

Universidade Federal de Juiz de Fora

Faculdade de Direito

Súmula vinculante: uma restrição ao princípio do livre convencimento motivado do juiz.

Orientanda: Patrícia Poliane Silva Camelo

Orientadora: Aline Araújo Passos

2011

Juiz de Fora

Universidade Federal de Juiz de Fora

Faculdade de Direito

Súmula vinculante: uma restrição ao livre convencimento motivado do juiz.

Monografia de conclusão de curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como um dos requisitos da obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Aline Araújo Passos.

2011

Juiz de Fora

Universidade Federal de Juiz de Fora

Faculdade de Direito

Banca examinadora:

(Aline Araújo Passos)

(Flávia Lovisi Procópio de Souza)

(Clarissa Diniz Guedes)

2011

Juiz de Fora

Universidade Federal de Juiz de Fora

Faculdade de Direito

Dedico esse trabalho a minha mãe, que vem dedicando todos os dias de sua vida a minha felicidade.

2011

Juiz de Fora

Universidade Federal de Juiz de Fora

Faculdade de Direito

Parece-me não ser justo rogar ao juiz e fazer-se absolver por meios de súplicas; é preciso esclarecê-lo e convencê-lo. (Platão – Apologia de Sócrates).

2011

Juiz de Fora

CAMELO, Patrícia Poliane Silva. Súmula Vinculante: Uma restrição ao Princípio do Livre Convencimento Motivado do Juiz. 45fls. Monografia Graduação em Direito – Universidade Federal de Juiz de Fora. Orientadora: Aline Araújo Passos. Juiz de Fora – 2011.

Resumo

O novel Instituto da súmula vinculante traz consigo muitas polêmicas e discussões doutrinárias pertinentes a diversos ramos do direito. Pretendemos aqui analisar como a inserção deste instituto pode afetar o sistema principiológico, de maneira a obstar certas garantias constitucionalmente asseguradas, em especial, a garantia que tem o jurisdicionado de ver sua demanda apreciada por um juízo livre e independente. Ou seja, o jurisdicionado que provocar o judiciário, levando a sua análise matéria que já fora objeto de súmula, perde a oportunidade de exercer a ampla defesa, de produzir provas que influirão no convencimento do magistrado, o qual ao invés de decidir – motivadamente – a partir dos objeto levado a sua análise passa a ter sua decisão vinculada ao enunciado consubstanciado em súmula.

Universidade Federal de Juiz de Fora

Faculdade de Direito

Palavras – chave: súmula, princípio, livre convencimento motivado do juiz, segurança jurídica, celeridade.

Abreviações:

CF/88: Constituição Federal de 1988.

EC: Emenda Constitucional

LSV: Lei da Súmula Vinculante

STF: Supremo Tribunal Federal

2011

Juiz de Fora

Sumário

Capítulo 1

Introdução.....9

Capítulo 2

Da proposta da súmula vinculante: algumas anotações.....10

Capítulo 3

Do sistema principiológico processual brasileiro.....15

A) Princípio do devido processo legal.....15

B) Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.....17

C) Princípio do contraditório.....18

D) Princípio da ampla defesa.....19

E) Princípio da celeridade e da razoável duração do processo.....19

F) Princípio do duplo grau de jurisdição.....21

Capítulo 4

Uma análise do princípio do livre convencimento motivado do juiz.....23

Capítulo 5

5.1) A súmula e o princípio do livre convencimento motivado do juiz.....30

5.2) Desconstrução dos argumentos em que se apóiam o instituto da súmula vinculante.....34

A) Segurança jurídica e celeridade.....34

B) (In)Eficácia das súmulas vinculantes.....39

5.3) Repensando a inserção das súmulas.....40

Capítulo 6

Conclusão.....	42
Bibliografia.....	44

Capítulo 1

Introdução

O processo possui caráter instrumental. É ele, o meio de que se valem as partes para, em juízo, demonstrar e provar os fatos que justificam a incidência ou o afastamento da norma. Ele está revestido de várias garantias constitucionalmente asseguradas, notadamente, através de princípios. No processo civil podemos citar a existência de alguns destes tais como: princípio do devido processo legal, princípio da isonomia, princípio do juiz natural, princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, princípio do contraditório e ampla defesa, princípio da publicidade, princípio do duplo grau de jurisdição, princípio da motivação das decisões judiciais e administrativas, princípio da celeridade e razoável duração do processo, dentre outros.

O magistrado então, em contato com as partes e as provas no processo deverá prolatar a sua decisão tendo em vista o direito aplicável ao caso. Esse direito engloba não somente as normas, como também as demais fontes jurídicas, que poderá o magistrado invocar como norteadoras de sua decisão, como a doutrina e a jurisprudência.

No que tange à jurisprudência, temos que, desde a década de 60, figuram em nosso ordenamento as chamadas súmulas. Trata-se, pois, de enunciados que trazem o posicionamento dos tribunais acerca de matérias reiteradamente decididas, servindo como orientação para os magistrados. Em 2004, a Emenda Constitucional 45 trouxe para o sistema jurídico brasileiro um novo tipo de súmula: as súmulas vinculantes.

Essas são de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal e possuem caráter vinculante. Assim, as súmulas vinculantes têm o condão de vincular a decisão do juiz, que, estando diante de caso semelhante ao que ocasionou o surgimento da súmula, deverá aplicar o entendimento nela consubstanciado.

O que o presente estudo visa é desenvolver os temas acima expostos a fim de se observar qual a influência da inserção do instituto das súmulas vinculantes no sistema principiológico brasileiro, em especial, no que diz respeito ao princípio do livre convencimento motivado do juiz.

Capítulo 2

Da proposta da súmula vinculante: algumas anotações

O sistema normativo norte-americano é inspirado na família anglo-saxônica e tem forte ligação com a *common law*. Tal sistema possui uma constituição sintética, relegando assim, ao judiciário, maior poder criativo. Neste sistema, as decisões tomadas nos denominados *hard cases* formam verdadeiro patrimônio jurídico, que servirá para os juízes como embasamento para futuras decisões, e criará para os jurisdicionados, em casos semelhantes levados à apreciação do judiciário, (quase que) um direito subjetivo àquela decisão.

O sistema normativo brasileiro, por sua vez, é inspirado na família romano-germânica e tem ligação com a *civil law*. Na visão clássica deste sistema, a fonte primordial do direito é a lei. Caberia ao juiz, diante do caso concreto, a aplicação da lei, fonte suprema do direito. A jurisprudência caberia ser, na visão positivista, forma de interpretação e revelação do direito existente em lei, e não forma de criação deste. É o que se assevera na seguinte passagem:

“Deixando de lado suas implicações filosóficas, o positivismo jurídico concebe a atividade da jurisprudência como sendo voltada não para produzir, mas para reproduzir o direito, isto é, para explicar com meios puramente lógico-rationais o conteúdo de normas jurídicas já dadas. (...) A interpretação, que, segundo o positivismo jurídico, constitui a tarefa própria da jurisprudência, consiste no remontar dos signos contidos nos textos legislativos à vontade do legislador expressa através de tais signos. (...) E no interior da concepção da jurisprudência como atividade interpretativa, reencontramos aquele mesmo contraste entre *juspositivismo e antipositivismo*, que já vimos ao falar da questão preliminar – se a jurisprudência consiste numa atividade cognoscitiva ou criativa do direito. (BOBBIO *apud* VIGLIAR, 2006, p.59)

Sobre o conceito de jurisprudência não é possível encontrar consenso na doutrina, que a define de diversas maneiras: a) jurisprudência como conceito lato, que abrangeria toda ciência do direito, teórica ou prática, seja a elaborada pela doutrina, seja a elaborada pelos tribunais; b) jurisprudência como vocábulo derivado de *júris prudentia*; seria o conjunto das manifestações dos juristas, diante de questões jurídicas concretamente apresentadas para a solução; aproximar-se-ia nesse contexto, aos atuais pareceres produzidos por juristas renomados c) jurisprudência como doutrina jurídica geral, sem preocupação com um caso jurídico concreto; d) jurisprudência como manifestação geral de juízes e tribunais frente a

casos concretos (qualquer antecedente, para essa acepção, se confundiria com jurisprudência); e) jurisprudência como conjunto de decisões uniformes de um ou vários tribunais, sobre a mesma matéria, de forma constante, reiterada, e, ainda, pacífica.

Afigura-se, no entanto, que a atual visão de jurisprudência agregou a esta nova função, qual seja, função criadora de direito, juntamente as demais funções que lhes são atribuídas, quais sejam: a) interpretar a lei, uma vez que não é possível aceitar o aforismo de que a lei clara não necessita de interpretação; b) vivificar a lei, porque uma lei nova influi e sofre influência do ordenamento que a precede, podendo surgir a necessidade de novas interpretações para a harmonização de todo o sistema jurídico; c) humanizar a lei, porque há que se atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, o que significa dizer que as leis não podem ser interpretadas pelos tribunais de forma dissociada dessas metas, aplicando-as mediante uma simples tarefa de subsunção do fato à norma d) suplementar as inevitáveis lacunas da lei; e) rejuvenescer a lei para destacar-lhes imprecisões, incongruências, reelaborando o sistema jurídico que é dinâmico e relativo a um determinado momento histórico da sociedade.

Este novo papel atribuído à jurisprudência, que lhe permite inovar na ordem jurídica, criando enunciados dotados de generalidade e abstração, é reconhecido através das súmulas.

A idéia de súmula surge no direito brasileiro na década de 60. Devido à excessiva demanda existente no Superior Tribunal Federal, o então ministro deste tribunal à época, Victor Nunes Leal, introduziu a idéia da adoção de súmulas como possível solução para este congestionamento. Assim, em 1963, por meio da Comissão de Jurisprudência da qual ele foi o relator, foi criada a primeira súmula daquela instituição que passou a ter vigência no Brasil no ano seguinte, em 1964.

As súmulas, tais como foram introduzidas por Victor Nunes Leal, tinham a particularidade de ter origem regimental. Somente após alteração no regimento interno do Supremo é que foi possível a sua utilização. E, em decorrência disso, somente o STF podia editar súmulas no primeiro momento, uma vez que a permissão estava veiculada ao seu regimento interno.

As então chamadas súmulas ‘simples’ serviam como ferramentas que condensavam certa matéria, de conhecimento reiterado e em um mesmo sentido pelos tribunais e serviam de

orientação para o magistrado. Significa dizer que elas não eram cogentes e não obrigavam os magistrados a fazerem valer o seu enunciado.

Essas questões, atualmente, apresentam mais valor histórico. Desde a edição do Código de Processo Civil de 1973, já existe previsão de mecanismos de julgamento acelerado baseado em súmulas. Exemplo disso é o art. 479, *caput* o qual permite a utilização da súmula pelos Tribunais.

Recentemente, ocorreu a chamada “Reforma do Judiciário”, da qual faz parte a Emenda Constitucional 45. A partir dessa, foram introduzidas mais de 40 alterações no texto constitucional, com o objetivo de tornar a justiça mais célere. Dentre tais alterações promovidas, inseriu-se o artigo 103-A¹ na Constituição da República Federal Brasileira introduzindo, pois, em nosso sistema as súmulas vinculantes.

A partir da leitura deste artigo afigura-se que as súmulas só poderão emergir (i) após reiteradas decisões (idênticas); (ii) sobre normas acerca das quais haja controvérsia atual, entre órgãos judiciários (não intra-STF, portanto) ou entre estes e a Administração; (iii) desde que essa situação acarrete grave insegurança jurídica e, concomitantemente; (iv) redunde multiplicação de processos idênticos (quanto à matéria), causando um aumento desnecessário do volume de processos na Justiça.

¹ 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 lei¹. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#) § 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."

O objeto da súmula será qualquer ato normativo, e não apenas a lei ou a Constituição. Ademais, poderá tratar de normas federais, estaduais, municipais ou distritais, desde que atendidos os demais requisitos constitucionais de elaboração de súmula vinculante, e desde que não seja uma matéria exclusivamente infraconstitucional (a necessidade de haver um “elemento de conexão” constitucional é expressa). Temos, portanto, que:

A súmula é o conjunto das teses jurídicas reveladoras da jurisprudência reiterada e predominante no tribunal e vem traduzida em forma de verbetes sintéticos numerados e editados. O objetivo da súmula é fixar teses jurídicas *in abstracto* que devem ser seguidas pelos membros do tribunal, de modo a facilitar o exercício da atividade jurisdicional, pelo tribunal que as editou. (...) Editando o verbete e inserido na súmula, a tese jurídica firmada na súmula vincula os membros do tribunal que a emitiram: os demais órgãos jurisdicionais, inclusive os juízes que tem suas decisões revistas em grau de recurso pelo mesmo tribunal, não ficam vinculados a súmula, podendo decidir de acordo com o seu livre convencimento motivado. Todos os tribunais jurisdicionais do País, inclusive o STF, podem formar a sua própria súmula, *sem caráter vinculante*. Em outras palavras, os tribunais federais ou estaduais, superiores ou não podem editar *súmula simples*. Somente o STF pode editar, além de *súmula simples*, *súmula vinculante*. (NERY, 2010, p.95)

Os precursores do instituto da súmula vinculante trazem basicamente duas argumentações justificadoras da necessidade da criação deste. A primeira se baseia em conferir maior celeridade ao processo. A Reforma do Judiciário, com a EC/45, como já fora dito, trouxe várias alterações ao texto constitucional. Exemplo disso foi a inserção do inciso LXXVIII ao artigo 5º, consagrando, constitucionalmente o princípio da celeridade e da economia processual, assegurando a todos – tanto em nível judiciário quanto administrativo – a razoável duração do processo. Tal ponderação se justifica na medida em que o processo deve se desenvolver em tempo hábil a garantir que o jurisdicionado tenha sua pretensão alcançada. Ou seja, o processo não pode ter duração demasiadamente demorada de maneira que ao final deste a parte seja vitoriosa, mas não possa alcançar o objeto material de sua demanda, que a esta altura, já pereceu.

Outro ponto de grande relevo na argumentação daqueles que defendem este instituto baseia-se na defesa da segurança jurídica. É cediço que o vocabulário popular é permeado de frases que definem a justiça como uma lotérica, dizendo ser impossível se prever o que se passa na cabeça de um juiz. Estudiosos da ciência jurídica, por sua vez, argumentam que basta a análise de decisões judiciais para se verificar que alguns casos se apresentam sob um prisma

fático extremamente semelhante, mas recebem tratamentos diferentes por parte do judiciário, afirmando que a divergência ocorreria mesmo em diferentes turmas de um mesmo tribunal e que, diante de tal situação, a segurança jurídica – outro preceito constitucionalmente assegurado no artigo 5º, XXVI da nossa Carta Magna - restaria abalada.

Neste ponto de nosso estudo, é preciso fazer uma breve digressão para passar a expor uma nova temática. Dessa forma o capítulo seguinte passará a expor sobre os princípios do processo civil de maior importância para nosso estudo, para que, adiante possamos relacionar os assuntos e atingir o ponto de crucial interesse deste estudo. Passemos, portanto, à análise dos princípios que regem o processo civil brasileiro.

Capítulo 3

Dos princípios no processo civil

Alguns princípios constitucionais norteiam o processo, vistos do prisma do desenvolvimento da atividade jurisdicional.

Reza a moderna doutrina de direito processual que o processo não é e nem pode ser um fim em si mesmo. O direito processual e o direito material são independentes, mas, se relacionam na medida em que aquele existe como instrumento para a consecução deste.

O sistema processual deve observar vários princípios que o norteiam, para sua válida e legítima incidência. São princípios como: princípio do devido processo legal, princípio da isonomia, princípio do juiz natural, princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, princípio do contraditório e ampla defesa, princípio da publicidade, princípio do duplo grau de jurisdição, princípio da motivação das decisões judiciais e administrativas, princípio da celeridade e razoável duração do processo, dentre outros.

É de se notar que, desde o advento do atual Estado brasileiro, inaugurado sob uma nova Ordem Constitucional em 1988, muitos dos princípios orientadores do processo, que até então mereciam destaque extremamente modesto na ordem constitucional revogada, passaram a ser expressamente previstos no texto da Magna Carta.

Abordaremos aqui, de forma mais aprofundada, princípios de especial importância para esta obra.

A) Princípio do devido processo legal

O primeiro ordenamento que teria feito menção a tal princípio foi a *Magna Charta* de João sem Terra, no ano de 1215, ainda sem ter mencionado a expressão “devido processo legal”. A expressão inglesa *due process of law* tem origem nas Constituições de estados americanos (antes mesmo da previsão na Constituição Federal Americana). Surge aí associada ao trinômio vida-propriedade-liberdade. Assim, tem-se que tudo o que disser respeito à tutela da vida, liberdade ou propriedade está sob a proteção do *due process clause*.

A previsão de tal princípio no ordenamento brasileiro encontra-se no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal de 1988.² A esse princípio são conferidas duas acepções. O sentido substancial, em sua origem, pretende conferir limites ao poder governamental. Assim, o poder legislativo deve confeccionar leis que atendam ao interesse público, traduzindo essa tarefa no *princípio da razoabilidade das leis*, sendo que toda lei que não for razoável se submete a controle feito pelo Judiciário. Já o devido processo legal processual, diz respeito, especificamente quanto ao processo civil, no conjunto de garantias asseguradas as partes tais como, a igualdade das partes e o respeito ao direito de defesa e no contraditório.

Vejamos:

O devido processo legal é encarado pelos autores processualistas como um princípio basilar do processo, o qual sustenta os demais princípios que regem esta área, como um postulado fundamental (DIDIER, 2009, p.480). Trata-se de um direito fundamental de conteúdo complexo e conceito aberto. Cumpre informar, dessa forma, que enquanto direito fundamental, o postulado do devido processo legal se aplica também às relações particulares, de acordo com a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, segundo a qual os direitos fundamentais são plenamente aplicáveis às relações entre particulares, independentemente de qualquer concreção normativa infraconstitucional.

Este princípio em seu sentido material imprime ao julgador a necessidade de que suas decisões sejam materialmente razoáveis e devidas. Dessa garantia individual decorrem outros princípios, o da proporcionalidade e o da razoabilidade, os quais cumprem a função da compatibilização e ponderação de interesses naturalmente conflitantes decorrentes das relações humanas. É um princípio que busca a justiça aos casos concretos, adaptando as decisões judiciais às peculiaridades de cada caso concreto (DIDIER, 2009, p.380). Nesse aspecto, é um postulado que traduz uma série de outras garantias, dele decorrentes, como o acesso à justiça, o direito ao contraditório e ampla defesa, o direito do juiz natural (MENDES, 2007, p.320).

Por fim, o devido processo legal também pode ser entendido sob um aspecto formal, de acordo com o qual, é posta a garantia ao indivíduo a ser processado e a processar nos termos das normas processuais estabelecidas pelo ordenamento. Esse direito não se restringe apenas ao momento de aplicação das leis, mas também durante o processo legislativo, isto é, de criação dessas normas (DIDIER, 2009, p.480).

²Art.5º LIV, CF - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

B) Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional

Dispõe a Constituição Federal³ que todos têm acesso à justiça para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória relativamente a um direito. Estão aqui contemplados, não só os direitos individuais, como também os difusos e coletivos. O direito à obtenção de uma prestação jurisdicional encontra-se satisfeito com a prolação de sentença de mérito positiva ou negativa.⁴ Além disso, pelo princípio constitucional do direito de ação, não é suficiente o direito a tutela jurisdicional, essa tutela tem de ser adequada, sem o que, restaria vazio de sentido o princípio.

Como as garantias fundamentais e os direitos sociais devem ser interpretados de forma ampliativa – contrariamente aos demais preceitos constitucionais – isso implica que, não se pode dar a lei interpretação que impeça ou dificulte o exercício da garantia constitucional do direito de ação.

O princípio do direito de ação tem, ainda, como decorrência a atribuição de assistência jurídica gratuita e integral aos necessitados⁵. Diferentemente da assistência judiciária prevista na Constituição anterior, a assistência jurídica tem conceito mais amplo e abarca a consultoria e atividades extrajudiciais em geral, bem como, evidentemente, atividades em juízo.

Acerca deste princípio:

O acesso à justiça, que também pode se denominado como proteção judicial efetiva, é de difícil definição, e vive em constante transformação, mas pode ser efetivamente entendido como um requisito fundamental de um Estado de Direito, o qual pretende não apenas proclamar inúmeros direitos a todos, mas efetivamente garanti-los (CAPELLETI, 1988, p.602). Consagra, então, uma tutela judicial efetiva, que garante a proteção judicial contra a lesão ou ameaça a direitos. Da garantia do acesso à justiça decorrem outros direitos, também constitucionalmente contemplados, como as ações constitucionais, o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o mandado de injunção, e outras (MENDES, 2007, p. 450).

³ Art. 5º, XXXV, CF - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

⁴ Exceto se ausentes as condições da ação, hipótese em que se poderá proferir sentença sem resolver o mérito.

⁵ Art. XXXIV CF - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal.

C) Princípio do contraditório

Apesar de já ter previsão de longa data nas pretéritas Constituições brasileiras, este princípio sofreu notória ampliação na Carta Magna de 1988 uma vez que, passou a prever a garantia do contraditório que só existia para o processo penal na Constituição de 1969, também para o processo civil e o administrativo.

O princípio do contraditório, além de se constituir fundamentalmente em manifestação do princípio do Estado de Direito, tem íntima ligação com o da igualdade das partes e do direito de ação, pois ao assegurar aos litigantes a garantia do contraditório e ampla quer significar que tanto o direito de ação quanto o direito de defesa são manifestações do contraditório.

Por contraditório deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhes sejam desfavoráveis. Garantir-se o contraditório significa, ainda, a realização da obrigação de noticiar e da obrigação de informar que o órgão julgador tem, a fim de que o litigante possa exteriorizar suas manifestações. Os contedores têm direito de deduzir suas pretensões e defesas, de realizar as provas que requereram para demonstrar a existência de seu direito, em suma, o direito de serem ouvidos paritariamente no processo em todos os seus termos. (NERY, 2010, p.211)

Em razão dessa garantia processual, é defeso ao julgador encurtar a participação da parte no processo. O órgão julgador deve dar a mais ampla possibilidade de o litigante manifestar-se no processo.

O direito à produção de provas decorre diretamente desse princípio. O litigante tem o direito de provar o fato alegado ou apresentar contraprova ao processo. Assim, tem-se que o destinatário da prova é o processo, e não o juiz. Por tal motivo, não pode o juiz querer não conhecer a prova por alegar já terem nos autos subsídios suficientes à formação de seu convencimento.⁶

Qualquer ofensa a este princípio constitui cerceamento de defesa, acarretando nulidade processual.

⁶ Exceto se, a prova for considerada desnecessária. STF, Ag. 141095-PR, Rel. Min. Celso de Mello, j. 31.10.1994, DJU 14.11.1994, p. 30860.

D) Princípio da ampla defesa

A ampla defesa representa garantia constitucional prevista no art. 5.º, inciso LV, da Constituição Federal. Sua concepção possui fundamento legal no direito ao contraditório, segundo o qual ninguém pode ser condenado sem ser ouvido.

Por força do que foi enunciado, não seria demasiado dizer que a ampla defesa também está intimamente ligada a outro princípio constitucional mais abrangente, qual seja o devido processo legal, pois é inegável que o direito a defender-se amplamente implica conseqüentemente na observância de providência que assegure legalmente essa garantia.

Embora previstas no mesmo dispositivo constitucional (art. 5º, LV), as garantias do contraditório e da ampla defesa não possuem conceitos coincidentes. São, no entanto, conexos, na medida em que o contraditório se realiza por meio da ampla defesa conferida às partes, isto é, o contrário é plenamente satisfeito através do exercício efetivo da defesa material e processual (DIDIÉ, 2009, pág 62).

Apesar desse princípio vir expresso pela fórmula "ampla defesa", seu raio de aplicação não se limita exclusivamente a beneficiar o réu, posto que visa também favorecer outros sujeitos da relação processual. Sendo assim, não é errôneo dizer que a ampla defesa constitui direito que protege tanto o réu quanto o autor, bem como terceiros juridicamente interessados. A doutrina afirma que somente haverá ampla defesa de forma substancial quando todas as partes litigantes exercerem, ao menos terem essa possibilidade, sem limitações, os direitos que o ordenamento pátrio lhes garante, como o relativo à dedução de suas alegações e à produção de prova.

E) Princípio da celeridade e da razoável duração do processo

Tal princípio foi recentemente inserido no texto constitucional.⁷ Apregoa a razoável duração do processo e a celeridade de sua tramitação.

Esse princípio possui dupla função porque, de um lado respeita o tempo do processo em sentido estrito, quer dizer, a duração que tem o processo, do início ao fim, até o trânsito em julgado, e, de outro, tem a ver com a adoção de meios alternativos à solução de conflitos, aliviando a carga de trabalho na justiça ordinária. Sobre esse último ponto, existem numerosos

⁷ Art. 5º, LXXVIII, CF- a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação

exemplos no direito brasileiro como: os juizados especiais, a arbitragem, a ação monitória, a simplificação do procedimento do recurso de agravo, a extinção da liquidação pelo cálculo do contador, o processo eletrônico, o incremento da utilização das tutelas de urgência dentre outros.

A razoável duração do processo deve ser aferida tendo por base critérios objetivos. São eles: a) a natureza do processo e a complexidade da causa; b) o comportamento das partes e de seus procuradores; c) a atividade e o comportamento das autoridades judiciárias e administrativas competentes; d) a fixação legal de prazos para a prática de atos processuais que assegure efetivamente o exercício do contraditório e ampla defesa.

Acerca da importância do tema temos:

É inegável, por outro lado, que, quanto mais distante da ocasião tecnicamente propícia for proferida a sentença, a eficácia será proporcionalmente mais fraca e ilusória. (...) De fato, exceto que se busquem no processo outros fins, diversos daqueles previstos e destacados pela teoria da instrumentalidade do processo, menos nobres ou até imorais, tutela jurisdicional tardia equivale a uma não tutela e, ainda, a relação de falência do sistema de promessa da inafastabilidade do controle jurisdicional. (TUCCI, José Rogério Cruz, *apud* VIGLIAR, José Marcelo Menezes, 2006, p.41)

Contudo é importante ponderar sobre a aplicabilidade de tal princípio. Vejamos:

A busca da celeridade e razoável duração do processo não podem ser feita a esmo, de qualquer jeito, a qualquer preço, desrespeitando outros valores constitucionais e processuais caros e indispensáveis ao estado democrático de direito. *O mito da rapidez acima de tudo e o submito do hiperdimensionamento da malignidade da lentidão* são alguns dos aspectos apontados pela doutrina como contraponto a celeridade e a razoável duração do processo que, por isso, devem ser analisados e ponderados juntamente com outros valores e direitos constitucionais fundamentais, notadamente o direito do contraditório e da ampla defesa. (NERY, 2010, p. 323)

F) Princípio do duplo grau de jurisdição

A simples previsão da existência de órgãos recursais, sem que se preveja, no entanto, a garantia do duplo grau de jurisdição, dá margem à limitação, pelo legislador infraconstitucional, da possibilidade da utilização de recursos em determinados casos.

O STF afirmou ser o duplo grau de jurisdição “a possibilidade de um reexame integral da sentença de primeiro grau e que esse reexame seja confiado a órgão diverso do que proferiu e de hierarquia superior na ordem judiciária”.⁸

Muito se questiona na doutrina pátria se este princípio constitui uma garantia constitucionalmente assegurada. Vejamos:

O aludido inciso do art. 5º garante os recursos inerentes ao contraditório, vale dizer o direito aos recursos previstos na legislação processual para um determinado caso concreto, ressalvando que, para certa hipótese, pode o legislador infraconstitucional deixar de prever a revisão do julgado por um órgão superior. (MARINONI, 1998, p.217)

Em sentido contrário:

Sem embargo de não vir expresso no texto constitucional, o princípio do duplo grau de jurisdição é considerado de caráter constitucional em virtude de estar umbilicalmente ligado à moderna noção de Estado de Direito, *entretanto advertem que* o princípio, conquanto de cunho constitucional, comporta limitações, cujo exemplo está no § 3º do artigo 515, do CPC, que permite ao Tribunal, no julgamento de apelação interposta contra sentença terminativa, conhecer diretamente do mérito, dès que a causa verse exclusivamente sobre questão de direito e esteja pronta para julgamento; nesse caso mesmo não havendo apreciação da matéria meritória pelo primeiro grau, é permitido que o órgão ad quem análise o mérito, intocado por aquele. (WAMBIER, 2002, p.140)

Parece então que tal princípio só existe como garantia absoluta para o processo penal⁹, sendo no processo civil apenas um princípio mas não uma garantia constitucionalmente assegurada.

⁸ STF, Pleno, RO em HC 79785-7-RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 29.2.2000, m.v., DJU 22.11.2002, p.57, RTJ 183/1010.

⁹ Garantido como tal pelo Pacto de São José da Costa Rica.

O princípio do livre convencimento motivado do juiz por merecer especial atenção nesta obra será tratado de maneira mais aprofundada no capítulo seguinte.

Capítulo 4

Uma análise do princípio do livre convencimento motivado do juiz

A maneira de avaliar a prova conheceu uma evolução ao longo do tempo, amoldando-se aos costumes e organização política e jurídica de cada povo em cada época.

O sistema positivo, também conhecido por sistema da prova legal, em sua origem remonta ao arcaico processo germânico, com suas ordálias, ou juízos de Deus. No sistema das ordálias, havia a falsa idéia de que a divindade intervinha nos julgamentos. Sob tal argumento, submetiam-se os réus a provações irracionais como a prova do ferro em brasa onde o pretense culpado, com os pés descalços, teria de passar por uma chapa de ferro em brasa: se nada lhe acontecesse, era inocente, porém, se queimasse sua culpa era manifesta. Aqui, de nada importava a opinião formada pelo juiz, seu papel era tão somente o de sentenciar o que já havia se manifestado de forma “incontroversa”.

Tendo o homem evoluído e com ele o processo, as provas humanas passaram a substituir as divinas. Sobreveio o sistema de provas tarifadas, herança do direito canônico. Neste, as provas tinham valor predeterminado e o juiz manteve sua posição passiva no processo, não podendo atribuir valor as provas.

Outro sistema, o da livre apreciação, surge no outro extremo do mundo jurídico. É um sistema onde o julgador decide e valora a prova “*secundum conscientiam*”. Neste sistema, o juiz, à sua vontade, julga até contra a prova, pois a verdade está em sua consciência, por isso é também comumente chamado “sistema da convicção íntima”. Este sistema reflete o total liberalismo no processo, quanto à apreciação da prova que vigorou até o início do século XVI. A negação do direito em prol do arbítrio constituía a base de tal sistema. O absurdo chegava ao ponto de que, em havendo provas conflitantes, poderia o juiz deixar a lide sem solução. Tal sistema existe ainda hoje, em nosso Tribunal do Júri, na medida em que os jurados não precisam justificar suas decisões.

Enfim, temos o sistema das legislações modernas, já consagrado como princípio, qual seja o do livre convencimento motivado do juiz ou persuasão racional. É este um sistema intermediário, no qual, para a apreciação da lide, vige o convencimento do julgador, porém,

adstrito às provas constantes dos autos do processo. O juiz decide com liberdade, calcado no raciocínio e na lógica, tendo como base a legislação vigente, com apoio nos elementos e subsídios existentes nos próprios autos, tendo que, na sentença, explicar os motivos de sua decisão. Neste diapasão:

O pensamento jurídico evoluiu, trazendo novas coisas para a hermenêutica, que, então, já possuía preocupações axiológicas. Passou a haver posições mais lúcidas, demonstrando que a aplicação da lei pelo judiciário deveria fundar-se em critérios valorativos altos, priorizando as aspirações de justiça e bem-estar social.

Ampliou-se o poder o juiz, sob o entendimento de que ao julgador cabe dar a solução mais justa possível, integrando valorações pertencentes à legalidade positiva, somada da valoração humana, proveniente de convicções sociais, usos e costumes.

Surge aí um sistema de valoração de prova novo, novos e mais racionais limites para o julgador, emerge o sistema da convicção racional, posteriormente vindo a integrar-se ao Direito Processual. Devido a isto, aparece um novo princípio em processo, o princípio do livre convencimento motivado do juiz. (ARRONE, 1996, p.21)

Nosso sistema assegura, ainda, ao juiz um papel mais ativo, não sendo o juiz um mero expectador do processo. Ou seja, cabe a ele decidir, e na busca da decisão mais justa lhe são conferidos poderes instrutórios. O Código de Processo Civil atribui tais poderes ao magistrado, em seus artigos 130, 342, 355 e 418¹⁰.

Isso ocorre porque, modernamente, nossas legislações processuais, quanto aos princípios inquisitivo e dispositivo, são mistas, oferecendo meios para que o julgador não fique passivamente aguardando a produção de provas no processo, devendo ele investigar de forma a buscar o seu convencimento, caso a prova carreada não seja suficiente. Assim, dá-se ao processo um cunho publicista, sendo que a iniciativa oficial será complementar à iniciativa das partes.

¹⁰ Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Art. 342. O juiz pode de ofício, em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa.

Art. 355. O juiz pode ordenar que a parte exhiba documento ou coisa, que se ache em seu poder.

Ainda sobre provas há que se dizer que na legislação moderna há resquícios de tarifamento de provas no que tange às provas documentais e periciais. Aquelas, quando exigidas como substância do ato não poderão ser substituídas por nenhuma outra e essas possuem caráter especial em virtude do conhecimento técnico necessário à sua produção. Além disso, há matérias que dispensam a produção de provas como: fatos notórios, os fatos afirmados por uma parte e confirmados pela parte contrária, os fatos admitidos no processo como incontroversos, e os fatos em virtude dos quais milite presunção de existência ou veracidade.

Por fim, há de se falar que o juiz tem sua liberdade tolhida em certas hipóteses, na medida em que não é dado ao juiz deferir a prova testemunhal quando se tratar de fato já provado por documento ou confissão da parte (pela desnecessidade da prova testemunhal), de fato sobre o qual necessite a produção de prova pericial, ou quando o fato se referir a contrato cujo valor exceda ao décuplo do salário mínimo vigente à época de sua feitura (por militar presunção de ineficácia probatória da prova testemunhal nesses últimos casos).

Assim, fica entendido que no processo os fatos serão levados a conhecimento do juiz por meio das provas carreadas aos autos e frente aos fatos expostos o juiz deverá tomar uma decisão. Ou seja, frente aos fatos o juiz decidirá qual a consequência jurídica.¹¹

Apregoava a concepção clássica que a aplicação da norma jurídica deveria ser realizada através da subsunção do fato (concreto) à norma (conceito abstrato). O texto da norma deveria ser considerado em sua literalidade, pois, o texto em si já conteria todos os elementos necessários à consecução do direito. É o que defende o positivismo e a teoria da norma pura.

É de se averiguar que os casos fáticos levados à apreciação do judiciário, comumente, se afiguram demasiados complexos para que a eles possa ser aplicada uma simples “equação” de: hipótese de incidência – consequência jurídica (e aqui se percebe que a tarifação de provas é inviável). Permeando esta operação, há de haver uma atuação inteligível, capaz de aferir todas as particularidades do caso concreto e avaliá-las segundo os ensinamentos do direito, prescritos no ordenamento jurídico como um todo.

¹¹ Não podendo deixar sem resposta um caso levado a seu conhecimento.

Em virtude disso, vem se reconhecendo o sistema de subsunção moderno. Tem prevalecido na doutrina, o entendimento de que toda norma jurídica deve ser interpretada e que a parêmia do “*in claris cessat interpretatio*” não tem qualquer aplicabilidade. Consoante a tal entendimento, durante a aplicação da norma, o juiz (aplicador) deve atender a três parâmetros independentes, mas que se relacionam para definição do que é o direito. Assim, deve o aplicador estar atento aos fatos, as normas e **aos valores**.

A finalidade é a de permitir que o sistema normativo se adeque às alterações sociais, garantindo-lhe eficácia.

A lei não é meramente seu texto escrito, as palavras e orações nela contidas e as singulares declarações e particulares disposições e afirmações nele feitas. Seu texto, suas palavras e orações são os andaimes, o aparelho, o sinal atrás do qual se oculta o sentido total, espírito e conteúdo da lei (...). A essência e conteúdo da lei não estão nas palavras, mas nas idéias, nos espírito, nos superiores conceitos informadores da lei. O conteúdo espiritual dela é sempre mais rico do que o expressado literalmente. Não é suficiente, insistimos, fixar o sentido literal das palavras, porque quase sempre esse sentido não coincide com o profundo. Este último se obtém descobrindo-se o nexó íntimo das várias palavras do texto legal, na formação das frases, com o fito de explicitar-lhe o conteúdo, sob vários os aspectos. **Vê-se, de imediato, que se trata de uma investigação penetrante, que exige o emprego de uma lógica formal, íntima, para que as palavras possam revelar seu verdadeiro sentido, em face a realidade social regulada pelo legislador.** (NETO, RT. São Paulo: p. 104 apud Recasens Siches, apud Alipio Silveira, **Hermenêutica do direito brasileiro**, RT, 1968, vol.1, p.83 – Fuentes Del derecho civil español, p. 186-187).

Consoante a isso, dispõe a LINDB:

“Art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá **aos fins sociais** a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”.

Assim, ressalta-se a importância da hermenêutica na atuação do magistrado. A ele não cabe realizar uma operação mecânica quando da aplicação da lei. Cabe-lhe buscar sentido que a norma ganha, tendo em vista o ordenamento jurídico como todo e os princípios neste insculpidos, além de verificar a efetividade da norma frente à realidade contemporânea, podendo em sua decisão até mesmo contrariar o disposto em lei, desde que o faça de forma motivada.

Na avaliação dos fatos que deverá proceder o magistrado ressalta-se a importância do juízo de primeiro grau. O autor, ao ingressar em juízo, se considera detentor de algum direito que existe em consequência de uma prescrição legal. Ele levará então, ao conhecimento do magistrado, os fatos que justificam a aplicação ou o afastamento de determinada norma jurídica. Tais fatos serão levados a conhecimento do magistrado por meio de provas. É diante do juízo de primeiro grau que todas essas provas serão produzidas. É ele que terá acesso a todas as impressões sensíveis, trazidas, por exemplo, pelo depoimento de uma testemunha.

Neste sentido:

“Afirma-se ainda que os juízes de segundo grau têm maior experiência e, assim, maior possibilidade de fazer surgir soluções adequadas aos diversos casos concretos. O argumento, que só é válido em relação ao recurso interposto a um órgão composto por juízes de segundo grau, leva à conclusão de que apenas o juiz mais experiente pode ter a última palavra acerca da situação conflitiva. Trata-se, como é evidente, de um grande equívoco, pois não se pode dizer que o juiz mais antigo, que não teve qualquer contato com as partes e com a prova, é necessariamente aquele que está em melhores condições de decidir.

(...)

É oportuno lembrar que a doutrina alemã tem estabelecido uma relação entre o princípio do *rechtliches Gehör* (princípio político da participação - fundamento de uma participação em contraditório mediante paridade de armas no processo jurisdicional) e a oralidade. Entende-se, em outras palavras, que a oralidade é fundamental para que se permita uma participação mais adequada dos litigantes no processo. Trocker chega a afirmar, ao referir-se a este ponto, que a imediatidade é imprescindível para que o processo possa melhor responder às garantias constitucionais da ação e da defesa. ”(MARINONI, **A prova, o princípio da oralidade e o dogma do duplo grau de jurisdição**. Disponível em: http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7BBBF82E33F-549B-46A9-BB3B-88CAFC9251FF%7D_029.pdf).

Dessa forma, percebe-se que os juízes de primeiro grau por terem um maior contato com a realidade social, são os principais criadores e inovadores da ordem jurídica. Além disso, por estarem mais próximos dos problemas sociais são menos preocupados com a governabilidade,

e inclinam-se mais para a garantia de direitos, enquanto os superiores são mais afetos as questões gerais e de Estado.¹²

Foi o que se observou, por exemplo, no caso do uso de algemas. Temos que esse tema foi analisado em sede de somente quatro precedentes, demonstrando-se assim claramente que não havia uma “maturidade” de discussões sobre o assunto como requer a produção de súmula. Muitos argumentam que a real intenção da súmula vinculante nº 11 foi a de “blindar as elites” das sanções que o Estado impõe àqueles que cometem crimes. Alegam que o motivo que levou à edição dessa súmula foi meramente político, que as razões da aprovação da “súmula da não-algema” se deram em virtude das ações da polícia federal nos últimos tempos, em que foram presas pessoas da alta classe do país, por exemplo, a prisão do ex-presidente do Senado Jader Barbalho, do ex-prefeito de São Paulo, Paulo Maluf, a prisão do banqueiro Daniel Dantas, o que foi noticiado de maneira sensacionalista pela mídia.

Por todo o exposto, aqui estamos a defender a necessidade de que tem o processo de atravessar todas as instâncias. Retirar do autor o direito de levar sua demanda ao conhecimento do juízo de primeiro grau, consistiria inegavelmente entrave ao convencimento que se faz necessário na prolação de uma sentença.

É importante mencionar a independência que a Constituição Federal assegurou aos membros do Poder Judiciário através de três importantes garantias: a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos. A primeira das supramencionadas garantias informa que a perda do cargo de magistrado só será possível mediante o trânsito em julgado, sendo que esta garantia só será conquistada a partir do momento em o juiz de primeiro grau completar dois anos efetivos de exercício de sua atividade. Antes desse prazo, no entanto, o magistrado poderá perder se cargo mediante deliberação do tribunal ao qual estiver vinculado.

A garantia da inamovibilidade, por sua vez, se traduz num impedimento de que o juiz, por alguma estratégia institucional, seja afastado da apreciação de uma determinada lide, por isso, é defeso sua remoção do cargo *ex officio*. Sob esse aspecto, a Constituição determina a remoção do magistrado só se dera mediante decisão por maior absoluta do tribunal ao qual estiver vinculado, ou do CNJ, bem como demonstração de existência de interesse público.

¹² Neste sentido pode-se arrolar mais um aspecto negativo das súmulas, qual seja, o perigo de termos sumulado um entendimento muito mais preocupado exclusivamente com a questão política.

Por fim, a irredutibilidade de vencimentos, que também se põe como uma garantia geral de todos os servidores públicos é bastante importante, na medida em assegura de forma efetiva a independência funcional dos magistrados, impedindo qualquer decisão legislativa tendente a prejudicar a classe, reduzindo os subsídios devidos.

Neste ponto de nosso estudo, já foi exposto que é o juiz livre para decidir, na medida em que não há nenhuma regra legal indicando uma hierarquia de provas ou uma tarifação destas, e que, sendo livre, ele valorará as provas de acordo com seu convencimento. Ele levará em conta a análise dos fatos provados, e das normas jurídicas, construindo, pois, o direito aplicável ao caso, externando-o em sua decisão. O raciocínio que levou a construção de tal direito deverá estar presente em sua sentença, uma vez que há a necessidade de o magistrado motivar suas decisões, sendo que a sentença sem exposição dos motivos será considerada nula.

Essa necessidade de motivação justifica-se por vários motivos. O primeiro é o de possibilitar e facilitar o trabalho do órgão recursal, que para decidir rever, ou não, a decisão prolatada em instância inferior, deverá saber sobre quais fundamentos apoiou-se o juiz (ou juízes). A segunda ponderação a ser feita, sobre a importância da motivação da decisão, consiste no fato de que vivemos em um Estado Democrático de Direito. Neste, o controle da decisão deve ser feito, em última análise, pelo próprio povo.

Isso se dá em homenagem princípio da publicidade que está associado aos princípios da moralidade e da impessoalidade. Deverá o juiz convencer a população de que exerce sua função de forma proba, de que não agiu em favorecimento pessoal de nenhuma das partes. Deverá, portanto, tornar públicas suas decisões, bem como o fundamento dessas, permitindo que a própria população verifique se a sentença foi feita com a devida observância do direito.

Sobre o tema:

O controle 'extraprocessual' deve ser exercitável, antes de mais nada, pelos jurisdicionados '*in genere*', como tais. A sua viabilidade é condição essencial para que, no seio da comunidade, se fortaleça a confiança na tutela jurisdicional – fator inestimável, no Estado de Direito, da coesão social e da solidez das instituições. (MOREIRA, 1988, p.90)

Capítulo 5

5.1) A súmula e o princípio do livre convencimento motivado do juiz

A Emenda Constitucional nº45 introduziu, no ordenamento jurídico brasileiro, enunciado com efeito vinculante, qual seja a súmula vinculante. A partir deste momento, um processo que fosse levado a conhecimento do judiciário, dotado das mesmas características daqueles que deram ensejo à criação de uma súmula com efeito vinculante, deveria ser decidido em conformidade com o enunciado desta.

Logo, não se justificaria atravessar todo o processo, que poderia ser desde já solucionado com a aplicação da súmula. Ela teria assim a virtude de trazer a celeridade processual e garantir segurança jurídica ao jurisdicionado.

No entanto, o que pretendemos demonstrar nesse estudo é que sob a pretensa defesa da segurança jurídica e da celeridade processual, a inserção do instituto de caráter vinculante dotado de imperatividade e coercibilidade no sistema brasileiro estaria a engessar a atuação do juiz. Vejamos quais são as contra-argumentações daqueles que defendem tal instituto:

- a) O juiz poderá decidir em dissonância com o texto de súmula se entender que esta não se aplica ao caso;
- b) O texto sumulado poderá ser revisado ou revogado.

Sobre o primeiro ponto, os que defendem a adoção da súmula vinculante, argumentam que esta convive harmonicamente com o princípio do livre convencimento motivado do juiz. Não obstante a existência de súmula com efeito vinculante sobre o tema, o juiz poderia deixar de aplicá-la nas seguintes hipóteses: a) O órgão julgante entende inexistir identidade entre os pressupostos fáticos ou jurídicos dos precedentes que ensejaram a súmula e aqueles do caso *sub judice*; b) O órgão julgante entende inconstitucional o próprio teor da súmula do Pretório Excelso.

Sobre a primeira hipótese¹³ sua eficácia dependerá de especial afincamento do juiz em sua atividade. Além disso, a sistemática da aplicação das súmulas, a forma como isso foi legislado, com a previsão de impedimentos para que recursos contrários as súmulas não prosperem, se fez tão incisiva que chega a coibir o juiz a agir destoante do entendimento sumulado. Nesse sentido:

Difícilmente se concebe incentivo maior à preguiça, ou, em termos menos severos, ao comodismo do julgador, que poderá valer-se da franquia para desvencilhar-se rapidamente do estorvo de novo processo, com a pura e simples baixa de um arquivo do computador. Dir-se-á que o texto projeto restringe a possibilidade às hipóteses em que não haja “qualquer singularidade” na causa agora ajuizada; mas a lei do menos esforço quase fatalmente induzirá o juiz menos consciencioso a enxergar identidade onde talvez não exista mais que vaga semelhança. A tentação da facilidade será forte demais, sobretudo quando grande carga de trabalho estiver assoberbando o magistrado. Em não poucos casos, ante a primeira impressão do *déjà vu*, a própria leitura da petição inicial corre o perigo de ver se truncada, ou reduzida à sumária olhadela, desatenta a argumentos porventura novos que o autor suscite. Não poderá contar muito, por parte do juiz, com o empenho – tão desejável – numa reflexão constantemente renovada sobre as questões de direito que incumbe enfrentar. (MOREIRA, 2007, p.312).

Restaria então a possibilidade de que o magistrado deixasse de aplicar o entendimento consolidado em súmula no exercício do controle difuso de constitucionalidade. Assim:

Como o juiz pode fazer o controle de constitucionalidade da lei e de ato normativo contestado em face da CF, deixando de aplicá-los quando entender contrários a lei ou ao espírito da Constituição, com muito mais razão poderá fazer o controle de constitucionalidade de súmula de tribunal, simples ou vinculante – essa última em razão de seu caráter normativo (geral e abstrato). Esse controle implica a possibilidade de o juiz deixar de aplicar o enunciado constante de súmula e de, mesmo que o aplique, receber o recurso interposto contra sua decisão. (NERY, 2010, P.96)

Contudo, somente a *práxis* forense poderia nos mostrar numericamente, quantas são as vezes em que o juiz analisa um caso com a mesma atenção, ao perceber que sob hipótese semelhante existe súmula com entendimento contrário consolidado e, em quantas o magistrado avista-se estar diante de caso do cabimento de súmula já aplica esta de pronto,

¹³ O órgão judicante entende inexistir identidade entre os pressupostos fáticos ou jurídicos dos precedentes que ensejaram a súmula e aqueles do caso *sub judice*.

sem deter maior atenção as peculiaridades que esse caso possa apresentar. Ainda, muito mais exíguos haverão de serem os precedentes em que o magistrado desafiou prolatar decisão em sentido contrário ao texto de súmula vinculante, vez que estava munido da certeza de ver reforma de sua decisão.

Isto porque, junto às súmulas simples e as súmulas de enunciado com efeito vinculante existem mecanismos impeditivos de recurso contra decisões que apliquem as súmulas. Assim, o artigo 518, §1º, do Código de Processo Civil, autoriza o juiz a não receber a apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal. Com esse mesmo fito, foi alterado o artigo 557, CPC, prevendo possibilidade de o relator, monocraticamente negar seguimento ao recurso em confronto com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal ou de Tribunal Superior, de extrema semelhança com o novo regramento. Por fim, o próprio artigo 103-A da Magna Carta, consagrou o instituto da Reclamação¹⁴, que poderá ser acionado, sempre que ato administrativo ou decisão judicial contrariar o disposto em súmula vinculante.

Em 2005, passou a tramitar a PEC 358 que tem como um de seus objetivos a implantação do conceito de súmula impeditiva de recurso às decisões advindas do STJ. Com efeito, as reformas ocorridas nos últimos anos têm claro objetivo de obstar a ocorrência de recurso nas vias ordinárias e extraordinárias. Dessa monta, percebe-se que a ocorrência das chamadas súmulas impeditivas de recurso não dependerá da sanção da PEC em questão, uma vez que o legislador infraconstitucional já adiantou seus efeitos.

Sobre o tema:

Conforme já assinalamos anteriormente, “ainda que se pretenda dar a súmula da jurisprudência dominante no STF e no STJ a eficácia igual à de lei, por certo essa eficácia não deverá ser maior que a da lei. A ninguém parecerá razoável dizer que o juiz não pode receber o recurso de apelação, alegando que a sentença está conforme com a lei ou, em outras palavras, que a sentença está ‘certa’, da mesma forma que não poderá entender razoável o juiz indeferir a apelação porque estaria em desacordo com súmula *tout court* (simples ou vinculante) do STF ou do STJ. O CPC 518 §1º é praticamente cópia de dispositivo que não foi aprovado pela EC 45/04 e existe proposta no Congresso Nacional para incluir o instituto da *súmula impeditiva de recurso* no texto da CF. O tema, portanto, não é de lei ordinária, mas de

¹⁴ É um dos casos de aplicação do instituto da reclamação.

Constituição. O dispositivo faz com que, na prática, as súmulas simples do STF e do STJ tenham todas *eficácia vinculante*, em evidente desrespeito ao sistema constitucional, notadamente ao espírito da CF 103-A. Mais grave, ainda, é a proposta de ampliação dessa restrição constante na norma comentada para impedir o recebimento de apelação quando a sentença estiver de acordo com ‘súmula do respectivo Tribunal ou dos Tribunais Superiores em sentido igual a decisão recorrida’ (v.g. PL Senado 140/04), porque isso, na prática, tornaria ‘vinculantes’ todas as súmulas dos tribunais do país. A inconstitucionalidade é flagrante.

(...)

A primeira vista, o CPC 518 §1º parece contribuir para dar maior celeridade ao processo, atendendo a mandamentos da CF 5º LXXVIII, a pretexto de que o recurso teria poucas chances de ser provido. No entanto, “as garantias fundamentais do devido processo legal e do duplo grau de jurisdição não permitem exercício de futurologia em detrimento do direito das partes. Assim como não é constitucional, tão pouco razoável, indeferir-se o processo de apelação sob o fundamento de que a sentença aplicou corretamente a lei ou o direito, não se pode indeferir apelação sob o fundamento de que o juiz aplicou corretamente a súmula do tribunal.

Mesmo que se tenha por constitucional o CPC 518 §1º seria aplicável apenas à situação em que a sentença tenha sido proferida de conformidade com a súmula vinculante do STF, e não com base em enunciado de qualquer súmula dos demais tribunais do País. Essa interpretação parece nos estar conforme a CF, o que tornaria o CPC 518§1º, se assim interpretado, imune ao ataque de inconstitucionalidade. (NERY, 2010, p.95-96)

Essa “muralha” de proteção que se criou para efetivar a aplicação das súmulas traz ainda como consequência tornar impraticável a possibilidade de alteração.

Nessa esteira, parece que a previsão do artigo 103-A, CF, no que tange à revisão ou cancelamento de súmulas vinculantes já surge fadada ao insucesso. Isso porque, a LSV prevê para a revisão ou cancelamento de súmulas vinculantes os mesmos requisitos exigidos para sua criação. Contudo, diante da existência de súmulas impeditivas de recursos, questiona-se como poderá se realizar a ocorrência do requisito de “reiteradas decisões” previsto no art.103-A, CF. Logo, apoiar-se neste argumento para justificar o não engessamento do judiciário, não é um argumento tão somente pífio, é um argumento inválido. Pois, se o mecanismo é ineficaz, se dele não surge o efeito que ele visa produzir, não é possível invocá-lo como justificador.

Assim as súmulas dotadas do efeito vinculante teriam o condão de engessar a atuação do juiz que não poderá dela destoar – ou ao menos não sem sofrer a premente ameaça de reclamação bem como de engessamento do próprio ordenamento frente à dificuldade que haverá em se verificar os requisitos que tornem possível sua revisão ou alteração.

Afastar do juiz o conhecimento da causa de todas as peculiaridades não parece ser legítimo. Não afigura certo privar a garantia do jurisdicionado de produzir suas provas em privilégio da celeridade processual. Em tal situação estaríamos a ferir duplamente o sistema de garantias constitucionais, retirando do réu seu direito à ampla defesa bem como seu direito de ver sua demanda decidida por um juiz livre e independente, pois, nas palavras de (NERY JR.): “Independente é o juiz que julga de acordo com sua livre convicção, mas fundado no direito, na lei e na prova dos autos. Julgará apreciando livremente as provas, mas sua decisão tem de ser fundamentada (CPC 131)” (2010, p.136).

Tendo, portanto, demonstrado que o efeito vinculante constitui óbice ao exercício do livre convencimento motivado do juiz, vamos agora analisar se, ainda assim, existe justificativa para que, não obstante a lesão causada ao sistema jurídico seja legítima a permanência deste instituto em nosso sistema.

5.1) Desconstrução dos argumentos em que se apóiam o instituto da súmula vinculante.

A) Segurança jurídica e celeridade

Argumento basilar na defesa do novel instituto consiste na defesa da primazia do princípio da segurança jurídica. Diante da seriedade do assunto, tendo em vista as conseqüências da adoção de um instituto capaz de ceifar parte do processo, conferindo de antemão uma resposta, verifica-se que o processo que dará origem ao enunciado vinculante deveria ser cercado com o máximo de garantias. Dependendo da regulamentação que recebessem, as súmulas poderiam demandar decisões anteriormente firmadas no mesmo sentido por unanimidade dos membros do Tribunal. Esta não foi, contudo, a opção feita pelo legislador.

Em nosso modelo, regulamentado tanto em nossa Carta Magna, como na LSV, ao invés de exigir das decisões de base (aquelas decisões concretas que devem ser reiteradas) a maioria de 2/3 dos ministros (oito ministros, contrastando, por exemplo, como *quorum* de seis ministros para fins de obter uma decisão final em Plenário, ou três, em caso de decisões em alguma das

Turmas), optou-se por reabrir *a posteriori* o debate e passar a exigir os 2/3 – sobre o tema que já foi objeto de discussão nas decisões concretas anteriores – apenas por ocasião da formação do efeito vinculante no processo de sumularização do conteúdo das decisões reiteradas.

Da forma como está previsto o *quorum* das chamadas “reiteradas decisões”, qual seja o de maioria qualificada de 2/3 dos ministros - por vezes tomadas por um *quorum* de somente três ministros – poderá haver um destoamento do posicionamento da maioria do STF. Em outras palavras, permite que seja deflagrado um processo de súmula vinculante com a possibilidade de que o entendimento da maioria da Corte seja contrário ao das decisões invocadas na base. Dessa forma, seria necessário, no mínimo, haver um endurecimento deste *quorum* permitindo que houvesse uma maior certeza quanto ao posicionamento da grande maioria do STF.

No entanto, ainda que o *quorum* seja alto, ou mesmo que se exija a unanimidade, o problema aqui apresentado permaneceria, pois não há a exigência, no modelo brasileiro de tomada de decisão no STF, de exigência de congruência entre as fundamentações apresentadas por cada ministro para chegar à decisão. Aqui, pois, surge um novo problema, que não é o *quorum* para tomada de decisão, mas sim o *quorum* exigido para a fundamentação da demanda.

Um exemplo se dá quanto à declaração de inconstitucionalidade de uma lei. Para que esta seja declarada é necessário que a maioria absoluta dos ministros do STF vote neste sentido (art. 97, CF). No entanto, é possível que este *quorum* seja atendido pelo voto de ministros que concordem com a inconstitucionalidade de uma determinada lei, e discordem totalmente quanto à fundamentação de tal inconstitucionalidade.

Por isso, defende-se que, para a validade de tal instituto seria necessário haver harmonia quanto à fundamentação da decisão capaz de ensejar o processo de produção de súmula vinculante. O Ministro Moreira Alves (ADI 1635), neste sentido, lembrou que pode haver muitos processos repetidos, mas com apresentação de fundamentos diferentes em cada uma das decisões (embora concordantes quanto ao posicionamento final), exceto naqueles casos em que a fundamentação fará parte da própria súmula, por ser imprescindível, caso para o qual se torna desnecessária tal discussão.

Outro ponto a ser considerado diz respeito à alteração dos ministros que compõe o STF e o requisito “controvérsia atual” que orienta a criação das súmulas. Poderia o voto de ministros que já não se encontram no STF justificar a abertura de processos de edição de súmula

vinculante? Se entendido que sim, poderá se chegar, ao final, à formulação de um enunciado de súmula com efeito vinculante que não mais reflita o entendimento da nova composição do STF. Sendo assim, ter-se-ia um paradoxo, pois, reiteradas decisões significarão muito pouco em termos de segurança, amadurecimento e caráter definitivo dos posicionamentos decisórios – elementos necessários para se justificar a abertura do processo de transposição do concreto para o geral.

O princípio do livre convencimento motivado do juiz, além de estar previsto de forma expressa na legislação infraconstitucional, pode ser inferido de algumas garantias asseguradas constitucionalmente. Assim é este princípio decorrência lógica do Estado de Direito¹⁵ e do princípio da motivação das decisões judiciais¹⁶.

O que afirmam os defensores do instituto da súmula vinculante é que não existe incompatibilidade entre os dois princípios. Afirmam isso, no entanto, sem veemência, pois a seguir complementam admitindo que, mesmo se for verdade que tal conflito exista no embate entre a atuação livre do magistrado e a segurança jurídica do jurisdicionado, deve esta prevalecer.

Vislumbra-se isso na seguinte passagem:

Imaginar que o mais importante que a tutela jurisdicional seriam as garantias acessórias para o seu exercício, seria o mesmo que desconsiderar as expectativas do jurisdicionado que, obrigatoriamente deve socorrer da atividade jurisdicional, por ausência de solução de seus conflitos. Privilegiar as garantias do magistrado em detrimento da segurança que o jurisdicionado necessita representaria uma espécie de sanção ao jurisdicionado, que deve ir ao judiciário e, ainda, sob o pretexto de contar com um juiz independente, receber a insegurança que essa independência pode revelar na prática, pela adoção ilimitada de teses jurídicas antagônicas para eventos idênticos. (VIGLIAR. 2003, p. 46)

¹⁵ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

¹⁶ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

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

Ora, o que parece em primeira análise é que o que pretendem os nobres defensores de tal tese é realizar, sem podê-lo fazer, um juízo prévio abstrato entre dois princípios elegendo a segurança jurídica como um bem maior que deverá ser sempre, em todo e qualquer caso prevalecer frente ao convencimento do magistrado.

Os defensores da primazia da segurança jurídica afirmam ser necessário que o jurisdicionado ingresse no Judiciário sabendo quais são as suas chances de dali sair vitorioso. A demanda judicial de estrutura triangular, como a que temos se baseia no fato de que existem ali presentes, dois interesses antagônicos, postos à análise de um terceiro imparcial. Os litigantes estão cada qual ali para a defesa de interesse próprio e oposto; afirmam cada qual proferir a verdade e possuir o direito a ver se materialmente satisfeito. Para tanto é conferido a cada um deles o direito à ampla defesa, na acepção mais vasta que este possa alcançar, ou seja, cada litigante terá direito à oportunidade de produzir, através de todos os meios legais e admitidos em direito, provas para tentar demonstrar a existência de seu direito e assim influir no convencimento do magistrado.

Portanto, ao garantir a uma das partes um grau de certeza quanto à vitória, estar-se-á automaticamente assegurando a outra parte, na mesma proporção, um grau de certeza quanto à derrota. Este jurisdicionado então, acreditando em sua não só possível (como deveria ser), mas em sua **provável** derrota, poderá preferir nem acionar a Justiça, ou, em sendo demandando por esta, talvez nem lhe faça esforço para produzir suas provas, uma vez que acreditará estar fadado ao insucesso.

Ademais, por todo supra-exposto, não há que questionar sobre a real existência de privação do livre convencimento motivado do juiz frente à existência das súmulas com efeito vinculante.

Sobre o tema:

Mas a maior aposta da Emenda nº45, em tema de desobstrução dos canais judiciais e, por conseguinte, de agilização processual, é sem sombra de dúvida a chamadas “súmula vinculante”. Simples o raciocínio subjacente: convencendo-se os potenciais litigantes (ou, melhor, seus advogados) de que não vale à pena postular em sentido contrário ao adotado na súmula, dado a enorme improbabilidade de vitória, muitas ações deixarão de serem propostas, e muitos recursos de ser interpostos. Consideravelmente aligeirada a carga de trabalho de juízes e tribunais poderão dar conta de suas tarefas com maior celeridade. (MOREIRA, 2007, p.34)

É exatamente neste ponto que surge o segundo argumento legitimador da inserção das súmulas vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro, qual seja o da celeridade. Esta restaria conferida na medida em que a existência de um entendimento vinculante na atuação do magistrado existe em desfavor de um sujeito, o qual desesperançoso acabaria não acionando o judiciário. O litigante, porém, que optasse por acionar o judiciário, de antemão teria lhe conferido a resposta consolidada em súmula. Por fim, para aquele litigante que insistisse em defender o seu pretense direito, contrário ao entendimento consolidado em súmula vinculante, restaria à previsão de impossibilidade de recurso contra a decisão do magistrado que agiu em obediência ao disposto em súmula.

Diante disso, inevitavelmente, surgem alguns questionamentos: seria tal raciocínio justo? Ao pretender desafogar o judiciário por meio da construção de uma expectativa de derrota não estaríamos em última análise ferindo o acesso à justiça? E por fim, qual a democracia se pretende construir em um Estado que não respeita essa garantia?

Por tudo que foi dito, a conclusão que se tem a tirar é a de que o juiz poderá decidir contrariamente à súmula vinculante, mas os mecanismos existentes no sistema visam compelir o juiz a decidir em acordo com o texto sumulado. Se o juiz deve tomar sua decisão consoante a uma disposição, ou incorrer no premente risco de ver sua decisão revista caso se distancie dessa, ele se vê quase que obrigado a decidir neste no sentido orientado pela súmula de efeitos vinculantes ainda que contrário ao seu convencimento. É aí que se encontra o grande problema.

Como se assevera na seguinte passagem:

A súmula vinculante (*stare decisis*) é vista por seus defensores como indispensável para garantir a segurança jurídica e evitar a multiplicação, considerada desnecessária, de processos nas várias instâncias. Tal providência seria capaz de obrigar os juízes de primeira instância a cumprir as decisões dos tribunais superiores, **mesmo que discordassem delas**, e impediria que grande parte dos processos tivesse continuidade, desafogando o Judiciário de processos repetidos. Seus oponentes, por seu lado, julgam que a adoção da súmula vinculante engessaria o Judiciário, impedindo a inovação e transformando os julgamentos de primeiro grau em meras cópias de decisões já tomadas. (SADEK. 2004. p.91-92)

É fato que o judiciário se encontra inflacionado e tentar combater esse problema é válido. Mas há de se analisar quais as conseqüências do meio combatente. E, neste caso, a conseqüência é

a ruptura da estrutura legitimadora da decisão do juiz. Se o juiz é obrigado a decidir num determinado sentido, mesmo que isso contrarie o convencimento que teve formado no decurso do processo, diante das provas e circunstâncias levadas a seu conhecimento, ou se as provas são previamente impedidas de serem levadas ao conhecimento deste, não há outro nome para essa situação se não “engessamento”.

Ainda nesse sentido:

A lentidão da máquina judiciária inegavelmente constitui problema sério, que, aliás, nada tem de peculiar ao Brasil, senão que aflige até países do chamado primeiro mundo, alguns dos quais talvez não desfrutem, no particular, situação melhor que a nossa. Aqui, entretanto, cabem duas ou três observações de princípio. Uma delas é a de que não parece razoável sobrepor obsessivamente a tudo mais o açodamento em inventar soluções, às vezes simplistas, para debelar o mal. As que se vêm tentando padecem do pecado original de falta de base empírica: não dispoem de dados concretos, de estatísticas abrangentes e confiáveis, que revelem com alguma precisão os pontos de estrangulamento, as causas mais relevantes da disfunção, atira-se ao esmo, com o grave risco de investir quixotescamente moinhos de vento, deixando em paz o sossego dos verdadeiros inimigos. Ao contrário do que se costuma apregoar, muito provavelmente nem sempre serão as leis as maiores vilãs da história: há um fator de que pouco se cuida, e, no entanto pode estar influenciando negativamente, de modo mais intenso no aparelho judicial – a má gestão administrativa de júzoes e tribunais. Por outro lado, é hora de aceitarmos, com suas inevitáveis conseqüências, uma verdade fundamental: a de que jamais logrará construir um sistema de Justiça que concilie de maneira perfeita a rapidez do funcionamento com a preservação de garantias que, no presente momento histórico, dificilmente se poderia abrir mão. Alguma concessão sempre se terá de fazer, e é mister uma boa dose de prudência para buscar o equilíbrio entre valores não raros contrapostos. (MOREIRA, 2007, pág. 31, 32).

B) (In)Eficácia das súmulas vinculantes.

Como se percebe, ante a todo o exposto, a adoção das súmulas vinculantes no ordenamento Pátrio, visa desafogar o Judiciário, conferindo maior celeridade ao rito processual e maior segurança jurídica aos jurisdicionados.

Contudo, a instituição desse remédio processual não resolve de todo o problema, uma vez que ataca os efeitos de uma crise, que é notória, mas não age nas suas causas.

Em uma pesquisa realizada pelo CNJ, constatou-se que, dos 86 milhões de ações existentes no judiciário brasileiro 80% são demandadas pelo Estado. O que se vem observando é que o Estado sempre recorre das causas em que sai perdedor, mesmo naquelas em que sabe que não logrará êxito. Não obstante, o Poder Público tem afigurado como grande descumpridor das decisões judiciais e, parece ter descoberto na Justiça Brasileira a forma de eternizar seus conflitos e, conseqüentemente, protelar indefinidamente seus débitos.

Além disso, em pesquisa coordenada pela Fundação Getúlio Vargas, em que se objetivou fundamentar a argumentação, quantitativa e estatisticamente, sobre a natureza, função e conseqüências da atuação do STF na implementação do Estado Democrático de Direito no Brasil além de conhecer o funcionamento interno deste órgão, os dados revelaram que, o maior litigante do Supremo é o setor público, responsável por 90% dos processos em tramitação. O campeão é o Poder Executivo Federal, que representa 67% das ações.

Constatou-se ainda que, feito um levantamento de quais são os cem maiores litigantes, as ações interpostas por estes correspondem a 20% do total do país. Isto é, há um pequeno número de autores responsável por um grande número de processos e, portanto, o STF vem trabalhando para albergar as causas de uma minoria. Diante disso o questionamento que fica é o de se saber de que modo a inserção de súmulas vinculantes é capaz de alterar esse quadro.

5.3) Repensando a inserção das súmulas

Por tudo que foi dito conclui ser impossível coexistir harmonicamente no ordenamento pátrio súmulas vinculantes e garantias processuais como o devido processo legal, ampla defesa, acesso a justiça, a existência do magistrado livre e independente para formar seu convencimento em acordo com o processo com o qual teve contato.

Ao cidadão deve ser garantida a possibilidade de demandar sempre que sinta lesado, ou sempre que se encontre em ameaça de sofrer uma lesão. Deve ele ter o direito de ir a juízo e, estando neste, fazer uso de todas as provas em direito admitidas que justifiquem a aplicação

ou a o afastamento de uma norma. A ele deve ser assegurado poder contar, ao fim da instrução, com uma sentença formulada por um juiz independente, um juiz que teve contato com as provas, que as valorou e dessa forma, formulou o direito aplicável ao caso e, ao sentenciar, expôs os motivos de sua conclusão.

A existência das súmulas vai de encontro a isso. A partir do momento em que se tem um entendimento formulado de antemão, o direito de acionar a justiça se vê comprometido em virtude da certeza de derrota que se pretende conferir ao jurisdicionado que tenha pretensão contrária ao entendimento sumulado.

Ao se estabelecer um enunciado de efeito vinculantes, dotado de coercibilidade fere-se, ainda, a garantia que o magistrado tem de ter amplo contato com as partes e provas para formulação de seu convencimento.

Assim, patente é o abalo as garantias orientadoras do processo. Garantias essas que por serem resultante de um processo de evolução do sistema e conferirem direitos fundamentais aos jurisdicionado não podem ser preteridas, sendo que toda alteração no sistema deve ser pensada visando preservá-las. Mas mais do que isso, tais garantias devem ser respeitadas. A inserção de um novo instituto em nossa ordem constitucional deve com elas guardar obediência e, qualquer coisa diferente disso por ser dita como sendo inconstitucional.

Capítulo 6

Conclusão

A pretexto de resolver a repetição de processos exatamente idênticos se acenou com a proposta da inserção das súmulas vinculantes, que valeriam para os casos porvindouros, obrigando os juízes e a administração pública a se submeterem aos seus enunciados, que passariam então a ter força de lei. As súmulas vinculantes foram assim introduzidas em nosso Ordenamento Jurídico por meio da Emenda Constitucional 45 de 2004.

Desde a década de 60 já existia, em nosso ordenamento, as súmulas não dotadas de efeito vinculante, que serviam como parâmetro para atuação dos magistrados, mas sem ter força cogente. A inserção deste tipo de súmulas (vinculantes), bem como a atribuição de efeitos vinculantes as súmulas simples através da previsão de mecanismos impeditivos de recursos contrários a decisões que apliquem as súmulas (simples), veio de encontro a algumas garantias processuais asseguradas aos jurisdicionados. Ao trazer de antemão o teor a ser sentenciado pelo juiz, impossibilitaram o contato deste com as partes e as provas, ferindo assim, de plano a garantia do exercício do livre convencimento motivado do juiz, assegurada como princípio em nossa Magna Carta.

Apesar de ser dito que é possível ao magistrado decidir contrariando o entendimento sumulado¹⁷, vimos que muitos foram os mecanismos criados no sentido de obstar a ocorrência desse posicionamento destoante, causando de fato um engessamento dos magistrados de instâncias inferiores.

Constatou-se então, existir uma verdadeira lesão as garantias processuais, sendo impossível coexistir em nosso sistema as essas e as súmulas vinculantes uma vez que, as súmulas vão de encontro a muitas dessas garantias.

¹⁷ Nos casos e nas formas como foi exposto neste trabalho.

Por ser então incompatível com nosso sistema as súmulas não devem nele permanecer. Um instituto novo que surja em nossa ordem constitucional deve estar em acordo com os princípios que já existam nesta, consolidados, sob pena de padecer do vício da inconstitucionalidade.

Deve-se, portanto, assegurar ao cidadão o direito de continuar tendo sua demanda apreciada por um juiz livre e independente que, em contato com as partes e as provas irá valorar todas estas, formando, pois, seu convencimento, de forma a decidir tomando por base as circunstâncias peculiares do caso concreto.

Bibliografia:

ARONNE, Ricardo. **O Princípio do Livre Convencimento Motivado do Juiz**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996.

BADR, Eid. **Princípio da motivação das decisões judiciais como garantia constitucional**. Disponível em: < <http://jus.uol.com.br/revista/texto/14333/principio-da-motivacao-das-decisoes-judiciais-como-garantia-constitucional> >. Acesso em: 01/10/2011.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. Editora Saraiva. 1ª Ed. 2007.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Editora Fabris, 1988.

DA SILVA, André Ricardo Dias. **A súmula vinculante: análise doutrinária e constitucional** Disponível em: < <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2774/A-sumula-vinculante-analise-doutrinaria-e-constitucional> >. Acesso em: 17/08/2011.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 11. Ed. Salvador : Editora Jus Podium, 2009. Vol. 1.

FRAGA, Ricardo Carvalho; Artigo publicado no Jornal Síntese nº 30, página 08, agosto de 1999.

GOMES, Luis Flávio. **Poder Público, o maior usuário do Supremo**. Disponível em: < <http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/colunas/3173/poder+publico+o+maior+usuario+do+supremo.shtml> >. Acesso em: 04/11/2011.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

MARINONI, Luís Guilherme. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. 2 ed. 1998, São Paulo: Revista dos Tribunais.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. Temas de Direito Processual**. São Paulo: Saraiva. 1988.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual**. São Paulo: Saraiva. 2007.

MOURA, Fernando Galvão. **Súmulas Vinculantes e o Princípio do Livre Convencimento Motivado do Juiz: Evidente Inconstitucionalidade.** Disponível em < http://www.fernandogalvao.com/?pag=publicacoes_ver&codigo=18 >. Acesso em: 25/07/2011.

NERY JR., Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal.** São Paulo: RT, 2010.

NETO, Zaiden Geraice. **O Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional.** São Paulo: RT, 2003.

NEVES, Getúlio Marcos Pereira. **Valoração da prova e livre convicção do juiz.** Disponível em: < <http://jus.uol.com.br/revista/autor/getulio-marcos-pereira-neves> >. Acesso em: 20/08/2011.

RUIZ, Urbano. **Reforma do Judiciário e as Súmulas Vinculantes.** Publicado na Revista Jurídica nº 232, p. 21.

SADEK. Maria Tereza. **Judiciário: Mudanças e Reformas.** USP estudos avançados, Volume 18, Número 51.

SGARBOSSA, Luis Fernando; JENSEN, Geziela. A Emenda Constitucional nº 45/04, a súmula vinculante e o livre convencimento motivado do magistrado. Um breve ensaio sobre hipóteses de inaplicabilidade. Disponível em: < <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/14743-14744-1-PB.htm> >. Acesso em: 05/09/2011.

TERRA, Luciana Soares Vidal. **Enfim, as Súmulas Vinculantes.** Luciana Soares Disponível em < [http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/2865/ENFIM_AS_SUMULAS_VINCULANTE S](http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/2865/ENFIM_AS_SUMULAS_VINCULANTE_S)>. Acesso em: 20/09/2011.

TOZADORI, André Camargo. Sistemas de apreciação das provas no Processo Penal. Disponível em: < <http://jusvi.com/artigos/22660>>. Acesso em: **01/11/2011.**

VIGLIAR, José Menezes. **Uniformização de Jurisprudência, Segurança Jurídica e o dever de uniformizar.** São Paulo: Atlas, 2003.

WAMBIER, Luis Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Breves comentários à 2ª reforma do código de processo civil: lei 10.352, de 26.12.2001, lei 10.358, de 27.12.2001.** 2 Ed. 2002, São Paulo: Revista dos Tribunais.