

Crítica ao Direito Sumular: a necessidade de democratização processual

Gabriela Soares Balestero*

Resumo

A finalidade deste estudo é analisar a questão do protagonismo judicial, ou seja, a degeneração de um processo criado de forma solitária pelo magistrado, sem a participação efetiva das partes para a construção do provimento jurisdicional. A criação das Súmulas Vinculantes comprova o comportamento ativista do Poder Judiciário atuando de forma legiferante, criando o direito como se legislador fosse. A análise de tal questão é o objetivo deste artigo.

Palavras-chave: Ativismo Judicial; participação das partes; paridade de armas; Súmulas Vinculantes.

Critical to the Judicial Precedent: The Need for Procedural Democratization

Abstract

The purpose of this paper is to analyze the question of judicial role, namely, the degeneration of a process created by the magistrate in solitary, without the effective participation of stakeholders to build the appeal court. The creation of binding precedents demonstrates the behavior of activist judiciary acting in a legislative body, creating the right as if it were the legislature. The analysis of this question is the goal of this paper.

Key words: Judicial Activism; stakeholder; parity of arms; Binding Precedents.



* **GABRIELA SOARES BALESTERO** é mestranda em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito do Sul de Minas, especialista em Direito Constitucional e em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito do Sul de Minas, bacharel em Direito pelo Mackenzie, Advogada.

1. Introdução

No presente estudo será analisado a postura do Poder Judiciário na edição das súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal, seus aspectos positivos e negativos, bem como a importância das partes na construção do provimento jurisdicional, analisando a questão do ativismo judicial, sob o ponto de vista habermasiano.

As Súmulas Vinculantes são o retrato da tentativa do Poder Judiciário em criar o direito, legislar e congelar a interpretação, adentrando, assim, no papel do legislativo, na tentativa de propiciar uma prestação jurisdicional mais célere.

Contudo, tal celeridade trazida pela reforma do judiciário pode ocasionar consequências graves como a insegurança jurídica e a imposição vinculante de fundamentação das decisões judiciais pelos tribunais superiores, inibindo a possibilidade do magistrado e dos interessados em construir uma decisão judicial pautada na participação democrática de todos os interessados e mais adequada constitucionalmente e justa para aquele caso.

Nesse passo, será analisada a importância das partes na construção do provimento, consoante a teoria habermasiana, bem como a questão do ativismo judicial, decorrente das decisões solipsistas e muitas vezes arbitrárias do Poder Judiciário brasileiro.

Alguns questionamentos são pertinentes ao presente estudo como quais seriam os



limites do julgador na tomada de decisões e poderia Judiciário atuar como substituto do legislador no tratamento de questões que não estariam previstas legalmente.

Nesse passo, pretendem-se discutir quais seriam os limites do Poder Judiciário na tomada de decisões de maneira que o provimento Jurisdicional seja construído de maneira democrática.

Um modelo democrático de processo deve seguir a perspectiva habermasiana e

fazzalariana, na qual há uma estrutura policêntrica em que há a participação de todos os sujeitos envolvidos no processo na construção do provimento Jurisdicional.

A contribuição do presente estudo para o direito é trazer a perspectiva habermasiana discursiva ao processo jurisdicional de maneira a tentar alcançar um processo constitucional democrático.

2. Crítica às Súmulas Vinculantes

Desde as primeiras décadas da República somos marcados pela crise do Judiciário e pelas Propostas de Reforma, e, na tentativa de solucionar os problemas como a lentidão da prestação jurisdicional, o abarrotamento do Judiciário, a suposta perda de tempo no julgamento de milhares de causas idênticas, foram criadas as Súmulas vinculantes.

A busca pela celeridade processual, pelo julgamento rápido em todas as instâncias, em especial os tribunais superiores não significa que as garantias processuais das

partes, como contraditório e a ampla defesa, necessitem ser violadas.

Com as Súmulas Vinculantes a fundamentação das decisões das instâncias inferiores se tornarem restritas e pré determinadas, ou seja, a decisão do julgador passa a ter como único fundamento a súmula e não a matéria probatória e jurídica trazida pelas partes na construção de um provimento jurisdicional adequado ao caso em questão.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal passou a disciplinar o conteúdo das diversas sentenças dos juízos das instâncias inferiores do país, violando o princípio da inexistência da hierarquia entre os tribunais, da função legislativa, do livre convencimento do juiz e da independência funcional do magistrado enquanto agente público no exercício de suas funções.

A Súmula Vinculante visa congelar a interpretação, pois está sendo transformada em um texto universalizante (STRECK, 2009), criando mais texto, ou seja, mais norma, na tentativa de resolver os problemas do abarrotamento do Poder Judiciário, eliminando de imediato as causas idênticas e que se enquadrem no disposto da súmula. Portanto, o caráter de orientação das súmulas se transformou em obrigatoriedade em prol da celeridade processual.

Nessa vereda, com as Súmulas Vinculantes pretende-se que os juízes não possam julgar de maneira diferente naqueles casos disciplinados pela súmula, fazendo com que a citação da própria súmula na fundamentação seja a motivação das sentenças judiciais.

Constata-se, portanto, que, a celeridade processual, a perda de tempo no julgamento de causas consideradas pelo Supremo como idênticas, é a principal

razão para a criação do instituto da Súmula Vinculante.

A criação das Súmulas Vinculantes é ainda justificada pela racionalidade instrumental pela qual passa o Poder Judiciário, na qual os processos são analisados apenas com a idéia de custo benefício e não como meio para efetivamente assegurar o direito das partes.

Ingenuamente, em busca de uma única interpretação correta o Supremo Tribunal Federal acredita que através da inclusão de mais textos, por intermédio agora das Súmulas Vinculantes ocasionaria a capacidade de solucionar a insegurança jurídica ocasionada pela diversificação da atividade interpretativa e pela complexidade social.

Portanto, alguns questionamentos a respeito do instituto das Súmulas Vinculantes devem ser analisados como: poderia uma súmula com caráter apenas de orientação vincular os demais juízes e tribunais do país além de vincular a própria fundamentação das decisões judiciais? A Súmula Vinculante sendo um texto está sujeita apenas a uma interpretação? A diversidade da interpretação de uma Súmula Vinculante pode gerar a diversidade de sua aplicação? A Súmula Vinculante teria mais força normativa que uma lei aprovada pelo legislativo? Existem casos idênticos? Será que um juiz ao exercer o controle difuso de constitucionalidade não pode não pode declarar uma Súmula Vinculante Inconstitucional?

Os nossos tribunais sempre tiveram a tendência de que as instâncias inferiores seguissem a orientação jurisprudencial das instâncias superiores. Contudo, devido ao princípio da inexistência de hierarquia entre os tribunais, tal situação era facultativa e hoje, com as Súmulas Vinculantes o que era opcional passou a ter caráter obrigatório.

O caráter vinculante da súmula induz e obriga a conduta individual do magistrado, porque é produto de um órgão coletivo que é o tribunal. Ela pretende uma única interpretação correta de maneira a criar uma hierarquia entre o STF e os demais Tribunais.

A regra não é clara e, portanto, está sujeita a diversas interpretações, ou seja, consoante o postulado de Kelsen, não há um sentido verdadeiro na norma já que todas estão sujeitas a várias interpretações através do trabalho realizado pela doutrina e pela jurisprudência. Portanto, as súmulas vinculantes, sendo também normas, estariam sujeitas a várias interpretações.

Segundo o entendimento de Maria Fernanda Salcedo Repolês (REPOLÊS, 2003) “justamente porque o STF tem a última palavra sobre o que é a Constituição, ele não pode agir como se tivesse a última palavra sobre o que é a Constituição”. Esse é o medo e o perigo das Súmulas Vinculantes.

Segundo Humberto Theodoro Júnior (JÚNIOR, 2010.) “implantou-se a mentalidade de que reformando as leis, o Estado melhoraria no exercício do governo da sociedade e esta aprimoraria seus critérios e valores de comportamento intersubjetivo.” E, baseado nesse pensamento, o Judiciário atribui para si a função de legislador, ampliando a atribuição conferida pela Constituição Federal, criando súmulas vinculantes, dotadas de força normativa na tentativa de proporcionar celeridade da máquina judiciária, limitando a fundamentação das decisões, e inibindo que todos os envolvidos no processo, incluindo o julgador, decida de maneira mais adequada para aquele caso.

Portanto, com a Súmula Vinculante busca-se congelar a interpretação com o fim de proporcionar maior segurança jurídica e menor litigiosidade.

Há aqueles que defendem a Súmula Vinculante no sentido de que ela seria o fruto da evolução da jurisprudência e que, portanto, não interferiria, não acarretaria desequilíbrio na esfera legislativa e proporcionaria segurança jurídica.

Nesse passo, a Súmula Vinculante traria duas pretensões que são a imutabilidade no sentido de trazer segurança jurídica e a verticalização, ou seja, a obrigatoriedade de sua aplicação nas instâncias inferiores.

Há um pensamento comum no Supremo Tribunal Federal de que há julgamentos de casos idênticos. Cabe destacar que nenhuma causa é idêntica à outra, haja vista que cada caso é portador de sua peculiaridade, de causa de pedir e de pedido diversos.

Portanto, com a criação dos institutos da Repercussão Geral e das Súmulas Vinculantes há uma tentativa do Supremo Tribunal Federal de simplificar os problemas tentando aumentar a segurança jurídica, a “certeza” da aplicação do Direito.

As situações do caso concreto não são e nunca serão idênticas e muito menos abstratas, pois, sendo as Súmulas Vinculantes um texto também devem ser interpretadas quando da sua aplicação, a semelhança das leis propriamente ditas.

Cada caso concreto possui as suas peculiaridades devendo resultar em uma decisão única e adequada para aquele caso.

Nesse passo, não caberia ao Supremo Tribunal Federal sob o argumento da estabilidade jurídica, estabelecer a interpretação normativa oficial, criando barreiras de acesso aos Tribunais, pois tal pretensão não é compatível com o postulado da democracia previsto em nosso ordenamento.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal não tem o poder de criar o direito e nem de estabelecer um modelo de interpretação para aquele caso concreto, pois não é possível fechar a interpretação através de uma Súmula Vinculante, esquecendo os pressupostos constitucionais e processuais democráticos consagrados na Constituição Federal.

Nessa vereda, ao invés do magistrado julgar de acordo com a contribuição trazida pelas partes, por todos os envolvidos no processo, construindo uma decisão mais adequada do ponto de vista constitucional para aquele caso concreto, o julgador se assujeita à coisa (STRECK, 2010), ou seja, se subordina à força normativa da súmula vinculante, não tendo a audácia de adaptá-la, ou até mesmo reformar o seu entendimento baseado na contribuição das partes no caso concreto.

O ativismo judicial ocorre quando o processo passa a ser o local em que o juiz atua de acordo com as suas próprias convicções e ideologias, havendo uma degeneração de todo o conteúdo da relação jurídica processual, ocasionando o descrédito do Judiciário e o protagonismo do juiz.

Tal fenômeno é sintetizado pela afirmação de Streck (STRECK, 2008): “Forma-se, desse modo, um círculo vicioso: primeiro, admite-se discricionarismos e arbitrariedades em nome da ‘ideologia do caso concreto’, circunstância que, pela multiplicidade de respostas, acarreta um sistema desgovernado, fragmentado...”.

Segundo Dierle José Coelho Nunes (NUNES, 2008) tal expressão ganhou delineamento a partir do trabalho coordenado por C. Neal Tate e Torjøn Vallinder, intitulado *The global expansion of judicial Power*, no qual foi denominada de judicialização a tendência

de transferir poder decisório do Poder Executivo e do Poder Legislativo para o Poder Judiciário.

Nesse passo, as várias tentativas dos Tribunais Superiores em controlar a crise do Poder Judiciário, porém com apego ao texto na tentativa de trazer celeridade processual e segurança jurídica na aplicação do direito, são contrárias a um procedimentalismo democrático.

Atualmente, o Poder Judiciário figura uma concepção neoliberal de produtividade, sendo tal situação comprovada, após a Emenda Constitucional nº 45, que trouxe à Constituição Federal brasileira a previsão expressa do princípio da celeridade processual.

Nesse passo, a produtividade judicial passa a predominar os julgamentos em massa, e tanto as ações repetitivas quanto as súmulas vinculantes são o retrato de um Poder Judiciário pautado em números de julgamentos do que em análises criteriosas do caso concreto.

Surge então o ativismo judicial ocasionado pelo protagonismo do juiz, pois é entregue a ele uma capacidade sobre-humana de proferir uma decisão mais justa de acordo com as suas concepções pessoais e ideologias, em sua maioria, desprezando possíveis contribuições das partes, dos advogados e até mesmo da Jurisprudência e da doutrina.

Nessa vereda, busca-se um afastamento do decisionismo do julgador com a valorização do contraditório de maneira a proporcionar a discussão e a participação dos interessados na formação das decisões, de maneira a aumentar o nível de legitimidade das decisões judiciais.

Um processo construído a partir da comparticipação das partes permite que todos os sujeitos processuais discutam argumentos normativos para a produção

do provimento na busca de uma solução mais adequada ao caso concreto, evitando a decisões arbitrárias do julgador.

Com a criação das Súmulas Vinculantes há uma tentativa do Supremo Tribunal Federal de simplificar os problemas tentando aumentar a segurança jurídica ao padronizar decisões e a “certeza” da aplicação do Direito.

As situações do caso concreto não são e nunca serão idênticas e muito menos abstratas, pois, sendo as Súmulas Vinculantes um texto também devem ser interpretadas quando da sua aplicação, a semelhança das leis propriamente ditas.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal não tem o poder de criar o direito e nem de estabelecer um modelo de interpretação para aquele caso concreto, pois não é possível inibir a interpretação através de uma Súmula Vinculante, esquecendo os pressupostos constitucionais e processuais democráticos consagrados em nossa Constituição Federal.

Consoante Scot M. Noveck (NOVECK, 2008) “I would agree with Dworkin that a society with a judicially enforced constitution would in all likelihood create more just policies...”

A partir do momento em que há a possibilidade de edição de súmulas vinculantes pelos tribunais superiores com a obrigatoriedade de aplicação a todos os tribunais inferiores questiona-se a existência dos princípios como a inexistência de hierarquia entre os tribunais, liberdade de convencimento e independência do juiz enquanto agente político. Há, portanto, a concentração excessiva de todo o poder decisório nas mãos do juiz.

Segundo Ran Hirschl (HIRSCHL, 2006) “the unprecedented involvement of courts in substantive political decision

making is difficult to reconcile with some of the fundamental principles of canonical constitutional theory”.

Portanto, considerando a complexidade e os riscos da sociedade moderna é necessário a compreensão do direito como um ordenamento de princípios em que a atividade jurisdicional se move respeitando um procedimentalismo democrático discursivo (Gunther e Habermas) em que o juiz deve fundamentar e justificar as suas decisões no caso concreto considerando a sua unicidade e a partir das pretensões levantadas e debatidas pelas partes no curso processual.

Fazzalari (NUNES, 2008), ao adaptar o procedimentalismo democrático discursivo de Habermas ao processo, entende que a participação é um elemento estrutural e legitimante das atividades processuais, daí sendo importante a participação técnica das partes na construção do provimento Jurisdicional.

Nesse passo, requer-se a participação simetricamente igual dos interessados na construção do provimento, e, deste modo, nenhum julgador deve proferir qualquer decisão utilizando argumentos não debatidos pelas partes em contraditório, de maneira a haver um processo pautado em um procedimento democrático e discursivo.

É necessário, portanto, um Poder Judiciário que se preocupe em democratizar o processo, pois a atividade jurisdicional deve ser movida pelo discurso e pela participação efetiva dos interessados, ou seja, as decisões devem ser dotadas de legitimidade e baseadas nas pretensões argüidas pelas partes em meio ao processo.

3. Considerações finais

No presente estudo conclui-se que as súmulas vinculantes estão fora dos

parâmetros do Estado Democrático de Direito, pois a finalidade da súmula vinculante não é apenas orientar os tribunais inferiores, mas sim o que se pretende é uma única interpretação correta para certa situação com a obrigatoriedade de sua aplicação.

Segundo Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia (BAHIA, 2005) “o ponto é que não somos gerais e não vivemos situações abstratas, logo, tal quais as normas, também as Súmulas terão de ser interpretadas – veja, não dissemos que elas “deveriam ser” interpretadas, a questão não é normativa, mas descritiva: quer se queira, quer não, a Súmula, como qualquer texto, “será” interpretada quando de sua aplicação – o exame dos casos que lhe deram origem poderia ser um primeiro passo interessante nesse sentido.”

Ademais, é impossível o Poder Judiciário tentar engessar a interpretação através do “fechamento interpretativo” ocasionado pela súmula vinculante, sendo, portanto, necessário a existência de um processo constitucional democrático, havendo uma releitura da teoria habermasiana, ancorados em um espaço público voltado para participação simetricamente igual entre os interessados na construção do provimento, tornando a Justiça mais próxima dos cidadãos.

Por fim, percebe-se a necessidade do afastamento do decisionismo do julgador na tomada de decisões para que sejam abertos espaços alternativos que proporcionem a discussão, a comparticipação das partes na produção do provimento Jurisdicional, dentro de uma fase discursiva em meio ao próprio processo.

Conforme analisado, as decisões judiciais devem ser pautadas sobre argumentos de direito e oriundas da participação simétrica dos envolvidos, e não sobre questões religiosas, políticas, científicas,

etc. Sendo assim é necessária a complementação das decisões com outros sistemas ou institutos, porém não a substituição pelo julgador de argumentos jurídicos por argumentos científicos, tecnológicos, religiosos, fora do âmbito do direito.

Ademais, nenhum julgador deve proferir qualquer decisão utilizando argumentos não debatidos pelas partes em contraditório, diante da necessidade da participação simetricamente igual dos interessados na construção do provimento, de forma que os cidadãos interessados se sintam mais próximos da Justiça, afastando, portanto, a idéia de que o juiz é o único portador da cognição para a elaboração das decisões judiciais.

Um processo constitucional democrático permitirá que o cidadão seja autodestinatário dos provimentos, seja no âmbito legislativo, administrativo e judicial, tendo que vista que a decisão não será apenas a expressão da vontade de maneira solitária pelo decisor, mas sim construída e discutida pelas partes endoprocessualmente.

Referências

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Recursos Extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado**. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

_____. Reforma do Judiciário: o que uma súmula vinculante pode vincular? **Revista Forense Eletrônica: Suplemento**, volume 378, mar/abr. 2005, seção de doutrina, p. 665/671.

_____. Súmulas estão sujeitas a diversas interpretações. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-ago-24/sumula-mesmo-vinculante-sujeita-diversas-interpretacoes>. Acesso em 29/08/2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2001.

CATTONI, Marcelo. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2001.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

FAZZALARI, Elio Fazzalari. **Instituições de Direito Processual**. Campinas: Bookseller, 1ªed., 2006.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro – estudos de teoria política**. 3.ed. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

_____. **Direito e Democracia entre a facticidade e a validade**. 2. ed. Vol I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **Mudança estrutural da esfera pública**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HIRSCHL, Ran. **The New Constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide**. Fordham Law Review, v. 75, 2006, p. 721-754.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A onda reformista do Direito Positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n.14, set 2006. Disponível em: www.revistadoutrina.trf4.gov.br. Acesso em: 01 jun. 2010.

NOVECK, Scot M. **Is Judicial review Compatible with democracy?** Cardozo Public Law, Policy & Ethics, 2008.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

_____. Teoria do processo contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Edição Especial, 2008, p. 13 – 29.

_____; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Súmula Vinculante 5 do Supremo Tribunal Federal é inconstitucional. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2008-mai-22/sumula_vinculante_stf_inconstitucional> Acesso: 03 abril 2010.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito, Política e Filosofia**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2007.

_____. A Súmula vinculante n. 4. do STF e o “desvio” hermenêutico do TST: notas programáticas sobre a chamada “nova configuração” da jurisdição constitucional brasileira nos vinte anos da Constituição da República. In **Constituição e Processo: a**

Contribuição do Processo ao Constitucionalismo Democrático Brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Direito Constitucional Democrático**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

_____. **Hermenêutica Filosófica e Constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. O papel político do Supremo Tribunal Federal e a hermenêutica constitucional: considerações partir da teoria, da cultura institucional e da Jurisprudência. **Revista do Curso de Direito da Faculdade Metodista Isabela Hendrix**, Nova Lima, v. 1, p. 102-108, 1º semestre 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

STRECK, Lênio Luiz. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica; Desconstruindo os modelos de juiz: a hermenêutica jurídica e a superação do sujeito – objeto**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. **Hermenêutica Filosófica e Constitucional**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Jornal Carta Forense: entrevista Direito Sumular. Disponível em: http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=82&Itemid=2. Acesso em: 29 jan.2009.

_____. **O que é isto – decido conforme a minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris , 2007.

_____. **Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris , 2009.