

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Curso de Graduação em Direito

Alfredo Vieira Alves Costa

**O IMPÉRIO DAS PRETENSAS VERDADES CONSTITUCIONAIS:
Análise da Ilegitimidade Democrática do Instituto Súmula vinculante pela Teoria Neo-
Institucionalista do Processo.**

Alfredo Vieira Alves Costa

**O IMPÉRIO DAS PRETENSAS VERDADES CONSTITUCIONAIS:
Análise da Ilegitimidade Democrática do Instituto Súmula Vinculante pela Teoria Neo-
Institucionalista do Processo.**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção ao título de Bacharel em Direito.

Orientador: Lucas Cruz Neves

Betim
2012

Alfredo Vieira Alves Costa

**O IMPÉRIO DAS PRETENSAS VERDADES CONSTITUCIONAIS:
Análise da Ilegitimidade Democrática do Instituto Súmula Vinculante pela Teoria Neo-
Institucionalista do Processo.**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais,
como requisito parcial para obtenção ao título de
Bacharel em Direito.

Lucas Cruz Neves (Orientador) - PUC Minas.

Betim, ____ de junho de 2012.

À minha família pelo apoio, incentivo e a compreensão da grandeza, e da dificuldade que este momento de realização da Monografia proporciona.
À Andréa Junger por ter se apresentado para mim, no fim deste estudo, como uma verdadeira estrela guia.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Lucas Cruz Neves pela orientação e direcionamento no trilhar dos estudos do Processo Democrático.

Ao Professor Vinícius Diniz Monteiro de Barros por ter me instigado em tempos da Disciplina de Processo Penal I aos estudos do Estado Democrático de Direito e Teoria Geral do Processo.

Ao Professor Rubens José dos Santos pelos debates acerca do instituto da súmula vinculante.

Aos “*Brothers*” que entenderam que este trabalho monográfico era mais importante do que a Teoria Geral da Sinuca lecionada no 14 Bis.

Aos “Cruz-Vermelha” que tanto me ajudaram em achar as obras essenciais para consecução deste estudo.

Ao Liverpool por ter feito nada na temporada 2011/12 e, por conseguinte, não ter tirado minha atenção.

E por último e não menos importante, à todos que contribuíram de alguma forma na realização desta Monografia, pois só os que a fazem entendem o porquê do emprego do termo, “*Monografia from hell*”.

*“Um Anel para a todos governar, Um Anel para encontrá-los,
Um Anel para a todos trazer e na escuridão aprisioná-los”.*
(J.R.R Tolkien, 2001).

RESUMO

Esta pesquisa objetivou uma análise do instituto jurídico súmula vinculante nos atuais balizamentos que o Estado Democrático de Direito dotou no instituto jurídico Processo. O método utilizado para consecução desse objetivo foi escolhido como o plano de análise da dogmática jurídica. Dessa forma, os insumos para realização da pesquisa foram extraídos de obras doutrinárias e artigos jurídicos, que de sobremaneira, explicitaram uma visão vanguardista do instituto Processo (teoria neo-institucionalista do processo), do Estado Democrático de Direito e da súmula vinculante. Os resultados oriundos do caminhar que será desenvolvido a seguir permitiram o ato lógico de uma conclusão nos seguintes termos: o instituto súmula vinculante não coaduna com o referencial teórico do Estado Democrático de Direito e da nova acepção do Processo em participação efetiva da cidadania para a criação dos atos estatais, uma vez que extermina a cognição processual e restringe a um círculo fechado a possibilidade de revisão ou cancelamento dos enunciados vinculativos de matéria constitucional, dotando estes, por conseguinte, de *status* de verdadeiras normas jurídicas; impede, por sua vez, que o instituto Processo explicitamente assumo o papel de auxiliar necessário a democracia, retornando o Processo ao escopo decadente de instrumento de pacificação social a serviço da jurisdição; e por fim, a súmula vinculante representa o primeiro passo para retirar do povo, o verdadeiro detentor do poder, o papel de modificador da estrutura jurídico social e o direito do controle difuso de constitucionalidade, depositando a onze ministros do Supremo Tribunal Federal a função de interpretar as normas constitucionais e editar pretensas verdades constitucionais impassíveis de crítica constante aos legitimados para o Processo.

Palavras-Chave: Estado Democrático de Direito. Teoria Neo-Institucionalista do Processo. Súmula Vinculante. Processo Democrático. Cidadania. Controle Difuso de Constitucionalidade.

1 INTRODUÇÃO	9
2 O PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O NOVO HORIZONTE DAS PRÁTICAS JURÍDICAS	12
2.1 O Estado de Direito, Estado Social de Direito e o Estado Democrático de Direito: Breves noções históricas	13
<i>2.1.1 O Estado de Direito</i>	13
<i>2.1.2 O Estado Social</i>	14
<i>2.1.3 O Estado Democrático de Direito</i>	15
2.2 A Nova Faceta da Democracia: Cidadania enquanto participação popular procedimentalizada	17
2.3 Aperfeiçoamento Processual Pós-88: A mudança do horizonte processual brasileiro	19
2.4 A Obsolescência do Processo como instrumento	21
3 A TEORIA NEO-INSTITUCIONALISTA DO PROCESSO	23
3.1 Diferenciações entre Processo e Procedimento	26
3.2 Tipologia Principiológica da Teoria Neo-Institucionalista: Contraditório, Ampla Defesa e Isonomia	27
<i>3.2.1 Contraditório</i>	28
<i>3.1.2 Ampla Defesa e Isonomia</i>	29
3.3 Decisão Estatal no Estado Democrático de Direito: Incorporação no ordenamento jurídico Brasileiro do Termo Provimento	30
3.4 A Fundamentação das Decisões	31
4 SÚMULAS VINCULANTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: O ATUAL DILEMA DO PODER JUDICIÁRIO	32
4.1 A Tendência Uniformizadora das Decisões no Brasil	33
4.2 Súmulas	35
4.3 As Súmulas Vinculantes	38
5 A ILEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO INSTITUTO SÚMULA VINCULANTE : UMA ANÁLISE SOB O PRISMA DA TEORIA NEO-INSTITUCIONALISTA DO PROCESSO	41
5.1 O Poder de Violência Simbólica das Súmulas Vinculantes: Uma afronta ao Processo em balizamentos democráticos	42
5.2 O Provimento Democrático: Necessidade da efetivação da teoria neo-institucionalista do processo	46
5.3 Legitimidade das Decisões no Estado Democrático de Direito	49
5.4 A Rigidez das Súmulas Vinculantes: A Inefetividade do Controle de Constitucionalidade Difuso	51
5.5 O Devido Processo Constitucional em Defesa do Estado Democrático de Direito	59
6 CONCLUSÃO	63
REFERÊNCIAS	67

1 INTRODUÇÃO

A morosidade da prestação jurisdicional, de sobremaneira no Supremo Tribunal Federal e a insegurança jurídica de não existir um padrão nas questões constitucionais são os fatores que integram o I Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais rápido e republicano.

Este pacto nada mais é do que exposição de motivos da emenda constitucional n° 45. A partir dele é que se revelam quais eram as relevâncias sociais e jurídicas da época da edição da emenda que em seu bojo, veio instituído por meio do acrescido Art. 103–A da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o instituto da súmula vinculante.

Tais fatores desdobram juridicamente em: princípio constitucional da celeridade, com a criação e utilização de súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal conseguir-se-ia uma desobstrução das prateleiras do Judiciário das ações de matérias já julgadas e pacificadas pelo Supremo Tribunal Federal; e o princípio da segurança jurídica que é representado pelo poder de uniformização de entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Nesses moldes, a súmula vinculante, corolário de várias decisões no mesmo sentido, objetiva a solidificação de um entendimento ou interpretação eminentemente constitucional, dotando-o de caracteres genéricos e abstratos, para vincular observância em todos os atos do Poder Judiciário e Administração Pública. Essas características de abstratividade, generalidade e coercibilidade muito se parecem com as de outro instituto jurídico bastante conhecido, qual seja, a lei.

Todavia, no ordenamento jurídico brasileiro, pautado sob a égide do Estado Democrático de Direito, insurge a dúvida, o instituto da súmula vinculante permite a construção de um provimento jurisdicional democrático?

A mudança paradigmática de Estado impôs a todas as práticas jurídicas existentes uma atualização, sob pena de restarem fadadas à ilegitimidade, a obsolescência.

Por conseguinte, o Processo no Estado Democrático de Direito assumiu importância tamanha, que supera a defasada noção oriunda do paradigma do Estado Social de ser apenas um meio de pacificação social. Assume, portanto, aspecto de verdadeira fonte, ou melhor, um espaço discursivo-procedimentalizado pautado nas garantias constitucionais-processuais, desde logo, irradiador de provimentos legítimos democraticamente.

E é como a teoria neo-institucionalista do processo que encontramos insumos para um estudo do Processo nesses balizamentos democráticos supracitados. Ela parte basicamente de dois parâmetros, quais sejam: o falibilismo dos dogmas jurídicos (Karl Popper) e a

Discursividade dos destinatários para construção da norma (Habermas). Por tais razões, a teoria neo-institucionalista do processo traduz-se em verdadeiro arcabouço argumentativo para a crítica do polêmico instituto da súmula vinculante.

Em contraponto ao horizonte democrático a ser trilhado pela prática jurídico-processual brasileira figura a súmula vinculante, determinando com que as opções de reformas jurídicas que passem a dotar de efetividade ao Processo e melhora na infraestrutura da administração da justiça retem-se fadados ao segundo plano. Como primeiro plano, caracteriza-se através da súmula vinculante uma alternativa de dotar celeridade e segurança jurídica a prática processual. O Supremo Tribunal Federal edita verdadeiras normas jurídicas que vinculam no próprio Judiciário e Administração Pública. Enfim, a Jurisdição passa a ser o centro das práticas processuais.

Em detrimento de uma nova visão processual onde as partes construiriam o provimento através de seus esforços jurídico-argumentativos, o Supremo Tribunal Federal extermina a cognição processual, afastando em tese um conflito a menos para as prateleiras do Judiciário, mostrando-se a súmula vinculante um instrumento contrário a procedimentalização democrática, haja vista tratar-se de um instituto que condensa entendimentos do Supremo Tribunal Federal em enunciados vinculativos ao Judiciário e Administração Pública, retirando da dialética procedimental das partes litigantes a verdadeira fonte normativa. Logo, o provimento jurisdicional prolatado com base em súmulas vinculantes será ilegítimo democraticamente.

Além desse efeito perverso de solucionar sem o Devido Processo Legal, as súmulas vinculantes são gravadas de uma rigidez maior do que a própria Lei, visto que não sofrem qualquer tipo de controle constitucional, a não ser um procedimento específico de revisão /cancelamento estipulado constitucionalmente e regulado em legislação específica. Esse procedimento, com todas as suas nuances, só restringe ainda mais o direito do Cidadão legitimado para o processo em impugnar a pretensa verdade absoluta alcançada pelo egrégio Supremo Tribunal Federal.

A súmula vinculante e sua blindagem tiram, portanto, do maior interessado na decisão e detentor do poder, o cidadão, a oportunidade de construir o provimento e impede a aplicação do controle difuso de constitucionalidade. Enfim, ela macula o caminhar do Estado Democrático do Direito no rumo da participação do legítimo detentor do poder, o povo, na construção e fiscalização dos atos estatais, deixando que o Supremo Tribunal Federal faça as escolhas nas interpretações das matérias constitucionais, culminando em um acúmulo de

poder político à um órgão que não tem legitimidade democrática alguma em verdadeiramente baixar normas jurídicas aos meros mortais, os destinatários dos editos.

Feitas as delimitações, este estudo monográfico objetiva destrinchar a ilegitimidade do instituto súmula vinculante nos parâmetros das contemporâneas concepções de Estado Democrático de Direito e Processo.

Para que a hipótese em questão seja testada e comprovada, necessário foi à utilização do Método da Dogmática jurídica analítica com fito de identificar as contradições entre súmula vinculante, Estado Democrático de Direito e a nova acepção democrática Neo-Institucionalista do Processo.

O referencial teórico para o desenvolvimento da pesquisa da presente Monografia iniciou-se na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e passou nas doutrinas correlatas aos ramos da Teoria Geral do Processo e Direito Constitucional, bem como nos artigos de revistas jurídicas.

Enfim, o estudo desenvolvido a seguir foi pautado sob a ótica do Estado Democrático de Direito e as implicações deste paradigma ao Processo, fazendo com que, transpassada as definições de Processo, Procedimento, Democracia, provimento jurisdicional democrático, súmula vinculante, controle de constitucionalidade, ao final, fosse concluído acerca da incompatibilidade do instituto súmula vinculante no ordenamento jurídico brasileiro pautado sob a égide do Estado Democrático de Direito.

2 O PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O NOVO HORIZONTE DAS PRÁTICAS JURÍDICAS

Muito se fala no ambiente acadêmico sobre o tão famoso “paradigma” do Estado Democrático de Direito. Entretanto, pouco se fala do que seria paradigma, e nas raras vezes que tal palavra é abordada, e reduzida simplória definição de modelo. Será paradigma tão somente um modelo a ser observado?

De fato, a definição do dicionário Silveira Bueno (1996) é sim simples, modelo. Todavia, como no mundo do Direito as palavras detém poder e objetivam significados inequívocos, a palavra paradigma não é diferente. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (2002, p. 52) em sua obra “Direito Constitucional” ensina que a palavra paradigma foi inserida no contexto da epistemologia contemporânea pelo doutrinador Gomes Canotilho, e que este buscou arcabouço teórico em Thomas Khun que assim estabeleceu, “paradigmas são realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência” (KHUN *apud* OLIVEIRA, 2002, p. 52).

Giovanni Reale em uma passagem na supracitada obra de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (2002, p. 53) explica que os paradigmas no contexto de Thomas Khun seriam eixos de sustentação de uma nova epistemologia¹ e indicariam as concepções e convicções sobre as quais seriam erguidos os pontos firmes da ciência, e que posteriormente forneceriam aos cientistas modelos para a formulação de problemas e suas respectivas soluções.

Posteriormente, com uma conotação voltada para o campo do Direito, Habermas afirmou que:

Um paradigma de Direito delinea um modelo de sociedade contemporânea para explicar como direitos e princípios constitucionais devem ser concebidos e implementados para que cumpram naquele dado contexto as funções normativamente atribuídas as eles (HABERMAS *apud* OLIVEIRA, 2002, p. 54).

E é com esse conceito de Habermas que é possível entender a razão do emprego pelos doutrinadores dos paradigmas nas práticas jurídicas, pois traduzem-se em verdadeiros norteadores e fontes materiais para problematizações e soluções, definindo assim o contexto da sociedade em determinado tempo-espço. Dessa forma, não há maneira melhor para

¹ Teoria do conhecimento.

instituir um paradigma do que a própria Constituição de um Estado, haja vista ela se tratar de um pacto social entre cidadãos e Estado (detentor do monopólio do uso da força).

Nessa linha, através de uma Constituição promulgada, que obedeceu todo um procedimento democrático, em 1988 foi inserido no mundo jurídico brasileiro o Estado Democrático de Direito (Art.1º, *caput*, Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988), paradigma esse que muito bem traduz a linha de ideias de Habermas citada acima, ou seja, o reflexo de uma sociedade constrangida pós-Constituição de 1967/AI-5 que buscou efetivamente trazer ao país garantias constitucionais limitadoras do poder do Estado, sendo senão, uma das mais importantes, a tipologia processual constitucional composta fundamentalmente por: devido processo legal, contraditório, ampla defesa, direito ao advogado, fundamentação das decisões.

2.1 O Estado de Direito, Estado Social de Direito e o Estado Democrático de Direito: Breves noções históricas

A assunção do paradigma do Estado Democrático de Direito no Brasil em 1988 impôs a toda a ordem jurídica brasileira uma releitura (e com o Processo não foi diferente), qual seja, a adequação a supremacia da Constituição sob pena de se perpetuarem os efeitos da não recepção constitucional. Para que se possa entender de maneira holística o Estado Democrático de Direito, necessário é que seja feita uma breve caminhada pelos aspectos históricos que culminaram na criação desse novo paradigma, visto que, conforme ensinamentos do constitucionalista José Afonso da Silva (2006, p. 112), o Estado Democrático de Direito surgiu com a junção dos conceitos do Estado de Direito e do Estado Democrático (Estado Social), entretanto, ele salienta que essa junção não é apenas formal, mas sim material, uma vez que, o novo conceito (Estado Democrático de Direito) supera seus predecessores e incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*.

2.1.1 O Estado de Direito

Para Silva (2006, p. 112, 113) em linhas gerais, o Estado de Direito (também conhecido como Estado Liberal de Direito) deveria reunir três características fundamentais, quais sejam, a) submissão ao império da lei, sendo a lei o ato emanado formalmente pelo poder legislativo; b) divisão de poderes, a famosa tripartição dos poderes em Legislativo,

Executivo, Judiciário, harmônicos e independentes entre si; c) enunciado e garantia dos direitos individuais.

Com fito de ajudar a entender essa classificação, imperiosa é a exposição dos motivos pelos quais levaram a criação do Estado de Direito, impondo a aplicação de uma hermenêutica histórica². Assim, conforme explicita Matsmoto (2000, p. 263) o conceito de Estado de Direito surgiu no final do século XVIII e início do século XIX com os movimentos burgueses revolucionários que se opunham ao absolutismo, tendo tais grupos como objetivos subjugar o Estado a Lei, para a consecução desse fim, o Estado deveria ter suas tarefas limitadas a proteção da liberdade e da propriedade individual. Daí é que surge a ideia de Estado mínimo (na intervenção) e a fase histórica dos direitos negativos.

Fechando uma breve noção histórica do Estado de Direito, Oliveira (2002, p. 57) caracteriza o paradigma daquele Estado como Estado Liberal Burguês e a noção de Direito naquela época como um sistema fechado de regras e programas condicionais que tem por função determinar limites ao Estado de modo a garantir a esfera privada de cada indivíduo.

Acompanhando seu paradigma, o âmbito processual naquele momento histórico, nos dizeres de Nunes citado por Dierle Nunes e Flaviane de Magalhães Barros (2010, p. 21), tinha uma feição de controle processual das partes, verdadeiro instrumento privado, e sua base era a igualdade formal.

2.1.2 O Estado Social

Posteriormente, após a Primeira Grande Guerra, conforme a fantástica síntese de Oliveira (2002, p. 59), a sociedade que se instaurou naquele momento era denominada “sociedade de massas”, pois o segmento dos indivíduos-proprietários era apenas mais um dos vários outros que surgiram e começaram a lutar pelos seus interesses (sindicatos, facções, partidos), causando uma realidade conflituosa, e determinando que o Estado “neutro” saísse da inércia e assumisse o papel de agente conformador da realidade social e instituisse pautas públicas de “vida boa”. O que se infere, então, é o surgimento do Estado de Direito no paradigma do Estado Social (Estado democrático ou Estado Social).

O Estado Social, que surge após a primeira guerra e se firma após a segunda, intervém na economia, através de ações diretas e indiretas; e visa garantir o capitalismo através de ações de uma proposta de bem-estar (*Welfare State*) que

² No sentido de transposição do intérprete ao contexto social da época.

implica uma manutenção artificial da livre concorrência e da livre iniciativa, assim como a compensação das desigualdades sociais através da prestação estatal de serviços e da concessão de direitos sociais. (OLIVEIRA, 2002, p. 59).

Conforme Oliveira (2002, p. 61), no Estado de direito no paradigma do Estado Social é que surge a noção de ativismo judicial, vez que naquele paradigma no exercício da função jurisdicional, cabia ao judiciário o enfiamento de um gigantesco ordenamento jurídico lacunoso, cheio de antinomias, a aplicação do direito material aos casos concretos, buscando-se mais o sentido teleológico do que a literalidade da lei. Ainda, conforme Oliveira (2002, p. 61) a função jurisdicional era exercida por meio de procedimentos que mais visavam a eficácia da tutela do que a certeza jurídico-processual-formal. Por iguais razões é que no “Estado Social, cabe ao juiz, no exercício da função jurisdicional, uma tarefa densificadora (*sic*) e concretizadora (*sic*) do Direito, a fim de se garantir, sob o princípio da igualdade materializada, “a justiça no caso concreto”. (OLIVEIRA, 2002, p. 61).

2.1.3 O Estado Democrático de Direito

Feita as breves definições do que seriam os dois paradigmas de Estado, o de Direito e o Social, podemos retornar ao pensamento de Silva (2006, p. 112) elucidado inicialmente, de que o Estado Democrático de Direito vai além da simples junção dos outros dois paradigmas. Ou seja, além da junção dos direitos negativos do Estado de Direito e dos direitos positivos do Estado Democrático.

Oliveira (2002, p. 61, 62) ressalta que o contexto histórico de transição para o paradigma do Estado do Bem-Estar Social para o Estado Democrático de Direito foi pautado na crise daquele primeiro. Explica ainda que não houve momento histórico no campo do direito moderno em que os regimes políticos e jurídicos passaram por tamanha mudança, como a partir da década de 70 do século XX, relata, também, minuciosamente que os movimentos sociais de esquerda (esquerda não-estalinista) formularam críticas pesadas a legitimidade do Estado de Bem-Estar social; o alcance das políticas públicas e a contradição entre capitalismo e democracia, críticas estas que fomentaram a criação de um novo paradigma, o Estado Democrático de Direito, que passaria a ser uma alternativa de superação ao Estado do Bem-Estar, possibilitando, segundo socialistas democráticos, democratas radicais e socialistas cristãos uma organização política que possibilitaria a transição democrática ao socialismo. (OLIVEIRA, 2002, p. 62).

Com uma visão vanguardista, Oliveira (2002) informa que foi Habermas que mudou o rumo das discussões instauradas principalmente por doutrinadores espanhóis e portugueses acerca do que seria o Estado Democrático de Direito,

Em um sentido um tanto diferente dos pensadores portugueses e espanhóis, em *Between facts and norms* (Direito e Democracia: entre facticidade e validade) Habermas pretende, com base na Teoria Discursiva do Direito e da Democracia, apresentar contornos mais nítidos para o paradigma do Estado Democrático de Direito, não se ligando a uma concepção de Estado Social, que poderia estar ainda presente, por exemplo, numa opção “socialista” ou “comunista”, mas, sim buscando reconstruir o potencial democrata radical já presente, segundo ele, na própria autocompreensão da modernidade, enquanto pressupostos normativos presentes na própria prática jurídica moderna. (OLIVEIRA, 2002, p. 64).

Bernardo Gonçalves Fernandes (2011, p. 210) corroborando a linha de ideias de Silva (2006, p. 112) e a visão vanguardista de Habermas exposta magistralmente por Oliveira (2002, p. 64) afirma que o Estado Democrático de Direito, fruto da união do Estado de Direito e do Estado Democrático, instituiu um novo paradigma de Estado e Direito.

Na realidade, o Estado Democrático de Direito, é muito mais do que um princípio, configurando-se em verdadeiro paradigma – isto é, pano de fundo de silêncio – que compõe e dota de sentido as práticas jurídicas contemporâneas. Vem representando, principalmente, uma vertente distinta dos paradigmas anteriores do Estado Liberal e do Estado Social. Aqui a concepção de Direito não se limita a um mero formalismo como no primeiro paradigma, nem descamba para uma materialização totalizante como no segundo. A perspectiva assumida pelo direito caminha para a procedimentalização, e por isso mesmo, a ideia de democracia não é ideal, mas configurando-se pela existência de procedimentos ao longo de todo o processo decisório estatal, permitindo e sendo poroso à participação dos atingidos, ou seja, da sociedade. (FERNANDES, 2011, p. 210).

Com fundamento nessas assertivas vanguardistas, nada melhor do que a explanação da própria fonte desse novo ponto de vista, Habermas, para que se possa entender os novos contornos do papel da Constituição em um Estado Democrático de Direito assegurando a procedimentalização da participação democrática do povo.

Se sob as condições de um mais ou menos estabilizado compromisso relativo ao Estado do Bem-Estar Social, quer-se sustentar não somente um Estado de Direito, mas também um Estado Democrático de Direito, e, assim, a ideia de auto-organização da comunidade jurídica, então não se pode manter a visão liberal de Constituição como uma ‘ordem quadro’ que regule essencialmente a relação entre administração e cidadãos. O poder econômico e a pressão social necessitam ser conformados pelos meios de Estado de Direito não menos do que o poder administrativo. Por outro lado, sob as condições do pluralismo societário e cultural a Constituição deve também não ser concebida como uma ordem jurídica concreta que imponha aprioristicamente uma forma de vida total à sociedade. Ao contrário, a Constituição Estabelece procedimentos políticos de acordo com os quais os cidadãos possam, com sucesso, no exercício de seu direito de autodeterminação, buscar

realizar o projeto cooperativo de estabelecer justas (i.e relativamente justas) condições de vida. Somente as condições procedimentais da gênese democrática das leis asseguram a legitimidade do Direito. (HABERMAS *apud* OLIVEIRA, 2002, p. 65, 66).

Esse papel da Constituição é que concede a comunidade jurídica, os cidadãos meios de se inserirem na consecução do projeto, Estado Democrático de Direito, a partir do espaço procedimentalizado.

2.2 A Nova Faceta da Democracia: Cidadania enquanto participação popular procedimentalizada

Com um novo paradigma de Estado ao nosso redor, releituras de antigos institutos também se fazem necessárias. Fernandes (2011, p. 213) muito bem elucida que o gênero democracia nas constituições modernas vai além dos conceitos clássicos de democracia direta – plebiscito e referendo e democracia indireta – eleição de representantes que concorrerão aos cargos políticos, ela possui outro desdobramento além da organização do poder e governo, que inclui a superioridade da Constituição; a existência de direitos fundamentais; a legalidade das ações estatais; e um sistema de garantias jurídicas e processuais.

Seguindo essa linha de raciocínio, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias citado no trabalho de Rosemiro Pereira Leal e outros (2005) comunga com essa nova roupagem do termo democracia e enfatiza que ela “mais do que uma forma de Estado e de governo, é um princípio consagrado nos modernos ordenamentos constitucionais como fonte de legitimação do exercício do Poder, que tem origem no povo”. (DIAS *apud* LEAL, et al., 2005, p. 102).

Nessa esteira de legitimação do exercício do poder por parte do Estado, José Alfredo de Oliveira Baracho (1995, p. 1,3), em sua obra “Teoria Geral da Cidadania: A Plenitude da Cidadania e as Garantias Constitucionais e Processuais” elucida que o termo: cidadão (que está intimamente ligado a democracia) adquiriu no processo histórico mundial uma nova roupagem, além daquela antiga noção de que o cidadão era aquele que participava nos negócios da cidade, mas uma que o cidadão concretamente por intermédio do diálogo efetivado através de procedimentos e técnicas diferentes limita o posicionamento do poder, impedindo o arbítrio Estatal.

Em sendo, portanto, a cidadania o desdobramento da democracia, mais do que oportuna à advertência de Leal:

É que, quando escrevemos, em direito democrático, sobre cidadania como conteúdo de processualização ensejadora de legitimidade decisória, o que sobreleva é o nivelamento de todos os componentes da comunidade jurídica para, individual ou grupalmente, instaurarem procedimentos processualizados à correição (fiscalização) intercorrente da produção e atuação do direito positivado como modo de auto-inclusão do legislador-político-originário (o cidadão legitimado ao devido processo legal) na dinâmica testificadora da validade, eficácia, criação e recriação do ordenamento jurídico caracterizador e concretizador do tipo teórico da estatalidade constitucionalizada. (LEAL, 2002, p. 150).

Leal especifica que a respeito da legitimidade da cidadania no Processo Democrático:

O conceito de parte como pessoa legitimada pela lei a atuar a lei é que poderá, em Direito Democrático, balizar o campo hermenêutico, porque os conceitos de homem, indivíduo, cidadão, pessoa, coletividade, sociedade, como autores e atores anônimos do mundo da vida, não encerram vínculo jurídico participativo de procedimentalidade em bases jurídico-normativas para instalar um regime de interpretação aberta a todos, porque esta abertura não se faz por ordem natural ou espontânea, mas quando os seus agentes se protagonizam como pessoas (partes) legalmente autorizadas para provocar decisões, criar, reconstruir, modificar ou extinguir as suas próprias realidades do existir jurídico. (LEAL, 2001, p. 71, 72).

Assim, insurge a seguinte dúvida: como se efetivará a participação popular procedimentalizada? Leal responde tal pergunta e pontofinaliza de maneira brilhante acerca da definição de cidadania:

Cidadania é um deliberado vínculo jurídico-político-constitucional que qualifica o indivíduo como condutor de *decisões*, e construtor e reconstrutor do ordenamento jurídico da sociedade política a que se filou, porém o exercício desse direito só se torna possível e efetivo pela irrestrita condição legitimada ao devido processo constitucional. (2002, p. 151).

Logo, no Estado Democrático de Direito, cidadania é a efetivação do direito de ação a um devido processo como fonte legitimadora das decisões Estatais.

Por essas razões, as decisões judiciais, ou seja, atos de poder emanados pelo Estado (Poder Judiciário, de sobremaneira nesta pesquisa) devem passar ao crivo da contemporânea concepção da cidadania.

Ainda, é salutar dizer que na contemporaneidade, Democracia e Processo adquiriram uma relação simbiótica, na qual o primeiro deve fiscalizar a atuação do segundo, e o segundo para ser considerado legítimo a produzir efeitos, deve ter como pressuposto o primeiro.

2.3 Aperfeiçoamento Processual Pós-88: A mudança do horizonte processual brasileiro

Como já salientado anteriormente, o paradigma possui uma função dual, reflete um modelo de sociedade e serve de arcabouço teórico para problematizações e soluções. Com base nessa assertiva, afirma-se que o instituto Processo sofreu profundas alterações, com a assunção dos paradigmas do Estado Liberal, Social e Democrático de Direito.

No paradigma do Estado Liberal, o Processo tinha uma feição de controle processual das partes, como um instrumento privado, e a sua base era a igualdade formal. (BARROS; NUNES, 2010, p. 21).

Já no paradigma do Estado Social, em razão das características de efetivação dos direitos a qualquer custo, o Processo:

[...] passa por uma maior sofisticação teórica. No Brasil, os instrumentalistas, em especial, Candido Rangel Dinamarco, pretendem difundir, sob o marco do Estado Social, uma teoria do processo que tem como objetivo garantir a “pacificação social”, realizável por intermédio do cumprimento dos escopos metajurídicos do processo, que auxiliam o juiz a efetivar e balizar a justiça social, por meio do instrumento processual jurisdicional. (BARROS; NUNES, 2010, p. 21).

Fica bem claro na obra “Teoria Geral do Processo” de autoria de Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco a função do Processo como instrumento a serviço do direito material com o escopo da pacificação social, *in verbis*,

Caracterizada a insatisfação de alguma pessoa em razão de uma pretensão que não pode ser, ou de qualquer modo não foi, satisfeita, o Estado poderá ser chamado a desempenhar sua função jurisdicional; e ele o fará em cooperação com ambas as partes envolvidas no conflito ou com só uma delas (o demandado pode ficar revel), segundo um método de trabalho estabelecido em normas adequadas. A essa soma de atividades em cooperação e à soma de poderes, faculdades, deveres, ônus e sujeições que impulsionam essa atividade dá-se o nome de processo. [...] a instrumentalidade do processo, aqui, considerada, é aquele aspecto positivo da relação que liga o sistema processual à ordem jurídico-material e ao mundo das pessoas e do Estado, com realce à necessidade de predispor-lo ao integral cumprimento de todos os seus escopos sociais, políticos e jurídico. Falar da instrumentalidade nesse sentido positivo, pois, é alertar para a necessária efetividade do processo, ou seja, para a necessidade de ter-se um sistema processual capaz de servir de eficiente caminho à “ordem jurídica justa”. (CINTRA; GRINOVER e DINAMARCO, 2009, p. 46, 47).

Com o objetivo da pacificação social inserida no contexto do paradigma do Estado Social, permite-se então que o Juiz, em nome da justiça social, em sua decisão proceda à correção prática dos erros cometidos por outras esferas estatais que falharam em proteger a relação de direito material perfeita, colocando o Juiz como o ponto de gravitação da relação jurídica processual, pois figura agora como “super-parte”, de atuação preponderante no

processo jurisdicional, surgindo então duas novas posições subjetivas, a de poder-dever do Juiz e a de sujeição das partes. (BARROS; NUNES, 2010, p. 22, 23).

A mudança paradigmática da passagem do Estado Social para o Democrático de Direito fez com que as novas ideias acerca da teoria do Processo tomassem mais força, já que se amoldavam melhor ao paradigma vigente. Com o decorrer dos anos surgiram, dentre elas a teoria do Processo como Procedimento em Contraditório de Fazzalari e a Teoria neo-institucionalista do processo, capitaneada pelo insigne Rosemiro Pereira Leal. De sobremaneira, estas teorias criticaram incisivamente a visão processual então vigente, a instrumentalista do processo.

Especificamente no Brasil, fica cristalino que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trouxe ao nosso ordenamento jurídico um novo horizonte, o do Estado Democrático de Direito, determinando às práticas jurídicas existentes um aperfeiçoamento, e que no caso do Processo seria a adequação à tipologia principiológica processual constitucional (contraditório, ampla defesa, isonomia, fundamentação das decisões, direito ao advogado) e a nova acepção da democracia. Leal já advertiu acerca do tema:

A partir do momento histórico em que a Constituição se proclama condutora de uma Sociedade Jurídico-Política sob a denominação de Estado Democrático de Direito, como se lê no art. 1º da CF/1988 do Brasil, é inarredável que, pouco importando o que seja o existir brasileiro, o mundo jurídico institucionalizado do Brasil é o contido no texto constitucional e não mais o das estruturas morais, éticas e econômicas do cotidiano nacional. (LEAL, 2011, p. 72, 73).

Para alcançar esse aperfeiçoamento surge, então, a nosso ver, a teoria neo-institucionalista do processo, que em síntese:

Busca-se, assim, legitimar uma instituição processual constitucionalizada de controle irrestrito dos procedimentos políticos-jurídicos como diretriz principiológica das regras de relacionamento na elaboração e operacionalização de um Sistema de Direitos. (LEAL, 2011, p. 72).

Muito oportuna a citação de “operacionalização de Sistema de Direitos” por parte de Rosemiro Pereira Leal, uma vez que a palavra sistema nos leva ao sentido da previsibilidade. Só um direito efetivado pelo Processo com fundamentos democráticos é capaz de gerar segurança jurídica, e não o ativismo judicial perpetrado diuturnamente pelos adeptos do instrumentalismo do Processo e as súmulas de efeito vinculante.

Corroborando a assertiva do novo horizonte processual brasileiro, Evandro Sergio Lopes da Silva coaduna dizendo:

O processo deve ser visto como instituição jurídica que, ao lado do Estado, do povo, da cidadania, da soberania popular, contém princípios próprios definidos nas garantias do contraditório, da ampla defesa, da isonomia, reunidos pelo instituto do devido processo legal aliados à estrutura do Estado Democrático de Direito. (SILVA, 2009, p. 9).

Enfim, o paradigma do Estado Democrático de Direito incorpora uma nova interpretação do instituto democracia como participação dos cidadãos na construção das decisões estatais, dentre elas, obviamente, os provimentos judiciais. Daí que se falar provimento (decisão) legítimo é aquele democraticamente construído (participação efetiva dos cidadãos) em espaço procedimentalizado.

2.4 A Obsolescência do Processo como instrumento

Inicialmente, necessária a seguinte pontuação: “A crítica nada mais é do que uma falha no discurso”³. Dessa forma, antes de se criticar a obsolescência do Processo enquanto Instrumento, obrigatório é uma explanação, infelizmente breve, haja vista a teoria instrumentalista do processo não ser objeto da presente pesquisa.

No Brasil, é notório que a escola doutrinária capitaneada por Cândido Dinamarco é conhecida como “Escola Instrumentalista do Processo”. O expoente dessa doutrina está presente na obra “Teoria Geral do Processo” com autoria de Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco. Assim, de modo a conceituar processo para tal escola, vamos utilizar as definições contidas naquela obra.

O Processo é visto como força que motiva e justifica os atos do procedimento, interligando os sujeitos processuais, juiz, autor e réu. (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2009, p. 297). Com base nessa definição, conclui-se que o processo é um conceito abstrato, sendo exteriorizado pelo procedimento. Nessa linha:

O procedimento é, nesse quadro, apenas o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo: é a manifestação extrínseca deste, a sua realidade fenomenológica perceptível. A noção de processo é essencialmente teleológica, porque ele se caracteriza por sua finalidade de exercício do poder (no caso jurisdicional). A noção de procedimento é puramente formal, não passando da coordenação de atos que se sucedem. Conclui-se, portanto, que o procedimento (aspecto formal do processo) é o meio pelo qual ampara os atos e fórmulas de ordem legal do processo. (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2009, p. 297).

³ Aula ministrada pelo Professor Vinícius Diniz Monteiro de Barros, disciplina Processo Penal I, 1º semestre de 2011.

Em relação à natureza jurídica do Processo Cintra, Dinamarco e Grinover comungam do que Bülow asseverou, o Processo como relação jurídica. Segundo eles:

É inegável que o Estado e as partes estão, no processo, interligados por uma série muito grande e significativa de liames jurídicos, sendo titulares de situações jurídicas em virtudes das quais se exige de cada um deles a prática de certos atos do procedimento ou lhes permite o ordenamento jurídico essa prática; e a relação jurídica é exatamente o nexa que liga os dois ou mais sujeitos, atribuindo-lhes poderes, direitos, faculdades, e os correspondentes deveres, obrigações, sujeições, ônus. (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2009, p. 282).

Frisa-se “ligação por liames jurídicos”, visto que as partes se ligam entre si através da relação jurídica de direito privado. Enquanto que as partes e o Estado se ligam pela relação jurídica processual. Nesse sentido, Silva informa:

[...] na inovação racionalizadora, na ótica instrumentalista, por mérito principal o destaque dos dois planos do próprio ordenamento jurídico, a partir da visão da relação jurídica processual e da relação de direito privado como duas realidades distintas. Houve, também, bastante realce à existência de dois planos de relações: a de direito material, que se discute no processo; e a de direito processual, que é o continente em que se coloca a discussão sobre aquela. Observou-se também que a relação jurídica processual se distingue da de direito material por três aspectos: pelos seus sujeitos (juiz, autor e réu), pelo seu objeto (a prestação jurisdicional) e pelos seus pressupostos (os pressupostos processuais). (SILVA, 2009, p. 9).

Outro aspecto relevante na escola instrumentalista é a função do processo na jurisdição:

O processo é indispensável à função jurisdicional exercida com vistas ao objetivo de eliminar conflitos e fazer justiça mediante a atuação da vontade concreta da lei. É, por definição, o instrumento através do qual a jurisdição opera (instrumento para a positivação do poder). (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2009, p. 297).

Feitas as breves explicações, passemos as críticas, Silva (2009, p. 4) erige o primeiro ponto a criticar, pois segundo ele, os adeptos da teoria do processo como relação jurídica criaram meios de se distinguir Processo de Procedimento, mas só confundiram mais os dois institutos, chegando ao ponto de conceituar Processo como um instituto abstrato através do qual se obtém provimento em nada se distinguindo de procedimento, que seria a realidade fenomenológica perceptível do processo.

O Segundo ponto a criticar é a confusão entre os conceitos de Jurisdição e Processo. Leal (2011, p. 66) explica que os instrumentalistas conectaram Processo a Jurisdição em escopos metajurídicos, definindo o Processo, então, como a corda a serviço da Jurisdição que puxaria todos os homens a justiça redentora, a pacificação social. Leal (2011, p. 66) observa

ainda que, Processo não é instrumento da Jurisdição, mas sim, no paradigma do Estado Democrático de Direito, legitimador das decisões estatais, portanto instituto dos cidadãos.

Como explicitado acima, infere-se que a teoria instrumentalista do processo condensou conceitos da relação jurídica de Bülow (paradigma do Estado Liberal) à finalidade teleológica do processo que permite ao Juiz, ao aplicar a norma ao caso concreto, buscar a pacificação social (paradigma do Estado Social).

Através de uma análise realizada com a lupa do Estado Democrático de Direito, não podemos olvidar a função deste paradigma nas práticas jurídicas existentes, ao ponto de ainda defender teorias acerca de determinados institutos, dentre eles o Processo, que não coadunam com o paradigma então vigente. Desse modo, a visão instrumentalista do processo no Brasil, após 1988, assumiu uma obsolescência tamanha.

Vale ainda dizer que no atual paradigma, acerca do Processo enquanto legitimador das decisões,

[...] tomando como marco o paradigma procedimentalista do Estado Democrático de Direito, visto pela teoria do Discurso de Habermas, na perspectiva do sujeito de Direito que se coloca como sujeito destinatário da norma jurídica, é possível estabelecer uma crítica à teoria do processo como relação jurídica, justamente em razão do lugar do juiz como “super-parte”, e ao instrumentalismo, em virtude do solipsismo do juiz e dos escopos metajurídicos do processo jurisdicional. (BARROS; NUNES, 2010, p. 23).

Em consonância ao Estado Democrático de Direito surge a teoria neo-institucionalista do processo.

3 A TEORIA NEO-INSTITUCIONALISTA DO PROCESSO

Diante da necessidade de se adequar o Processo à visão vanguardista do Estado Democrático de Direito, Rosemiro Pereira Leal ⁴ propôs uma nova teoria acerca do Processo, uma que superasse suas predecessoras, quais sejam, a instrumentalista do Processo e a do modelo Constitucional do Processo.

Leal a respeito do modelo Constitucional do Processo tece a seguinte crítica:

[...] a circunstância de se ter um modelo constitucional do processo não abonaria, por si só, uma teoria de Estado de Direito Democrático, porque tal poderia ocorrer no paradigma do Estado de Direito ou Social de Direito, sem que se abrisse a todos os destinatários da normatividade igual oportunidade processual (exigibilidade) de

⁴ Vide as obras: Teoria Processual da Decisão Jurídica (2002) e Teoria Geral do Processo: Primeiros Estudos (2001, 2011).

auto-inclusão na fundamentalidade de direitos líquidos e certos constitucionalmente assegurados pelo controle processual irrestrito e incondicionado. [...] Não basta, portanto, como salientamos, positivar um modelo de processo assegurado na constitucionalidade por uma jurisdição exercitada por juízes como guardiães de direito fundamentais ou depositários públicos desses direitos, porque o que vai designar a existência do status democrático de direito é a auto-abertura irrestrita a que o ordenamento jurídico se permite ao oferecer legalmente a todos o exercício da discursividade crítica à fiscalização (correição) processual continuada para a construção, reconstrução, confirmação, concreção, atuação e aplicação do direito vigorante. (LEAL, 2002, p. 170, 171).

Eis então o surgimento da teoria neo-institucionalista do processo. Leal (2002, p. 159) ensina que a partir da perspectiva da falibilidade de Karl Popper⁵, as ciências e suas afirmações, em específico os dogmas das ciências jurídicas, passaram por uma nova lógica, a da correição continuada, e no campo da ciência do direito essa nova lógica introduzida por Popper determinou que desde a criação do direito até a sua aplicação, as dogmatizações (afirmações) deveriam passar sob o crivo da fiscalização continuada, refletindo em uma lógica falibilista.

Leal (2002, p. 160) relata que Habermas, sem que dissesse expressamente, na sua obra “Direito e Democracia: Entre a facticidade e a validade” acolhe a visão falibilista de Popper para justificar que o Direito só teria legitimidade se houvesse uma abertura aos procedimentos em que o destinatário da norma pudesse participar de sua elaboração.

Leal (2011) relata que Habermas com tamanha propriedade, sem dúvida, traçou os aspectos importantes da democracia procedimentalizada para a legitimação do poder, no entanto, Habermas não declarou como seria feita essa procedimentalização, daí é que surge para Rosemiro Pereira Leal a ideia do Processo como instituição democrática aliada ao procedimentalismo construtor de direitos legítimos.

Não há falar, como quer Habermas, em procedimentalismo na base construtiva do direito, sem que, antes, se institucionalize o devido (o sentido teórico) processo constitucional, porque a fixação dos critérios jurídico-constitucionais do modo de produção e correição de direitos é que vai definir a qualidade democrática de uma sociedade jurídico-política. (LEAL, 2001, p. 99).

Em consonância, Daphne de Emilio Circunde Vieira Andrade explicita acerca dessa nova teoria:

O processo é concebido como instituição constitucionalizada que garante a efetiva participação das partes (sujeitos do direito) na construção do provimento judicial e, ainda, permite-lhes fiscalizar a produção e aplicação deste direito. Assim, o processo emerge como instituição que dá forma jurídica ao princípio do

⁵ 1902 – 1994. Pensador que propôs a teoria do conhecimento um novo princípio, o da falibilidade.

discurso, capaz de tornar efetivo o agir discursivo-procedimental de Habermas (ANDRADE, 2008, p. 48).

A noção de instituto, de acordo com Leal, não decorre “em linhas histórico-culturais dispersas, como pioneiramente admitira Guasp, mas em princípios e institutos juridicamente delineados e integrados, regenciadores dos procedimentos (ações) jurisdicionais”. (2001, p.174). Mas sim de um:

[...] conjunto de princípios e (institutos) jurídicos reunidos ou aproximados pelo texto constitucional com a denominação jurídica de devido processo, cuja característica é assegurar, pelos institutos do contraditório, ampla defesa, isonomia, direito ao advogado e livre acesso à jurisdicionalidade, o exercício dos direitos criados e expressos no ordenamento constitucional e infraconstitucional por via de procedimentos estabelecidos pelos juridicamente legitimados. (LEAL, 2011, p. 71).

Tal visão neo-institucionalista do processo pressupõe que os juridicamente legitimados intervenham. Quem são eles? Ora, partindo-se da conclusão construída na exposição da democracia, bem como a ideia de Leal (2002), qual seja, a participação na tomada das decisões estatais, seriam os juridicamente legitimados, então, os cidadãos legitimados ao processo, que exercem pela cidadania (desdobramento da democracia) seu direito inerente ao Estado Democrático de Direito, qual seja a soberania popular com fito de construção das decisões estatais, através do princípio do discurso de Habermas, bem como a correição continuada das decisões, sempre é claro, partindo-se de uma visão da falibilidade Popperiana das afirmações. (LEAL, 2002).

Dessa maneira, vale dizer:

O processo, nessa concepção, não se estabelece pelas forças imaginosamente naturais de uma Sociedade ideal ou pelo poder de uma elite dirigente ou genialmente judicante, ou pelo diálogo de especialistas, mas se impõe por conexão teórica com a cidadania (soberania popular) constitucionalmente assegurada, que torna o princípio da reserva legal do processo, nas democracias ativas, o eixo fundamental da previsibilidade das decisões. A institucionalização constitucional do processo acarreta a impessoalização das decisões, porque estas, assim obtidas, se esvaziam de opressividade potestativa (coatividade, coercibilidade) pela deslocação de seu *imperium* (impositividade) do poder cogente da atividade estatal para a conexão jurídico-política da vontade popular constitucionalizada. (LEAL, 2011, p. 73, grifo nosso).

Em relação à base normativa, na visão da teoria Neo-Institucionalista, nos dizeres de Leal (2011, p.74) o processo tem surgimento na própria Constituição, e assim, no caso do Brasil, a Constituição ao se proclamar Democrática de Direito, já pressupõe que o processo é instituição constitucionalizada dotada de condição democratizante e jurídico-discursiva regente da realização, criação e aplicação dos direitos assegurados no discurso constitucional.

Diferentemente da teoria do Processo como relação jurídica, que aqui no Brasil foi reformulada e passou a ser conhecida como instrumentalista do processo, a teoria neo-institucionalista do processo comunga dos dizeres de vários outros doutrinadores como Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, José Alfredo de Oliveira Baracho, Lopes da Costa⁶ de que a Jurisdição é inerente à Soberania, logo, dever do Estado, não se confundindo em nada com Processo.

Nesse sentido, Processo e Jurisdição são institutos diferentes. O primeiro é instituto condizente ao Estado Democrático de Direito que cria, legitima e fiscaliza decisões estatais, enquanto o segundo “é dever do Estado em relação aos cidadãos” (LEAL, 2001), daí que se repetir aquele famoso dogma jurídico, sempre dito nas aulas de prática jurídica, a demanda é ajuizada contra o Estado e nunca em face dele.

Entretanto, apesar das diferenças dos dois institutos, uma correlação há entre eles, já que o Processo surge pelo direito de ação que retira da inércia o Estado julgador. Dessa maneira, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias assevera,

[...] no Estado Democrático de Direito, a atividade jurisdicional, enquanto manifestação do poder estatal (exercido em nome do povo), deve ser realizada sob rigorosa disciplina constitucional principiológica (devido processo constitucional), somente podendo o Estado agir (se e quando provocado) dentro de uma estrutura metodológica construída normativamente (devido processo legal), garantindo sempre a adequada participação dos destinatários na formação do provimento, afastando qualquer subjetivismo ou ideologia do decisor, que é investido pelo Estado da função de julgar, sem espaço para a discricionariedade ou a utilização de “hermenêutica canhestra”, fundada no “prudente (ou livre) arbítrio do juiz. (DIAS, *apud* NEVES, 2007, p 27).

Em suma, a visão Neo-Institucionalista do Processo, que tem como marco teórico a falibilidade Popperiana e a discursividade procedimentalizada Habermasiana, conceitua o Processo como instituto constitucionalmente assegurado capaz de criar e legitimar as decisões estatais por parte dos cidadãos, que em um espaço procedimentalizado deflagrado pelo direito de ação, exercem a fiscalização, a correção continuada dos dogmas jurídicos.

3.1 Diferenciações entre Processo e Procedimento

Ao contrário da teoria da relação jurídica que definiu Procedimento apenas como representação fenomenológica do processo, a teoria neo-institucionalista do processo busca

⁶ Mais detalhes podem ser encontrados em Neves (2007, p. 24 - 27).

demonstrar que Processo e Procedimento não são sinônimos. Neves (2007, p. 85) manifestou a respeito, advertindo que a arcaica noção de relação jurídica entre pessoas (procedimento) caiu por terra, assumindo o Procedimento a noção da relação jurídica entre normas que estabelecem uma estrutura jurídica de atos e posições jurídicas que antecedem o provimento, sendo este último ato imperativo do Estado em qualquer dos seus âmbitos (Legislativo, Judiciário e Executivo).

Rosemiro Pereira Leal (2011, p. 78) demonstra que a partir da afirmativa Fazzallariana de que Processo é uma espécie de Procedimento em contraditório, as discussões teóricas deixaram de lado aquela antiga confusão conceitual que a teoria da relação jurídica doutrinava. Nessa linha de ideias, Leal define:

[...] procedimento é a manifestação estrutural resultante do complexo normativo da positividade jurídica. É a estrutura extraída do texto normativo que a ela é preexistente e que lhe confere legitimidade, validade e eficácia pelo princípio da reserva legal que, na CF/1988, está inscrito no art. 5º, II. Há de se notar, a rigor, que o encadeamento de atos, no qual o ato anterior há de ser pressuposto lógico-jurídico do posterior e este pré-condição do ato subsequente que, por sua vez, é extensão do antecedente, até o provimento final (sentença, decisão, ato), o qual encerra uma etapa significativa ou ciclo total do procedimento. (LEAL, 2011 p. 78).

Por tais razões, é correto afirmar que nas práticas jurídicas existem vários procedimentos. No caso do procedimento jurisdicional, para que este tenha legitimidade democrática, necessário é, conforme Leal (2001) a coexistência do Processo com uma tipologia principiológica adequada formada por elementares, ou tecnicamente dizendo, princípios institutivos, dentre eles: contraditório, a ampla defesa, igualdade.

3.2 Tipologia Principiológica da Teoria Neo-Institucionalista: Contraditório, Ampla Defesa e Isonomia

Previamente a adentrar nos pincelamentos dos princípios que instituem a teoria neo-institucionalista do processo, é mais do que necessário explicitar acerca da natureza jurídica dos princípios. Leal (2011, p. 80) aduz que os princípios são erroneamente tidos como fontes dogmáticas de um determinado objeto, visão esta que deturpa sua verdadeira função, qual seja, a de marco teórico introduzido pelo discurso legal, como referente lógico-dedutivo, genérico e fecundo (desdobrável) capaz de balizar os conceitos construídos a partir deles.

Assumindo o processo figura de instituto constitucional (devido processo legal) é de se buscar na mesma base normativa seus princípios instituidores. Leal (2011, p. 80) assevera que

os princípios do contraditório, isonomia e ampla defesa são referentes lógico-jurídicos, sem os quais seria impossível dizer, em parâmetros modernos, que há Processo.

3.2.1 *Contraditório*

O princípio do contraditório instituído ao ordenamento jurídico por meio da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que não pode ser tido como conceito pronto, conforme salientado acima por Leal (2011), mas sim referencial lógico-dedutivo e fecundo, representa de acordo com Lucas Cruz Neves que em estudo aprofundado concluiu com base em Fazzalari, “contraditório é a participação dos destinatários da atividade jurisdicional na construção de todas as etapas que levam ao provimento final em condições de igualdade e simetria”. (2007, p. 37).

Na mesma linha de ideias, Martins Pinto, citado por Lucas Cruz Neves, apontou:

Na qualidade de detentoras dos interesses que serão afetados pelo ato final, as partes devem participar da fase de preparação do provimento na simétrica paridade de suas posições com igualdade de oportunidades entre si. Esta igualdade é embasada na liberdade de todos perante a lei. A essência do contraditório importa na participação de pelo menos dois sujeitos, um interessado e um contra interessado, sendo que ambos sofrerão as consequências do ato final do processo. (PINTO *apud* NEVES, p. 37).

É nesse sentido que o contraditório tem sua compreensão nas atuais democracias, princípio que faculta as partes o dizer e o contradizer na produção do provimento (decisão). Em síntese, conforme Aroldo Plínio Gonçalves,

O contraditório é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei. É essa igualdade de oportunidade que compõe a essência do contraditório enquanto garantia de simétrica paridade de participação no processo. (GONCALVES *apud* NEVES, 2007, pág. 38).

Outro desdobramento atinente ao contraditório se pauta nas ideias trazidas por Karl Popper, qual seja, contraditório como ideal de refutabilidade (GOMES, 2011). Para aquele, as verdades não podem ser tidas como absolutas, ou melhor, impassíveis de crítica. Matheus Barreto Gomes (2011) sintetiza as assertivas de Popper dizendo,

Em suma, a teoria do conhecimento de Popper está alicerçada pela necessidade de falseabilidade das conclusões (verdade) a que se chega no processo de conhecimento. Esta falseabilidade das conclusões, como visto, deve estar-se revestida de um método crítico objetivo, de modo a robustecer a afirmação que a

elas conseguirem resistir, bem, assim, modificar a que elas sucumbir. (GOMES, 2011).

Nesse diapasão, na prática jurídica processual, as decisões só serão válidas se forem construídas pela participação dos afetados, e não impostas pelo saber jurídico do juiz solitário, ou da violência simbólica (imposição de discursos dominantes) dos enunciados vinculativos dos tribunais superiores (STRECK, 1998). Matheus Barreto Gomes coaduna dizendo:

Sucedem, entretanto, que, indiferentemente a tais verificações, instituem-se no ordenamento jurídico brasileiro mecanismos que cada vez mais restringem o diálogo processual e, portanto, sua feição democrática. O maior de todos os mecanismos utilizados hodiernamente no ordenamento jurídico brasileiro, sem dúvida alguma, é o poder vinculante e a controlabilidade difusa atribuída aos precedentes judiciais. Tal conjuntura estabelece situações de verdade/interpretações prévias e absolutas do Direito, na prática impassíveis de refutação. Neste contexto, vem a calhar as ideias cunhadas por Karl Popper, que, em síntese, trazem em seu bojo a concepção de que não existem verdades absolutas, mas, somente, verdades provisórias que devem sempre serem submetidas à teste, sob pena de perderem sua condição de verdade. (GOMES, 2011).

Em última análise, quando se diz que a decisão deve ser construída pelos afetados, convém explicitar mais outro desdobramento, o do contraditório trazido por Fredie Didier Jr. citado por Matheus Barreto Gomes (2011), que assevera dever ser contraditório compreendido além daquela noção clássica de ser ouvido na dinâmica processual, há nele o elemento trazido pela doutrina alemã, o poder de influência, de tal modo que a decisão prolatada pelo juiz seja consequência lógica da garantia de influir.

3.1.2 Ampla Defesa e Isonomia

Partindo-se da definição de contraditório de Aroldo Plínio Gonçalves (1992, p. 127), na utilização dos termos “simétrica paridade” e “igualdade de oportunidade” aduz-se que não se pode falar em contraditório sem perpassar em outros princípios, o da isonomia e da ampla defesa.

O princípio da isonomia, nos dizeres de Leal (2001, p. 104) “equivale à igualdade temporal de dizer e contradizer para a construção, entre partes, da estrutura procedimental”.

Todavia, a importância dos ensinamentos de Rosemiro Pereira Leal,

O velamento do que seja “igualdade de oportunidade” fetichiza uma abertura para ficar “perante a lei” e não dentro da lei a fruir da compreensão e debate (ampla defesa) de seus conteúdos no espaço da procedimentalidade processualizada pelo tempo-lógico-jurídico-discursivo (prazos). (LEAL, 2011 p. 89).

Em igual sentido, falar em contraditório e isonomia sem efetivar o princípio da ampla defesa, seria o mesmo que resumir contraditório em uma igualdade formal, aquela em que todos são iguais perante a lei.

Portanto, em contornos democráticos a ampla defesa é princípio coextenso ao contraditório. Lucas Cruz Neves parafraseando Rosemiro Pereira Leal corrobora dizendo:

É possível, pois, definir o princípio da ampla defesa como sendo o direito processual garantido a um espaço procedimental cognitivo à construção de fundamentos obtidos dos argumentos jurídicos advindos de liberdades isonômicas exercidas em contraditório na preparação das decisões. (NEVES, 2007, p. 38).

Em sendo a ampla defesa um espaço procedimental cognitivo à construção de fundamentos jurídicos, mais do que necessário a faceta de defesa técnica à ampla defesa. Tal princípio entendido democraticamente compreende, então, ao espaço procedimental à cognição, e, por conseguinte, a defesa técnica. Desse modo, imperioso é a efetivação do Art.133 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que trata da indispensabilidade do advogado na administração da Justiça. (BRASIL, 2011).

A conclusão que se chega após breves pincelamentos acerca da tríade principiológica da teoria neo-institucionalista do processo é a de que eles possuem uma relação simbiótica, na inaplicabilidade de um macula-se a efetiva produção dos efeitos de outro.

3.3 Decisão Estatal no Estado Democrático de Direito: Incorporação no ordenamento jurídico brasileiro do termo provimento

O ato decisório que põe fim a prestação jurisdicional deflagrada pelo direito de ação assume, no contexto do Estado Democrático de Direito, importância tamanha. De maneira geral, é a partir da decisão prolatada pelo Estado-Juiz que se resta possível a verificação de sua legitimidade, conforme a lupa do Estado Democrático de Direito e a teoria neo-institucionalista do processo.

O Estado personificado pelo Juiz ou órgão colegiado, dotado de competência estatuída pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, põe fim a prestação jurisdicional, através de uma decisão, que tecnicamente receberá a denominação de provimento, como se verá adiante.

Conforme Terezinha Ribeiro Chaves (2001, p. 114), citando Nelson Nery Jr. o termo provimento vem do latim (*providere*) e significa abastecimento, suprimento, apresentando conotação de preenchimento de espaço. Ressalta-se:

Provimento é ato estatal produzido no âmbito de suas competências pelos respectivos órgãos. Não se limitam à atividade jurisdicional, podendo ser também administrativo ou legislativo. O provimento reveste-se de imperatividade, implicando a submissão da sociedade, jurisdicionados ou administrados. [...] A vinculação de todos os agentes estatais ao devido processo legal é que emprestará legitimidade e validade a tal ato. (CHAVES, 2011, p.115).

Em igual sentido, Rosemiro Pereira Leal (2002, p. 26, 27) aduz que o termo provimento adveio do direito processual italiano com o doutrinador Fazzalari, e que através dele o ato final imperativo do Estado deixou de ser compreendido pela esfera individualista, prescritiva e instrumental da razão prática do decisor, e passou a ser entendido como ato integrante final da estrutura do procedimento, sendo o julgamento vinculado ao espaço-técnico-procedimental-discursivo do processo cognitivo de direito, como conclusão co-extensiva da argumentação das partes.

Devido a tal entendimento, mais do que legítima a assertiva de que deve ser extirpado do direito em feições democráticas as arbitrariedades inseridas nas decisões estatais.

Daí a importância da leitura da obra de Rosemiro Pereira Leal, “Teoria Processual da Decisão Jurídica” datada de 2002, ou seja, antes da adesão ao ordenamento jurídico brasileiro das súmulas vinculantes, que já advertia:

A decisão assim concebida, agarrada às origens da autocracia interdital romana, em que o poder do pretor emergia de sua condição de funcionário de uma sociedade radicada na verdade indiscutível da ancestralidade cultural, ainda hoje permanece armazenada por uma jurisprudência garbosa da realização de uma justiça retórica não testificada pelo devido processo constitucional, a pretexto de assegurar uma flexibilidade de princípios [...]. (LEAL, 2002, p. 27).

Em suma, o ato final emanado pelo poder judiciário deve ser entendido como provimento, resultado de um Devido Processo Legal.

3.4 A Fundamentação das Decisões

Em corolário ao Processo Democrático, e neste estudo, precipuamente a teoria processual Neo-Institucionalista, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 criou o dever da fundamentação de suas decisões a todos os magistrados.

Art. 93:

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a

estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. (BRASIL, 2011).

Oliveira observa que “[...] A fundamentação das decisões, a sua legitimação, pressupõe o contraditório e ampla defesa, a consideração da argumentação das partes e a demonstração da adequabilidade da decisão ao caso concreto [...]” (OLIVEIRA *apud* LEAL, et al. 2005, p. 192).

Dessa forma, o dever da fundamentação das decisões inerente ao magistrado na Jurisdição permite a parte (sentido técnico-processual) fiscalizar o provimento, efetivando assim seu direito de fiscalização dos atos estatais (cidadania).

4 SÚMULAS VINCULANTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: O ATUAL DILEMA DO PODER JUDICIÁRIO

Para se entender a razão da adoção do instituto súmula vinculante no ordenamento jurídico brasileiro, necessário é uma transposição do interlocutor ao momento de debates inflamados da época da adoção daquele instituto. Conforme análise de Flaviane de Magalhães Barros e Dierle Nunes sobre estudo de Michele Taruffo, o sistema processual brasileiro apresenta duas perspectivas: uma quantitativa e outra qualitativa. A primeira representa a meta do poder judiciário em reduzir os custos (princípio da economia processual) e impor velocidade a resolução dos conflitos (princípio da celeridade), determinado à qualidade do sistema processual e decisões, metas de segundo plano, logo, de menor importância. Já a perspectiva qualitativa, traduz-se em eficiência, impondo estudos e aperfeiçoamento no sistema processual e nas decisões, amoldando-as ao contorno democrático atual. Essas duas perspectivas são tidas hodiernamente nos debates jurídicos como contraditórias, ou seja, impossíveis de condensá-las em uma reforma, e não faces da mesma moeda. (BARROS, NUNES, 2011, p. 19).

Tal análise, de fato, elucida a famosa crise do poder judiciário, em que a morosidade da resolução dos conflitos é o expoente negativo. Corroborando a essa assertiva, temos que no I Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais rápido e republicano, que é substancialmente a exposição de motivos da emenda constitucional de nº 45, poucos problemas nacionais possuem tanto consenso quanto à questão judiciária. A morosidade dos processos judiciais e a baixa eficácia de suas decisões retardam o desenvolvimento nacional, desestimulam investimentos, propiciam a inadimplência, geram impunidade e solapam a crença do cidadão no Estado Democrático. (UNIÃO, 2004).

Segundo Barros e Nunes (2011, p. 19) infelizmente, em face de diversos fatores, o sistema processual brasileiro costuma trabalhar com a perspectiva quantitativa, determinando uma visão neoliberal de alta produtividade de decisões e de uniformização superficial de entendimentos dos tribunais (padronização decisória), com objetivo de aumentar a estatística de casos resolvidos. Nesses termos é que se fundamenta a súmula vinculante.

4.1 A Tendência Uniformizadora das Decisões no Brasil

Ao se falar de uniformização de decisões no Brasil, implicitamente importa-se falar, precipuamente, das fontes do direito e do sistema de Direito ao qual nosso país é afiliado.

Miguel Reale (2000, p. 140) ensina que as fontes do direito são “processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória, isto é, com vigência e eficácia no contexto de uma estrutura normativa”. Ainda de acordo com Reale (2000, p. 140), a legitimidade da norma advém da observância de onde ela é oriunda, sendo, portanto, legítimas quando emitidas, do processo legislativo, da jurisdição, dos usos e costumes jurídicos (que exprimem o poder decisório anônimo do povo), ou da autonomia da vontade.

Posteriormente as fontes do direito, figuram os sistemas jurídicos que os países adotam para racionalizar e dar previsibilidade a prática jurídica. Reale (2000) divide os sistemas jurídicos em dois, *Civil Law*, também conhecido como tradição romanística; e *Common Law*, cunhado de tradição anglo-americana.

O *Civil Law*, nos dizeres de Miguel Reale:

[...] caracteriza-se pelo Primado do processo legislativo, com atribuição de valor secundário às demais fontes do direito. A tradição latina ou continental (*civil law*) acentuou-se especialmente após a Revolução Francesa, quando a lei passou a ser considerada a única expressão autêntica da Nação, da vontade geral, tal como verificamos na obra de Jean-Jacques Rousseau, *Du Contrat Social*. (REALE, 2000, p. 142).

Com base nessa assertiva fica cristalino que o ordenamento jurídico brasileiro adota esse sistema. Nessa esteira, Rodolfo de Camargo Mancuso citado por Bruno Dantas Nascimento, diz que se tratando do sistema adotado pelo Brasil,

[...] nosso modelo político-jurídico tem como matriz a lei, que foi eleita como parâmetro para o contraste e a exigibilidade das condutas, por força do princípio constitucional da legalidade. Disso se conclui que "a jurisprudência, mesmo

sumulada, não se reveste – de *lege lata*⁷ – de força coercitiva, ficando sua eficácia por conta da natural proeminência e respeitabilidade que o Tribunal emissor exerça junto às demais instâncias a ele reportadas”. (NASCIMENTO, 2009).

Já a *Common Law*, na doutrina de Reale, é:

[...] a tradição dos povos anglo-saxões, nos quais o Direito se revela muito mais pelos usos e costumes e pela jurisdição do que pelo trabalho abstrato e genérico dos parlamentos. Trata-se, mais propriamente, de um Direito misto, costumeiro e Jurisprudencial. Se, na Inglaterra, há necessidade de saber-se o que é lícito em matéria civil ou comercial, não há um Código de Comércio ou Civil que o diga, através de um ato de manifestação legislativa. O Direito é, ao contrário, coordenado e consolidado em precedentes judiciais, isto é, segundo uma série de decisões baseadas em usos e costumes prévios. (REALE, 2000, p. 142).

Ressalta-se que a advertência de Miguel Reale (2000, p. 142) se faz necessária, pois segundo ele, não há meios de se aferir qual sistema é mais perfeito, uma vez que, na realidade, os sistemas representam contextos históricos, sociais e culturais de cada povo. Contudo, Miguel Reale (2000, p. 142) afirma que o sistema da *Common Law*, por meio do *stare decisis* vem apresentando força e adentrando no sistema de direito de tradição romanística. Prova disso é o papel das súmulas nas decisões judiciais brasileiras. Conforme Braz, *Stare Decisis* “Advém da expressão “*stare decicis et non quieta movere*” (ficar com o que foi decidido e não mover o que está em repouso). Vinculação dos precedentes judiciais advindos dos tribunais superiores”. (2007, p.11).

Nesse esteio, a jurisprudência, que é definida por Lênio Luiz Streck (1998, p. 83) como “conjunto uniforme e constante das decisões judiciais sobre casos semelhantes”, revela-se instituto de suma importância para o direito moderno, principalmente nos países da tradição do *Civil Law*. Reale (2001) acima já manifestou sobre o assunto dizendo que a jurisprudência é fonte de direito. No entanto, essa posição não é pacífica na doutrina.

Washington Monteiro citado por Streck (1998, p. 84) argumenta que é duvidoso o caráter de fonte do direito da jurisprudência, haja vista que nenhum juiz está obrigado a decidir, em um caso, por mais que firmada seja a jurisprudência, de acordo com ela, e ainda, nenhum tribunal de onde ela é oriunda está obrigado a segui-la.

Em igual modo, Vicente Ráo citado por Streck (1998, p. 84) assevera que somente a lei pode ser fonte direta e imediata do direito, restando assim à jurisprudência a impossibilidade de adquirir o valor de norma obrigatória e universal, no máximo a jurisprudência poderia propiciar reforma ou inovações legislativas.

Paulo Nader salienta ainda que:

⁷ Lei criada.

Para os países que segue a tradição romano-germânica, como o Brasil, a principal forma de expressão é o Direito escrito, que se manifesta por leis e códigos, enquanto o costume figura como fonte complementar. A jurisprudência, que se revela pelo conjunto uniforme de decisões judiciais sobre determinada indagação jurídica, não constitui uma fonte formal, pois a sua função não é gerar normas jurídicas, apenas interpretar o Direito à luz dos casos concretos. (NADER, 2011, p. 143)

Em que pesem os três argumentos contrários à jurisprudência como fonte do direito, Streck (1998, p. 88), corroborando a linha de ideias de Reale (2001), aduz acerca da força da jurisprudência, por conseguinte, às súmulas no sistema jurídico brasileiro:

Não há dúvida, entretanto, de que a força persuasiva dos casos julgados pelos tribunais superiores em relação aos inferiores é decorrência lógica do sistema de diversidade de instâncias, mormente naquilo que, mais adiante, se estudará sob a denominação de poder de violência simbólica que as súmulas e as assim denominadas jurisprudências dominantes exercem no imaginário dos operadores do Direito. [...] Cabe frisar, por último, que, muito embora esteja claro que o ordenamento jurídico brasileiro esteja vinculado ao primado da lei, onde, como já se dizia da *auctoritas* do senado romano, “a força da jurisprudência é mais do que um conselho e menos do que uma ordem”, na prática a jurisprudência – através de seu corolário, que são as súmulas -, assume foro de obrigatoriedade e vinculariedade, mediante duas formas: primeiro, por disposições de leis e regimentos internos de discutível constitucionalidade, e, segundo, pelos mecanismos de funcionamento da justiça brasileira [...]. (STRECK, 1998, p. 88, 89).

Considerando o dilema do poder judiciário brasileiro; a importância que a jurisprudência vem tomando na prática processual brasileira; e a infeliz adoção da perspectiva quantitativa do sistema processual brasileiro (BARROS; NUNES, 2011), tornou-se necessário a criação de mecanismos de uniformização da jurisprudência. Essa uniformização, nos dizeres de Streck (1998, p. 93) traduz-se na busca de maior segurança jurídica nas decisões e a otimização da administração da justiça, evitando o reexame desnecessário de casos idênticos/semelhantes.

Por tais motivos, é que no bojo da emenda constitucional de nº 45, por meio do acrescido Art. 103-A na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, surgiu o instituto da súmula vinculante com o fito de propiciar celeridade e segurança jurídica aos jurisdicionados brasileiros (GUIMARÃES, 2007).

A seguir, será esmiuçada a natureza da súmula e suas espécies.

4.2 Súmulas

Como já visto, as Súmulas são os mecanismos de uniformização da jurisprudência. Dessa maneira, oportuna a definição de tal instituto por Tereza Arruda Alvim, parafraseada

por Streck (1998, p. 167), para qual a súmula é tida como resumo da jurisprudência predominante de um tribunal superior, expressando a interpretação da maioria absoluta dos julgadores a respeito das questões decididas, ainda que as decisões dos precedentes não tenham sido unânimes, representa assim, a orientação de um tribunal sobre a interpretação de lei de direito material, tal como de direito processual.

Streck (1998, p. 168), em obra específica sobre as súmulas no ordenamento jurídico brasileiro, subdivide o gênero súmula em quatro espécies, quais sejam, as tautológicas; as *intra legem*; as *extra legem*; e as *contra legem*.

Em nome da segurança jurídica, conforme Streck (1998, p. 169, 170) “algumas obviedades devem ser ditas para evitar a demasia das redefinições interpretativas”. Esse é o objetivo das súmulas tautológicas. Como exemplo desse tipo de súmula, aquele doutrinador cita o caso da súmula nº116 do Superior Tribunal de Justiça que estabelece que Fazenda Pública e o Ministério Público têm prazo em dobro para interpor agravo regimental no Superior Tribunal de Justiça, repetindo o teor do art.188 do Código de Processo Civil em combinação do art.258 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. (STRECK, p. 169, 170).

Colacionam-se os referidos textos acima para facilitar a compreensão:

STJ Súmula nº 116. “A Fazenda Pública e o Ministério Público têm prazo em dobro para interpor agravo regimental no Superior Tribunal de Justiça”. (BRASIL, 1994).

Art. 188 do Código de Processo Civil, “Computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público”. (BRASIL, 1973).

E o texto normativo do regimento interno do Superior Tribunal de Justiça:

Art. 258. A parte que se considerar agravada por decisão do Presidente da Corte Especial, de Seção, de Turma ou de relator, poderá requerer, dentro de cinco dias, a apresentação do feito em mesa, para que a Corte Especial, a Seção ou a Turma sobre ela se pronuncie, confirmando-a ou reformando-a.

§ 1º O órgão do Tribunal competente para conhecer do agravo é o que seria competente para o julgamento do pedido ou recurso.

§ 2º Não cabe agravo regimental da decisão do relator que der provimento a agravo de instrumento, para determinar a subida de recurso não admitido. (BRASIL, 1989).

As súmulas *intra legem* são as interpretativas, em outro dizer, segundo Leal e outros (2005, p. 180) são “denominadas interpretativas, redefinem o conteúdo das normas no limite da hermenêutica tradicional”. Streck (1998, p. 175) afirma que elas são decorrentes da preocupação brasileira exacerbada com a formalização jurisprudencial e a força que os ditos entendimentos sumulares exercem no universo jurídico do país, haja vista, como salientado

anteriormente pelo mesmo autor, a força da jurisprudência (nesse caso as súmulas *intra legem*) é mais do que um conselho e menos do que uma ordem.

Streck (1998, p. 179, 180) ilustra como exemplo a súmula 512 do Supremo Tribunal Federal que estipula que não cabe condenação em honorário de advogado na ação de mandado de segurança. Ainda segundo aquele, tal súmula surgiu da seguinte disputa: de um lado, a doutrina entende que incide sim o princípio da sucumbência, mormente o mandado de segurança ser uma ação especial, regulada por lei específica, ainda é ação como qualquer outra, pois há relação processual, impondo dessa maneira, a aplicação do art. 64 do Código de Processo Civil; e do outro, a corrente seguidora da súmula defende que o mandado de segurança é tratado por lei especial, portanto não aplicando subsidiariamente o Código de Processo Civil, excetuando as normas sobre a petição inicial e o litisconsórcio. Streck (1998, p. 181) ainda assevera que nessa briga entre doutrina e o entendimento jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça, através da súmula 105 colocou um ponto final na contenda, repetindo o teor da súmula 512 do Supremo Tribunal Federal.

Dispõe a súmula de nº 512 do Supremo Tribunal Federal: “Não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança”. (BRASIL, 1969).

E a súmula de 105 do Superior Tribunal de Justiça: “Na ação de mandado de segurança não se admite condenação em honorários advocatícios” (BRASIL, 1994).

Em relação as *extra legem*, a finalidade destas súmulas está atrelada, conforme com explicação de Streck (1998, p. 182) a restrição à possibilidade de interposição de recursos à instâncias superiores, tanto como ao último grau em matéria infraconstitucional, o Superior Tribunal de Justiça, e ao definitivo grau em matéria constitucional, o Supremo Tribunal Federal.

Para tanto, estas súmulas regulariam o modo de apreciação dos recursos especiais e extraordinários, e o juízo de admissibilidade. Como exemplo tem-se a súmula 13 do Superior Tribunal de Justiça que dispõe que a divergência entre julgados do mesmo tribunal não enseja recurso especial. (STRECK, 1998, p. 183).

Como última espécie, figuram as súmulas *contra legem*, que nos ditames do explicado por Streck (1998, p. 193) são enunciados sumulares que extrapolam os limites do ordenamento jurídico, constituindo assim em verdadeiras criações legislativas.

Essas verdadeiras criações dos tribunais, nos dizeres de Streck (1998) sobrevivem na prática jurídica brasileira em razão do poder de violência simbólica e a coercibilidade das súmulas, explicitada no poder do relator em negar seguimento a recurso, conforme demonstra o art.38 da lei 8.038/90, *in verbis*:

O Relator, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, decidirá o pedido ou o recurso que haja perdido seu objeto, bem com **o negará seguimento** a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou, improcedente ou ainda, que **contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal**. (BRASIL, 1990, grifo nosso).

Passam, assim, os enunciados das súmulas, substituírem um texto normativo (que estava vigente), adquirindo o *status* de “nova lei”. (STRECK, 1998). A fim de elucidar a questão das súmulas *contra legem*, cita-se o exemplo da súmula 596 do Supremo Tribunal Federal que contraria a Lei de Usura (decreto-lei 22.626/33), instituindo ao ordenamento jurídico brasileiro a não incidência da taxa de juros limite estipulada na Lei de Usura as pessoas jurídicas que integram o sistema financeiro nacional, as famosas instituições financeiras. (STRECK, 1998).

O inteiro teor da súmula 596 é: “As disposições do Decreto 22.626 de 1933 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o sistema financeiro nacional”. (BRASIL, 1976).

Apesar de não existir na data da edição do livro do doutrinador Lênio Luiz Streck, “Sumulas no Direito Brasileiro: Eficácia, Poder e Função”, explicitamente, o instituto da súmula vinculante no ordenamento jurídico brasileiro, aquele já afirmava que as existentes já detinham implicitamente um efeito vinculante.

4.3 As Súmulas Vinculantes

Na linha de ideias de Streck (1998), o efeito vinculante não é novidade no ordenamento jurídico brasileiro. Leal e outros (2005, p. 180) demonstram que no Brasil existem diversas manifestações da força cogente dos precedentes jurisdicionais, tais como a Ação Declaratória de Constitucionalidade (emenda constitucional nº3/1993); Lei 8.038/1990; Art.896 da Consolidação das Leis do Trabalho e Regimentos Internos dos Tribunais.

No entanto, explicitamente, somente com a emenda constitucional de nº 45 de 2004, o efeito vinculante incorporou ao ordenamento jurídico, através da modificação do art.102 da Constituição da República Federativa do Brasil, no sentido de conceder às decisões das ações declaratórias de constitucionalidade e nas diretas de inconstitucionalidade o efeito vinculante, e a inserção do art.103-A no referido texto normativo, que institui a súmula vinculante.

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma 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 por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. (BRASIL, 1988).

Como salientado anteriormente no tópico “Súmulas Vinculantes no ordenamento jurídico Brasileiro: o atual dilema do poder judiciário”, a administração da justiça brasileira passa por uma crise, por essa razão é que as súmulas vinculantes, símbolos do poder normativo do Judiciário afeito à *Common Law*, ganharam *status* de remédios à crise. Leal e outros (2005, p. 187) reuniram os argumentos favoráveis à adoção do instituto da súmula vinculante, são eles, agilização da prestação jurisdicional; concretização do ideal de certeza do direito e de segurança jurídica; tratamento isonômico das partes e redução de números de recursos meramente protelatórios.

Na mesma linha, Diomar Bezerra Lima salienta:

Mais do que dar efetividade a princípios modernos do processo, como celeridade processuais, viabilizando o ideal de justiça rápida e segura, a instituição da súmula vinculante impõe-se como necessidade de conferir concreção à específica finalidade institucional do STF e dos tribunais superiores, consistente na função de assegurar a inteireza positiva, a validade, a autoridade e a uniformização de interpretação da constituição e das leis federais infraconstitucionais respectivamente. (LIMA *apud* LEAL, et al., 2005, p. 187).

Da citação acima, percebe-se claramente quais os princípios modernos do Processo que a súmula vinculante busca efetivar, quais sejam, o de segurança jurídica e a da celeridade processual. Ressalta-se que a súmula vinculante ainda é instituto exclusivo do Supremo Tribunal Federal.

Em relação à segurança jurídica, o próprio §1º do Art. 103 - A da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, estatui que seu objetivo é a interpretação matérias constitucionais de forma uniforme, *in verbis*:

§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. (BRASIL, 1988).

Ilustra-se, segundo o constitucionalista Alexandre de Moraes (2005) que a segurança jurídica, objetivo da súmula vinculante, tem seu desdobramento no princípio da igualdade, art. 5º, *caput* e celeridade processual, ambos da, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

A EC 45/2004, com a exigência desse requisito, expôs a segunda importante finalidade das súmulas vinculantes, a preservação do princípio da igualdade, ou seja, a necessidade de uma mesma interpretação jurídica para uma questão idêntica que se repete em diversos processos, além de procurar efetivar o princípio da celeridade processual, consagrado no art. 5º, LXXVIII, e impedir a eternização de conflitos cujo posicionamento jurídico o STF já definiu. (MORAES, 2005, p. 507).

Ademais, destaca-se que a insegurança jurídica advinda dos conflitos de jurisprudências devem ser dirimidas pelas súmulas vinculantes. As súmulas vinculantes não seriam edições de leis, mas solidificação das interpretações do egrégio Supremo Tribunal Federal,

[...] isto porque enquanto a lei, princípio genérico e abstrato, indica a todo o agrupamento qual a adequação de conduta a ser seguida, será a interpretação pretoriana daquela norma jurídica que indicará de forma mais amíúde e concreta o que se espera do desenvolvimento das relações sociais(...) Daí é que se pode afirmar que tão importante quanto conhecer a norma em abstrato é conhecer a interpretação que aquela norma receberá, em caso de conflito envolvendo sua aplicação. (TOSTES *apud* GUIMARÃES, 2007, pág.260).

Não obstante alguns juristas afirmarem que a súmula vinculante tem em seu bojo um efeito perverso, qual seja, o engessamento do direito, Miguel Reale (2001) contra argumenta enaltecendo que a súmula é o horizonte do direito (da mesma forma o é a vinculante), portanto, o que de mais avançado no mundo jurídico existe, haja vista, tratar de casos concretos discutidos em tribunais,

Não devemos esquecer, em suma, que a súmula já é o resultado de um longo processo doutrinário e jurisdicional, sendo certo que a convergência de várias decisões nas instâncias superiores constitui demonstração do acerto na apreciação das normas jurídicas em consonância com determinado quadro de fatos e valores. Assim sendo, se justifica plenamente a vinculação dos juízes às sumulas, devemos, outrossim, nos prevenir contra o indefinido congelamento delas, a despeito de exigências essenciais supervenientes em razão de mudanças operadas no plano dos valores, dos fatos e da própria ordem normativa. O *aggiornamento*⁸ das súmulas

⁸ Atualização.

será, assim, um dever primordial dos tribunais, pois elas, como costume dizer, representam um horizonte normativo sujeito a ser atualizado à medida que a ciência avança. (REALE, 1997).

Enfim, esses foram os argumentos favoráveis ventilados pelos doutrinadores e juristas sobre o tão polêmico instituto da súmula vinculante.

5 A ILEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO INSTITUTO SÚMULA VINCULANTE : UMA ANÁLISE SOB O PRISMA DA TEORIA NEO-INSTITUCIONALISTA DO PROCESSO

Em tempos de pós-modernidade⁹, noções de antigos institutos abrem passagem para as novas interpretações, adequadas ao contexto do tempo-espço vigente. No meio processual, o instituto Processo assumiu um papel de suma importância para os balizamentos democráticos.

A aceção da cidadania passou a ser entendida como legitimidade processual de criar e fiscalizar os atos estatais, inserindo o legislador político originário na dinâmica do Estado (LEAL, 2002). O espaço processual (gênero) passou a ser difusor de provimentos, que uma vez seguidos os princípios instituidores do Processo, serão dotados de legitimidade democrática, ou seja, serão reconhecidos pelos cidadãos como fruto de seus esforços argumentativos.

Perceba-se que existe uma virada impulsionada pelo paradigma do Estado Democrático de Direito no papel do Processo para os cidadãos, visto que aquele deixa de ser instrumento do órgão jurisdicional para a pacificação social e passa a ser espaço processual de participação dos afetados na construção dos atos imperativos estatais.

A chave para o funcionamento do Processo em contornos democráticos encontra-se na dialética argumentativa das partes (GUIMARÃES, 2007). O provimento, assim, tem aspecto construtivo e não apenas impositivo. É nesse ponto que as súmulas vinculantes constituem-se em sérios problemas a estrutura democrática que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 instituiu.

As súmulas vinculantes, expoentes do ativismo judicial, exterminam cognição processual através de entendimentos de matéria constitucional escolhidos pelo Supremo Tribunal Federal, retirando, dessa maneira, o diferencial democrático e, adicionando o conteúdo autoritário, e até paternalista da visão do paradigma social de Estado, que travestida de boas intenções (celeridade processual e segurança jurídica) ampliam ao órgão de cúpula do

⁹ Pluralismo cultural, desconstrução de valores, crise de legitimidade das instituições, era das incertezas.

poder judiciário, poderes que já tinham em razão da violência simbólica (STRECK, 1998) de sua jurisprudência, permitindo que 11 ministros nomeados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado legissem em nome dos casos concretos. Nesse ponto critica-se também a investidura democrática do Supremo Tribunal em verdadeiramente legislar.

Leal (2002, p. 67) assevera que nesse contexto de conceder ao Supremo Tribunal Federal meios para solucionar a “crise do judiciário”, o ato decisório passa a ser terreno no qual uma assembleia de especialistas com funções sociais, pedagógicas e tecnológicas evitam o colapso da sociedade por meio de soluções salvadoras da ordem jurídica.

O provimento, sob o prisma da teoria neo-institucionalista do processo, é a consequência lógica do discurso argumentativo das partes, em que os cidadãos envolvidos se identifiquem com a decisão que os afetará. A interpretação das matérias constitucionais deve se estender aos afetados pelo provimento, as partes, e não somente ao Supremo Tribunal Federal.

5.1 O Poder de Violência Simbólica das Súmulas Vinculantes: Uma afronta ao Processo em balizamentos democráticos

Antes da instituição da súmula vinculante no ordenamento jurídico brasileiro, as súmulas, corolários da uniformização da jurisprudência já detinham um poder de violência simbólica. Nos dizeres de Streck (1998, p. 226), a violência simbólica é a busca de uniformização de sentido, em que determinadas interpretações são tidas como legítimas, desdobrando-se em um poder de controlabilidade difusa dos tribunais superiores.

Nesse sentido, Leal (2002, p. 115) salienta ainda que a jurisprudência expressa uma arca sagrada de verdades hermeticamente fechada aos olhos profanos, carregada por um seletivo grupo de iniciados guardiões.

De maneira pontual, Streck explica *a ratio essendi* da violência simbólica nas súmulas:

Enfim, sendo o Direito uma instância do político, atuando no interior da sociedade com seus mecanismos simbólicos, fica claro que o discurso jurídico, inexoravelmente, engendrará relações de dominação e submissão. No âmbito das relações entre tribunais superiores e inferiores e destes com os seus juízes, bem como relativamente aos demais operadores do direito, as práticas discursivas, cada vez mais, tenderão a ser previamente definidas. Para tanto, instrumentos (sofisticados) como as súmulas têm o condão de servir como mecanismos (perfeitamente) adequados para que o *establishment* jurídico-dogmático alcance o consenso discursivo, que atenderá – e não há dúvida nisto – os interesses dos setores que dominam as relações sociais. (1998, p. 217).

Leal coaduna dizendo:

Entretanto, ainda hoje, no estudo, interpretação e aplicação do direito, são abundantemente utilizados, para investigação e operacionalização mecanicista do direito, extensos comentários de leis ou edição de livros conformadores de uma doutrina (ideologia) construtiva da jurisprudência tribunalícia (assembleia de especialistas) ocultadora das aporias estratégicas do discurso jurídico de dominação exercida pelos grupos determinantes. (2002, p. 59).

Nessa seara, cita-se o exemplo da súmula 596 do Supremo Tribunal Federal que contraria a Lei de Usura (decreto-lei 22.626/33), instituindo no ordenamento jurídico brasileiro a não incidência da taxa de juros limite estipulada na Lei de Usura às pessoas jurídicas que integram o sistema financeiro nacional, as famosas instituições financeiras.

Streck (1998, p. 225) em análise da prática jurídica processual explica que grande parte das petições, sentenças, acórdãos eram (ainda são) resolvidos sob os fundamentos de ementários jurisprudenciais ou súmulas, deixando-se de lado o contexto histórico e social no qual estavam inseridos os atores jurídicos que construíram tais jurisprudências. Segundo aquele, a violência simbólica ficava de fácil constatação quando se utilizava a expressão “*a jurisprudência torrencialmente vem decidindo que...*”.

Nesse sentido, Streck (1998, p. 247) sintetiza que essa controlabilidade difusa funciona como panóptico jurídico, que é realizado na prática jurídica por meio de súmulas ou verbetes jurisprudenciais, traduzindo-se em verdadeiros arbitrários juridicamente prevalentes. Seu poder de controlabilidade difusa, enfim, conforme lição de Streck (1998), é exercido através de um controle discursivo ao qual se impõe uma única possibilidade de interpretação, determinando que a edição de súmulas representem uma redução da complexidade do Direito feita de forma unilateral, descontextualizada e a-histórica.

A razão do emprego do termo panóptico por Streck (1998) resta claro a partir da explicação de Pombo:

O Panóptico de Jeremy Bentham era um mecanismo arquitetural (edifício em forma de anel), utilizado para o domínio da distribuição de corpos em diversificadas superfícies (prisões, manicômios, escolas, fábricas). [...] O panoptismo corresponde à observação total, é a tomada integral por parte do poder disciplinador da vida de um indivíduo. Ele é vigiado durante todo o tempo, sem que veja o seu observador, nem que saiba em que momento está a ser vigiado. (POMBO, 2011).

Por tais razões que Streck (1998) impugna com veemência a utilização das súmulas ou jurisprudências como fundamentos para resoluções de conflitos, pois na prática não existe um

criteroso procedimento para análise se o caso *sub-judice* é similar aos casos já resolvidos que motivaram a edição de súmulas ou verbetes jurisprudenciais. Em igual dizer:

Não se pode olvidar que, desde há muito, no plano da prática jurídica, grande parcela das querelas jurídicas têm sido decididas mediante (singela) citação de ementas jurisprudências (ou súmulas) descontextualizadas. Ou seja, as decisões, embora fundamentadas, não são suficientemente justificadas, é dizer, não são agregados aos ementários jurisprudenciais os imprescindíveis suportes fáticos, decorrendo daí o que denomino de um “perigoso ecletismo”, originário de um “hibridismo” (simplista/simplificado) entre *common law* e *civil Law*. (STRECK, 1998, p. 275).

Nesses termos, as súmulas retiram das partes a dialeticidade argumentativa da construção do provimento impondo “entendimentos” emanados dos tribunais superiores ao caso concreto e estabelecem lógicas de funcionamento de um sistema de direito diferente do brasileiro de maneira, como dissera Streck (1998) acima, simplificada. Até o livre convencimento do juiz, ressalta-se abominado por esta pesquisa, perde força em face da violência simbólica das súmulas. Streck argumenta que em sendo a súmula a verdade alcançada pelos tribunais superiores, “a importância das decisões de primeiro grau que contrariarem súmulas passam a ter importância absolutamente secundárias, eis que passíveis de imediata e fácil cassação pela instancia superior”. (1998, p. 250).

Nesses moldes, conforme lição de Streck (1998, p. 26) a vinculação da jurisprudência representa uma camisa de força que atingirá, inexorável e impiedosamente, as instancias inferiores do judiciário brasileiro.

Ora, se as súmulas que não possuíam força vinculativa (de maneira expressa) já eram maculadas pela violência simbólica e inadequabilidade ao nosso sistema jurídico pátrio (*civil law*), o que dirá das súmulas vinculantes.

Além de retirar o papel da cidadania das partes na construção do provimento estatal, as súmulas, conforme Streck (1998, p. 249) representam um nefasto método de estandardização do direito, e, por conseguinte, engessador de entendimentos.

Outro aspecto negativo das súmulas diz respeito ao dever de fundamentação das decisões. Nesse âmbito, Streck salienta:

No sistema da *common Law* o juiz necessita fundamentar e justificar a decisão. Já no sistema da *civil Law*, basta que a decisão esteja de acordo com a lei. Assim, acaso vencedora a tese vinculatório-sumular, bastará que a decisão judicial esteja de acordo com um verbe sumular para ser válida... Ora, nessa perspectiva, haverá no sistema brasileiro o poder discricionário da *common law*, sem a proporcional necessidade de justificação. (2011, p.4)

Fica cristalino que as súmulas (de igual modo as vinculantes) sendo utilizadas da maneira que estão, ofendem ao dever da fundamentação das decisões, art. 93, IX da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988). Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira citado por Leal e Outros (2005, p. 198) aduz que:

Não bastará, para fundamentar uma decisão, a vaga referência a uma súmula, assim como não é fundamentação a mera referência a artigo de lei. A fundamentação das decisões, a sua legitimação, pressupõe o contraditório e ampla defesa, a consideração da argumentação das partes e a demonstração da adequabilidade da decisão ao caso concreto. A súmula vinculante, se levada a sério, só virá a tornar ainda mais complexa a atividade de aplicação do direito e, assim, o tiro sai pela culatra. (LEAL, et al, 2005, p. 192).

Conforme lição de Leal e Outros (2005, p. 194) o provimento deve ser construído em um espaço processualizado, com a observância dos princípios instituidores e a participação dos destinatários na construção do provimento jurisdicional. As súmulas vinculantes, nessa esteira, são manifestações autoritárias do Estado, visto que a forma como são editadas impossibilitam qualquer participação das partes e impedem uma revisibilidade do ordenamento jurídico.

Sem dúvida alguma, as súmulas vinculantes amoldam no campo das soluções quantitativas à crise do poder judiciário, nos termos do já explicado por Flaviane de Magalhães Barros e Dierle Nunes (2011) acima.

Nos atuais contornos que o Processo assumiu, retirar da parte o direito de construir o provimento segundo um Devido Processo Legal, e impor entendimentos oriundos do Supremo Tribunal Federal, referendam o autoritarismo do Estatal e vilipendiam a Democracia.

Ademais, necessária à inferência de Streck a respeito do gênero súmula:

As súmulas são típicas manifestações de discursos monológicos, entendidos como constituídos de uma fala já habitada e hermética, os quais, enquanto manifestações da dogmática jurídica instituída/instituente (*sic*), buscam estabilizar os conflitos que chegam ao poder judiciário. A mi(s)tificação do uso das súmulas resulta na supressão simbólica da autonomia dos sujeitos/atores jurídicos, construindo um imaginário coercitivo, no interior do qual os conflitos sociais são resolvidos [...]. (1998, p. 29).

Insta salientar que não é defendido neste trabalho que a jurisprudência deva ser extirpada da prática jurídica processual brasileira, todavia, ela deve se adequar a função do Judiciário no Estado Democrático de Direito. Leal explica melhor essa assertiva:

A formação de um repertório jurisprudencial (jurisdiscencial) no Estado Democrático de Direito só é constitucionalmente legítima em decorrência de

provimentos construídos em sede do devido processo legal. Há de se acatar uma celeridade argumentada (articulação de direitos fundamentais já processualmente pré-decididos no dispositivo provimental constitucionalizado) e não uma rapidez hercúlea de uma resposta ágil aos conflitos por uma discricionária, livre e sumarizante judicância emergencial ou milagrosa preventiva. (LEAL, 2002, p. 157).

Enfim, as súmulas vinculantes destoam do horizonte a ser trilhado no Estado Democrático de Direito. A decisão, ato final imperativo estatal, mormente denominado provimento, deve ser produto do Devido Processo Legal e não dos discursos de operacionalização mecanicista do judiciário que suprime gradativamente as garantias processuais promulgadas com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

5.2 O Provimento Democrático: Necessidade da efetivação da teoria neo-institucionalista do processo

A partir do momento em que o Estado-Juiz sai do estado de inércia, deflagrado pelo direito de ação público subjetivo e incondicionado¹⁰, Art.5º, XXXV, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988) surge ao Estado o dever de decidir. Essa decisão incorpora um aspecto de suma importância, visto que deve se enquadrar ao paradigma de Estado vigente.

A necessidade de um estudo aprofundado na construção da decisão vem da razão dos balizamentos que o Estado Democrático de Direito trouxe ao mundo jurídico, de sobremaneira no Brasil. Releituras da democracia estão sendo feitas por teóricos, dentre eles Habermas, e proporcionam aos estudiosos fontes materiais-filosóficas para produção de teses que objetivam a mudança do *status quo*. Perceba-se que o Estado Democrático de Direito, como já alcançado em termos teóricos no início da pesquisa, longe de ser um paradigma pronto, proporciona aos cidadãos de uma comunidade política a possibilidade do ideal de construção continuada. Habermas, talvez o maior expoente do estudo do Estado Democrático de Direito conforme lição de Oliveira (2002), trouxe às rodas de discussões acadêmicas o princípio do discurso como fundamento da democracia na pós-modernidade.

Daphne de Emílio Circunde Vieira Andrade (2008) relata que o princípio do discurso na realidade, é compreendido com a abertura ao debate em ambiente procedimentalizado para autolegislação dos civis, posto que a norma é fundamentada e criada pelos seus próprios destinatários, é a viga mestra na construção da presunção de legitimidade e racionalidade das

¹⁰ Termo utilizado pelo Professor Lucas Cruz Neves nas aulas de Estágio Supervisionado III, 1º semestre de 2012.

normas jurídicas, todavia, o princípio do discurso não é suficiente para legitimar um provimento jurisdicional, este princípio necessita de uma forma jurídica que o institua no ordenamento jurídico. Conforme Andrade (2008) é o Processo tido como instituição democrática que dá forma jurídica ao princípio do discurso de Habermas, tornando o agir discursivo-procedimental de Habermas possível.

Daí que se colacionar o excerto de Leal:

[...] é de se reclamar uma teoria (neo) institucionalista do processo, voltada a qualificar o discurso da procedimentalidade fundante do direito democrático, a que nos dedicamos, em que seja o processo instituição constitucionalizada de controle e regência popular soberana legitimante dos procedimentos como estruturas técnicas de argumentos jurídicos assegurados, numa progressiva relação espaço-temporal (*sic*), de criação, recriação (transformação), extinção, fiscalização, aplicação (decisão) e realização (execução) de direitos, segundo os princípios do contraditório, isonomia e ampla defesa. (2002, p. 178).

Dessa forma, todo esse aspecto pós-moderno do Estado Democrático de Direito incorpora-se em todas as práticas jurídicas. Em felicíssima passagem, Bernardo Gonçalves Fernandes (2011) ensinou que o Estado Democrático de Direito é muito mais que um princípio, mas sim verdadeiro paradigma que serve como pano de fundo e silêncio que denota novo sentido as práticas jurídicas existentes. A partir do momento que o ordenamento jurídico brasileiro instituiu tal paradigma, impõe-se a todos os institutos jurídicos existentes a necessidade de adequação, sob pena de fadarem a obsolescência, ou em termos jurídicos próprios, a não recepção constitucional. O instituto do Processo, nesse contexto, tornou-se sinônimo de democracia.

O postulado de Habermas de que a força do direito nas democracias se expressa na circunstancialidade de os destinatários das normas se reconhecerem como seus próprios autores só é acolhível num espaço-jurídico processualizado (em conotações fazzalarianas e Neo-Institucionalistas) em que as decisões não seriam atos jurisdicionais de algum protetor ou mero provedor dos procedimentos democraticamente constitucionalizados (devido processo legal), mas atos processualmente preparados na estrutura procedimental aberta a todos os sujeitos (*partes: juízes; instituições estatais, Ministério Público e órgãos técnicos*) figurativos e operadores dessa instrumentalidade jurídico-discursiva na movimentação efetivadora, correicional e recriativa dos direitos constitucionalizados por uma comunidade que se candidate a se constituir, a cada dia, em sociedade jurídico-política democrática no Estado Constitucionalizado. (LEAL, 2002, p. 131).

O provimento nesses moldes resume-se no coroamento do Devido Processo Legal. Não basta apenas discursos falhos e retóricos de que o Processo instaurado amoldou-se aos preceitos constitucionais, como visto na passagem acima, imperioso é a efetivação dos princípios instituidores do Processo, quais sejam, isonomia, contraditório e ampla defesa. Na

vigência do Estado Democrático de Direito, as decisões estatais necessitam, para condição de legitimidade, de uma adequação. Por conseguinte, o provimento será o ato final construído no Processo e não ato inicial daquele.

Quando Cândido Dinamarco proclama, ao se contrapor a Fazzalari, que a diferença entre ambos “é que o professor de Roma põe o Processo ao centro do sistema” enquanto a proposta é que “ali se ponha a jurisdição”, conclui-se facilmente que o insigne professor paulista e seus inúmeros discípulos, em todo o Brasil e no mundo, ainda não fizeram a opção pelo Estudo do Direito Democrático, pensando ainda ser o plano da DECISÃO exclusivo do decisor (Juiz) e não um espaço procedimental de argumentos e fundamentos processualmente assegurados até mesmo para discutir a legitimidade da força do direito e dos critérios jurídicos de sua produção, aplicação e recriação. Em face da teoria constitucional legalmente adotada na Constituição Brasileira de 1988, o momento decisório não é mais a oportunidade de o Juiz fazer justiça ou tornar o direito eficiente e prestante, mas é o instante de uma DECISÃO a ser construída como resultante vinculada à estrutura procedimental regida pelo PROCESSO constitucionalizado. (LEAL, 2002, p. 69, grifo nosso).

As decisões nos balizamentos atuais democráticos não devem representar as opções mecanicistas que o judiciário vem tomando diuturnamente. Ora, não se pode em razão do problema do Judiciário (fato) erigir como solução, supressão de garantias constitucionais processuais, culminando em o retrocesso histórico ao paradigma do Estado Social. *Data maxima vênia*, o Processo desde 1988 deixou de ser instrumento da jurisdição, e passou a ser médium-processualizado de criação e fiscalização dos atos estatais (LEAL, 2002). Enfim, sinônimo de democracia.

Considerando o Estado Democrático de Direito (Art.1º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988) e a tipologia processual constitucional (contraditório, ampla defesa e isonomia), não existe margem para a súmula vinculante ter aplicabilidade, visto que macula o Devido Processo Legal haja vista que aquela vincula entendimentos no Judiciário e Executivo.

Leal (2002) explica que a eliminação do médium linguístico procedimental regido pelo Devido Processo Constitucional torna o ato de decisão um juízo solipsista em flagrante indiferença ao compartilhamento argumentativo dialógico das partes, colocando a jurisdição no centro do sistema jurídico, portanto, caracterizando os juízes como guardiões míticos da ordem jurídica da sociedade democrática.

Leal (2002) descreve que muitos depositam no princípio da reserva legal a maior expressão de defesa ao autoritarismo, equivocando estes em imaginar que a lei da maneira que é construída, interpretada e aplicada pelo Judiciário (que cada vez mais se mostra militante ao instrumentalismo processual) segundo as aspirações da sociedade, seria reveladora do Estado Democrático de Direito em seu integral esplendor.

Todavia, conforme salienta Leal:

O que falta nessa conjectura errônea sobre o direito democrático já implantado pelo ordenamento constitucional brasileiro vigente é o conhecer a teoria do discurso democrático – o que estamos a enfatizar neste ensaio – para deslindar o continuísmo arcaico da produção, interpretação e aplicação mítico-normativa por uma razão prescritiva validadora do mundo da vida pela filosofia da consciência de uma república de eruditos ou assembleia de especialistas que, desafeitos ao devido processo constitucional como uma instituição legitimadora e caracterizadora do Estado Democrático de Direito, preconizam um procedimentalismo jurisdicional e pragmático sem PROCESSO. (2002, p. 114, grifo nosso).

Logo, no Direito Democrático, a decisão imposta sem o Devido Processo Constitucional é sinônimo de ilegitimidade.

5.3 Legitimidade das Decisões no Estado Democrático de Direito

A partir do pensamento de Karl Popper, Rosemiro Pereira Leal (2002) explica que a virada do conhecimento pós-moderno traduz-se em uma lógica autoproblematizada em testificações (processualização) aberta a todos para apontamento de erros (lacunas lógicas na construção do pensamento). Segundo ainda Leal (2002), este falibilismo só é alcançável pelo processo de testificação (falseabilidade) constante à busca do melhor argumento para decidir, colocando no processo um acesso interminável a crítica.

Essa nova lógica introduzida como explicitado anteriormente na definição da teoria neo-institucionalista do processo, conforme Leal foi muito bem aproveitada:

[...] por Habermas em obra que expõe uma revolucionária reviravolta em seu próprio discurso científico, é que traz para a cogitação jurídica a possibilidade do exercício e aplicação de um direito democrático pelo devido processo constitucional atualmente concebido em seus elementos dialógicos e institutivos de um *medium* linguístico-jurídico pela coextensão procedimental (devido processo legal) propiciadora de um espaço estruturante da linguagem jurídica de discussão dos direitos arguidos e preparatória de decisões cuja teorização construtiva é aberta a todos participantes procedimentais habilitados ou a se habilitarem à movimentação da atividade jurídica (judicial, executiva e legislativa) por um direito-de-ação incondicionado (direito de petição) constitucionalmente garantido. (2002, p. 119).

É com esse novo instituto ligado diretamente à democracia, que nos dizeres de Leal (2002, p. 119), é possível romper a barreira do pensamento clarividente do intérprete e os desígnios da tradição (poder de violência simbólica das súmulas) que impedem a participação discursivo-procedimental das partes na construção da decisão que lhes afetará diretamente.

A título ilustrativo elenca-se o caso da súmula vinculante nº 05, *in verbis*: “A falta de defesa técnica por Advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”. (BRASIL, 2008).

Nos dizeres de Luiz Manuel Fonseca Pires (2009, p. 106) no processo administrativo disciplinar deve sim existir presença de defesa técnica, uma vez que esse tipo de procedimento em muito se aproxima com o processo penal.

Ademais, existem outros argumentos de imperiosa aplicação, quais sejam: a) a todo cidadão é garantido, em processo administrativo e judicial, o direito à ampla defesa e contraditório, art. 5º, LV da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988); b) a presença do Advogado é indispensável à administração da Justiça, Art. 133 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988).

Por tais motivos, percebe-se que essa súmula vinculante encontra-se em flagrante confronto com a tipologia processual constitucional e interpretação sistêmica do texto constitucional. A ampla defesa como visto aprofundadamente em momento anterior deve ser sempre interpretada com a faceta da defesa técnica.

Dessa maneira, o entendimento solidificado em súmula vinculante dos componentes do egrégio do Supremo Tribunal Federal de pronto, sem análise do caso concreto, elimina de um futuro jurisdicionado que foi sancionado por um processo administrativo sem defesa técnica de Advogado, o direito de revisão conforme os ditames constitucionais, além de maneira sumaria retirar daquele o direito de provocar a jurisdição quando há lesão a direito (art. 5º, XXXV, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988). Ora, da inobservância da súmula vinculante cabe reclamação diretamente ao Supremo Tribunal Federal para cassação da decisão judicial.

A súmula vinculante em tela, claramente se enquadra na espécie *contra legem*, como salientado anteriormente por Streck (1998).

Propugna-se nesses termos que os problemas de morosidade do judiciário não devem ter como solução supressão de garantias processuais constitucionais.

Nesse sentido, o uso da súmula vinculante, maneira geral, cunha-se de tamanha ilegitimidade determinando que as decisões proferidas com fundamentos naquelas sejam inconstitucionais. De fato, elas impedem a dialética argumentativa das partes no Processo (GUIMARÃES, 2007) se faça presente na cognição processual. Em profunda lição sobre o que é uma decisão constitucionalmente válida, Leal assevera:

Nenhuma decisão seria constitucionalmente válida e eficaz se não preparada em *status* do devido processo legal, porquanto, uma vez produzida em âmbito de exclusivo juízo judicial, não poderia se garantir em validade e eficácia pela discursiva condição estatal do direito democrático. A legitimidade da decisão só ocorre em fundamentos procedimentais processualizados, porque o PROCESSO como direito de primeira geração (instituição jurídica constituinte e constituída de produção de direitos subsequentes) é direito fundamental de eficiência autordeterminativa (*sic*) da comunidade jurídica que se fiscaliza, renova-se e se confirma, pelos princípios processuais discursivos da isonomia, ampla defesa e contraditório, ainda que nas estruturas procedimentais encaminhadoras das vontades jurídicas não seja pretendidas resoluções de conflitos. (LEAL, p. 124).

Leal (2002, p. 126) ainda salienta dizendo que a decisão de direito democrático além de validar-se pelo Devido Processo Constitucional (gênero) deve negar aplicabilidade a preceitos jurídicos, ainda que constitucionalizados, contrários a efetivação dos direitos fundamentais do discurso democrático em toda a extensão jurídica da estatalidade.

Portanto, as súmulas vinculantes, óbices da discursividade democrática, devem ser esquecidas pela comunidade jurídica brasileira e extirpadas da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A Jurisdição que a princípio havia deixado de ser o centro do mundo jurídico brasileiro com a promulgação da Constituição vigente, retornou a fazer frente à democracia com incorporação das súmulas vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro.

5.4 A Rigidez das Súmulas Vinculantes: A inefetividade do controle de constitucionalidade difuso

A partir do excerto abaixo, erige-se outro ponto frágil da súmula vinculante deste presente trabalho:

Desse modo, não há que se falar em adoção de súmulas vinculantes pelo Estado Democrático de Direito, uma vez que elas são criadas na realidade nua, antes da instauração do processo, em uma realidade não processualizada. Por conseguinte, as súmulas vinculantes não se submetem à fiscalidade ampla e nem mesmo ao controle de constitucionalidade. (LEAL, et al, 2005, p. 196).

Alexandre de Castro Coura e Rodrigo Francisco de Paula em trabalho específico sobre o controle de constitucionalidade das súmulas aduzem que “como textos normativos que são, as súmulas vinculantes, tal e qual os demais textos normativos, devem se sujeitar ao controle de constitucionalidade, sistema inerente à própria ideia de jurisdição constitucional”. (2009, p. 6421).

Em profunda lição sobre o assunto norma jurídica, Reale estabelece: “O que efetivamente caracteriza uma norma jurídica, de qualquer espécie, é o fato de ser uma

estrutura proposicional enunciativa de uma forma de organização ou de conduta, que deve ser seguida de maneira objetiva e obrigatória”. (2000, p. 95).

Paulo Nader (2011, p.86-88) elucida ainda que a norma jurídica deve possuir caracteres identificadores, quais sejam, bilateralidade, generalidade, abstratividade, imperatividade e coercibilidade, que respectivamente são definidos como: sujeição entre direito subjetivo e dever jurídico; preceito de ordem geral, que obriga a todos que se acham em igual situação jurídica; regulador do maior número possível de situações; disciplinador das maneiras de agir em sociedade; e por fim, coação, isto é, mecanismo estatal de utilizar a força a serviço das instituições jurídicas.

Diante de tais lições, resta caracterizada o aspecto de norma jurídica da súmula vinculante como em qualquer outra lei, pois aquela disciplina o agir dos órgãos do judiciário, Administração Pública e indiretamente dos cidadãos, através de breves enunciados abstratos, que concedem àquele que teve a súmula vinculante inobservada ou aplicada indevidamente, direito de reclamação direto ao Supremo Tribunal Federal para cassação da decisão/ato administrativo, determinando seja proferido outro com a aplicação da súmula vinculante ou não, conforme o caso.

A razão do controle de constitucionalidade se funda, como explicitado por José Afonso da Silva (2006) no princípio da supremacia da Constituição, uma vez que a Constituição:

[...] se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos, É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização dos seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas. (SILVA, 2006, p. 45).

Em detrimento desse princípio, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 erige que o controle de constitucionalidade será o jurisdicional. Nesses termos, José Afonso da Silva sintetiza:

[...] a vista da constituição vigente, temos a inconstitucionalidade por ação ou por omissão, e o controle de constitucionalidade é o jurisdicional, combinado os critérios difuso e concentrado, este de competência do Supremo Tribunal Federal. Portanto, temos o exercício do controle por via de exceção e por ação direta de inconstitucionalidade e ainda a referida ação declaratória de constitucionalidade. De acordo com o controle por exceção, qualquer interessado poderá suscitar a questão de inconstitucionalidade, em qualquer processo, seja de que natureza que for, qualquer que seja o juízo. (SILVA, 2006, p. 52).

Bernardo Gonçalves Fernandes (2011) salienta que a inconstitucionalidade pode ser dividida pelo critério formal ou material, sendo o primeiro pertinente à algum vício no processo de produção das normas jurídicas, enquanto que o segundo diz respeito a substância da norma jurídica que encontra-se destoante das normas constitucionais.

Quanto aos tipos de controle de constitucionalidade a serem exercidos, Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2011) elencam o controle de constitucionalidade difuso (conhecido na doutrina também como concreto, por exceção ou incidental) e o controle de constitucionalidade concentrado (abstrato).

O controle de constitucionalidade concentrado, conforme lição de Paulo Bonavides se caracteriza pelo:

[...] sistema de controle por via de ação permite o controle da norma *in abstracto* por meio de uma ação de inconstitucionalidade prevista formalmente no texto constitucional. Trata-se, como se vê, ao contrário da via de exceção, de um controle direto. Nesse caso, impugna-se perante determinado tribunal uma lei, que poderá perder sua validade constitucional e conseqüentemente ser anulada *erga omnes* (com relação a todos). (BONAVIDES, 2004, p. 307).

Enquanto que, em relação a controle de constitucionalidade difuso, nos dizeres de Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2011),

[...] caracteriza-se, fundamentalmente, também no Direito brasileiro, pela verificação de uma questão concreta de inconstitucionalidade, ou seja, de dúvida quanto à constitucionalidade de ato normativo a ser aplicado num caso submetido à apreciação do Poder Judiciário. [...] Assim, a característica fundamental do controle concreto ou incidental de normas parece ser o seu desenvolvimento inicial no curso de um processo, no qual a questão constitucional configura “antecedente lógico e necessário à declaração judicial que há de versar sobre a existência ou inexistência de relação jurídica”. (BRANCO, MENDES, 2011, p.1130, 1131).

Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2011, p. 1134) aduzem que um dos elementos essenciais para o controle de constitucionalidade difuso é que “a questão há de envolver ato de natureza normativa a ser aplicada à decisão da causa, devendo ser rejeitada a arguição de inconstitucionalidade de ato que não tenha natureza normativa ou não seja oriundo do Poder Público”.

Ainda em relação ao controle difuso, Pedro Lenza (2009, p. 227) ensina a decisão possui efeito *inter pars* e *ex tunc*.

Feitas essas breves considerações, importa-se dizer que, alheio ao controle de constitucionalidade figura o instituto da súmula vinculante. Considerando a leitura do Art. 103–A, §2º, da Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988 e o Art.2º, §3º e

Art.3º da lei 11.417/06 (lei regulamentadora da súmula vinculante) infere-se que o único meio impugnativo das súmulas vinculantes é através da provocação para cancelamento ou revisão.

São os legitimados para proporem o procedimento de revisão ou cancelamento, além dos ministros do Supremo Tribunal Federal, somente os legitimados elencados taxativamente no Art. 3º da lei 11.417/06, *in verbis*,

Art. 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. (BRASIL, 2006).

O art. 3º, §2º da lei que regulamenta as súmulas vinculantes prevê a possibilidade de manifestação de terceiro, no entanto, somente depois de instaurado o procedimento de revisão ou cancelamento pelos legitimados, e a inserção daquele dependerá de decisão irrecorrível do Ministro relator do aludido procedimento. (BRASIL, 2006).

Relativo a esse procedimento de revisão e cancelamento das súmulas vinculantes, Alexandre de Castro Coura e Rodrigo Francisco de Paula informam que existe um paralelo com o controle concentrado de constitucionalidade:

É bem verdade que existem algumas diferenças formais entre o controle concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos, realizado pela via da ação direta de inconstitucionalidade, e o cancelamento do enunciado das súmulas vinculantes, mas, **em substância**, é possível concebê-los como expressão única do exercício da jurisdição constitucional no controle de constitucionalidade de textos normativos, ou seja, tanto das leis e dos demais atos normativos, como das súmulas vinculantes. (2009, p. 6421, grifo nosso).

Todavia, Alexandre de Castro Coura e Rodrigo Francisco de Paula advertem que o procedimento de cancelamento das súmulas vinculantes é mais rígido do que a própria declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado,

[...] o quorum para edição, revisão e cancelamento do enunciado de súmula vinculante é de dois terços (art. 103-A, da Constituição; art. 1.º, § 3.º, da Lei n.º 11.417/06), ao passo que, para a declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado, é de maioria simples (art. 23 da Lei n.º 9.868/99), exigindo-se, para a instalação da sessão, a presença de no mínimo oito ministros (art. 22 da Lei n.º 9.868/99). (2009, p. 6422).

Nesses moldes, sem receio algum, afirma-se que o entendimento do Supremo Tribunal Federal cristalizado em súmula vinculante é texto normativo e adquire um *status* superior do que a própria lei. A súmula vinculante macula-se de uma rigidez tamanha que só pode ser cancelada ou revista pelo procedimento da lei 11.417/2006.

O fato é que a súmula vinculante não se submete ao princípio do discurso e é tão rígida que desconhece a possibilidade de erro. A aplicação das súmulas vinculantes (Art. 103-A, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e Lei 11.417/06) retira do cidadão a possibilidade de construir outra interpretação, obviamente de maneira sistêmica constitucional, uma vez que no caso concreto, a parte que tiver lesão ou ameaça de lesão a direito não poderá impugnar, frisa-se o entendimento, oriundo do egrégio Superior Tribunal Federal, por meio do controle de constitucionalidade difuso.

Em defesa da supremacia da Constituição, Alexandre de Castro Coura e Rodrigo Francisco de Paula salientam a necessidade de se permitir o controle por via difusa das súmulas vinculantes como em qualquer outro texto normativo:

Com efeito, assim como ocorre com as leis e os atos normativos, as súmulas vinculantes podem entrar em rota de colisão com a Constituição, (i) seja pela inconstitucionalidade formal, verificada pela inobservância dos requisitos materiais e formais, bem como dos objetivos, estabelecidos para a sua criação; (ii) seja pela reforma constitucional, em virtude da alteração do texto constitucional, nos termos do art. 60 da Constituição; (iii) seja pela mutação constitucional, com a mudança do sentido atribuído ao texto constitucional, tornando obsoleto o entendimento cristalizado no enunciado da súmula vinculante; (iv) seja, ainda, pela hermenêutica constitucional, ao se abrir um novo horizonte de sentido inicialmente não levado em consideração na criação da súmula vinculante, que, uma vez desvelado, torna incompatível o seu enunciado com a Constituição. (2009, p. 6422).

A súmula vinculante, nesses moldes, representa de forma inequívoca, uma verdade absoluta alcançada por uma “assembleia de especialistas” (LEAL, 2002). Toda a base teórica que o Estado Democrático de Direito trouxe pertinente no princípio do discurso de Habermas, bem como a testificação continuada de Karl Popper, pensador da pós-modernidade, encontram-se inefetivos em face da súmula vinculante.

Retira-se, portanto, do maior afetado pela decisão, o próprio destinatário, seu direito de construir o provimento, tornando a decisão, não fundamentada, mas sim imposta com base

em súmula vinculante, ilegítima, assim, em relação aos ditames Constitucionais Processuais da atual Constituição.

É essa qualidade da normatividade de se mostrar falível em seus conteúdos jurídicos que vai caracterizar e delimitar o direito democrático estatalizado (estabilizado) espacialmente numa órbita de discursividade reconstrutiva incessantes pelo devido processo constitucional aberto a todos como referente lógico-jurídico regencial da procedimentalidade a legitimar as pretensões de validade do ordenamento jurídico. (LEAL, 2002, p. 181).

Leal (2002, p. 179) afirma que nas repúblicas o direito é de todos de fiscalização abstrata e concreta do ordenamento jurídico através do Devido Processo Constitucional (tipologia principiológica regente contraditório, ampla defesa e isonomia), sendo este dividido em devido processo legal e devido processo legislativo, que concede aos cidadãos, meios que permitem a instauração de procedimentos em todos os níveis da jurisdiicionalidade de controle irrestrito de constitucionalidade como atividade reconstrutiva legitimante dos direitos positivados no ordenamento jurídico no paradigma democrático.

Corroborando a essa assertiva, Alexandre de Castro Coura e Rodrigo Francisco de Paula salientam:

Como as súmulas vinculantes não podem representar as escolhas interpretativas, únicas e inquestionáveis, do Supremo Tribunal Federal sobre certos assuntos no exercício da jurisdição constitucional, é natural que se reconheça, à luz dos pressupostos da hermenêutica jurídica no paradigma do Estado Democrático de Direito, que outros significados para a Constituição surjam no exercício difuso da jurisdição constitucional. (2009, p. 6425).

Sob a ótica de um novo Direito Constitucional Democrático, Rodolfo Viana Pereira (2010, p. 30) ensina que o termo controle constitucional propicia a compreensão da Constituição, tendo esse controle uma função dúplice, negativa-limitadora e positiva-criadora.

“Em verdade, o controle representa um dos momentos centrais da afirmação jurídica de todas as modernidades: ao criar destruindo e ao destruir criando, o controle constitucional talha o “momento moderno” no realizar da Constituição”. (PEREIRA, 2010, p. 31).

Pereira (2010, p. 30) salienta que o próprio controle de constitucionalidade, mecanismo de proteção da supremacia constitucional, seria uma das técnicas de controle.

Não faz sentido deixar as potencialidades controladoras ínsitas ao método democrático tão-somente ao sabor das dinâmicas sociais e políticas ou minar as virtuosidades democráticas peculiares aos instrumentos de controle em virtude de sua redução ao círculo fechado dos sujeitos tradicionais. Cumpra, ao contrário, utilizar o arsenal jurídico-constitucional para dar concretude às funcionalidades às funcionalidades democrático-controladoras. Uma vez mais, a norma constitucional

poderá servir ao desígnio democrático ao dar origem a um novo tipo de interatividade: a abertura da dimensão dogmática do controle aos imperativos da democracia implicará a exponenciação da função controladora, tendo como resultado imediato o reforço da constitucionalidade enquanto padrão conformador do comportamento das distintas manifestações de poder [...]. (PEREIRA, 2010, p. 256, grifo nosso).

Por isso que se defende, neste trabalho, que a súmula vinculante representa uma aberração jurídica, impondo entendimentos aos jurisdicionados, que sequer tiverem democraticamente meios de participar da construção dos entendimentos cristalizados em súmulas vinculantes.

Pode-se arguir em favor das súmulas vinculantes que elas não surgem da simples vontade dos ministros Supremo Tribunal Federal, mas sim depois de reiteradas decisões de matérias constitucionais. Todavia, o que se impugna em primeiro lugar é a falta de participação do cidadão em construir o entendimento de matéria constitucional para seu caso *sub-judice*. Em segundo, a falta de participação do cidadão no procedimento de solidificação dos entendimentos, que afiguram, infelizmente, em razão da violência simbólica e dos próprios mecanismos de vinculação nos órgãos do judiciário e Administração Pública, textos normativos com espectros de pretensas verdades absolutas, e em terceiro, a extermínio do exaurimento da cognição processual de alguma matéria constitucional que já “decidida”.

Ora, se a própria lei (emendas a Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções) sofre o controle de constitucionalidade difuso, por que a súmula vinculante não?

Critica-se a súmula vinculante pelo fato, como salientado por Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, ter “força de lei” e ser oriunda de um procedimento que inviabiliza o caminhar democrático do Estado Democrático de Direito. Através da simples leitura do art. 103-A, §3º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 percebe-se essa “força de lei”, em razão de que da decisão judicial ou ato administrativo que contrariar a súmula vinculante aplicável, caberá ao “prejudicado” direito de ajuizar reclamação diretamente ao Supremo Tribunal Federal para anular o ato e cassar a decisão, determinando que seja proferida outra com ou sem aplicação da súmula conforme o caso. Dessa maneira, se o caso *sub-judice* enquadrar-se no preceito solidificado em súmula vinculante, a controvérsia já estará “resolvida”.

A crítica atinente à falta de controle difuso das súmulas vinculante se pauta na seguinte assertiva: nada impede que o entendimento cristalizado na súmula vinculante seja

inconstitucional. Nesse sentido, Alexandre de Castro Coura e Rodrigo Francisco de Paula (2009) elencam as hipóteses de inconstitucionalidades das súmulas:

(i) inconstitucionalidade formal: a inobservância dos requisitos (materiais ou formais) e dos objetivos estabelecidos para a criação das súmulas vinculantes é causa evidente para o reconhecimento de inconstitucionalidade de uma súmula vinculante. (p. 6423).

[...]

(ii) reforma constitucional: a alteração formal da Constituição, pelo procedimento de reforma constitucional, também pode reverberar sobre a constitucionalidade da súmula vinculante. (p. 6424).

[...]

(iii) mutação constitucional: além do processo de reforma da Constituição, formal por definição, existem os “processos informais de mudança da Constituição”, resultantes de uma “interpretação evolutiva” ou de “construção constitucional” [...]. (p. 6424).

[...]

(iv) hermenêutica constitucional: por fim, consoante já exposto, a edição do enunciado das súmulas vinculantes é condicionada a um horizonte de sentido delimitado, expressa e implicitamente, pelos casos pretéritos que foram julgados e pelas próprias decisões que já foram tomadas, no passado, pelo tribunal. (p. 6425).

Rodolfo Viana Pereira (2010) afirma que o novo direito constitucional requer como adequação ao controle, a abertura à mais sujeitos para efetivação das técnicas de controle, *in casu*, o controle de constitucionalidade.

Em outro dizer, Bernardo Gonçalves Fernandes declara a importância da abertura dos dogmas ao discurso através da via difusa:

A nossa posição, fundamentada de acordo com a teoria discursiva da Constituição e da Democracia de Jürgen Habermas, em nossa obra Poder Judiciário e (m) Crise, é a de que a tese da abstrativização (*sic*) do controle difuso-concreto reforça o controle concentrado e a objetivação que é adstrita ao mesmo, centralizando as decisões cada vez mais no STF, sob os auspícios de uma desmedida instrumentalidade e economia processuais, que acabam por deslegitimar o sistema de controle de constitucionalidade na via difusa de cunho democrático-discursivo, que se desenvolve por meio da crítica pública das decisões, minando, com isso, a base dos direitos fundamentais atrelada ao Estado Democrático de Direito. (2011, p. 935, grifo nosso).

Enfim, as pretensas verdades constitucionais alcançadas pelas súmulas vinculantes inviabilizam a aplicação do arcabouço teórico da discursividade dos destinatários da decisão, retirando do “cidadão originário legitimado” (LEAL, 2002) o seu direito de construir o entendimento constitucional, maculando, portanto, a cognição processual e a via difusa do controle de constitucionalidade.

5.5 O Devido Processo Constitucional em Defesa do Estado Democrático de Direito

Considerando que a súmula vinculante incorporou ao ordenamento jurídico brasileiro com o escopo de dar a sociedade uma resposta quantitativa à crise do judiciário, atribui-se à ela, por conseguinte, características de instrumentalidade e economia processuais. O excerto a seguir, resume muito bem essa condição de solução mecânica à prática processual:

Cada vez mais que se pretende processualizar mais o sistema (sic), ocorre uma diminuição do processo enquanto instrumento de garantia do devido processo legal. [...] dia a dia o sistema processual caminha para o esquecimento das singularidades dos casos. Trata-se pois de um novo princípio epocal (sic). [...] Manipulando o instrumento tem-se o resultado. Ao final dessa linha de produção, o direito é (será) aquilo que a vontade de poder quer que seja. Chega-se ao ápice da não democracia: o direito transformado em política [...]. (STRECK, CATTONI DE OLIVEIRA, LIMA *apud* FERNANDES, 2011, p. 935).

Combatendo essa mecanização do direito, realizada diuturnamente com imposição de entendimentos constitucionais de efeitos vinculantes, Leal (2002) com sua teoria neo-institucionalista do processo concede possibilidades para alargamento dos sujeitos condutores do “controle” (PEREIRA, 2010) através do instituto do Devido Processo Constitucional. Além do elemento de testificação continuada e o princípio do discurso, o Devido Processo Constitucional objetiva uma abertura do controle de constitucionalidade irrestrito por parte dos legitimados, ora cidadãos, no Processo.

Em tais termos, pode-se suscitar que a teoria Neo-Institucionalista em muito se aproxima da teoria de Peter Häberle. Francis Vanini de Andrade Reis, pesquisador dessa casa, expõe, de maneira clara, o pensamento de Häberle:

O alemão Peter Häberle tem desenvolvido importante tese a respeito da hermenêutica constitucional, como teoria a esclarecer a técnica de vivência do texto constitucional por sua interpretação por todos os seus destinatários. É o que o autor chama de sociedade aberta dos intérpretes da constituição, ao defender que todos devem ter papel importante na definição do sentido da norma, abandonado a antiga ideia de intérprete autorizado, o que seria resquício de uma sociedade fechada. Entende que a sociedade aberta é uma exigência do pluralismo e só pode ser construída pelo pluralismo, e depende de uma individual atitude de interpretação da norma, de sua atualização, portanto. O papel do técnico (do qual se destaca o jurista) é apenas co-interpretativa: é um auxiliar neste processo. A jurisdição, aqui, é importantíssima por ser um espaço catalisador das subjetividades por permitir um técnico diálogo jurídico e confluência de interesses divergentes, tudo a permitir formação de consensos, no sentido de explicitação de conflitos e construção de compromissos. A abertura pela legitimação universal integra o direito à realidade, para o citado autor, mas desde que esta participação se der de forma qualitativa e qualificada, capaz de influenciar previamente na decisão a ser tomada, seja no nível instituinte, seja no nível instituído. Só a abertura poderia possibilitar unidade do

texto Constitucional, por este se tornar fonte de integração entre os diversos interesses de cada um do povo. (REIS, 2009, p. 43).

No mesmo dizer, aduz Fernandes “Nesse sentido, Häberle desenvolve sua concepção de Constituição aberta em uma sociedade aberta entendendo-a como um processo cultural no qual temos uma tensão entre o passado e o futuro que se reproduz cotidianamente no contexto social de um povo concreto”. (2011, p. 66).

Contudo, em que pese a brilhantíssima ideia de Häberle, qual seja, a de uma Constituição aberta à uma sociedade plural para o desenvolvimento de uma hermenêutica constitucional, a teoria neo-institucionalista do processo concede de maneira mais aproximada de nossa realidade jurídica e social, alternativas de implementação da participação dos cidadãos na interpretação constitucional. Rosemiro Pereira Leal demonstra essa diferença:

A teoria neo-institucionalista do processo, ao contrário de Häberle, não trabalha com concepções de constituição aberta a interpretes não juridicamente legitimados a procedimentação (*sic*), sequer se oferece com instrumento de uma jurisdição constitucional jurisprudencializada por tribunais justiceiros. A instituição constitucionalizada do PROCESSO, por sua eidética principiológica, há de ser referencial de decidibilidade desde a criação da lei até sua incidência, aplicação, extinção ou transformação. (LEAL, 2001, p. 98, 99).

Na teoria neo-institucionalista do processo somente os legitimados para o Processo poderiam participar da construção do provimento. Daí que se lembrar que é no Devido Processo Constitucional de Leal (2002) que os legitimados irão construir a interpretação da matéria constitucional, afastando a violência simbólica das súmulas vinculantes, e efetivando, por sua vez, as facetas do controle de Pereira (2010), quais sejam, a negativa-limitadora e positiva-criadora das normas constitucionais.

Esse novo horizonte processual determina a adequação da função jurisdicional ao Estado Democrático de Direito. Nesse esteio, as súmulas vinculantes não coadunam com os ditames da função jurisdicional no Estado Democrático de Direito. Neves (2007) explica que a função jurisdicional no Estado Democrático de Direito é voltada para o povo, e por conseguinte, deve se adequar a principiologia processual constitucional para permitir aos cidadãos a construção da tomada das decisões estatais.

É extirpando as súmulas vinculantes do ordenamento jurídico e enxergando o Processo como Devido Processo Constitucional que se realiza a abertura do controle da constituição explicado por Rodolfo Viana Pereira (2010) anteriormente. Neves, no mesmo sentido, ensina:

Assim, no Estado Democrático de Direito, a atividade jurisdicional, enquanto manifestação do poder estatal (exercido em nome do povo), deve ser realizada sob rigorosa disciplina constitucional principiologica (devido processo constitucional), somente podendo o Estado agir (se e quando provocado) dentro de uma estrutura metodológica construída normativamente (devido processo legal), garantindo sempre a adequada participação dos destinatários na formação do provimento, afastando qualquer subjetivismo ou ideologia do decisor, que é investido pelo Estado da função de julgar. (NEVES, 2007, p. 28).

Através do entendimento do PROCESSO como sinônimo de DEMOCRACIA, e esta representada no âmbito da discursividade-procedimentalizada, é que se concede ao legitimado para o processo a permissão em adentrar no projeto de efetivação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, obliterando, nesses ditames, os poderes normativos da função jurisdicional, que não tem investidura e legitimidade democrática alguma para solidificar pretensas verdades absolutas, atribuídas de efeitos *erga omnes*, com o fito de determinar o *modus operandi* da prática jurídica brasileira.

Enquanto não se transmitir, por ensino científico continuado, a compreensão de democracia pela teoria do processo constituinte e do devido processo constitucionalizado como espaço institucional argumentativo de testabilidade procedimental infinita e comprobatória da validade dos conteúdos da legalidade vigente, não se realizará a passagem para a pós-modernidade legitimante da democracia já posta por uma constitucionalidade vigente à espera de concreção. (LEAL, 2002, p. 35).

Leal ainda com tamanha propriedade assevera,

[...] nas democracias, nenhuma norma é exigível se seu destinatário não é o seu próprio autor. Daí, se o povo real não legislou, o direito não existe para ninguém. Não há indagar se o que não é proibido é permitido, se o sistema é aberto ou fechado, mas, no direito democrático, o que não é provido pelo devido processo legislativo fiscalizável processualmente por todos (devido processo legal) não é juridicamente existente. (2002, p. 39).

E finaliza,

Entretanto, o Judiciário e o Legislativo, sem qualquer reação do Ministério Público, negando vigência à norma fundamental de resistência democrática do Legislador originário (o cidadão), têm restringido, por condutas várias, num retrocesso octocentista aos sítios privilegiados de um controle concentrado por órgãos e poderes do arcaico Estado Liberal ou Social de Direito e por entes corporativizados, pseudo-institucionais, associativos ou empresariais, mediante o atuar de uma “jurisdição” estranha ao paradigma do da *teoria da democracia*. (LEAL, 2002, p.134).

Em derradeiro, em corolário ao Devido Processo Constitucional da teoria Neo-Institucionalista, tem-se a seguinte garantia processual-constitucional que poderia ser suscitada em combate as súmulas vinculantes que sumarizam a cognição e impõem dogmas

impassíveis à crítica, contida no Art. 5º, LIV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que estipula que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

6 CONCLUSÃO

Por todo o caminhar através dos balizamentos democráticos realizados neste trabalho, não se pode olvidar, nem mesmo retroceder a um paradigma que não o do Estado Democrático de Direito. Como visto inicialmente, o atual paradigma instituído ao nosso ordenamento jurídico brasileiro por intermédio da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, frisa-se promulgada, não é um conceito pronto, rígido ou imutável. É antes de tudo um conceito aberto em constante construção, que prima pelo discurso procedimentalizado dos próprios cidadãos, ora destinatários da norma, incluindo-os na criação e fiscalização do Direito, de modo a efetivar o exercício legítimo do poder. Essa característica aliada a função do próprio termo paradigma, qual seja, a de arcabouço teórico para problematizações e soluções, fazem com que Estado Democrático de Direito denote um novo sentido para o horizonte do Direito.

Em razão dessa natureza contemporânea do paradigma do Estado Democrático de Direito, todas as práticas jurídicas existentes no Brasil sofrem e necessitam para possuir legitimidade perante todos os cidadãos brasileiros, de uma releitura.

O instituto Processo deveria sofrer essa releitura, contudo, não é o que diuturnamente vem acontecendo. Em sentido contrário ao movimento de relutância da aceitação da mudança paradigmática, teóricos, dentre eles, Rosemiro Pereira Leal, fornecem subsídios, a nós, estudantes de Direito, para ampliação da discussão acerca das novas acepções do Processo. Contribuições como às dele são dignas de estudos aprofundados. Não que o nosso trabalho tenha esgotado o tema, muito pelo contrário, representa apenas o nosso primeiro passo no estudo de uma teoria vanguardista do instituto Processo.

Em defesa do Estado Democrático de Direito posiciona-se a teoria neo-institucionalista do processo. É com o marco teórico do pensamento de Habermas, especificamente, o princípio do discurso, e a falibilidade de Karl Popper, aglutinados na teoria neo-institucionalista do processo, de autoria do Professor Rosemiro Pereira Leal que se erige como valor maior irradiado pelo Estado Democrático de Direito à sociedade, a participação dos cidadãos na efetiva construção e aplicação das normas que lhes afetarão. Através dela, eleva-se o instituto Processo como maior aliado da Democracia. Por tal razão é que a presente pesquisa buscou como fonte teórica para propugnar o instituto da súmula vinculante a teoria neo-institucionalista do processo.

É cediço que o efeito vinculante da jurisprudência não é tema polêmico depois da data de edição da emenda constitucional de nº 45. É mais antigo, abarca teóricos a favor, contra e

indecisos. E é nesse cenário que a súmula vinculante, corolário da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre matéria constitucional, incorporou-se ao ordenamento jurídico brasileiro. A maior posição favorável à adoção da súmula vinculante se pauta na necessidade de conceder ao jurisdicionado uma resposta a então denominada “crise do judiciário”.

Escolheram como pontos negativos do atual sistema judicial brasileiro a morosidade na tramitação processual, especificamente no Supremo Tribunal Federal, a repetitividade do julgamento de demandas; e a insegurança jurídica de não existir um “*standard*” sobre questões constitucionais.

Diante desses pontos, foi escolhida como solução à crise do Judiciário uma alternativa quantitativa, ou seja, a mecanização do Direito, através da solidificação de entendimentos que vincularão no Judiciário e Executivo. Foi esquecido, talvez, que essa alternativa viola institutos dos mais basilares do Estado Democrático de Direito. Ataca de maneira direta o Processo, que adquiriu uma natureza simbiótica com a Democracia no advento do Estado Democrático de Direito. Concede, enfim, a 11 magistrados, sem medo algum de dizer, funções legislativas, colocando a jurisdição no centro do espaço processual.

A nosso ver, a súmula vinculante traduz-se fielmente ao instrumentalismo processual. Fica cristalino o “escopo metajurídico” de resolução de conflitos a jato e dominação travestida em segurança jurídica. Não há o que se discutir no procedimento ou processo (que para a visão instrumentalista se revelam na mesma tormentosa sinonímia), pois aquela matéria constitucional já fora decidida pelos paladinos da “Justiça”, só restando ao cidadão, mero mortal, acatar.

As súmulas vinculantes nos moldes do que foi instituído no nosso ordenamento jurídico explicitam o poder de violência simbólica que as súmulas já detinham, exterminando assim a cognição processual. Elas não são mais informativos do que a jurisprudência já vinha decidindo em matérias correlatas, mas são sim normas jurídicas, visto que são dotadas dos caracteres de generalidade, abstratividade, imperatividade e coercibilidade. De sobremaneira, elas possuem força de lei, vez que vinculam no Judiciário e Administração Pública; e da sua inaplicabilidade cabe reclamação direta no Supremo Tribunal Federal para cassação do ato ou decisão que negou observância à súmula vinculante ou a aplicou erroneamente.

Além da força de lei, as súmulas vinculantes adquirem *status* de pretensas verdades absolutas e definitivas. Apenas um círculo fechado de legitimados elencados taxativamente na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e na Lei 11.41/06 (além dos próprios Ministros do Supremo Tribunal Federal) pode deflagrar o único procedimento impugnativo das súmulas vinculantes, através da revisão ou cancelamento do enunciado. Dessa forma, nem

mesmo o controle difuso de constitucionalidade concede ao legitimado *ad causam* alternativa para atacar esse câncer.

Ainda, explicita-se que para o cancelamento ou revisão da súmula vinculante, a votação no plenário do Supremo Tribunal Federal deve ter como *quorum* a maioria absoluta dos onze Ministros. Nesses moldes, suscita-se que as súmulas vinculantes maculam-se de uma rigidez maior do que a própria lei, que para votação de uma Ação Direta de Constitucionalidade necessita apenas de maioria simples dos onze Ministros.

Em análise por outro prisma, nada impede que o entendimento do Supremo Tribunal Federal venha a colidir com a própria Constituição, que tem aquele órgão, precipuamente, função em defender. Não é só pelo fato da súmula vinculante advir do Supremo Tribunal Federal que será obrigatoriamente constitucional. A inconstitucionalidade da súmula vinculante (verdadeira norma jurídica) pode-se desdobrar em inobservância dos requisitos constitucionais para sua edição; reforma da Constituição que contrapõe ao enunciado vinculativo; mutação constitucional através de novas interpretações de determinados institutos constitucionais, seja em razão dos limites do caso concreto *sub-judice* que abre um novo horizonte interpretativo, ou, um novo contexto social, econômico, histórico que denota novo sentido a própria norma constitucional. Este último desdobramento demonstra que a própria Constituição não é um texto fechado, mas sim uma carta política passível de ser interpretada conforme a dinâmica social. O Direito, através da imperatividade condiciona a sociedade, mas de igual maneira também é condicionado por ela.

Percebam que nesse cenário caótico, através do uso e edição das súmulas vinculantes o Supremo Tribunal Federal possui a propriedade de um verdadeiro “Panóptico jurídico”.

Pretende-se, portanto, voltar, quando se coloca a Jurisdição no centro do espaço processual ao paradigma do Estado Social. Foi esquecido, talvez, que o fundamento do poder previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 vem do povo.

Sob o crivo de uma nova leitura processual almeja-se ampliar os mecanismos de efetivação da democracia. Especificamente, no Processo, a teoria neo-Institucionalista milita pela testificação continuada dos dogmas jurídicos e a possibilidade da participação conjunta dos legitimados ao processo em construir a decisão. Tal teoria elege como princípio que a decisão é o coroamento de todo um Devido Processo Constitucional (Devido Processo Legal e Devido Processo Legislativo), adquirindo aquela, a correta denominação de provimento.

Apesar de norma jurídica, a natureza da súmula vinculante nada mais é do que uma interpretação aplicada em vários outros casos similares de alguma matéria constitucional controversa. Em sendo uma interpretação, como toda e qualquer outra não pode ser

considerada unívoca. Flagrante aqui o ideal da falibilidade de Karl Popper, determinando que os dogmas jurídicos (e as súmulas vinculantes os são) passem por testificação continuada.

Não existe na perspectiva de Popper, por conseguinte, na teoria neo-institucionalista do processo, uma verdade absoluta, mas sim uma verdade que é posta a prova constantemente, e enquanto nenhuma outra argumentação lógica (nos parâmetros constitucionais) não a derrubar, aquela deverá perdurar por questões, agora sim legítimo falar, de segurança jurídica.

As súmulas vinculantes não sofrem esse tipo de análise pelo motivo de sua impossibilidade de passar pelo crivo da crítica. Nesses termos, a aplicação das súmulas vinculantes destoa do norte do Estado Democrático de Direito e legitima o discurso falho das decisões concebidas previamente a instauração do Processo.

A teoria neo-institucionalista do processo para a consecução do fim de inserir o cidadão (legitimado para o processo) na construção e aplicação de direitos, e, por óbvio, as interpretações constitucionais, elege como princípios instituidores do Processo a tríade: contraditório (participação ativa na construção do provimento); ampla defesa (faceta da defesa técnica de modo a dar efetividade ao contraditório); e isonomia (igualdade de oportunidades).

Ao ensejo, no Processo pautado sob a égide do Estado Democrático de Direito, *in casu*, na teoria Neo-Institucionalista, a maior garantia ao cidadão não é saber de plano qual será a decisão da matéria constitucional controversa para seu caso, mas sim ter ciência que vai participar ativamente na construção do provimento; seu esforço argumentativo será posto a prova e prevalecerá, conforme o que for debatido. A Democracia no processo jurisdicional é a obediência do Devido Processo Legal, e, portanto, o controle difuso de constitucionalidade é instituto necessário para que o cidadão legitimado ao processo participe ativamente na interpretação das matérias constitucionais.

Por todo o exposto, defende-se neste trabalho que as súmulas vinculantes sejam extirpadas do ordenamento jurídico brasileiro por restringirem a um círculo de especialistas o poder de criar verdadeiras normas jurídicas de matéria constitucional que invariavelmente irão modificar a prática jurídica, exterminando um dos meios de participação da cidadania na construção dos atos estatais, o controle difuso de constitucionalidade.

Em derradeiro, se não existe meio para o cidadão legitimado ao processo impugnar o conteúdo da “caixa hermeticamente fechada” das pretensas verdades constitucionais e construir ativamente o entendimento constitucional que lhe afetará, não existe *ratio essendi* de se intitular precipuamente no texto constitucional o Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Daphne de Emílio Circunde Vieira. As reformas do Código Civil Brasileiro: Uma visão à luz da Teoria Discursiva de Habermas e da Teoria Neoinstitucionalista do Processo. *In: Direito Processual: Aspectos Contemporâneos do Direito Processual*. Coordenador João Antonio Lima Castro: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2008.

BARROS; Flaviane de Magalhães; NUNES, Dierle. As Reformas Processuais Macroestruturais Brasileiras. *In: Reforma do Processo Civil: Perspectivas Constitucionais*: Coordenadores: Flaviane de Magalhães Barros; José Luiz Bolzan de Moraes. Ed. Fórum, 2010. p. 15–48.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL, Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a lei 9.784 de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento do enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 20 dez. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111417.htm> Acesso em: 14 fev. 2012.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Súmula 512 de 03 de Dezembro de 1969. **Diário de Justiça**, Brasília, 03 de dezembro de 1969.

BRASIL. Código de Processo Civil (1973). Código de Processo Civil In: PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WANDT, Marcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. **Vade Mecum Compacto**. 5 ed. atualizada e ampliada. Saraiva. São Paulo, 2011. P. 399 - 512.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 596 de 15 de dezembro de 1976. **Diário de Justiça**, Brasília, 15 de dezembro de 1976.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Regimento Interno. **Diário de Justiça**, Brasília, 07 de julho de 1989. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacao seriada/index.php/regimento/article/viewFile/1442/1715>> Acesso em: 27 mai. 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. In: PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WANDT, Marcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. **Vade Mecum Compacto**. 5 ed. atualizada e ampliada. Saraiva. São Paulo, 2011.

BRASIL. Lei nº 8.038 de 28 de Maio de 1990. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 28 de maio de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm> Acesso em: 27 mai. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 116 de 27 de outubro de 1994. **Diário de Justiça**, Brasília 07 de novembro de 1994.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 105 de 26 de maio de 1994. **Diário de Justiça**, Brasília, 03 de junho de 1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. súmula vinculante nº 05 de 07 de maio de 2008. **Diário de Justiça**, Brasília, 16 de maio de 2008.

BRAZ, Antônio Cícero de Oliveira. **Súmula vinculante**. 2007. 53f. Monografia (pós-graduação *lato sensu*). Universidade Cândido Mendes – UCAM. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/21112/S%C3%BAmula_Vinculante_Ant%C3%B4nio%20C%C3%ADcero.pdf?sequence=1> Acesso em: 23 jan. 2012.

BUENO, Francisco da Silveira. *In*: BUENO, Francisco Silveira. **Minidicionário da Língua Portuguesa**. Ed. rev. e atual. Por Helena Bonito C. Pereira, Regina Signer. FTD: LISA. São Paulo, 1996. p.483.

CHAVES. Terezinha Ribeiro. Provimento: Ato Decisorio ou Resultante Lógica da Decisão. *In*: **Estudos Continuados da Teoria do Processo**. Coordenação Rosemiro Pereira Leal. Porto Alegre, Ed. síntese, 2001.

CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, Antônio Carlos, Ada Pellegrini, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo, Ed. Malheiros, 2009.

COURA, Alexandre de Castro Coura; PAULA, Rodrigo Francisco de. **Perspectivas sobre um necessário controle de constitucionalidade difuso das súmulas vinculantes**. São Paulo, Anais do XVIII CONPEDI, dez. 2009. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2172.pdf Acesso em: 13 fev. 2012.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito Constitucional**, 3ª Ed. Lúmen Júris, 2011.

GOMES, Matheus Barreto. **Processo em contraditório como ideal Popperiano de refutabilidade**. 2011. Disponível em: <<http://metodologiaufba.wordpress.com/2011/10/18/processo-em-contraditorio-como-ideal-popperiano-de-refutabilidade>>. Acesso em: 13. jan. 2012.

GONÇALVES. Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro. Aide Ed. 1992.

GUIMARÃES, Pollyana Silva. **Análise constitucional do instituto da súmula vinculante sob o parâmetro do Estado Democrático de Direito, da segurança jurídica e da celeridade**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, Vol. 15, nº 61, pág.247-267, out/2007.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo: Primeiros Estudos**. 4 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Síntese. 2001.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. Editora Landy. 2002.

- LEAL, Rosemiro Pereira. et al. Súmulas vinculantes: Sua ilegitimidade no Estado Democrático de Direito. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 8, n° 16, pág.162-198, 2° semestre, 2005.
- LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo: Primeiros Estudos**. 10. Ed. rev. e aum. Ed. Forense, São Paulo, 2011.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13ª ed. Saraiva. 2009.
- MATSMOTO, Katsutoshi. O estado democrático de direito. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v.8, n.33, p.262-284, out./dez. 2000.
- MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. rev. e atual. Saraiva. São Paulo. 2011.
- MORAES, Alexandre de. Curso de direito constitucional. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- NADER, Paulo Introdução ao Estudo do Direito. Ed. Forense. Rio de Janeiro. 2011.
- NASCIMENTO, Bruno Dantas. **súmula vinculante : O STF entre a função uniformizadora e o reclamo por legitimação democrática. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30093-30432-1-PB.pdf>>**. Acesso em: 23 fev. 2012.
- NEVES. Lucas Cruz. **Execução e Princiologia do Processo Democrático: Ação e defesa no cumprimento de sentença**. Belo Horizonte. 2007. 119 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_NevesLC_1.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2012.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Constitucional**. Editora Mandamentos, Belo Horizonte, 2002.
- PEREIRA, Rodolfo Viana. **Direito Constitucional Democrático: Controle e Participação como Elementos Fundantes da Constitucionalidade**. 2 ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro. 2010.
- PIRES, Luiz Manuel Fonseca. O Direito fundamental ao Debate no Processo Administrativo Disciplinar. **Interesse Público**, Belo Horizonte, v.11, n.58, p.105-116, nov. 2009.
- POMBO, Olga. **Panóptico**. 2011. Disponível em: <http://www.educ.fc.ul.pt/docentes/opombo/hfe/momentos/sociedade%20disciplinar/Pan%C3%B3ptico.htm>. Acesso em: 23 mar. 2012.
- REALE, Miguel. **A questão das súmulas vinculantes**. 1997. Disponível em: <http://home.comcast.net/~pensadoresbrasileiros/MiguelReale/a_questao_das_sumulas_vinculantes.htm> Acesso em: 18 abr. 2012.
- REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 25ª Ed. Saraiva. São Paulo, 2000.

REIS, Francis Vanine de Andrade. **Interesse Processual e Intersubjetividade Racional**. Belo Horizonte, 2009. 190 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_ReisFV_1.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2012.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26ª Ed., Malheiros Editores, 2006.

SILVA, Evandro Sérgio Lopes da. Ensaios sobre a natureza jurídica do processo - A visão do processo como instituição constitucionalizada. **EJEF Artigos Jurídicos**. Belo Horizonte, 25ª edição, maio. 2009, Disponível em: <<http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/artigos/0172009.pdf>> Acesso em: 17 mar. 2012.

STRECK, Lênio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função, a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante**. 2. Ed. rev. Ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

STRECK, Lênio Luiz. **O Fahrenheit Sumular do Brasil: O Controle Panóptico da Justiça**. 201. Disponível em: <www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/14.pdf> Acesso em: 26 abr. 2012.

TOLKIEN, John Ronald Reuel. **O Senhor dos Anéis**: primeira parte: A Sociedade do Anel. Tradução Lenita Maria Rímoli Esteves; Almiro Pisetta; Revisão Técnica e Consultoria Ronald Eduard Kyrmse; Coordenação Luiz Carlos Borges – 2ª Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2001.

UNIÃO. **I Pacto Pelo Judiciário**: Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais rápido e republicano. 2004. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_prog_cursos/cpc_pacto.pdf>. Acesso em: 16 de abr. 2012.