), em Trabalho de Conclusão do Curso de Direito, apresentado a Universidade Federal de Campina Grande no Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, traz o sentido correto que se deve ter na leitura deste princípio:

Entende-se a segurança jurídica como um conjunto de proteções aos direitos e efetiva possibilidade de restauração de direitos violados e cumprimento dos deveres jurídicos.

Resume-se na certeza da sociedade de que o ordenamento jurídico será mantido e respeitado e caso haja violação a ordem será imediatamente restabelecida, através dos mecanismos do direito.

A vinculação (direta na súmula vinculante e indireta na impeditiva de recurso) fará com que os juízes tenham que aplicar as súmulas sem se preocupar com a justiça ou não da decisão para os casos concretos. Daí pergunta-se: que segurança jurídica é essa?

Por outro lado, as decisões diferentes prolatadas por diversos juízes, não são causadoras de insegurança jurídica nenhuma, muito pelo contrário, são através dessas decisões que são corrigidas as inocuidades da legislação e, interpretando-a, promove-se a justiça mais plena, dando a cada um, o que é seu, analisando-se as especificidades de cada caso concreto.

A segurança jurídica buscada pelas súmulas mitigadoras de recursos é uma segurança equivocada, que só faz com que se proliferem decisões injustas e que não permitem a correção das violações de direitos considerando as peculiaridades dos casos concretos, e desconsiderando a necessária atividade dos operadores do direito nesta busca.

2.1.3 Isonomia Exacerbadamente Formal

Juntamente com a segurança jurídica retro analisada, a igualdade apresenta-se como um dos alicerces fundamentais sobre os quais se construiu as súmulas aqui analisadas.

A igualdade que é defendida com estas súmulas tem conteúdo assemelhado ao que foi dito a respeito da segurança jurídica. Quer se evitar que os órgãos judiciais tomem posicionamentos diferentes em relação à mesma questão jurídica, que deve ser consolidada em súmula “obrigatória”, para acabar com as diferentes interpretações que promovem desigualdades no seio social.

É nesse ponto que se faz necessário o esclarecimento do que seja igualdade (isonomia). Importante e crucial é trazer a lição de alguns autores para tal esclarecimento, como é o caso de José Afonso da Silva (2005 p. 213) que argumenta:

[...]o princípio da igualdade jurisdicional apresenta-se sob dois prismas: 1) como interdição ao juiz de fazer distinção entre situações iguais, ao aplicar a lei; 2) como interdição ao legislador de editar leis que possibilitem tratamento desigual a situações iguais ou tratamento igual a situações desiguais por parte da Justiça.

Ainda nesse sentido, esclarecedor é o ensinamento de Pedro Lenza (2007.p. 701-702):

Deve-se, contudo, buscar não somente esta aparente igualdade formal (consagrada no *liberalismo clássico*), mas, principalmente, a **igualdade material**, na medida em que a lei deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

Isso porque, no Estado Social ativo, efetivador dos direitos humanos, imagina-se uma igualdade mais real perante os bens da vida, diversa daquela apenas formalizada perante a lei.

Essa busca por uma **igualdade substancial**, muitas vezes idealista, reconheça-se, eterniza-se na sempre lembrada, com emoção, *Oração aos moços*, de Rui Barbosa, inspirada na lição secular de Aristóteles, devendo-se *tratar igualmente os iguais e desigualmente na medida de suas desigualdades*. (grifos do autor)

Com base nos ensinamentos acima colacionados, uma conclusão é inequívoca: a apuração e busca da igualdade deve levar em conta as circunstâncias de cada caso, considerando suas especificidades, para consagrar o direito fundamental previsto e garantido pela Carta Magna de 1988 (artigo 5º, *caput* e I).

Se a busca da igualdade deve ser material e não apenas formal, parece-nos um contrasenso fazer com que o órgão responsável pela correção e extirpação das desigualdades – o Poder Judiciário – passe a dotar um posicionamento interpretativo único com a edição das súmulas “obrigatórias”, de forma a abandonar as circunstâncias dos casos concretos, “fechando os olhos” e aplicando a “ordem superior vinculante” sem questioná-la.

Não é de se conformar com tal situação latente. Vinculante ou impeditiva de recurso promovem sim igualdade, mas uma igualdade nefasta e que apenas promovem injustiças, rompendo com toda a sistemática que envolve o moderno Estado Efetivador dos Direitos Humanos e Sociais.

2.1.4 Princípio da Legalidade

Este princípio, assim como os demais que estão e serão apresentados neste capítulo, é um corolário indissociável do Estado Democrático de Direito. A Constituição da República

Federativa do Brasil em seu artigo 5º, inciso II, reza que “ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Sinteticamente, Pedro Lenza (2008: p. 600), dá-nos a noção da importância deste princípio para o Estado de Direito, dizendo que “O princípio da legalidade surgiu com o Estado de Direito, opondo-se a toda e qualquer forma de poder autoritário, antidemocrático”.

Se surgiu com, não se pode aceitar que o Estado pautado pelo Direito possa vê-se distanciando deste princípio, como ocorre nas inovações trazidas pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, referente à edição de súmulas vinculantes, nem pode ter o seu direito de assistir as decisões judiciais serem reexaminadas porque existe posicionamento firmado em determinado Tribunal Superior.

Marcelo Novelino (2008: p. 316), mostra que cabe ao legislativo, pelos fundamentos democráticos, pautar os limites da convivência em sociedade e da atividade do Estado, da seguinte forma:

O princípio da legalidade tem como objetivo limitar o poder do Estado impedindo sua utilização de forma arbitrária. Para isso a Constituição confere ao legislativo, órgão máximo de expressão da vontade popular, a função precípua de criar leis, consagradas como o veículo supremo da vontade Estatal. Essas, por sua vez, deverão ser elaboradas conforme os preceitos constitucionais e pautadas pelo critério da razoabilidade.

Mais adiante, o mesmo autor, citando o constitucionalista Celso Ribeiro Bastos (2008: p. 316), apresenta o que significa a legalidade nos Estados modernos:

Celso Bastos destaca o duplo significado atribuído a este princípio que não só garante o particular contra os possíveis desmandos do Executivo e do Judiciário, mas que “representa o marco avançado do Estado de direito”, procurando conformar os comportamentos as normas jurídicas das quais as leis são a suprema expressão.

Alexandre de Moraes, constitucionalista defensor das súmulas como forma de se diminuir a morosidade do Judiciário, ao analisar o princípio da legalidade tem posicionamento em defesa deste, como não poderia ser diferente. Mas, suas palavras acabam por demonstrar que as súmulas com efeito *erga omnes*, seja vinculando órgãos estatais, seja impedindo recursos, parecem desrespeitar o presente princípio. Segundo ele (2008: p. 41-42):

O art. 5º, II, da Constituição Federal, preceitua que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. (...). só por meio das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras do processo legislativo constitucional podem se criar obrigações para o indivíduo, pois são expressão da vontade geral. com o primado soberano da lei, cessa a vontade caprichosa do detentor do poder em benefício da lei. Conforme salientam Celso Bastos e Ives Gandra Martins, no fundo, portanto, o princípio da legalidade mais se aproxima de uma garantia constitucional do que de um direito individual, já que ela não tutela, especificamente, um bem da vida, mas assegura o particular a prerrogativa de repelir as injunções que lhe sejam impostas por uma outra via que não seja a da lei, pois como já afirmava Aristóteles, “a paixão perverte os magistrados e os melhores homens: a inteligência sem paixão – eis a lei”.

Diante das lições dos autores acima cotejados, conclui-se: Primeiro, que apenas um órgão está legitimado a impor normas de caráter geral e abstrato – o Poder Legislativo. Segundo, o processo legislativo corrobora a vontade geral, pois é realizado por representantes do povo para esta finalidade. Terceiro, que somente as normas desta forma editadas podem obrigar os particulares a fazer ou deixar de fazer algo, e à Administração fazer alguma coisa.

Além do que, as normas editadas pelo Poder Legiferante são totalmente despidas de paixões, pois as pessoas que as elaboram são representantes de diversas classes da sociedade, não só relativo ao caráter econômico, mas, também, relativas a diferentes pensamentos e ideologias, que confrontadas promovem a promulgação de leis que trazem em seu bojo os diversos pensamentos permeados por toda a sociedade.

As palavras de Aristóteles, presentes no texto acima citado de Alexandre de Moraes, são lapidares quando se procura mostrar que as normas editadas pelo Poder Judiciário são permeadas de interesses ilegítimos, pelo menos não se pode afirmar categoricamente que não as são, pois, o procedimento de edição e as pessoas que as editam não são legitimados – segundo os nortes do Estado Democrático de Direito – para as fazerem e cobrarem a sua aplicação e respeito.

O Poder Judiciário é dotado de poder para defender a ordem jurídica, inclusive a legislação, e não para elaborá-la. Pode sim, e deve ser, um auxiliar dos legisladores, mostrando através de suas decisões que existem equívocos ou lacunas na legislação que devem ser solucionadas, pois estas podem está provocando injustiças no seio social.

2.1.5 Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição ou Acesso à Justiça

Este princípio é indissociável do Estado de Direito, por isso, a Constituição Federal o colocou entre os direitos e garantias fundamentais, em seu artigo 5º, inciso XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Significa dizer que está assegurado ao particular o direito de acionar o Poder Judiciário sempre que se vê sob a ameaça de lesão, ou ainda mais, quando esta já ocorreu, tenha sido provocado por outro particular ou, com maior razão, quando provocada pelo Estado, pois o cidadão encontra-se em uma situação de inferioridade em relação a este, necessitando, assim, de uma forma eficaz de se defender.

O direito de submeter um litígio à apreciação do Judiciário, é um dos direitos mais básicos no Estado Moderno, não podendo ser mitigado, sob pena de se está violando a própria concepção de Estado Democrático de Direito.

Alexandre de Moraes (2008: p. 82) faz uma interessante ligação entre o princípio em comento com o da Legalidade, afirmando que o Princípio da Inafastabilidade de Jurisdição é uma garantia daquele. Assevera o autor:

O princípio da legalidade é basilar na existência do Estado de Direito, determinando a Constituição Federal a sua garantia, sempre que houver violação do direito, mediante lesão ou ameaça (art. 5º, XXXV). Dessa forma, será chamado o Poder Judiciário, que, no exercício da jurisdição, deverá aplicar o direito ao caso concreto.

Ainda nessa mesma esteira pode-se citar a lição de Nelson Nery Júnior, (*apud* MORAES, 2008: p. 82-83), trazendo a aplicação do princípio para os aspectos processuais e atribuindo ao mesmo um aspecto abstrato. Protesta o autor: “podemos verificar que o direito de ação é um direito cívico e abstrato, vale dizer, é um direito subjetivo a sentença *tout court*, seja essa de acolhimento ou de rejeição da pretensão, desde que preenchidas as condições da ação”. (grifo do autor).

A evolução da organização dos Estados, na atual concepção de Estado Democrático de Direito na qual está inserida a República Federativa do Brasil, está indissociada de

determinados postulados básicos. Um deles é o acesso dos indivíduos a um controle que vise evitar lesões de direitos ou, no caso de ocorrência destas, corrigí-las.

Esse controle deve ser realizado por um órgão dotado de poder e ocupado por agentes capacitados e desprovidos de interferências ilegítimas para o exercício da atividade jurisdicional, diferente do que fôra dito sobre o judiciário elaborar normas abstratas e gerais. Esse órgão é o Poder Judiciário, dotado dessas qualidades e de outras, como a sua independência.

A tendência nesta evolução é assegurar aos indivíduos o pleno e irrestrito acesso aos órgãos jurisdicionais, como forma de assegurar que os direitos previstos no ordenamento sejam respeitados, e quando violados, sejam extirpados os atos lesivos. Qualquer ato atentatório a essa garantia deve ser visto com maus olhos, pois, pode-se está se procurando defender interesses ilegítimos não consagrados em um Estado de Direito.

Nesse sentido, afirma Amanda Georgia Gonçalves de Sousa, em Trabalho de Conclusão de Curso apresentado a Universidade Federal de Campina Grande – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, intitulado “*A relativização da eficácia da súmula vinculante frente à aplicação de outros institutos jurídicos*” (2006: p. 27):

Qualquer obstáculo que se ponha a realização dos direitos abstratamente protegidos ou à resolução dos litígios importa em inacessibilidade do cidadão à justiça e, portanto, em transgressão da ordem jurídico-constitucional que, seguindo tendência mundial, privilegia os meios de acesso do cidadão à obtenção da tutela jurisdicional, seja ampliando significativamente a legitimação para a defesa dos interesses de massa, seja prevendo a criação de mecanismos facilitadores e simplificadores da atividade jurisdicional.

Nesta acepção, vê-se que o cenário da criação das Súmulas Vinculante e Impeditiva se mostra totalmente fora da tendência de se buscar meios de garantir ao cidadão um Estado de Direito em que possa viver em paz social, sem sofrer com limitações que mais se aproximam com a injustiça.

Amanda Gonçalves, no mesmo trabalho (2006: p. 27) continua:

A vinculação dos órgãos julgadores submetidos a jurisdição dos tribunais editores de súmulas constitui, sem dúvida, obstáculo interposto entre o cidadão e a justiça, posto que definida a tese, passam então a se submeter-lhe as questões com ela identificadas. Na prática, isso significa que é inútil buscar a rediscussão do tema,

acabando o cidadão por deixar de levar a apreciação do judiciário os fatos que a ele se reportem.

Não há como não conceber a violação ao acesso à justiça com a criação das súmulas de observância obrigatória, pois, o efeito imediato do próprio Judiciário, previamente, estabelecer qual a decisão que se deve tomar mesmo antes da propositura da ação, leva o cidadão a vê-se em uma situação incômoda: submeter a violação de direito seu ao Judiciário, já sabendo qual decisão prevalecerá, mesmo que o juiz concorde com sua postulação, ou conforma-se e seguir sua vida com a mácula de nada poder fazer diante da situação.

Luiz Flávio Gomes (apud DAIDONE 2006: p. 101), aponta diversos aspectos que, segundo ele, levam as súmulas serem “rechaçadas”. Um desses argumentos é, justamente o acesso à justiça ou inafastabilidade da jurisdição, diz o autor:

f) são de eficácia prática discutível, porque não podem impedir o acesso de ninguém ao Judiciário; g) e se houver esse impedimento, viola-se o artigo 5º, inciso XXXV, que está protegido por cláusula pétrea.

Com os argumentos apresentados pelos diversos autores, não há como não se notar a violação deste princípio pelas súmulas mitigadoras de recursos. Além do que, essa impossibilidade de se acessar o Judiciário levando os temas a serem rediscutidos, até mesmo tentando-se mostrar novos entendimentos, impossibilita a evolução natural do Direito, já que são nos órgãos judiciais que este é discutido e apresentam-se os argumentos contraditórios que fazem com que o ordenamento se coadune com os valores mais importantes da sociedade.

2.1.6 A Separação de Poderes

Trata-se de um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, de forma que a própria Constituição Federal veda qualquer possibilidade de se alterar o sistema de separação de poderes, pois, esta é uma garantia contra o arbítrio no Estado e contra influências ilegítimas que possam, de qualquer forma, tentar penetrar nas organizações

Estatais e fazer com que os bens mais importantes que devem ser tutelados pelo poder público não o sejam, e chegue-se a uma situação em que a defesa de interesses alheios ao bem-comum seja prioridade, seja em que Poder for.

A expressão “separação de poderes” é criticada, pois, na verdade, o poder é uno, e é emanado do povo (Constituição Federal, parágrafo único, artigo 1º). A melhor forma de se nomear os poderes é chamá-los de “funções”. A função legislativa é exercida pelos legisladores eleitos pelo povo; a função executiva por um gestor também eleito pelo povo; e a função judicial, via de regra, exercida por agentes políticos nomeados através de concurso público de provas e títulos.

A Constituição Federal prevê a tripartição de funções (ou “poderes”, como adotou o constituinte), em seu artigo 2º, logo no início do texto, demonstrando a tamanha importância que merece tal preceito, *in verbis*: “Artigo 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Já em seu artigo 60, § 4º, onde disciplina os requisitos para a emenda ao Texto Constitucional, estabelece as chamadas cláusulas pétreas, nos seguintes termos: Artigo 60. [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] III – a separação dos poderes; [...].

Por estas cláusulas pétreas o Texto Constitucional garante que as mesmas não sejam alteradas e, desta forma, impede que ocorra a usurpação de funções, falando especificamente da separação de poderes.

O constitucionalista Alexandre de Moraes (2008: p. 407), ao analisar a importância da separação de funções em um Estado Democrático de Direito, faz as seguintes afirmações:

Não existirá, pois, um Estado democrático de direito, sem que haja Poderes de Estado e Instituições, independentes e harmônicos entre si, bem como previsão de direitos fundamentais e instrumentos que possibilitem a fiscalização e a perpetuidade desses requisitos. Todos esses temas são de tal modo ligados que a derrocada de um, fatalmente, acarretará a supressão dos demais, com o retorno do arbítrio e da ditadura.

As palavras de Moraes são de suma importância quando aborda a temática das súmulas com caráter de normas abstratas e, até mesmo, de aplicação obrigatória pelos demais componentes do Poder Público, à Administração Pública como um todo. A consequência da instituição das súmulas nesses moldes acarreta a instabilidade entre poderes (“funções”), o

que reflexamente, ou melhor, diretamente afeta o Estado Democrático de Direito. A supressão de instâncias acarretadas tanto pela súmula vinculante, como pela impeditiva de recurso, é uma patente violação às garantias primordiais de um Estado pautado pela defesa de direitos fundamentais.

Gomes (apud DAIDONE 2006: p. 101), ainda apontando argumentos que, segundo ele, servem para “rechaçar” a adoção das súmulas vinculantes, pondera:

[...] b) conflitam com o princípio da separação dos poderes (art. 3º e art. 60, § 4º, inc. III), visto que o judiciário não pode ditar regras gerais e abstratas, com validade universal (*non exemplis sed legibus est*), falta-lhe legitimação democrática para isso; c) fazem tabula rasa do princípio da tipicidade das leis, assim como do juiz natural imparcial (que inexistente nos sistemas de jurisprudência superior vinculante). (grifos do autor)

Exsurge aqui, o problema da falta de legitimação democrática para a edição de normas, pois, só a possui o poder representativo do povo: o Legislativo. É através da escolha dos seus representantes que o povo de um determinado Estado tem a segurança de que a legislação elaborada será consentânea com os seus legítimos interesses.

Evandro Lins e Silva (apud DAIDONE 2006: p. 103-104), traz opinião no mesmo sentido retro apontado, da seguinte forma:

Percebe-se, de logo, a inviabilidade de se introduzir o instituto do precedente absolutamente vinculante nos sistemas jurídicos da família romano-germânica.

Nestes, como é sabido, a fonte primária do direito é sempre a lei, isto é, a norma geral e abstrata emanada do poder competente, o qual, no regime democrático, é o próprio povo diretamente, ou os seus representantes legitimamente eleitos que formam o órgão estatal legislativo. Os juizes não tem legitimidade democrática para criar o direito, porque o povo não lhes delegou esse poder. A sua função precípua, na organização estatal, é a de funcionar como árbitros supremos dos conflitos de interesses na aplicação da lei.

Ademais, o pretendido efeito vinculante dos precedentes judiciais afrontaria duas garantias institucionais maiores, ou seja, dois institutos postos na Constituição para garantir os direitos fundamentais.

O primeiro deles é a separação de Poderes, inscrita no art. 2º da Constituição.

Fica patentemente demonstrada a violação deste preceito informador do Estado Democrático de Direito, que tem por finalidade a garantia dos direitos individuais contra o

arbítrio de interesses que não estejam legitimados pelo povo, pois, este sim é o detentor do poder e só este pode escolher de que forma quer ver sua vida em coletividade ser dirigida.

Isto significa dizer que não só a regulação da convivência dos indivíduos entre si, mas, também a relação do próprio Estado com aqueles, está irregularmente sendo normatizada, e é neste ponto que reside o maior perigo de se adotar um regramento jurídico proveniente de uma fonte não legitimada, como o Poder judiciário, que na verdade deveria estar atento a atuação do Poder Público, defendendo os membros da sociedade contra o arbítrio estatal, e não editando regras com caráter abstrato e geral.

2.1.7 Livre Convencimento Motivado do Juiz e Independência Funcional

Essas duas garantias à atividade jurisdicional têm um caráter importantíssimo, sob dois aspectos diferentes: primeiro, a não adstrição dos juízes à letra fria da lei, cabendo-lhes proceder a correção de iniquidades presentes na legislação ao cotejá-la com os casos concretos; segundo, que os juízes não podem sofrer qualquer tipo de interferência de superiores hierárquicos, seja de que forma for, garantindo-se assim que as decisões prolatadas pelos juízes não sejam evadas de vícios provenientes de intervenções de pessoas estranhas ao processo.

Segundo Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini (2006: p. 67), esses dois princípios têm uma mesma faceta, a de princípios políticos. Veja-se o que os autores afirmam a respeito de um princípio ser considerado como princípio político:

Quanto ao princípio político, pode dizer-se que a estrutura do processo, isto é, das regras disciplinadoras da atividade desenvolvida no processo, deve ser conformada à estrutura política que tenha sido adotada no país. Assim, a normatização processual adotado num Estado de Direito, deve ser coerente com a concepção democrática com que se moldam as estruturas públicas.

Tendo em mente esta concepção de princípio político dentro das regras disciplinadoras do processo, não há como não atribuir às garantias em comentário este aspecto, de forma que ter um juiz que pode avaliar as provas de um processo e a legislação aplicável ao mesmo com liberdade e independência só pode ser vista como garantia ao Estado Democrático de Direito.

Aclarando-se ainda mais a concepção do livre convencimento do juiz, protesta Enéas Castilho Chiarini Júnior (2003: p. 14), em seu artigo científico “A inconstitucionalidade da súmula de efeito vinculante no Direito brasileiro”, no seguinte sentido:

Decorre deste princípio que "...o juiz não é desvinculado da prova e dos elementos existentes nos autos (*quod non est in actis non est in mundo*), mas a sua apreciação não depende de critérios legais determinados *a priori*. O juiz só decide com base nos elementos existentes no processo, mas os avalia segundo critérios críticos e racionais..." (Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pelegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, op. cit., pág. 68).

Este princípio indica, também, independência do juiz em relação aos Tribunais Superiores, estando diretamente ligado à garantia de independência dos juizes, "...a qual retira o magistrado de qualquer subordinação hierárquica no desempenho de suas atividades funcionais; o juiz subordina-se somente à lei, sendo inteiramente livre na formação de seu convencimento e na observância dos ditames de sua consciência." (Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pelegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, op. cit., pág. 161).

No mesmo artigo, Chiarini (2003: p. 15) faz o cotejo da presente garantia perante a existência de súmulas com efeito vinculante, afirmações que podem perfeitamente serem estendidas à súmula impeditiva:

Nota-se, facilmente, que a garantia ao livre convencimento do juiz é impraticável em face ao efeito vinculante, uma vez que, caso seja adotado este efeito vinculativo das súmulas dos tribunais, o juiz, mesmo que convencido do contrário, deverá decidir a lide da forma que foi previamente estabelecido pelos Tribunais Superiores, estando vinculado à decisão sumulada.

Tão gritante é a impossibilidade da garantia do livre convencimento do juiz frente ao efeito vinculante que maiores argumentações tornam-se desnecessárias.

Também apontando o desrespeito ao livre convencimento dos magistrados, Evandro Lins e Silva (*apud* DAIDONE 2006: p. 104), após abordar a violação da garantia da separação de poderes, argumenta que “A segunda garantia institucional afrontada pelas súmulas é a liberdade-poder de todos os magistrados de decidir os litígios segundo a lei, conforme o seu convencimento pessoal”.

Diante das opiniões colacionadas, pode-se chegar a duas conclusões sobre o princípio do livre convencimento e independência funcional confrontado às súmulas obrigatórias: a) estes princípios são garantias indissociáveis ao Estado moderno baseado no Direito, pois, sem ele não há como se garantir que as decisões jurisdicionais não sejam eivadas por vícios no convencimento do magistrado; e b) a adoção das súmulas vinculante e impeditiva de recurso é uma afronta visceral a estas garantias, não se concebendo que se possa conciliar o livre convencimento e a imposição a decisões superiores previamente tomadas.

2.1.8 Devido Processo Legal, Ampla Defesa e Contraditório

Ainda na esteira das garantias constitucionais do processo, o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório são corolários de uma constituição, desenvolvimento e de um provimento final em processo judicial ou administrativo nos quais estejam-se diante de um exercício pleno da vivência de um Estado de Direito, sem interferências ou quaisquer outras suspeições de ilegitimidade sobre o procedimento.

Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (1999: p. 82), definem a importância dessas garantias para o bom desenvolvimento do processo, tanto pelo prisma das partes, como de um processo legítimo:

[...]o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, de outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. Garantias que não servem apenas aos interesses das partes, como direitos públicos subjetivos (ou poderes e faculdades processuais) destas, mas que configuram, antes de mais nada, a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fator legitimante do exercício da jurisdição.

Assim, não se vê um processo como bem desenvolvido sem está assegurado às partes tais garantias que são, unanimemente, defendidos pelos autores constitucionalistas e processualistas.

Alexandre de Moraes (2008: p. 105), apresenta tais garantias em sentido semelhante, valendo a pena a transcrição de suas palavras:

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito a defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal).

O devido processo legal tem como corolários a *ampla defesa* e o *contraditório*, que deverão ser assegurados aos litigantes, em processo judicial ao administrativo, e aos acusados em geral, conforme o texto constitucional expresso (artigo 5º, LV). (grifos nosso e do autor)

José Anchieta da Silva e Sérgio Sérulo da Cunha (*apud* CHIARINI JÚNIOR 2003: p. 13), no mesmo artigo acima mencionado, analisam a aplicação das súmulas vinculantes em relação a tais garantias, considerações plenamente extensíveis as súmulas impeditivas, afirmando que:

O efeito vinculante não se amolda à um sistema jurídico que vise garantir o devido processo legal, como ocorre no Brasil (CF/88, art. 5º, incisos LIII, LIV, LV, LVI, além de outros), pois, conforme argumenta José Anchieta da Silva, o efeito vinculante "...é uma extensão da coisa julgada para além da lide singular. A afirmação contém em si, em termos científicos, uma heresia mas, na prática, este será o efeito do tal efeito vinculante amplo pretendido. E isto é conspirar contra o conceito mesmo da coisa julgada, em todas as latitudes. O mesmo Sérgio Sérulo da Cunha[...] lembra que 'os efeitos dessa decisão, porém, são circunscritos àqueles que puderam expor suas razões em juízo, fazer provas, debater o Direito e os fatos e recorrer das decisões contrárias [...] É impossível, em face desse direito fundamental, proferir-se decisão judicial cuja execução alcance quem não foi litigante, quem não teve a oportunidade de se defender, fazer prova, expor suas razões, discutir o fato e o Direito. [...] A força obrigatória (efeito vinculante) das decisões judiciais, o alcance executório da coisa julgada, restringe-se, portanto, aos que foram parte no respectivo processo.' [...] Tais e pertinentes conclusões vêm secundada pela invocação do texto constitucional, exatamente no que ele contém de mais eloqüente, em torno das inderrogáveis prerrogativas de cidadania, segundo a qual aos litigantes e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, (art. 5º, inciso LV da Carta Política) e, segundo a qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, inciso XXXV, do mesmo texto constitucional)." (Op. cit., págs. 48 a 50).

À época da elaboração do texto acima colacionado as súmulas ainda não tinham sido incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro, de forma que se falava em tese. É extremamente temerário que sejam aceitos mecanismos que provoquem tais efeitos.

A mera possibilidade de se vê o cerceamento de defesa dos jurisdicionados, sendo atingidos por decisões nas quais não pôde se defender, produzir provas, etc, já soava como inaceitáveis à época pelos autores retro mencionados.

O que parece ser pior do que ser atingido por uma decisão da qual não se pôde interferir no processo de construção? O fato de vê uma norma jurídica criada com base em um lastro fático de outros casos concretos e, levando em consideração o direito argumentado pelas partes que destes processos fizeram parte, é uma monstruosidade sem tamanho, considerando que o Brasil é um país lastreado por princípios democráticos.

O Estado de Direito é baseado na previsão abstrata de normas, pelo menos nos países que adotam o sistema romano-germânico, como é o caso do Brasil. Mesmo quando se litiga por um direito que esteja consolidado em uma lei, não se é visto nenhuma forma de mitigação dessa luta.

Mas, com as súmulas vinculante e impeditiva de recurso, antes mesmo de se litigar o objeto de direito ao qual se deseja já se saberá o resultado do processo, muitas vezes levando-se a renunciar as vias judiciais para a persecução do que se quer. É atribuir as normas emanadas pelo Poder Judiciário (ilegitimamente segundo os princípios democráticos), um poder que nem mesmo a Constituição e as leis possuem – impossibilita-se, assim, a luta por direitos.

CAPÍTULO 03 A NECESSIDADE DE UMA PONDERAÇÃO DE BENS E A ESTAGNAÇÃO DO DIREITO

Após a demonstração da confrontação de princípios jurídicos pelas súmulas vinculante e impeditiva de recursos, faz-se necessário apontar que os defensores desses institutos dão prevalência a determinados valores que, diante do sopesamento frente a outras garantias, não há como conceber que tais valores sejam defendidos com tanto ardor.

Aqui se pretende apresentar que a valoração da busca desmedida pela celeridade processual, através de mecanismos que não demonstram ser a forma mais legítima de se garantir uma razoável duração do processo, não pode ser permitida, necessitando que se procure mostrar os equívocos cometidos.

Além do que, essas súmulas foram criadas com o intuito, como anteriormente dito, de diminuir a morosidade do Judiciário, mas deixou-se de lado a correção das causas mais importantes que provocam essa morosidade, preferindo-se, apenas, criar um mecanismo engessador do Judiciário, com a idéia de que se eliminando os recursos resolveria a lentidão.

Aliás, outra questão é o terrível problema do engessamento do Judiciário, pois, o efeito da impossibilidade de se discutir os temas consubstanciados em súmulas vinculantes, ou o fato de não se poder recorrer de decisões que aplicam súmulas de Tribunais Superiores, faz com que o próprio Direito, e não apenas o Judiciário, fique estagnado, dependendo que os ocupantes de altos cargos do Poder Público se preocupem em rever o que foi “petrificado” nos enunciados dos Tribunais.

A seguir, procura-se mostrar a equivocada ponderação de valores realizada pelo legislador ao criar as súmulas de observância obrigatória (vinculante e impeditiva de recurso) frente aos reais problemas que provocam a lentidão do Judiciário e, após, analisa-se a questão da evolução natural do Direito, propiciada pela possibilidade de se debater as questões jurídicas desde a primeira instância do Poder Jurisdicional.

3.1 O Princípio da Proporcionalidade e as Súmulas Vinculante e Impeditiva de Recurso

Cumpra-se ressaltar, inicialmente, que o princípio da Proporcionalidade, que mais se parece com uma forma interpretativa de se solucionar conflitos entre regras, bens jurídicos e, especialmente, entre outros princípios jurídicos, quando aplicado à análise dos fundamentos de criação das súmulas de observância obrigatória verifica-se o tamanho do equívoco cometido.

Precisa-se firmar, mesmo que de forma simplória, o conteúdo desse princípio, para posteriormente cotejá-lo perante as súmulas.

A proporcionalidade tem sido tradicionalmente dividida em três elementos: 1º- *Adequação*: exige-se que exista uma conexão lógica entre meio e fim, devendo-se verificar se existe coerência entre o direito ao qual se pretende limitar e a finalidade a ser alcançada; 2º- *Necessidade*: requer que o direito fundamental limitado seja sacrificado da menor forma possível para se alcançar a finalidade almejada; e 3º- *Proporcionalidade em sentido estrito*: aqui se encontra o cerne da questão, dependendo muito da atividade interpretativa, pois, é necessário analisar o conflito de interesses em si, verificando-se a carga axiológica de cada princípio dentro da sistemática adotada pelo ordenamento jurídico do Estado.

Bruno Marini (2007: p. 06) em artigo científico publicado intitulado “O princípio da proporcionalidade como instrumento de proteção do cidadão e da sociedade frente ao autoritarismo”, dá uma idéia central da importância do presente princípio, mostrando que a proporcionalidade está presente

[...]na evolução histórico-jurídica do Estado de Direito para o Estado Democrático de Direito como princípio implícito à leitura da Legalidade, do Devido Processo Legal, e do respeito à Dignidade da Pessoa Humana.

Modernamente, com o atual estágio de pós-positivismo em que o ordenamento jurídico tem sido mais visto sob o prisma dos princípios, deixando-se de dá grande prevalência as regras positivadas, frias e generalizantes, a atuação do princípio da proporcionalidade ganha força.

Nesta esteira é que João Marcelo Torres Chinelato (2007: p. 02) também em artigo científico “O princípio da proporcionalidade proibindo a omissão estatal. Por uma hermenêutica comprometida com a integridade dos direitos fundamentais”, protesta que:

Ordinariamente, apontam-se no referido princípio duas grandes funções. Pela primeira, a idéia da proporcionalidade se destina a proteger os direitos fundamentais contra os abusos cometidos pelo Estado no exercício de suas atribuições, inclusive contra os *abusos legislativos*. Pela segunda, o princípio da proporcionalidade também é tido como um método para solucionar colisões entre princípios constitucionais, conforme os interesses envolvidos no caso concreto. Nas palavras de Paulo Bonavides, *“uma das aplicações mais proveitosas contidas potencialmente no princípio da proporcionalidade é aquela que o faz instrumento de interpretação toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca daí solução conciliatória, para a qual o princípio é indubitavelmente apropriado. As cortes constitucionais européias, nomeadamente o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, já fizeram uso freqüente do princípio para diminuir ou eliminar a colisão de tais direitos”*. (grifos do autor)

Fica mais do que claro, após a exposição dos princípios confrontados pelas súmulas vinculante e impeditiva de recursos, que é necessário fazer uma análise do que se deve ter como mais importante na seara jurídica, se princípios meramente informadores de procedimentos com aspecto restrito a prática, ou se deve prevalecer as construções teóricas sobre as quais o Estado Democrático de Direito fixa suas bases.

3.2 Ponderação entre Princípios – a Prevalência da Celeridade Processual Sobre Princípios Democráticos Fundamentais

Neste ponto é que se chega a uma polêmica, pois, sopesando a importância de cada garantia constitucional é que se poderá afirmar se a adoção das súmulas vinculante e impeditiva de recurso, pelo menos por esse prisma de conflitos de princípios, foi acertada ou se existe realmente um grande equívoco na instituição no direito brasileiro dos mencionados institutos jurídicos.

Com o desenvolvimento do constitucionalismo moderno, no qual tem-se levado os princípios a positivação em normas expressas nos textos constitucionais, que antes serviam

apenas de fontes subsidiárias para a interpretação e preenchimento de lacunas da legislação, eleva-se de importância os métodos para solucionar os pontos de conflitos entre princípios.

Neste sentido, é a lição de José Sérgio da Silva Cristóvam (2003: p. 03), em artigo científico “A resolução das colisões entre princípios constitucionais”, no qual demonstra a importância do tema e da utilização da proporcionalidade como forma de solução:

No bojo da normatividade dos princípios constitucionais, o estudo das formas de resolução dos conflitos entre princípios constitucionais ganha considerável relevância, sobretudo se analisados a partir de uma moderna teoria da argumentação jurídica. Tal empreitada exige a rediscussão e a redefinição da hermenêutica constitucional clássica, pautada pela lógica formal-positivista, avançando-se para uma nova hermenêutica constitucional, vivificada pelo raciocínio tópico e pela aplicação da máxima da proporcionalidade.

Já o constitucionalista José Joaquim Gomes Canotilho (2003: p. 1237), apresenta algumas razões que podem levar a necessidade de utilização da proporcionalidade para a solução de problemas no cotejamento de princípios normatizados nos textos constitucionais:

[...] (1) inexistência de uma ordenação abstrata de bens constitucionais o que torna indispensável uma operação de balanceamento desses bens de modo a obter uma *norma de decisão situativa*, isto é, uma norma de decisão adoptada às circunstancias do caso; (2) *formatação principial* de muitas das normas do direito constitucional (sobretudo das normas consagradoras de direitos fundamentais) o que implica, em caso de colisão, tarefas de “concordância”, “pesagem”, “ponderação” típicas dos modos de solução de conflitos entre princípios (que não se reconduzem, como já se frisou, a alternativas de “tudo ou nada”); (3) fractura da unidade de valores de uma comunidade que obriga a leituras várias dos conflitos de bens, impondo uma cuidadosa análise dos bens em presença e uma *fundamentação* rigorosa do balanceamento efectuado para a solução dos conflitos. (grifos do autor)

A lição de Canotilho leva a observância de aspectos importantíssimos na solução de conflitos entre princípios. Primeiro que não existe uma prévia estipulação dos princípios que devem prevalecer no caso da ocorrência de conflitos, por isso mesmo é que surgem grandes problemas, como é o caso da adoção de institutos que provocam a violação de bens mais importantes em favor de outros, principalmente quando se trata de direitos fundamentais.

O segundo aspecto a ser observado, é o fato de que as normas constitucionais, como retro mencionado, estão tomando um formato principiológico muito forte, o que dificulta o trabalho do intérprete em buscar o seu sentido quando de sua aplicação, especialmente quando se precisa fazer um balanceamento entre direitos em conflito.

Em um outro aspecto, ressalta de importância o trabalho do intérprete na valoração dos bens a serem protegidos, vez que não existe como verificar de pronto o que deve prevalecer, já que os valores em conflito são protegidos pelo ordenamento. Assim, a operação de ponderação fica mais dificultosa, pois, o operador deverá escolher, com base no sistema adotado no Estado, quais os bens que a sociedade acredita que são mais importantes e que não podem sofrer lesões, sob o risco de se verificar uma violação ao próprio Estado, que é apenas o reflexo da sociedade que vive sob sua égide.

A Constituição Federal de 1988 não prevê expressamente o recurso à ponderação de bens jurídicos para a solução de possíveis atritos. Na verdade, o uso da proporcionalidade deflui do entendimento que se firmou de que as garantias constitucionais não podem ser deixadas de lado na aplicação de normas outras, nem a atuação do Poder Público, em qualquer função que esteja exercendo, mas principalmente quando tratar-se da tarefa de legislar e de julgar. São essas duas atividades que são exclusivas do Estado, monopólio seu por força da delegação do poder pelo povo, por isso mesmo deve merecer um olhar especial para que diante de qualquer possibilidade de arbitrariedade a estirpe de pronto, sem titubear.

Com esse entendimento é que Jane Reis Gonçalves Pereira (2006: p. 215), assevera o seguinte:

A Constituição de 1988, como diversas outras cartas, nada diz sobre a possibilidade sopesar os bens por ela protegidos. Assim como outros métodos ou princípios de interpretação constitucional, o recurso a ponderação de interesses não deflui de um comando constitucional expresso, estando vinculado a uma determinada forma de entender o ordenamento jurídico, os direitos fundamentais e as relações entre a função jurisdicional e a legislativa.

A referência à relação entre função legislativa e jurisdicional, fica claro, é porque são essas funções que mais interferem na vida da sociedade, pois, uma deve criar as regras em abstrato e gerais para serem observadas por todos, e a outra, deve corrigir as violações à ordem jurídica, fazendo com que esta seja cumprida, além de executar as correções necessárias na aplicação da legislação aos casos concretos, corrigindo qualquer possibilidade de injustiça.

Levando a discussão para o âmbito deste trabalho, no qual se pretende mostrar o malefício das súmulas obrigatórias no sistema jurídico brasileiro, que adota os princípios informadores do Estado Democrático de Direito, faz-se necessário verificar o peso das garantias em conflito.

Canotilho (2003: p. 1239) mostra a importância de um raciocínio de razoabilidade frente à ponderação de valores, pois, é através dela é que se pode descobrir o que merece e o que não merece atenção maior dentro do sistema, veja-se: “O teste da razoabilidade permitirá, por exemplo, descobrir o *desvalor* constitucional de alguns interesses pretensamente invocados como dignos de proteção e em conflito com outros” (grifo do autor).

As súmulas vinculante e impeditiva fundamentam-se basicamente em um tripé – segurança jurídica, igualdade e celeridade processual. No capítulo anterior, procurou-se demonstrar a leitura incorreta que se fez dos dois primeiros princípios (segurança jurídica e igualdade), para a fundamentação da criação das súmulas. Não é através do atravancamento ou robotização dos magistrados ao entendimento dos Tribunais Superiores, que se vai conseguir o desiderato de segurança jurídica ou de igualdade, muito pior, pode-se levar a cometer injustiças nos casos concretos.

É certo procurar fazer com que casos iguais sejam igualmente julgados, mas deve-se levar em conta não só as questões jurídicas que envolvem os casos, é crucial uma análise de todo um contexto cultural e sócio-econômico, além da localidade na qual o caso concreto ocorreu, para se conseguir fazer justiça e não se cometer o equívoco de se tentar buscar igualdade e segurança jurídica exacerbadamente formais, que na verdade só podem desembocar em injustiças.

O último aspecto a ser abordado, dentro do tema da colisão entre princípios, é a celeridade processual, principal fundamento da instituição das súmulas obrigatórias. Também chamado de razoável duração do processo (artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal), a celeridade tem se tornado um objetivo mestre para o legislador, acreditando que isso promoverá benefícios para toda a sociedade.

É bem verdade que processos exageradamente demorados não são sinônimos de justiça, nem de decisões corretas. Mas a busca pela celeridade não pode ocorrer com a violação ou confronto de garantias maiores. Já foram citados neste trabalho diversos posicionamentos neste sentido, pois, parece ser indubitável que as garantias conseguidas a muito custo não podem ser colocadas em “xeque” para a obtenção de processos mais rápidos.

Veja-se o que diz Misael Montenegro Filho (2007: p. 24) ao comentar o princípio da razoável duração do processo:

O princípio sobre o qual nos debruçamos em termos de análise e estudo é meramente programático, de cunho idealista, sabido que só a inclusão da norma no Texto Constitucional não garante que os processos sejam desfechados em tempo razoável, em vista da burocracia do processo civil brasileiro, da falta de estrutura do Poder Judiciário, do acúmulo de processos em todas as instâncias da Justiça nacional etc.

A razoável duração do processo não pode ser imposta com o sacrifício de interesses maiores, como a busca da verdade real, a necessidade preservação do contraditório e da ampla defesa, do duplo grau de jurisdição etc., na pretensão de que o magistrado prolate sentença *qualitativa* no término da empreitada judicial apoiando-se no sistema do *Livre convencimento racional ou motivado*, presente no art. 131 da Lei de Ritos.(grifos do autor)

O autor resumiu nesses dois parágrafos os maiores problemas do Poder Judiciário em relação a sua morosidade. Desta forma, vê-se que não há como querer que garantias como a correta aplicação dos princípios da segurança jurídica e da igualdade, o respeito ao devido processo legal, ao contraditório, à ampla defesa, à tripartição de funções, à legalidade, à inafastabilidade da jurisdição ou acesso à justiça, ao duplo grau de jurisdição, ao livre convencimento motivado e à independência funcional, todos consubstanciando a garantia a um Estado Democrático de Direito, sejam relegados a um segundo plano em benefício da mera celeridade processual.

3.3 Causas da Morosidade do Judiciário e as Súmulas Vinculante e Impeditiva de Recurso

Continuando a discussão a respeito da instituição das súmulas vinculante e impeditiva de recursos frente a morosidade do Poder Judiciário, tem que se ter em mente que o maior objetivo da chamada Reforma do Judiciário promovida pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, foi a busca por uma atividade jurisdicional mais célere, evitando-se as sensações de impunidade e de ineficiência que assola toda a sociedade brasileira pela demora na tramitação dos processos.

Muitas causas são apontadas como ensejadoras do problema da morosidade do Judiciário. Questões de ordem estrutural, de postura dos operadores do direito, má administração dos serviços forenses, dentre outras. Interessante notar que a causa que menos interfere na morosidade do Judiciário é a questão dos recursos. Os autores que apontam as

possíveis causas da morosidade sempre deixam para apontar a quantidade de recursos de forma simplória, ou até mesmo, às vezes nem a mencionam.

3.3.1 As Causas da Morosidade na Tramitação dos Processos Judiciais

Inicialmente, cabe deixar claro, de pronto, um aspecto fundamental quando se expõe a lentidão dos processos: a lentidão processual que mais afeta as pessoas e que mais se apresenta como nefasta, é a morosidade dos processos quando ainda tramitam na 1ª (primeira) instância.

Não são os processos em grau de recurso que mostram o maior problema da lentidão, pois, é evidente que os processos que vão para a segunda instância têm que demorar mais, já que serão julgados por um número reduzido de desembargadores, e trata-se de apenas um tribunal em cada região (Justiça Federal) ou em cada Estado-membro (Justiça Estadual). E, extraordinariamente quando chega-se aos Tribunais Superiores, aí sim é que justifica-se a lentidão processual.

Não se quer dizer com isso, que os processos tenham que demorar 15 (quinze) ou 20 (vinte) anos até chegar-se a uma decisão final, apenas procura-se demonstrar que o Judiciário não é um “*drive-thru*”, onde se entrega um processo na entrada e recebe o resultado na outra porta.

Não se pode querer que um processo que “suba” para um Tribunal seja rapidamente solucionado. É uma questão matemática.

Décio Sebastião Daidone (2006: p. 15-24), apresenta, do seu ponto de vista, possíveis causas da morosidade, basicamente em três ordens: 1ª - a explosão de ações no judiciário por diversas razões; 2ª - pelo despreparo e desaparelhamento administrativo; e 3ª – pelo excesso de formalismo das leis processuais.

O mesmo autor (2006: p. 15-19) enumera as razões pelas quais acredita que ocorreu a explosão de ações no judiciário:

a) do maior conhecimento ou conscientização da população de seus direitos, buscando mais os tribunais [...] b) do despertar do cidadão para fiscalizar a coisa pública, mediante o ajuizamento de medidas judiciais [...] c) do reconhecimento da legitimação extraordinária a entidades de classe e sindicais e ao Ministério Público, para a defesa, em juízo, dos interesses difusos e coletivos [...] d) pelo número insuficiente de juízes de primeiro grau [...].

O maior acesso da população em geral à informação, pelos diversos meios de propagação desta, que hoje é totalmente democratizada, especialmente em época de informatização, provocou uma conscientização geral dos direitos que, como decorrência lógica, provocou uma maior busca pela efetivação destes através do Judiciário.

O despertar do cidadão para fiscalizar a atuação dos agentes públicos, evidentemente, também decorre desse maior acesso às informações.

Apontando a mesma idéia, de que existe sim uma maior procura pelo Poder Judiciário, e não só pelo aumento da população, mais principalmente pela maior conscientização dos indivíduos, em artigo publicado na Revista Consulex nº 167, uma edição especial dedicada à morosidade do Judiciário, Agostinho Toffoli Tavolaro (2003: p. 17), aduz:

Outra razão para a morosidade dos serviços judiciários é, sem dúvida, o aumento do *animus litigandi* do brasileiro. Antes cordato, sempre disposto a fazer um acerto, sem querer levar os casos às últimas consequências, mudou em nossos dias essa característica do nosso homem comum. Essa mudança seria trabalho para sociólogos e psicólogos, não para nós, cultores do Direito, que contudo reflete em nossos dias.

Produto da conscientização crescente dos direitos individuais, falta-nos talvez um comedimento que a vida moderna, com suas pressões e exigências, torna cada vez mais distante. O horror que o homem comum tinha de ser chamado à Justiça, que tantas vezes ouvimos expressos por nossos clientes no passado, deixaram de existir, sendo raro hoje o brasileiro não seja ou não tenha sido parte num processo, seja trabalhista, como reclamante, reclamado ou parte em ações plúrimas ou sindicais, seja cível, em ações contra o governo para haver diferenças salariais, etc., relegadas mesmo as antigas questões de vizinhança e locação a um modesto último lugar nas questões levadas aos tribunais. (grifo do autor)

Desta forma, vê-se que a preocupação do cidadão com a defesa de seus direitos é uma causa mais do que suficiente para o aumento do número de processos. A mesma preocupação que tem o cidadão em lutar pelos seus direitos não foi acompanhada por uma atenção proporcional dos administradores, pois, por parte destes não existiu o cuidado com o aumento equivalente do número de juízes e de servidores da Justiça.

A legitimação extraordinária atribuída às entidades de classes, sindicatos e ao Ministério Público é fator importante no aumento da defesa de direitos, mas, principalmente, da complexidade das ações judiciais propostas, de forma que atuando nessas duas frentes – número e complexidade de processos – a consequência inarredável é uma maior lentidão na solução das causas. Mas, este não é um fator preponderante para a morosidade da Justiça, pois, por via reflexa está se impedindo que um sem número de ações individuais estejam sendo propostas.

Quando da criação das súmulas vinculantes, bem como a súmula impeditiva de recurso, como por várias vezes repetidas neste trabalho, a intenção era corrigir essa grave mazela do Estado brasileiro: a morosidade do Judiciário. Mas, deixou-se de lado a correção de questões estruturais, como o insuficiente número de juízes de primeira instância, que atualmente, com o quadro reduzido que possui, encontra-se com as prateleiras de seus gabinetes abarrotadas de processos atrasados, em muitos casos há anos esperando apenas um despacho.

Daidone (2006: p. 19) apresenta uma pesquisa realizada pelo Ministro Caio Mário da Silva Veloso no ano de 1990, que segundo ele é perfeitamente aplicável aos dias atuais, inclusive que o cenário atual encontra-se em situação pior, pois a população aumentou e o número de magistrados não acompanhou esse crescimento. Os números da pesquisa são os seguintes:

- a) Juiz de Direito: um cargo para 23.785 habitantes, um juiz para 30.624 habitantes;
- b) Juiz do Trabalho: um cargo para 127.163 habitantes, um juiz para 165.255 habitantes;
- c) Justiça Federal de 1º grau: um cargo para 617.283 habitantes, um juiz para 882.352 habitantes;
- d) Justiça Militar Federal: um cargo para 3.410.268 habitantes, um juiz para 3.572.662 habitantes.

Consideradas todas as jurisdições, teríamos um cargo de juiz de primeiro grau para cerca de 19.200 habitantes e um juiz para cerca de 25.100 habitantes.

Acrescenta Daidone (2006: p. 19), analisando a situação brasileira em um contexto mundial:

Em relação a outros países, a situação brasileira é extremamente carente. Em 1981 a justiça alemã contava com 15.532 (quinze mil, quinhentos e trinta e dois) juízes,

sendo 12.019 (doze mil e dezenove) na jurisdição ordinária, para uma população aproximada de sessenta milhões de habitantes. Na Alemanha tem-se um cargo de juiz para cerca de 3.863 habitantes.

A falta de juízes existe principalmente por dois motivos: 1º) a pouca preocupação dos governos Estaduais e Federal na realização de concursos públicos para o provimento de cargos de magistrados, que pelo contrário, ao invés disso, promove uma reforma no Judiciário com o intuito de diminuir recursos aos Tribunais Superiores, como se esse fosse o principal problema; 2º) a falta de pessoas preparadas para o exercício da profissão já que a maioria dos concursos que são realizados acabam não preenchendo o número de vagas.

Desta forma, vê-se a defasagem que existe no Judiciário brasileiro. Tem-se que agir em duas frentes: a) criação de mais cargos de juízes de primeira instância para se chegar a uma proporcionalidade com a população, de forma que o juiz possa cumprir o seu papel de forma correta e sem qualquer demora exacerbada; e b) promover uma melhor preparação dos futuros ocupantes desses cargos, melhorando a qualidade do ensino nos cursos de Direito, por exemplo.

Ainda em relação aos juízes, tem que se mencionar a falta de comprometimento de muitos dos magistrados com a função que ocupam. Deve-se deixar claro que apenas o aumento do número de juízes não irá solucionar o problema, a falta de produtividade de muitos dos magistrados é gritantemente provocadora da perpetuação de processos.

Veja o que diz a respeito o magistrado Antônio Pessoa Cardoso, na Revista Jurídica Consulex nº122 (2002: p. 10):

Há juízes que julgam muito e juízes que julgam muito pouco e o erro situa-se na ineficiência das Corregedorias e nas direções dos tribunais, que, apesar de obrigados não fixam e nem cobram metas do magistrado; o modelo que guia os trabalhos dos serviços forenses é abusivamente centralizador; o magistrado precisa reprogramar e desburocratizar seus serviços para fazer um trabalho diferente do que vem fazendo.

A classe dos magistrados, inclusive dos desembargadores e ministros, é extremamente corporativista, postura totalmente inaceitável de pessoas que ocupam cargos tão importantes, ou melhor, fundamentais na busca pelo objetivo maior de se garantir uma boa prestação da Justiça.

É função dos órgãos superiores exigir um bom trabalho e fiscalizar o cumprimento de metas e a atividade dos que se encontram sob sua vigilância. Infelizmente não é o que vem ocorrendo. Deixa-se ao bel prazer dos juízes a direção dos trabalhos judiciários, sem existir uma efetiva cobrança. As ouvidorias consubstanciam um mecanismo bem interessante para a busca de soluções e a identificação de problemas.

O Conselho Nacional de Justiça, criado pela mesma reforma que instituiu a súmula vinculante, é um órgão que se for utilizado de forma operosa e inteligente poderá propiciar um alavancamento no desempenho da atividade dos magistrados. É evidente que não pode existir interferência na independência funcional, mas no âmbito administrativo exige-se que se imponha uma postura de eficiência no Poder Judiciário, princípio, inclusive, aplicável a toda à Administração Pública. Tem-se visto o Conselho Nacional de Justiça (o famoso CNJ) tomando algumas atitudes muito salutares em relação à administração do Judiciário, como é o caso da determinação do fim do nepotismo no âmbito deste.

Um outro problema apontado de forma unânime que causa a morosidade do Judiciário é a legislação processual extremamente formal, além de existir uma quantidade enorme de leis específicas disciplinadoras de ritos processuais, o que torna extremamente difícil uma modernização, já que a atividade legiferante no Brasil é muito pouco produtiva.

Décio Sebastião Daidone (2006: p. 23-24), mencionando o entendimento do Ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal Maurício Correia, escreve sobre o excesso de formalismo processual:

Recentemente o Ministro do Supremo Tribunal Federal *Maurício Correia*, hoje aposentado compulsoriamente em razão da idade limite na magistratura, quando exercia a presidência do Tribunal, em vários pronunciamentos se posicionou no sentido de que o excesso de formalismo era uma das causas da morosidade da Justiça como um todo, tanto que defendia a reformulação completa do Código de Processo Civil, visando a maior celeridade ao Judiciário, com o que também concordamos, mas com algumas ressalvas, pois que paralelamente, devem ser adotadas outras providências para a solução definitiva, como já exposto anteriormente e como, por exemplo, na reestruturação do Poder Judiciário física e materialmente.

O problema em relação a legislação já apresenta pontos de melhoramento nos últimos anos com a edição de inúmeras leis que alteraram o Código de Processo Civil, e também o Código de Processo Penal, este último, inclusive, passou por uma recente reforma.

Interessante é também a parte final da citação colacionada, relacionando o problema da péssima estrutura que possui o Poder Judiciante com a sua lentidão. Não é de se conceber que em plena “era digital”, em que todas as esferas da vida em sociedade gira em torno da informática, inclusive outras atividades do Poder Público, o Judiciário ainda convive com a necessidade de volumosos processos que necessitam ser levados para todas as instâncias através de veículos. A informatização na esfera Judicial anda a passos de tartaruga, talvez influenciada pela morosidade da tramitação dos processos.

Anteriormente mencionou-se que o grande problema da lentidão da atividade jurisdicional está na primeira instância, uma morosidade absolutamente inaceitável. Mas, não se está negando que os recursos também apresentam-se como grandes causadores de lentidão. Vêm-se os processos se arrastando desde o primeiro grau até os Tribunais Superiores por anos afim, sem perspectivas de solução. Por muitas vezes o autor da demanda acaba por não sobreviver a toda a tramitação da demanda processual, e isso se afigura uma aberração em um Estado garantidor de direitos.

3.3.2 As Súmulas e a Solução para a Morosidade

Até aqui foram apresentadas diversas causas para a morosidade na tramitação dos processos, sem indicar qual seria a que mais influencia, qual a que tem mais peso na lentidão em que os processos tramitam na atual conjuntura do Judiciário.

Fez-se referência à conscientização da população dos seus direitos e de como buscá-los por existir mais acesso a informação; a legitimação extraordinária de entidades e do Ministério Público; o insuficiente número de juízes e a postura com que esses tem dirigido seus trabalhos; a péssima estrutura física e material; e inclusive, o número excessivo de recursos.

Vê-se que dos vários fatores apontados, apenas um deles é atacado pela instituição das súmulas vinculante e impeditiva de recursos: o excesso de recursos.

Como é obvio, a morosidade que será solucionada é apenas a recursal, buscando-se desafogar os órgãos superiores. Já se aludiu em linhas anteriores que estes institutos

mitigadores dos recursos afrontam garantias e princípios fundamentais na concepção do moderno Estado Democrático de Direito, não sendo necessário voltar a citá-los.

Além do que, a impossibilidade de se interpor um recurso de uma decisão fundada em uma súmula impeditiva de recurso, só promoverá a interposição de um agravo de instrumento contra essa inadmissibilidade, já que o que se aponta como justificadora do impedimento dos recursos é o seu caráter meramente protelatório, na maioria das vezes. Permitir que se recorra por outra via não parece ser a melhor solução.

Até mesmo no caso da súmula vinculante, poderá se discutir o respeito ou não à súmula através de um recurso direto ao Supremo, a chamada Reclamação Constitucional. É um enorme contra senso tentar diminuir os recursos nos Tribunais Superiores, permitindo-se que se chegue até com mais facilidade até eles, sem passar por uma evolução normal de instâncias: 1ª, 2ª, e extraordinária. Transformou-se o que era exceção em regra. Sem falar que existe uma verdadeira supressão de instâncias.

A solução é fazer com que se mude a cultura do louvor ao formalismo exagerado, rompendo com barreiras que parecem ser mais do que absurdas. A legislação vem evoluindo, mesmo que de forma muito paulatina, desde a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, até às recentes reformas dos Códigos de Processo Civil e Processo Penal.

Essa cultura do formalismo exacerbado é que parece ser de difícil mudança, chegando-se ao ponto de encontrar juízes que exigem que até a permissão para a vista de processos que já estejam subscritos por estagiários deva ser submetida à sua apreciação, sob o argumento do segredo de justiça (que segredo se a petição foi subscrita por quem quer vê-lo?), perdendo tempo de julgar os processos que se encontram atrasados. Os servidores dos cartórios têm perfeita capacidade de conferir se o estagiário é o mesmo que subscreveu a petição. É a falta de uma concepção de gestão descentralizada dos serviços forenses.

Não é necessário que o juiz esteja dirigindo toda a atividade em um fórum. Há que se preparar melhor os servidores da Justiça para que esses possam praticar atos que não estejam relacionados com atividade jurisdicional em si.

Em relação ao número insuficiente de juízes, tem-se dito pelos governos que o custo para a admissão de novos juízes é muito alto, pois, seus salários são elevadíssimos. Louve-se a iniciativa do governo do Estado da Paraíba, que criou este ano diversos cargos de assessores de juízes, necessariamente formados em direito ou em vias de sê-lo. Cabe agora fazer uma

boa seleção desses acessores, que são cargos comissionados, para que se possa ter um desafogamento das Varas Judiciárias.

Outros aspectos mais polêmicos, que podem até serem chamados de tabus, precisam ser repensados para se ter uma melhor celeridade processual, especialmente no que diz a respeito ao exagerado número de recursos. Medidas que rompem com formalidades que atualmente parecem ser absurdas, podem promover uma diminuição no uso dos recursos.

A primeira a ser apontada é a possibilidade de se impor uma sucumbência recursal. Uma nova condenação em honorários advocatícios em caso de derrota no julgamento do recurso. Veja-se o que diz a respeito do uso excessivo de recursos Luiz Otávio de O. Amaral, em artigo científico publicado na Revista Consulex nº 167 (2003: p. 34), uma edição especial sobre a morosidade do Judiciário:

É preciso se repensar a cultura do recurso assumidamente protelatório ou por “dever (?) de ofício” (aqueles tolos recursos do Poder Público). E isto ainda ocorre por que há incentivos econômicos (gratuidade ou insignificância das custas, pelo menos p/ os mais abastados) e nenhum desestímulo ao que pretenda desvirtuar o duplo grau de jurisdição, convertendo-o em mera dilação de justas, devidas e sentenciadas obrigações. [...] Acréscimo financeiro que reverteria ao credor vitorioso e, se porventura bem sucedido o recurso, tornar-se-ia ineficaz, eis que desestímulo à dilação infundada.

A falta de um receio econômico ao que interpõe um recurso, provoca a idéia de que se deve recorrer para vê no que é que dá.

Francisco César Pinheiro Rodrigues em artigo científico publicado na Revista Consulex nº 278, intitulado *Como combater a morosidade sem ferir o direito de recorrer? Uma proposta legislativa* (2008: p. 44-45), escreve a respeito da sucumbência recursal:

Para que a Justiça possa funcionar sem a presente lentidão – decorrência de milhões de processos ajuizados –, é preciso que se inocule um fator de risco, um “perigo” econômico “ameaçando” o interessado em protelar. E que “perigo” seria esse? U’a (sic) nova condenação em honorários – ou seria melhor chamar o ônus de “multa”? – toda vez que o recorrente perder totalmente um recurso, seja de apelação, agravo de instrumento, recurso especial, recurso extraordinário e embargos de declaração. Bem como outras formas indiretas de inconformidade, tais como agravos regimentais, mandados de segurança (contra decisão judicial) e reclamações.

Em suma, para desafogar a justiça brasileira é preciso que os recursos não possam mais ser utilizados como técnica fácil, totalmente sem risco, de se jogar para futuro incerto o pagamento de uma dívida ou o cumprimento de uma obrigação, como ocorre atualmente.

Desta forma, inculindo-se um receio econômico na parte que pretende recorrer ter-se-á uma diminuição considerável dos recursos, especialmente os que são meramente protelatórios e absolutamente infundados. Se o que move a interposição de recursos é uma melhora na condição econômica, não se vai querer correr o risco de perder mais do que já se encontra obrigado.

A próxima proposta a ser apresenta é bem mais polêmica. Mas, faça-se uma análise inicial do seguinte ponto de vista: o recurso tem como parte que o interpôs quem de alguma forma tenha saído perdedor da demanda em primeira instância e visa uma melhora na sua condição buscando uma reforma ou invalidação da decisão proferida pelo órgão *a quo*. Esta é a concepção que existe atualmente. E se fosse sugerido que ao se interpor um recurso poder-se-ia ter sua situação piorada? Parece ser absurdo, mas não é.

Veja-se. Os recursos são utilizados a todo momento, mesmo que não se tenha nenhum fundamento plausível para se recorrer, especialmente tratando-se dos recursos do Poder Público. O que mais se vê são os recursos meramente protelatórios e sem fundamentação como anteriormente dito, com a finalidade apenas de que o processo demore mais e o devedor tenha mais tempo para diminuir seu prejuízo, podendo investir o dinheiro, por exemplo, fazendo-o render e acabando sem ter qualquer prejuízo com a demanda. Enquanto isso o credor fica esperando anos afins.

Francisco César Pinheiro Rodrigues (2008: p. 46) em artigo científico já citado anteriormente neste trabalho, apresenta uma proposta bastante interessante e racional:

Finalizando, uma outra proposta de modificação legislativa que pode ser de grande alcance – agora incluindo a área penal – está em derrubar um tabu jurídico que não tem mais razão de ser, em face da plethora de recursos congestionando nossos tribunais. Refiro-me a proibição da *reformatio in pejus*. Essa proibição é um grande estimulador de recursos cíveis e criminais. [...] Na pior das hipóteses, as coisas continuam como estavam. Nada a perder, com um recurso sem sentido. Se não há nada a perder com um recurso, por que não apresentá-lo? [...]

Se no novo julgamento verificar-se que o recorrente tem até menos direito do que o concedido na decisão recorrida, por que não aproveitar a oportunidade para corrigir o engano, melhor aplicando a lei?

O fim da proibição da *reformatio in pejus* (reformatar em prejuízo) provocaria uma enorme diminuição no número de recursos, basicamente em duas frentes: 1ª – haveria a extirpação dos recursos meramente protelatórios sem qualquer fundamentação digna de levar a causa a ser rediscutida por um outro órgão; 2ª – haveria uma diminuição do número de

recursos, pois, mesmo que existisse alguma fundamentação para o recurso, o medo de ver sua situação piorar faria com a parte desistisse da intenção de interpor o recurso.

Chame-se atenção para uma questão importante, o fim da proibição da *reformatio in pejus*, inicialmente, pelo menos no âmbito cível, já que na esfera penal a discussão seria muito mais acirrada, não tem por finalidade retirar da parte o seu direito de recorrer, muito pelo contrário, a criação da *reformatio in pejus* em substituição aos maléficos institutos das súmulas vinculante e impeditiva de recurso, visa garantir o seu direito de recorrer, desde que se tenha um bom direito a ser levado para novo exame, uma boa fundamentação, do contrário, não se deve recorrer.

O efeito seria imediato, inclusive a desistência de milhares de recursos já interpostos, apesar da necessária garantia ao direito adquirido com uma considerável *vatio legis*. Ter-se-ia uma diminuição considerável na quantidade de recursos e passar-se-ia a ter um aumento na qualidade desses recursos, efeito condizente com os magistrados que servem nos tribunais.

Um outro grande problema da morosidade do Judiciário, especialmente a decorrente do exagerado número de recursos, é a enorme quantidade de recursos manejados pelo Poder Público. Segundo Márcio Thomas Bastos, Ministro da Justiça à época, afirmou que 80% das ações têm patrocínios dos governos (*apud* DAIDONE 2006: p. 20).

Diante desta constatação, a que tomar uma postura mais adequada referente a esta realidade, de forma a, por exemplo, diminuir os privilégios do Poder Público, como os prazos mais dilatados e as remessas de ofício ou reexame necessários. O mero argumento do interesse público não pode servir para que se concorde com a enormidade de recursos apresentadas pelos governos.

Não se justificam os prazos dilatados, pois, os procuradores do Poder Público são muito bem preparados, sabendo o que e quando exatamente deve ser feito. Acabam recorrendo das decisões desfavoráveis, pois, recebem ordens superiores para isso, sendo obrigados a fazer mesmo sabendo que os recursos são infundados.

Muito se falou neste trabalho sobre o direito de se vê que as decisões desfavoráveis devem ser revistas, como forma de se garantir um processo sem qualquer tipo de mácula, além de se assegurar os nortes de um Estado Democrático de Direito. Mas, em nenhum momento falou-se que para haver um processo justo e pautado pelos princípios constitucionais e processuais mais importantes, os recursos deveriam chegar até os Tribunais Superiores.

Estes devem sim, estarem voltados para processos extremamente importantes, que possam afetar a população e, principalmente, o Direito como um todo, e não só os interesses das partes envolvidas em determinado processo.

Fala-se da Repercussão Geral como requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário. Este requisito, nos termos do § 1º do artigo 543-A do Código de Processo Civil: “Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”. Sendo assim, para que Recurso Extraordinário seja admitido pelo Supremo Tribunal Federal, tal pressuposto deve ser preenchido.

É muito salutar que seja desta forma. Os Tribunais Superiores devem voltar-se para questões que envolvam questões mais relevantes em um âmbito mais abrangente do que o mero interesse das partes envolvidas. Veja-se que se mencionou Tribunais Superiores e não apenas o Supremo Tribunal Federal, pois, o Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal Superior do Trabalho também deveriam ser dotados de mecanismo semelhante.

Como dito, não é necessário que todos os recursos cheguem aos Tribunais Superiores. A revisão garantida pelos Tribunais de segunda instância já oferece aos jurisdicionados a segurança de serem submetidos a decisões justas e sem erros, talvez, como ocorre na maioria dos casos, desde a decisão de primeira instância. Agora, se existir um novo argumento ou coisa parecida, que possa provocar, de alguma forma, que o interesse ultrapasse apenas os subjetivos da causa, deve-se dá oportunidade para o recurso a grau Superior.

As decisões têm sim que ter a oportunidade de serem revistas por outros órgãos, mas não necessariamente pelos Tribunais Superiores. Estes ostentam uma posição que deve ser voltada para os interesses da nação e não apenas das partes que litigam em um determinado processo, apenas quando o julgamento da causa, seja pela questão jurídica envolvida, seja por qualquer outro motivo plausível, puder ter uma repercussão geral é que se pode admitir que aqueles órgãos se manifestem.

Foram apresentadas, mesmo que de forma simplória, algumas alternativas para a solução da morosidade da Justiça, sem a necessária adoção de institutos que ofendam a garantias fundamentais em um Estado Democrático de Direito.

O problema da morosidade do Judiciário está em questões práticas, como a péssima estrutura, a pouca informatização, a burocracia processual, o louvor pelo formalismo, etc. As soluções para este tipo de problema passam por políticas públicas voltadas para a melhoria

estrutural, já que o Poder Público vem deixando a Justiça brasileira a mercê das necessidades de modernização e melhor estruturação física e material. Passa também pela reforma da legislação extremamente burocrática arraigada a formalidades que não têm mais cabimento, e também, pela modificação da postura dos operadores do sistema, começando pelos tribunais e juízes, e passando para os advogados e procuradores.

Parece ser muito mais razoável e proporcional corrigir a falta de juízes, o problema dos recursos meramente protelatórios, etc., do que romper com os princípios basilares do Estado Democrático de Direito. As alternativas apresentadas são mais eficientes e não ferem garantias algumas. Os administradores e legisladores do país deveriam ter feito uma discussão melhor, um estudo mais aprofundado das reais necessidades do Judiciário, o que realmente precisaria ser feito para solucionar o problema da lentidão? Além de também ter melhor analisado as conseqüências nefastas da instituição das súmulas de observância obrigatória.

3.4 A Estagnação do Direito pela Adoção das Súmulas Vinculante e Impeditiva de Recurso

Por várias vezes neste trabalho foi ressaltada uma questão importantíssima relacionada com as súmulas objeto deste estudo: as atividades dos tribunais, desde a primeira instância com a atuação dos advogados, promotores e Juízes – operadores do direito por excelência – promovem um fenômeno natural do direito. As discussões travadas em volta das questões jurídicas envolvidas nas causas e os diversos entendimentos por trás dela, inclusive novos entendimentos promovidos pelos interesses e pelos estudos aprofundados geram a evolução natural do direito.

São nos encartes processuais, nas salas de audiência, nos plenários de julgamento que se tem a verdadeira evolução do direito. São nestes ambientes que saem os novos posicionamentos dos tribunais que, no final de uma cadeia, implicam na reforma da legislação e até de teorias do próprio direito.

A atividade dos tribunais deve influenciar, como verdadeiramente influencia, a ordem jurídica através de uma atividade de melhoramento desta sob duas vertentes: primeiro, adaptando a legislação aos casos concretos, extirpando qualquer possibilidade de se cometer

injustiças pela aplicação às cegas de uma norma; e segundo, causando uma atualização do ordenamento as reais necessidades da sociedade que evolui na concepção dos valores que tem como mais importantes, inclusive provocando o legislador quando este está atento ao que ocorre nos tribunais, maior manifestação da criação jurídica.

Bustamante y Montoro e Bacon (*apud* NADER, 2004: p. 170), dão a idéia de como deve ser a atividade jurisprudencial frente à legislação:

[...]se a jurisprudência fosse uma fonte de Direito, se converteria em uma prisão intelectual para o próprio Supremo Tribunal, escravizado, depois que houvesse reiterado uma norma elaborada por ele. Em vez de as normas jurídicas anteciparem-se aos fatos, estes seriam um *prius* e aquelas um *posterius*, o que tornaria vulnerável a segurança jurídica dos indivíduos. Os juízes devem ser leais guardiões da lei e o seu papel consiste, conforme assinala Bacon, em *ius dicere* e não em *ius dare*, isto é, a sua função é a de interpretar o Direito e não a de criá-lo. (grifos do autor)

A idéia central é que o Judiciário atue de forma a aplicar a legislação, sem criá-lo, pois é salutar, tanto para o próprio Direito como para os jurisdicionados, que seja assim.

Mas os juízes não podem ficar presos, também, a uma legislação que não esteja consentânea com os interesses da sociedade.

Cabral de Moncada e Portalis (*apud* NADER, 2004: p. 171), referindo-se a citação colacionada anteriormente, esclarecem como os juízes contribuem com a vida jurídica, acrescentando-se que não é apenas a atividade dos juízes, pois, esta decorre das manifestações de outros operadores do Direito, como os promotores e advogados, que através dos seus posicionamentos, na maioria das vezes antagônicos, promovem o surgimento de novas teses e de evolução das já existentes:

Esta opinião não exclui a contribuição da jurisprudência para o progresso da vida jurídica, nem transforma os juízes em autômatos, com a missão de encaixar as regras jurídicas aos casos concretos. É através dela que se revelam as virtudes e as falhas do ordenamento. É pela interpretação executada pelo Poder Judiciário que as determinações latentes na ordem jurídica se manifestam. Portanto, a atividade dos juízes é fecunda e, sob certo ponto de vista, criadora. O papel do magistrado foi definido, lucidamente, por Cabral de Moncada: “o juiz será, em muitos casos, não um *deus ex machina* da ordem jurídica, não um demiurgo caprichoso e arbitrário, mas uma espécie de oráculo inteligente que ausculta e define o sentido duma realidade espiritual que, em última análise, lhe é transcendente e possuidora de tanta objetividade como o direito já expresso e formulado na lei. Nisto consiste o seu particular poder criador do direito, *condicionado e colaborante*, como se vê, e não livre e arbitrário”. [...]

Como um elo entre as instituições jurídicas e a vida, o juiz procura ser de fato o *interpres*, o conciliador, conjugando o Direito com as aspirações de justiça. Concordamos com Portalis, quando observa que “é necessário que o legislador vigie a jurisprudência... mas também é necessário que tenha uma”. Admitimos para a jurisprudência, no sistema continental, apenas a condição de fonte indireta, que influencia na formação das leis, por seu conteúdo doutrinário. (grifos do autor)

Fica claro que a atividade jurisprudencial auxilia de forma crucial na formação e conformação da ordem jurídica, pois, é através dela que surge a vontade da sociedade na modificação de determinado tema, ou ainda, da regulação de determinado ponto que ainda não foi normatizado em lei. É a forma mais rápida e eficiente para se chegar a tais desideratos, através da busca da Justiça.

Agostinho Toffoli Tavolaro, em artigo científico publicado na revista *Consulex* nº 167 (2003: p. 19), artigo, inclusive, já citado neste trabalho, mostra quanto é importante a atividade da jurisprudência no melhoramento da legislação:

Digamos, lei, não é por ser velha que deve ser revogada. A lei deve ser, na medida do possível, perene, sujeita sua modernização à aplicação hermenêutica e aplicação sensata, sem necessidade de textos novos e complexos. Claro que de leis novas haverá necessidade: porém, para contemplar fatos novos que a vida hodierna apresenta, não para relações jurídicas que existem desde sempre e às quais os tribunais vinham dando tratamento adequado. Não nos esqueçamos de que a interpretação dos tribunais e aplicação do Direito não é obra cerebrina de juizes, mas sim o fruto de toda uma formação em que doutrina, advogados e vivência têm papel relevante.

Sendo assim, os tribunais mostram-se atualizadores das normas já existentes, aplicando-as da forma mais condizentes com os valores da sociedade, podendo refletir ou não em uma modificação legislativa, às vezes necessária para desafogar os tribunais, pois, desta forma, oferece maior segurança às relações, e por outro lado, oferta ao legislador os nortes para a normatização de novas situações emergentes.

Muitos que defendem a adoção das súmulas de observância obrigatória, especialmente a vinculante, afirmam que a repetição de ações no Judiciário é provocadora de insegurança jurídica e não uma forma de modernizar e promover a evolução da legislação. A propósito, asseverou Manoel Pedro Soares Junior em Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Universidade Federal de Campina Grande – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, intitulado *Súmula vinculante: uma afronta ao livre convencimento motivado do juiz* (2006: p. 32):

As decisões divergentes não ocasionam insegurança jurídica. A jurisprudência divergente é um instrumento salutar de conformação do direito. A repetição de ações por divergirem do entendimento do Supremo Tribunal Federal ou dos Tribunais superiores não deve ser vista como um empecilho à realização da justiça e sim, como uma manifestação enriquecedora de realização do direito, porquanto o direito é eminentemente dialético.

São através de confrontos entre teses jurídicas que o direito se revela de maneira apurada. Devemos também acentuar que a divergência de opiniões é uma característica dos regimes democráticos.

A adoção de enunciados de Jurisprudência de Tribunais superiores com o intuito de impedir a interposição de recursos, ou até mesmo a vinculação das instâncias inferiores ao que foi consubstanciado naquele enunciado além de não promover segurança jurídica, como anteriormente apresentado, provoca uma mitigação da liberdade assegurada pelos regimes democráticos, inclusive o que rege o Brasil. As opiniões que divergem são eminentemente salutares para o Direito, pois, isto é de sua natureza. Faz-se necessário o confronto de idéias para que se tenha um direito rico e voltado para os ideais de justiça.

Alexandre de Moraes (2008: p. 568), afirma que as súmulas vinculantes só serão editadas após prolongada discussão da matéria, após uma maturidade do trabalho jurisprudencial atento aos casos repetidos é que se chegará a uma pacificação suficiente para edição da súmula e a evidente conformação dos jurisdicionados de que o posicionamento vinculado é o melhor.

Não parece ser o que vêm ocorrendo com a edição dos primeiros enunciados de súmulas vinculantes. Cite-se o exemplo da edição da Súmula Vinculante nº 11, que regulou o uso de algemas (veja-se que aberração, falou-se em um tribunal regulando, regrado, normatizando, soa no mínimo antidemocrático) que surgiu em um contexto absurdo: em determinada operação da Polícia Federal realizada no corrente ano, fato exaustivamente noticiado na imprensa, foram detidos políticos importantes e muito conhecidos, e um determinado banqueiro muito poderoso, com muitos contatos com o Poder Público.

As prisões efetuadas a vista da imprensa, onde as personalidades mencionadas eram levados até as viaturas algemados, mesmo sem oferecer resistência, fez com que poucos dias depois o Supremo Tribunal Federal editasse a retro mencionada Súmula Vinculante nº 11, súmula que se encontra colacionada neste trabalho. Utilizou-se do pretexto de um processo de um pedreiro que estava paralisado há anos no Supremo para a edição da súmula.

Não parece ter ocorrido uma exaustiva discussão sobre o tema, e pior, os interesses defendidos não foram os do pedreiro que recorreu ao Supremo, como é obvio. Além do que

como a repercussão foi muito grande e causou um certo mal-estar no Congresso Nacional, poucos dias depois da edição da Súmula Vinculante nº 11, houve correria nas comissões legislativas do Congresso, com a conseguinte aprovação de dois textos que propõe legislação para regular o uso de algemas. Instaurou-se uma crise institucional entre o Supremo e o Congresso, e ainda dizem que as súmulas vieram trazer segurança jurídica.

Alexandre de Moraes (2008: p. 571), apesar de ser um defensor das súmulas objeto deste trabalho, aponta alguns argumentos contra as mesmas, citando as palavras do ministro do Supremo Eros Grau, que parecia prevê o que ocorreria, afirmando que estas súmulas acabam por ser uma manifestação totalitária, veja-se:

A doutrina contrária às *súmulas vinculantes* afirma que haverá verdadeiro engessamento do judiciário e conseqüente paralisia na evolução do Direito, além da possibilidade de maior totalitarismo do órgão de cúpula judicial, como alegado pelo professor Eros Grau, atualmente Ministro do Supremo Tribunal Federal, ao se posicionar contra os efeitos vinculantes e afirmar que “nenhuma razão ou pretexto se presta a justificar essa manifestação de totalitarismo, que também nenhuma lógica pode sustentar, e que, afinal, há de agravar ainda mais a crise do direito oficial, em nada contribuindo a restauração de sua eficácia”. (grifos do autor)

A atividade jurisprudencial atua de forma decisiva na evolução do direito, não só da atualização da legislação. A vinculação dos órgão do Poder Público às decisões tomadas pelo reduzido número de pessoas que, apesar de terem vasto conhecimento jurídico, não pode servir para que todo o sistema tenha que se submeter. É um contra-senso que se imponha em um regime democrático normas provenientes da opinião de apenas oito pessoas, número suficiente para a aprovação de uma súmula vinculante.

Além do que, os Ministros que ocupam as cadeiras do Supremo são escolhidos por mera influência política, através do Presidente da República, o que eiva as decisões de dúvidas quanto a sua total falta de ingerências. Décio Sebastião Daidone (2006: p. 108) assevera neste sentido:

Talvez fosse melhor a alteração dos critérios de constituição dessa Suprema Corte, admitindo-se magistrados de carreira, sem qualquer comprometimento de ordem política, como chegam a insinuar ou supor, por serem escolhidos e nomeados pelo Presidente da República, mesmo sendo sabatinados pelo Senado Federal.

A adoção de súmulas impeditivas de recursos nos mesmos moldes da súmula vinculante, e até mesmo a súmula impeditiva de recurso como pressuposto de admissibilidade que existe atualmente, é corolário das ilegitimidades que envolvem as súmulas vinculantes. Também dificulta de forma extrema a discussão dos temas jurídicos, o que provoca a paralisia do Direito.

Maria Helena Mallmann Sulzbach, em artigo publicado na revista *Consulex* nº 03 (1997: p. 24), à época Presidente da ANAMATRA (associação nacional dos magistrados da justiça do trabalho), asseverou de forma categórica a respeito da estagnação do direito pelas súmulas de efeito vinculante:

E mais, sob o enfoque das conseqüências da edição de comando legislativo compulsório, ao qual o juiz se submete obrigatoriamente, há evidente supressão do processo de renovação do direito através da jurisprudência. Suprimindo-se o princípio do livre convencimento do juiz, suprime-se também uma das principais fontes desse processo que tem, em sua origem o exercício da advocacia, que fica restrito e limitado a requerer ao Judiciário simplesmente a aplicação do enunciado vinculativo. Com o engessamento do processo de renovação do direito fica a indagação: de que realidade e em que fatos sociais dinâmicos os tribunais de cúpula irão buscar inspiração para editar os seus comandos legislativos? Não tenho qualquer dúvida de que a busca da solução justa de cada processo é inerente à democracia, que não pode ser abalada a pretexto de descongestionamento do Judiciário.

A atividade dos magistrados revela uma atividade dialética proporcionada pelo estudo e argumentos apresentados pelos advogados e promotores, de forma que se consubstancia em um trabalho enriquecedor do Direito, que promove a sua renovação, e ainda mais, a sua evolução.

Arnaldo Boson Paes em artigo científico, intitulado *O Engessamento do Direito*, assevera:

Em verdade, a atividade do juiz, exercida de forma independente, é que dá robustez e vigor à lei, atuando diretamente no processo de elaboração do direito vivo, cumprindo o importante papel de elaborar o novo direito, realizando a tarefa de impedir que o processo de cristalização do direito, através da lei ou da jurisprudência engessada, provoque o divórcio entre a lei e a vida do direito, entre a norma e o direito que de fato vige, procurando diminuir a diferença entre a lei e a justiça.

A adoção da súmula vinculante, com julgamentos padronizados, robotizados, como numa linha de montagem, impede que o juiz atue eficazmente para aperfeiçoar e atualizar o direito, levando a um sistema jurídico rígido, inflexível, imutável, que termina oprimindo a sociedade. Sem a súmula vinculante, na medida em que se

assegura a evolução criadora da jurisprudência, muito mais a lei estará próxima do direito vivo, fluente, flexível, que não se cristaliza e não se aparta da autêntica vida jurídica. O ato de julgar é sempre um ato criativo e para que a criativa judicial possa ser exercida deve-se recusar o juiz que se limita a reproduzir os caprichos da lei ou as decisões preconcebidas pelas cúpulas dos tribunais.

Como faz a reforma do Judiciário, instituindo força vinculante às decisões do STF, torna-se o juiz um autômato, mecânico, sujeito coercitivamente à observância estrita de certa interpretação do texto da lei, elaborada por órgão de instância superior, além do que essa solução faz tábula rasa da independência judicial, aniquila a criatividade dos juizes, produzindo o engessamento do sistema jurídico, podando a capacidade natural de formação do direito através da jurisprudência. Além de centralizar a produção na cúpula dos tribunais, provoca "o estancamento da atividade judicial, sua robotização, seu garroteamento, sua esterilização, fossilização ou coisa que o valha.

A instituição de um mecanismo que cause os malefícios apontados por Paes, deixa perplexo quem se preocupa com a evolução do direito de forma natural e, principalmente, consentâneo com os primados da justiça. Quando o juiz julga com liberdade, liberdade esta limitada pelo Direito, pelos princípios jurídicos, pela lei, ele aproxima o Direito da realidade social, tornando-o vivo, justo, capaz de solucionar os problemas que assolam a sociedade. Quando o Direito a ser aplicado provém de uma ordem superior, absolutamente distanciada da realidade dos fatos concretos, só pode-se chegar uma espécie de decisão: uma decisão fria, despida de valores, ou seja, injusta.

A criação das súmulas de observância obrigatória, especialmente a vinculante que é bem mais polêmica, provocou reações de diversas partes da sociedade, até mesmo do próprio legislativo. Existe em tramitação no Congresso Nacional um Projeto de Emenda Constitucional (nº 377 de 2005) que visa extirpar do texto constitucional a previsão da súmula vinculante, propondo, incorrendo em outro erro, a criação da possibilidade de edição de súmulas impeditivas de recursos no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

O propósito é corrigir um dos equívocos cometidos pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que é a de atribuir a um órgão jurisdicional um poder normativo geral e abstrato, e dotado de uma força que nem as próprias leis possuem, mas peca porque incorre no erro de propor a edição de súmulas impeditivas de recursos.

Mas, muito interessantes são as palavras do autor do Projeto de Emenda Constitucional, o Deputado pelo Partido dos Trabalhadores de São Paulo José Eduardo Cardozo, na justificação do Projeto:

A súmula vinculante, introduzida no ordenamento pátrio após a promulgação da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que trata da Reforma do Poder Judiciário, promove, no âmbito do sistema normativo a consolidação da posição interpretativa do Supremo Tribunal Federal acerca de certas questões. O órgão de cúpula do Judiciário fixará regras gerais determinando o alcance e o sentido das nossas leis, de modo que todos os magistrados estejam sempre obrigados a segui-las. Não podem mais discordar dessas “ordens superiores”, mesmo que repute erradas ou tenham novos argumentos para questioná-las. O intuito de unificar para todo o país as interpretações legais de matérias controvertidas, visa a agilização das soluções dos litígios.

Contudo, resta-nos uma questão: para que se quer um Judiciário mais rápido? A rapidez decisória de um litígio, naturalmente, não é um fim, mas apenas um meio. Um meio para que a ofensa ao direito não se perpetue e para que a vontade da maioria, expressa pela lei, seja assegurada. Um meio, enfim, para a manutenção da democracia.

O deputado resumiu em algumas palavras os efeitos das “súmulas de aplicação incontestável”, de forma que não se pode mais discutir o que foi estabelecido pelo, agora “todo poderoso” Supremo Tribunal Federal. Os temas, por conseguinte, ficam estagnados, as teses jurídicas que se formaram pelo trabalho de muitos advogados, promotores, juizes e estudiosos do direito (doutrina), está agora petrificada.

Tanto é assim, que após a constatação dos malefícios para o Direito, acabaram por fazer um “remendo” na emenda para tentar agradar aos que se insurgiam contra as súmulas vinculantes. Criou-se a possibilidade de revisão ou cancelamento por determinado número de legitimados, que depois foi ampliado mais ainda pela Lei regulamentadora do súmula. Inicialmente, no Texto Constitucional, estabeleceu-se que apenas os legitimados para propositura da ação direta de inconstitucionalidade poderiam propor a revisão das súmulas vinculantes, mas, pela lei ampliou-se incluindo, por exemplo, certas entidades e os Tribunais Estaduais e Regionais Federais.

Afirmou-se assim, que estaria garantida a “evolução natural” do Direito. Inconcebível que tudo o que foi apresentado até aqui seja resumido a determinado número de legitimados. Não existe inovação quando se depende da vontade política de determinado grupo de pessoas que tenham que promover essa evolução. Quando se fala de estagnação do Direito, significa dizer que não existe a possibilidade de uma tese jurídica nascer, crescer e se reproduzir em uma cadeia natural.

A evolução do Direito fica extremamente limitada, ou melhor, inexistente, pois, se há necessidade que grupos de pessoas detentoras de determinada posição se pronuncie, esta evolução não há como acontecer. Para que exista o melhoramento do Direito, precisa-se que pessoas despidas de interesses de classes ou grupos possam provocar com independência a

movimentação da cadeia, que se dê a partida na máquina defensora do direito – o Judiciário – máquina defensora sim, pois, é ele quem atualiza e corrige a legislação, que promove a defesa dos interesses da sociedade pela repetição das petições protocoladas.

Como afirmado por diversos autores colacionados, a evolução do direito depende da atuação diuturna dos tribunais, envolvendo todos os operadores do Direito, os estudiosos e as pessoas do povo que levam até àqueles seus anseios e conflitos, que acabarão por se transformarem em processos judiciais que provocarão o pensar e o repensar o Direito, em um ciclo virtuoso de melhoramento do ordenamento jurídico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As questões que foram abordadas por este trabalho de conclusão de curso, não são novidades, nem se procurou criar nem um tipo de teoria nova para a apresentação das hipóteses e objetivos aqui tratados. Apresentou-se de forma coerente, fazendo-se uma coletânea de opiniões abalizadas no sentido de mostrar que os institutos objetos do estudo foram criados sem a devida preocupação com os efeitos que provocam no ordenamento jurídico e, especialmente, no Direito como um todo.

Inicialmente, trouxe-se a idéia central dos institutos das súmulas vinculantes e impeditivas de recurso, evidentemente sem querer exaurir o tema. Apontou-se como ocorre as manifestações do Direito, através de suas diversas fontes ou formas de manifestação, dando-se uma certa ênfase à jurisprudência como forma de manifestação do Direito. Indicou-se, mesmo que de forma perfunctória, que o papel dos tribunais não é de órgão criador do Direito, mas sim, de dizer o direito aplicável aos casos concretos, de forma a aplicar a legislação, teorias, estudos, precedentes judiciais, princípios, ou seja, aplicar o Direito, não criá-lo.

Ainda no capítulo inicial, revelou-se os lineamentos básicos das súmulas vinculante e impeditiva de recurso, seus fundamentos, conceitos e demais noções básicas, como forma de deixar o leitor a par do que se iria discutir no restante do desenvolvimento do trabalho.

Após, destacou-se as principais garantias processo-constitucionais violadas pela adoção dos institutos no Direito do Brasil, inclusive apontando-se as equivocadas leituras das justificativas de adoção das súmulas obrigatórias, de forma que se deixou bem claro que a criação destes mecanismos promoveu o rompimento com garantias que servem de alicerce para o Estado Democrático de Direito.

Detectou-se que as súmulas vieram promover um rompimento com a idéia de Estado Democrático, posteriormente passou-se a uma fase de demonstrar que as súmulas mitigadoras de recursos foram criadas em um cenário de total desprezo por bens mais importantes do que a busca incoerente pela celeridade processual.

Uma ponderação de bens faz-se necessária para a verificação do tamanho do erro cometido com a instituição de formas que buscam solucionar um problema às avessas. É claro

que a lentidão da Justiça brasileira é um mal que assola todo o país e é causadora de injustiças, mas, a solução passa pela extirpação das causas da morosidade, como um médico cura um doente procurando saber qual é a causa dos sintomas, e não apenas combatendo estes.

O que se precisa é realizar uma reforma estruturante de todo o sistema processual do país, desde a ruptura com o formalismo exacerbado, passando pela estruturação física e material do Judiciário, incluindo a contratação de juízes, assessores, servidores, etc. Não é possível resolver a morosidade apenas atacando a ponta do problema. É bem verdade que existe um número exagerado de recursos, que precisam ser reduzidos, alternativas de mera modificações processuais como, por exemplo, o fim da proibição da *reformatio in pejus* e a instituição da sucumbência recursal, promoveriam uma diminuição considerável do número de recursos, sem ferir garantias maiores.

A morosidade mais nefasta não é a recursal, mas sim a enorme lentidão dos processos ainda em primeira instância, onde os processos da Justiça Comum Estadual mais simples são solucionados no mínimo em três anos. Isto é inaceitável, e mais inaceitável ainda, são medidas impensadas para se dá a sensação de que o Poder Público está preocupado com o problema.

Por fim, viu-se que o papel dos tribunais (entenda-se tribunais como todos as instâncias judiciais), é fundamental não só pela sua função primordial de solucionar os litígios que lhes são submetidos, mas também, de que o trabalho desenvolvidos pelos operadores do direito, tais como, advogados, promotores e magistrados tem uma outra função importantíssima, qual seja, a de renovação do Direito, a sua atualização aos anseios sociais, ou seja, a sua evolução.

Existe nos trabalhos judiciais um círculo virtuoso que começa nos escritórios de advocacia e de estudiosos do direito, que dão os subsídios para que aqueles possam pensar e repensar o direito ao se deparar com os problemas levados pelos seus constituintes. O advogado, ao constatar que determinada fórmula que se tinha como correta precisa ser modificada para que os direitos de seus clientes possam ser defendidos, formula a sua petição de forma fundamentada e a deduz a juízo, para que se forme um processo dialético com a participação de outros advogados ou promotores, que no final das discussões se chegará a uma modificação de pensamento, através de uma decisão judicial. Multiplique-se isso por milhões de vezes, e temos o poder dos processos judiciais na modificação do Direito.

Agora, imagine que a tese jurídica que precisa ser modificada esteja consubstanciada em uma súmula vinculante, ou até mesmo em uma súmula impeditiva de recurso, que tem um poder amedrontador enorme. Está quebrada a cadeia de evolução natural do Direito. Esta tese ou tema jurídico ficará estagnado da forma que se encontra e de acordo com o entendimento de um reduzido número de magistrados que entendem daquela forma. Será preciso aguardar que os mesmos que editaram as súmulas repensem o que decidiram ou que algum dos outros legitimados, que consubstanciam determinados grupos de interesses, “queiram” provocar o tribunal que criou a norma, para que este se manifeste se concorda ou não com alguma mudança.

Vê-se que as súmulas vinculante e impeditiva de recurso mostram-se maléficas por diversos motivos, e mais do que isso, são desnecessárias quando se pode atacar as causas da morosidade as quais elas visam provocar um mero lenimento.

Este trabalho procurou mostrar um ponto de vista diferente a respeito destes institutos, e com isso, provocar um repensar: não se pode conviver com uma morosidade causadora de muito mal estar na comunidade jurídica, mas principalmente, na sociedade, que é quem realmente sofre com esse mal assolador da Justiça do país.

Contudo, não se pode admitir que se rompa com as garantias de um Estado Democrático de Direito, garantidor de direitos individuais, e do desenvolvimento natural de um Direito moderno, consentâneo com os valores sociais e atuais de justiça, através da criação de institutos que se apresentam como aberrações dentro do sistema jurídico vigente no país, que servirá apenas para a defesa dos interesses dos que detenham posições que de alguma forma possuam destaque, seja econômico, social ou político, e isso em nada se parece com um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

AMARAL, Luiz Otavio de O. *Como agilizar a justiça?*. Revista Jurídica Consulex. Ano VII, Nº 167, 31 dez. 2003

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de. GRINOVER, Ada Pellgrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

ASSIS, Wilson Rocha. *A normatividade dos princípios e a pós-modernidade*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1011, 8 abr. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8212>>. Acesso em: 14 abr. 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra – Portugal: Almedina, 2003.

CHIARINI JÚNIOR, Enéas Castilho. *A inconstitucionalidade da súmula de efeito vinculante no Direito brasileiro*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 91, 2 out. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4248>>. Acesso em: 23 ago. 2008.

CHINELATO, João Marcelo Torres. *O princípio da proporcionalidade proibindo a omissão estatal. Por uma hermenêutica comprometida com a integridade dos direitos fundamentais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1414, 16 maio 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9889>>. Acesso em: 14 abr. 2008.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *A resolução das colisões entre princípios constitucionais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 62, fev. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3682>>. Acesso em: 14 abr. 2008.

DAIDONE, Décio Sebastião. *A súmula vinculante e impeditiva*. São Paulo: LTr, 2006.

LINS E SILVA, Evandro. *Crime de hermenêutica e súmula vinculante*. Revista In Verbis: Ano 01-Nº 5, maio/2004.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 11 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARINI, Bruno. *O princípio da proporcionalidade como instrumento de proteção do cidadão e da sociedade frente ao autoritarismo*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1376, 8 abr. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9708>>. Acesso em: 14 abr. 2008.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Como se preparar para o exame de ordem: processo civil*. São Paulo: Método, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 24 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 2 ed. São Paulo: Método, 2008.

PAES, Arnaldo Bóson. *O engessamento do direito*. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.parana-online.com.br/colunistas/175/22351/>>. Acessado em: 19 jul. 2008.

PASSOS, Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições dos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. São Paulo: Renovar, 2006.

RAZUK, Paulo Eduardo. *Súmula vinculante – excrescência no sistema romano-germânico*. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.parana-online.com.br/colunistas/223/15845/>>. Acessado em: 19 jul. 2008.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1976.

RODRIGUES, Francisco César Pinheiro. *Como combater a morosidade sem ferir o direito de recorrer? Uma proposta legislativa*. Revista Jurídica Consulex, Ano XII, Nº 278, 15 ago. 2008.

SOARES JUNIOR, Manoel Pedro. *Súmula vinculante: uma afronta ao livre convencimento motivado do juiz*. Brasil, 2006, 50 p. (Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Universidade Federal de Campina Grande – UFCG, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais – CCJS, para a obtenção do título de bacharel em direito intitulado).

SOUSA, Amanda Georgia Gonçalves de. *A relativização da eficácia da súmula vinculante frente à aplicação de outros institutos jurídicos*. Brasil, 2006, 86 p. (Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado à Universidade Federal de Campina Grande – UFCG, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais – CCJS, para a obtenção do título de bacharel em direito).

SULZBACH, Maria Helena Mallmann. *Efeito vinculante: prós e contras*. Revista Jurídica Consulex, nº 03, 31 mar. 1997.

TAVARES, André Ramos. *Nova lei da súmula vinculante: estudo e comentários à lei 11.417, de 19.12.2006*. São Paulo: Método, 2007.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. ALMEIDA, Flavio Renato Correia de. TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil. vol 1. teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.