

JURISDIÇÃO E PROCESSO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Rosemiro Pereira Leal^{*}
Cynara Silde Mesquita Veloso de Aguiar^{**}
..Wellington Luzia Teixeira^{***}
Alexandra Carolina Vieira Miranda^{****}

Resumo: O presente trabalho objetiva analisar os institutos do processo e da jurisdição no Estado Democrático de Direito. Além disso, visa a realizar um estudo sobre as causas da crise de operacionalidade do Judiciário e demonstrar por que as súmulas vinculantes não devem ser adotadas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chaves: Estado Democrático de Direito; Jurisdição; Processo; Crise de operacionalidade do Judiciário; Súmulas vinculantes.

Sumário:

1. Introdução 2. Concepções de Direito Democrático e de Estado Democrático de Direito 2.1. Falibilidade das teorias e da sociedade aberta em Karl Popper 2.2 Teorias normativas da democracia de Habermas 2.3 Teoria neo-institucionalista 2.4. Estado de Direito e Estado Democrático de Direito 3. O instituto da jurisdição frente ao devido processo constitucional 3.1. As principais escolas do processo e sua relação com o conceito de jurisdição 3.2. Uma releitura do conceito de processo frente ao modelo de Estado Democrático de Direito 3.3. Princípios constitucionais institutivos do processo 4. A crise de operacionalidade do judiciário 5. Por que as súmulas vinculantes não devem ser adotadas 6. Considerações finais 7. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Atualmente, grande relevância vem tendo a distinção entre os institutos do processo e o da jurisdição. O instituto do processo pode ser visto como “*garantias principiológicas pela reserva legal de direitos antecipadamente assegurados nas Leis Fundamentais*”

* Professor Orientador. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

** Advogada. Doutoranda em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

*** Advogado. Mestrando em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

**** Graduada no curso de Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

(*constituições*)”¹. Por sua vez, jurisdição pode ser definida como atividade de monopólio do Estado no reconhecimento de direitos, subordinada aos princípios fundamentais do processo², conforme art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República. Já o acesso à jurisdição, ocorre mediante o direito-de-ação regulado pela norma constitucional, tratando-se de direito fundamental incondicionado de movimentar a jurisdição, através da instauração do procedimento, referindo-se também como possibilidade de participação na construção do provimento, através da discursividade no âmbito da processualidade³.

Procurou-se, com o presente estudo, analisar os institutos do processo e da jurisdição, frente ao modelo de Estado Democrático de Direito, enfocando as principais escolas do processo e os principais paradigmas de Estado, e, por fim, nesse contexto, procurou-se efetuar a análise da adoção ou não das súmulas vinculantes, no atual modelo de Estado. Para tanto, foi estudada a crise de operacionalidade do Judiciário, tendo em vista os princípios que regem o processo e o devido processo legislativo e legal.

Para a devida compreensão do tema, ressalta-se que o Estado Democrático de Direito pode ser conceituado como um espaço da procedimentalidade jurídica ou Administração-Governativa que está no ordenamento jurídico⁴. Trata-se de um Estado da pós-modernidade, ainda em construção pela comunidade jurídica (povo brasileiro), sendo susceptível de fiscalização ampla e irrestrita.

Sobre as súmulas vinculantes, esclarece-se que são de aplicação obrigatória e de eficácia *erga omnes* em relação aos demais órgãos públicos e da Administração.

Por fim, assevera-se que o devido processo legislativo se refere à “[...] *principiologia do processo no momento do exercício da vontade normativa, ou seja, na regulamentação da norma constitucional*”⁵, ao passo que o devido processo legal “*define-se pela coexistência dos princípios da ampla defesa (necessariamente aqui incluído o*

¹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 5. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004. p. 51.

² LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 5. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004. p. 41.

³ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 5. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004. p. 78-79.

⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 5. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004. p. 51.

⁵ ALMEIDA, Andréa Alves de. *Processualidade jurídica e legitimidade normativa*. Belo Horizonte, 2003. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. p. 101.

direito ao advogado) e do contraditório, acrescentando-se o da isonomia à configuração da instituição do processo”⁶, princípios esses trabalhados ao longo do presente estudo.

2. Concepções de Direito Democrático e de Estado Democrático de Direito

2.1. Falibilidade das teorias e a sociedade aberta em Karl Popper

Os positivistas defendiam que a ciência seria uma atividade indutiva, sendo que, a partir de observações de hipóteses procedia-se à sua generalização e verificação: “*os velhos positivistas só desejavam admitir como científicos (ou noção, ou idéias) que, como diziam, ‘derivassem da experiência’, ou seja, os conceitos que acreditavam ser logicamente reduzíveis da experiência sensorial*”⁷. Assim, o método utilizado para que uma teoria fosse, ou não, considerada científica era o método da verificação.

A verificação é “*um critério segundo o qual uma proposição é significativa se, e apenas se, puder ser verificada empiricamente, isto é, se houver um método empírico para decidir se é verdadeira ou falsa*”⁸.

POPPER⁹ opôs-se fortemente aos positivistas, resgatando as idéias de DAVID HUME que, por sua vez,

já no século dezoito, [...] questionava a validade do raciocínio indutivo, argumentando que a indução não é um argumento dedutivo e, portanto, não é logicamente válida (HUME, 1972). Além disso, ela também não pode ser justificada pela observação: o fato de que todos os cisnes observados até agora sejam brancos não garante que o próximo cisne seja branco – nem que todos os cisnes sejam brancos. A indução não pode ser explicada nem pela lógica nem pela experiência.¹⁰

⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 5. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004. p. 75.

⁷ POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1972. p. 35.

⁸ MARQUES, Alexandre. *A doutrina do falseamento em Popper*. Disponível em: <http://www.cfh.ufsc.br/wifil/popper5.htm>. Acesso em 25-01-2004.

⁹ POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1972.

¹⁰ MAZZOTTI, Alda Judith; GEWANDSZNADJDER, Fernando. *O método nas ciências naturais e sociais: pesquisa quantitativa e qualitativa*. São Paulo: Pioneira, 1989. p. 13.

POPPER, assim como HUME, entende que, a partir de observações e da lógica, não há como verificar a verdade de enunciados gerais, a partir de observações e da lógica, apesar de que, para POPPER, elas podem ser utilizadas para efetuar tais enunciados.

No lugar da indução, POPPER¹¹ propõe o método das conjecturas e refutações. Além disso, ele enfatiza que o critério estabelecido para que uma teoria seja considerada científica é a falibilidade.

O critério da falibilidade “[...] *separa duas classes de enunciados perfeitamente significativos: os falseáveis e os não falseáveis; traça uma linha divisória no seio da linguagem dotada de significado e não em volta dela*”¹².

Em relação ao critério da refutabilidade, esse significa uma divisão entre o discurso científico e outros conhecimentos, não se enquadrando como científicas as afirmações de caráter metafísico, porque não são susceptíveis de serem falseadas. Já a conjectura, significa que não existe observação que não esteja impregnada de teoria¹³.

Outro aspecto a ser abordado em POPPER é a crítica evidenciada por ele às sociedades fechadas. Para o autor, o nazismo e o comunismo seriam formas de totalitarismo baseados em uma concepção claustural da sociedade, motivo pelo qual tematizou uma sociedade aberta:

Popper caracteriza a sociedade fechada por ser mágica (isto é, incapaz de distinguir as leis humanas das naturais) autoritária, estática e tribal, e definiu a sociedade aberta por ser laica (isto é, capaz de distinguir entre o que é e o que não é de ordem convencional ou institucional) crítica, evolutiva e individualista.¹⁴

O critério de falibilidade proposto por POPPER aponta a necessidade de construção gradual do ordenamento jurídico e a necessidade de uma teoria crítica da democracia baseada na discursividade. Nesse sentido, ALMEIDA destaca que a validade de uma teoria

¹¹ POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1972.

¹² POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1972. p. 42. Para melhor compreensão, esclarece-se que falsear é tornar falso e que não falseável é o que não se oferece à discursividade. MICHAELIS: pequeno dicionário da língua portuguesa. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1998.

¹³ MARQUES, Alexandre. *A doutrina do falseamento em Popper*. Disponível em: <http://www.cfh.ufsc.br/wifil/popper5.htm>. Acesso em 25-10-2004.

¹⁴ CARILHO, M.M. *Karl Popper: falibilismo e contingência*. Disponível: <http://www.cfh.ufsc/~wfil/popper6.htm>. Acesso em 25-10-2004.

jurídica da democracia está no esclarecimento da realidade (jurídica, política e econômica) e na possibilidade de testificação das teorias e práticas que se rotulam de democráticas. A autora assevera que esse mérito foi alcançado pela teoria neo-institucionalista, que tem essa finalidade e que teoriza o devido processo constitucional¹⁵.

Em suma, o critério de falibilidade visa a demonstrar que a institucionalização da crítica possibilita a existência de uma sociedade democrática (aberta), enquanto o totalitarismo se relaciona ao método indutivista e de verificação.

Apesar de as súmulas vinculantes serem apontadas como a principal proposta para solucionar a crise de operacionalidade do Judiciário, deve-se ressaltar que essas são elaboradas na realidade nua (não processualizada)¹⁶, fora do espaço-temporal da discursividade, sem observância da isonomia, do contraditório e da ampla defesa.

Observa-se que os Tribunais Superiores, na emissão das súmulas vinculantes, utilizam-se do método indutivo, mostrando-se incompatíveis com uma sociedade aberta (democrática) e com um ordenamento jurídico falível (susceptível de revisão).

2.2. Teorias normativas da democracia em Habermas

Ao abordar os modelos de democracia, quais sejam a visão liberal, republicana e procedimental, HABERMAS inicia seu estudo examinando a consistência da fundamentação empirista proposta por Werner Becker¹⁷. Ao final, conclui pela inviabilidade de tal fundamentação, optando pelos três modelos normativos de democracia:

[...] afirmando que os cidadãos racionais não teriam razões suficientes para manter as regras do jogo democrático, caso se limitassem a uma autodescrição

¹⁵ ALMEIDA, Andréa Alves de. *Processualidade jurídica e legitimidade normativa*. Belo Horizonte, 2003 Gerais. p. 19-31.. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas

¹⁶ Sobre o tema, consultar AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

¹⁷ Werner Becker defende que “[...] as práticas democráticas podem ser legitimadas através de uma descrição empirista, na visão dos próprios participantes”. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. 2. p. 11.

empirista de suas práticas. Parece claro que uma teoria com pretensões de justificação não pode escamotear o sentido normativo genuíno da compreensão intuitiva da democracia.¹⁸

Para a concepção liberal, a política tem a função mediadora, ou seja, reúne os interesses privados e encaminha-os a um aparato governamental que se especializa em administrar o uso do poder político para atingir fins coletivos. Na concepção republicana, a política “*é concebida como a forma em que se reflete a vida ética, isto é, como o meio pelo qual os membros de uma comunidade, de certo modo solitários se tornam conscientes de que dependem uns dos outros*”¹⁹.

Observa-se que a arquitetura liberal é formada por normas hierárquicas do Estado (poder administrativo) e por regras descentralizadas do mercado (interesses pessoais). A arquitetura republicana sofre alteração; aparece uma terceira fonte além das duas liberais, a solidariedade e a orientação para o bem comum.

O *status* do cidadão, na visão liberal, é determinado pelos direitos negativos que ele tem em relação ao Estado e a outros cidadãos, enquanto na visão republicana, são direitos políticos (liberdades positivas).²⁰

Na visão republicana, a soberania não pode ser delegada, ao contrário da visão liberal, que permite a representação:

[...] de acordo com a visão republicana, o povo é portador de uma soberania que não pode ter outros que o representem. A isto se opõe o liberalismo com uma visão mais realista, segundo o qual, no Estado constitucional, toda autoridade que emana do povo é exercida somente por meio das eleições e do voto e pelos órgãos legislativo, executivo e judiciário.²¹

¹⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. 2. p. 18.

¹⁹ HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. *Caderno da Escola do Legislativo*, jan./jul. 1995. p. 108.

²⁰ HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. *Caderno da Escola do Legislativo*, jan./jul. 1995. p. 110.

²¹ HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. *Caderno da Escola do Legislativo*, jan./jul. 1995. p. 120.

Na visão procedimentalista, “a soberania popular emana do povo, que se remete às formas de comunicação para a formação e o exercício da vontade normativa”²².

Outro ponto controverso entre os liberais e os republicanos relaciona-se ao conceito de direito, ou seja, à predominância de sua dimensão objetiva ou subjetiva. Na concepção liberal, a esfera subjetiva precede a objetiva, fundamentando-a. A ordem jurídica determina, em cada caso individual, quais são os direitos cabíveis aos indivíduos. Na visão republicana, os direitos subjetivos provêm de uma ordem jurídica objetiva²³.

HABERMAS objetiva esboçar uma visão procedimentalista da democracia e da política diferente tanto da visão liberal quanto da republicana, traçando comparações entre as duas²⁴. Desse modo, a Modernidade esboçou duas respostas à questão de legitimidade do direito; através da compreensão liberal e republicana de política, os liberais enfatizaram a primazia dos direitos humanos, enquanto os republicanos destacaram a primazia da soberania popular. HABERMAS²⁵ apresentou um terceiro modelo que visava à superação dos dois; sua proposta estabelece uma ligação entre autonomia pública e privada e por conseguinte, entre soberania do povo e direitos humanos.

Assim, HABERMAS²⁶ esclarece que, na visão liberal, a democracia é reduzida ao processo de eleição e ao exercício de um governo legitimado pela maioria, e a formação política da opinião e da vontade é determinada pela competição entre a coletividade (mercado). Na visão republicana, o governo, além de exercer um mandato aberto, tem que conduzir certas políticas, e a formação política não obedece à estrutura de mercado, mas ao diálogo de uma comunidade.

Todavia, o autor enfatiza que os republicanos tendem a dar uma interpretação comunitária a essa comunicação pública; a sociedade, nesse contexto, seria homogênea. Segundo o autor, é esse movimento em direção a uma constrição ética do discurso político

²²ALMEIDA, Andréa Alves de. *Processualidade jurídica e legitimidade normativa*. Belo Horizonte, 2003. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. p. 46.

²³HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. *Caderno da Escola do Legislativo*, jan./jul. 1995. p. 120.

²⁴HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. *Caderno da Escola do Legislativo*, jan./jul. 1995. p. 106-121.

²⁵HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. *Caderno da Escola do Legislativo*, jan./jul. 1995.

²⁶HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. *Caderno da Escola do Legislativo*, jan./jul. 1995.

que é colocada em questão. Nessa concepção, o processo democrático depende das virtudes dos cidadãos voltadas para o bem da coletividade, tratando-se de uma visão bastante idealista.

Por outro lado, uma interpretação teórico-discursiva insiste no fato de que a formação democrática não é fundamentada em discursos éticos, mas nos pressupostos comunicativos:

[...] ao contrário, a política deliberativa deve ser concebida como uma síndrome que depende de uma rede bem regulamentada de processos de negociação e de várias formas de argumentação, incluindo discursos pragmáticos, éticos e morais, cada um deles tendo como base diferentes pressupostos e procedimentos comunicativos.²⁷

Com base nessa concepção procedimentalista da democracia, HABERMAS esclarece que tanto o modelo liberal quanto o republicano visualizam a sociedade centrada no Estado. Desse modo, o Estado seria o guardião de uma sociedade de mercado, no modelo liberal, e seria tomado como institucionalização autoconsciente de uma comunidade ética, no modelo republicano²⁸.

Na concepção habermasiana, o Estado não possui o monopólio da decisão e do direito, o conceito de democracia não trabalha com uma noção de sociedade centrada no Estado. A democracia opera, ao contrário, com ênfase na intersubjetividade dos processos de comunicação que passam pelos corpos parlamentares e pelas redes informais da esfera pública: “[...] *Dentro e fora do complexo parlamentar, essas formas de comunicação sem sujeito constituem arenas que pode ocorrer uma formação mais ou menos racional da vontade e da opinião*”²⁹.

Ao analisar os modelos de democracia elaborados por HABERMAS, ALMEIDA assevera que tanto os liberais quanto os republicanos restringem a liberdade crítica do homem, fator fundamental para a construção de uma sociedade aberta:

²⁷ HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. *Caderno da Escola do Legislativo*, jan./jul. 1995. p. 114.

²⁸ HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. *Caderno da Escola do Legislativo*, jan./jul. 1995. p. 115.

²⁹ HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. *Caderno da Escola do Legislativo*, jan./jul. 1995. p. 118.

[...] enquanto os republicanos acabam instituindo um Estado paternalista, responsável por todas as decisões, reduzindo a importância da iniciativa individual e a responsabilidade pessoal, a visão liberal cética, acaba interpretando o sistema jurídico de maneira fechada, sem possibilidade do homem, através do direito transformar ou influenciar a realidade.³⁰

Na visão liberal, o processo democrático ocorre sob a forma de compromissos entre interesses concorrentes; na visão republicana, sob a forma de um discurso ético-político. Já a teoria do discurso, “*apropria-se de elementos dessas duas visões, integrando-os no conceito de procedimento ideal para deliberação e tomada de decisão*”³¹. Na visão procedimentalista, a razão prática adapta-se às regras do discurso e às formas de argumentação. O conteúdo normativo surge da própria estrutura da ação comunicativa.

A teoria do discurso realça o processo democrático com conotações normativas mais fortes que as do modelo liberal, porém mais fracas que as do modelo republicano. Ela combina elementos dos dois modelos. Levando em consideração os ideais do republicanismo, a teoria do discurso enfatiza o processo de formação da vontade e da opinião, sem considerar a constituição como elemento secundário. A teoria do discurso argumenta que o êxito da política deliberativa se fundamenta na institucionalização de procedimentos e de condições de comunicação correspondentes, e não na ação coletiva dos cidadãos³².

HABERMAS destacou a importância da teoria procedimentalista para a construção de uma sociedade político-jurídico-democrática e apontou que, em uma sociedade descentrada, a legitimidade do direito encontra-se na possibilidade de os destinatários das normas participarem da sua elaboração:

nas sociedades complexas, o direito só pode retirar sua legitimidade dos ideais de uma autolegislação quando os destinatários das normas se consideram

³⁰ ALMEIDA, Andréa Alves de. *Processualidade jurídica e legitimidade normativa*. Belo Horizonte, 2003. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. p. 42-43.

³¹ HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. *Caderno da Escola do Legislativo*, jan./jul. 1995. p. 115.

³² HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. *Caderno da Escola do Legislativo*, jan./jul. 1995. p. 117.

autores. Assim, o Estado e o indivíduo estão em pé de igualdade e a autonomia privada e a autonomia pública são co-originárias.³³

Por conseguinte, na visão habermasiana, seria inconcebível a adoção das súmulas vinculantes pelo Estado Democrático de Direito, uma vez que essas são formuladas a partir de paradigmas fechados³⁴, baseadas apenas em decisões solipsistas, não se oferecendo à fiscalidade ampla pela comunidade jurídica.

Apesar da contribuição oferecida por HABERMAS, observa-se que ele trabalha o agir comunicativo³⁵, não percorrendo a teoria da processualidade. HABERMAS não esclareceu qual é a teoria do procedimento utilizada por ele:

Assim, a teoria da democracia em Habermas carece da compreensão da principiologia jurídica da *teoria do processo* institucionalizador da possibilidade jurídica da racionalidade democrática, porque, ao imaginar uma procedimentalidade como *medium* lingüístico-jurídico da passagem do *princípio do discurso* ao *princípio da democracia*, não se esclareceu a índole dessa procedimentalidade neutra e canalizadora de argumentos que se conduziram por uma razão estratégica centrada em estoques de historicidade jursracionalista pelos direitos humanos, com abandono do *medium* discursivo auto-ilustrativo de sua própria construção jurídica.³⁶

A superação dos modelos normativos do direito democrático, apresentados por HABERMAS, deve se iniciar com uma teoria neo-institucionalista do processo, voltada à qualificação do discurso da procedimentalidade do direito democrático, o que será estudado no próximo subitem.

³³ ALMEIDA, Andréa Alves de. *Processualidade jurídica e legitimidade normativa*. Belo Horizonte, 2003. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. p. 45.

³⁴ PENNA, Saulo Versiani. *A decisão de efeito vinculante na teoria do processo jurídico contemporâneo: sua legitimidade sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte, 2004. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. p. 103.

³⁵ “[...] agir comunicativo é um desdobramento da intuição, segundo a qual o telos do entendimento habita na linguagem”. HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990. p. 77.

³⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002. p. 178.

2.3. Teoria neo-institucionalista

A teoria neo-institucionalista desenvolvida pelo professor mineiro, Rosemiro Pereira Leal, objetiva “a construção de um referente lógico-jurídico para testificar as teorias positivadas ou não que se rotulam de democráticas”.³⁷ O autor inicia sua análise a partir de uma visão popperiana de falibilidade, enfatizando que o direito deve se oferecer a uma fiscalização continuada, desde a sua criação até a sua aplicação.

Por outro lado, a teoria neo-institucionalista, em uma concepção diferente daquela desenvolvida por HABERMAS, não compreende que o procedimentalismo esteja na base construtiva do direito, sem que ocorra, antes, institucionalização do Devido Processo Constitucional, “porque a fixação dos critérios jurídico-constitucionais do modo de produção e correição de direitos é que vai definir a qualidade democrática de uma Sociedade Jurídico-Política”.³⁸

Na Pós-modernidade, a democracia deve ser apreendida como teoria processual de resolução do impasse da Modernidade, sendo os direitos fundamentais inafastáveis, “[...] não porque já estejam impregnados na consciência dos indivíduos, mas porque são pressupostos jurídicos da instalação processual da movimentação do sistema democrático, sem os quais o conceito de Estado democrático de direito não se enuncia”.³⁹ Nessa concepção, os direitos fundamentais constitucionalizados também seriam susceptíveis de uma fiscalização ampla, motivo pelo qual houve a necessidade de apontar uma teoria do processo que atendessem a essa exigência.

Ao contrário da teoria neo-institucionalista, as demais teorias do processo de análise póstera neste estudo, não possibilitaram a institucionalização do princípio do discurso e nem viabilizaram a revisibilidade do ordenamento jurídico. LEAL deixa clara a necessidade de associar a teoria do princípio do discurso a uma teoria da procedimentalidade democrática: “é preciso que se associe à teoria do princípio do discurso uma teoria da

³⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002. p. 159.

³⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 5. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004. p. 98.

³⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy. p. 31.

procedimentalidade democrática (neo-institucionalista do processo), para que se promova a compreensão do que signifique ‘institucionalização jurídica’ em Habermas.”⁴⁰

A democracia não é um processo fechado e determinado, pelo contrário, trata-se de “*um processo aberto, indeterminado e infinito; é preciso acrescentar que esse processo não é um vazio no qual se trava uma luta livre por uma decisão (arbítrio) e exclusão*”.⁴¹ Assim, a democracia é uma procedimentalidade teoricamente processualizada.

LEAL assevera ainda que o *status* democrático é assegurado pela revisibilidade e fiscalidade ampla e irrestrita do ordenamento jurídico:

auto-abertura irrestrita a que o ordenamento jurídico se permite ao oferecer legalmente a todos o exercício da discursividade crítica à fiscalização (correição) processual continuada para a construção, reconstrução, confirmação, concreção, atuação e aplicação do direito vigente.⁴²

Desse modo, o processo proporciona, no direito democrático, através dos seus princípios institutivos (isonomia, ampla defesa, contraditório), um espaço-jurídico-discursivo de auto-inclusão na comunidade jurídica e de construção da sociedade jurídico-política.

2.4. Estado de Direito e Estado Democrático de Direito

A terminologia Estado advém do latim (*status*), “*significando situação permanente de convivência e ligada à sociedade política*”⁴³. Significa, ainda, constituição e ordem.⁴⁴ O Estado, como sociedade política, apareceu pela primeira vez em 1513, na obra *O príncipe*, de Nicolau Maquiavel: “*todos os Estados, todos os domínios que têm havido e que há sobre os homens, foram e são repúblicas ou principados*”⁴⁵.

⁴⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002. p. 173.

⁴¹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002. p. 164.

⁴² LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002. p. 171.

⁴³ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do Estado*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 51.

⁴⁴ SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do estado: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 119.

⁴⁵ MAQUIAVEL. *O Príncipe*. Tradução de Lívio Xavier. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.

Perante o Direito Processual, o Estado pode ser definido como “*uma instituição constituída e regulada pelas normas legais que formam o ordenamento jurídico de uma sociedade política*”⁴⁶.

Apesar dos inúmeros conceitos do Estado⁴⁷, esse somente pode ser concebido como Estado constitucional⁴⁸, tendo a Constituição como sua lei suprema. O Estado constitucional apresenta duas qualidades: Estado de Direito e Estado Democrático. Essas qualidades nem sempre se encontram presentes no mesmo Estado. Todavia, na atualidade, o Estado não deve se limitar a ser apenas um Estado de Direito, mas deve se “*estruturar como uma ordem legitimada pelo povo. A articulação do direito e do poder no Estado constitucional significa, assim, que o poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termos democráticos*”⁴⁹.

Portanto, na Pós-modernidade estuda-se o Estado Democrático de Direito positivado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁵⁰. “*O Estado, na Pós-modernidade, seja como Administração-Governativa ou espaço da procedimentalidade jurídica, não é mais o todo do ordenamento jurídico, mas está no ordenamento jurídico em situação homotópica (isonômica) com outras instituições*”⁵¹.

O Estado de Direito (*Rechtsstaat*) apresenta origem no século XIX, com o constitucionalismo alemão. Inicialmente, o Estado de Direito era caracterizado abstratamente como Estado da Razão, limitado em nome da autodeterminação da pessoa.

⁴⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 5. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004. p. 223.

⁴⁷ É mister salientar que existem inúmeras teorias sobre o momento do surgimento do Estado, podendo ser sintetizadas em três posições básicas: O Estado, assim como a sociedade, sempre existiu; a sociedade humana existiu sem o Estado durante determinado período; só se admite o Estado como sociedade política dotada de determinadas características. Os autores que estudam a evolução histórica do Estado para fins didáticos utilizam uma seqüência cronológica, compreendendo as seguintes fases: Estado Antigo, Estado Grego, Estado Romano, Estado Medieval e Estado Moderno. O Estado Moderno, por sua vez, apresentou três fases distintas: o Estado Absolutista, o Estado Liberal (Estado de Direito) e o Estado Social. Para saber mais sobre o assunto, ver a obra: TEIXEIRA, João Paulo Allain. Efetividade constitucional e direitos fundamentais: a realizabilidade da cidadania em uma perspectiva sistêmico-funcional. *Revista da Faculdade de Olinda*, v. 3, n. 5, p. 87-102, jun/dez, 1999.

⁴⁸ A partir do século XIX, “*despontou o Estado constitucionalmente estruturado, cujas atividades são regidas por leis votadas e aprovadas pelos representantes do povo [...] a partir de então, concebeu-se a Constituição como lei do Estado e do seu poder*”. RONALDO BRÉTAS, de Carvalho Dias. *Responsabilidade do estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 99.

⁴⁹ CANOTILHO, J.J Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 98.

⁵⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do Estado*, 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 62.

⁵¹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 5. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004. p. 51.

Posteriormente, o Estado de Direito passou a ser caracterizado com os traços jurídicos essenciais desse Estado, ou seja, o Estado Liberal de Direito, em contraposição ao Estado de Polícia (Estado Absolutista)⁵².

O Estado de Direito, no início, teve um caráter revolucionário no combate do Antigo Regime, uma vez que, objetivava a limitação do poder político. Esse Estado foi idealizado como um instrumento adequado para a concretização dos valores da igualdade, liberdade e fraternidade: “*assim, no Estado Liberal o entendimento era de que o Estado deveria atuar de modo a intervir o menos possível na esfera privada do indivíduo, compreendida como espaço do direito privado e das relações familiares e negociais*”⁵³.

Nessa linha de idéias, o Estado de Direito é sedimentado, entre outros, nos princípios: império da lei, divisão de poderes (funções), sistema de direitos e fundamentação das decisões judiciais⁵⁴.

O Estado Social surgiu em decorrência das omissões e da adoção de uma postura neutra por parte do Estado de Direito e da incapacidade de resolver as novas demandas que surgiram com os movimentos sociais do século XX: “*O paradigma do Estado Social surge da superação do Estado de Direito, principalmente em virtude da acumulação de capitais e propriedades em mãos de poucos, em decorrência do modelo antecedente, criticado pelos teóricos do comunismo, socialismo e do anarquismo*”⁵⁵.

A Constituição da República de 1988 adotou o paradigma do Estado Democrático de Direito, extrapolando os limites do Estado de Direito. O Estado Democrático de Direito é um projeto em construção pela comunidade jurídica, sendo susceptível de revisão e fiscalização ampla e irrestrita.

⁵² CANOTILHO, J.J Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*.. 5.ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 97.

⁵³ PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. O paradigma do Estado Democrático de Direito e as teorias do processo, p. 4. *Virtuajus: Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito da PUC-Minas*, Belo Horizonte, a.2, n.1, agosto de 2003. Disponível em <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/prod_docente_ano1_2004.html>. Acesso em 10 de out. 2004.

⁵⁴ “*Princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de tudo ou nada; impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a reserva do possível, fáctica ou jurídica*”. CANOTILHO, J.J Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1239.

⁵⁵ PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. O paradigma do Estado democrático de direito e as teorias do processo, p. 4. *Virtuajus: Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito da PUC-Minas*, Belo Horizonte, a.2, n.1, agosto de 2003. Disponível em <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/prod_docente_ano1_2004.html>. Acesso em 10-10-2004.

O Estado Democrático apresenta os mesmos princípios que o Estado de Direito, destacando-se que, em ambos, podem ser observados a reserva legal, a separação dos poderes e o sistema de direitos, acrescentando-se a este o princípio democrático⁵⁶, com efetiva participação dos destinatários na construção dos provimentos jurisdicionais, por meio da processualidade jurídica, observados os princípios do contraditório, da isonomia e da ampla defesa.

Com o intuito de demonstrar por que as súmulas vinculantes não devem ser adotadas no Estado Democrático de Direito, analisar-se-ão os princípios que norteiam esse paradigma de Estado.

O primeiro princípio a ser analisado é o da legalidade. Uma norma, para ser legítima no Estado Democrático de Direito, tem que se submeter à fiscalidade ampla, sendo apenas relativa a legitimidade da norma criada pelo legislativo, conforme salienta ALMEIDA:

a norma só é legítima quando se oferece à fiscalidade ampla (irrestrita). Por isso se afirma que, no paradigma democrático, a legitimidade normativa é a *posteriori*. A legitimidade das normas criadas pelo legislativo é apenas relativa. O direito nas sociedades jurídico-político-democráticas somente se torna efetivamente (concretamente) legítimo quando a norma abstrata, diante de um caso concreto, se oferece (retoma) à processualidade jurídica para a sua discursividade. Nessas condições, os destinatários das decisões poderão ser também co-autores e a força do direito poderá não estar na coação do Estado, mas na participação dos destinatários na criação, aplicação e fiscalização dos provimentos estatais.⁵⁷

Na elaboração das leis, devem ser observados o devido processo legislativo e o devido processo legal:

[...] se o povo real não legislou, o direito não existe para ninguém. Não há que indagar se o que não é proibido é permitido, se o sistema é aberto ou fechado, mas, no direito democrático, o que não é provido pelo devido processo legislativo fiscalizável processualmente por todos (devido processo legal) não é juridicamente existente.⁵⁸

⁵⁶ “O Estado de Direito democrático possui um nexo com o Estado de direito porque se caracteriza pelo princípio da reserva legal, mas extrapola os limites do Estado de Direito com o plus Democrático”. ALMEIDA, Andréa Alves de. *Processualidade jurídica e legitimidade normativa*. Belo Horizonte, 2003. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. p. 101.

⁵⁷ ALMEIDA, Andréa Alves de. *Processualidade jurídica e legitimidade normativa*. Belo Horizonte, 2003. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. p. 77.

⁵⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002. p. 39.

Outro princípio consagrado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é o da “separação de poderes”, conforme preceitua o Artigo 2º, do referido diploma legal: “*são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*”⁵⁹.

A separação de poderes significa, na realidade, muito mais uma interdependência das funções do que uma separação de poderes. Pressupõe, assim, uma tripartição das funções do Estado em legislativa, executiva e judiciária.

Já o princípio do sistema de direitos, relaciona-se com o rol de direitos, liberdades e garantias estabelecidas pela Constituição, conforme enfatiza RONALDO BRÊTAS:

o vigoroso e exuberante rol de direitos, liberdades e garantias fundamentais declarados nos artigos 5º e 6º, entre eles o princípio da igualdade, o princípio da reserva legal e o direito à jurisdição pela garantia do devido processo constitucional, estruturado nos princípios do contraditório e da ampla defesa, incluindo-se, nesta garantia, a indispensável presença do advogado no ato de julgar (art. 5º, incisos I, II, XXXV, LIX e LV, e art. 133).⁶⁰

A Constituição da República, dessa forma, estabelece um modelo constitucional de processo fundamentado nos princípios do contraditório, da ampla defesa (artigo 5º, inciso LV), da isonomia (artigo 5º, *caput*), do devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV), da motivação racional das decisões (artigo 93, inciso IX), do juiz natural (artigo 5º, inciso LIII), da inafastabilidade do controle judiciário ou exercício do direito-de-ação (artigo 5º, inciso XXXV) e do direito ao advogado (artigo 133). Somente através da observância desses princípios é que são construídos procedimentos jurisdicionais legítimos, o que deve ocorrer em cada decisão judicial.

Quanto ao princípio da inafastabilidade do controle Judiciário ou exercício do direito de ação, é definido pelo artigo 5º da Constituição: “*a lei não excluirá da apreciação*

⁵⁹ Essa doutrina foi teorizada por John Locke, no *Segundo tratado do governo civil*. Todavia, ela somente conseguiu repercussão com a obra *O Espírito das leis* de Montesquieu. Como precursores dessa matéria, destacam-se: Platão e Aristóteles (Idade Antiga), Santo Tomás de Aquino e Marsílio de Pádua (Idade Média) e Jean Bodin (Idade Moderna). Para saber mais sobre o assunto, ver: MENEZES, Aderson de. *Teoria Geral do Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

⁶⁰ RONALDO BRÊTAS, de Carvalho Dias. *Responsabilidade do estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 105.

do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Assim, deve o juiz, a cada caso concreto que lhe é submetido, decidir, de acordo com os fatos e as provas apresentadas pelas partes, sendo que estas participam da construção do provimento final.

Já a fundamentação das decisões, conforme adverte ANDRÉ LEAL, deve ser baseada em um discurso racional:

Portanto, racional, agora, é a decisão proferida no âmbito de um Direito Democrático positivo que se torna auto-referente por sua legitimação discursiva. Uma razão construída mediante processos legislativos e jurisdicionais adequados que somente tornam racionais as decisões que se fundamentem nas leis democraticamente instituídas e a partir de procedimentos que assegurem a imparcialidade (colhida da estrutura procedimental, e não como atributo mítico do julgador).⁶¹

Além disso, na fundamentação das decisões, o autor assevera a necessidade da aplicação dos princípios constitucionais e da observância do contraditório, pois

é exatamente o contraditório que vai proporcionar, quanto às oportunidades de pronunciamento, uma atuação equitativa dos partícipes nos procedimentos judiciais. Vai também garantir, em conexão com o princípio (requisito) da fundamentação das decisões jurisdicionais, que a decisão se fundamente no Direito debatido pelas partes e nos fatos por elas reconstruídos.⁶²

O Estado Democrático de Direito fundamenta-se, ainda, no princípio democrático “*que significa garantia de participação efetiva dos destinatários das decisões estatais na sua criação, aplicação e fiscalização por meio (medium lingüístico-jurídico) da processualidade jurídica (isonomia, contraditório e ampla defesa)*”⁶³.

Os princípios do contraditório, ampla defesa e isonomia serão analisados posteriormente.

⁶¹ ANDRÉ LEAL, Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 107.

⁶² ANDRÉ LEAL, Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 77.

⁶³ ALMEIDA, Andréa Alves de. *Processualidade jurídica e legitimidade normativa*. Belo Horizonte, 2003. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. p. 101.

3. O instituto da jurisdição frente ao devido processo constitucional

Conforme já ressaltado, a atribuição de efeito vinculante às súmulas, além de violar os princípios do Estado Democrático de Direito, inviabilizam o acesso à jurisdição. Para melhor esclarecimento do tema, analisar-se-ão o instituto da jurisdição frente ao devido processo constitucional, bem como as principais escolas do processo e sua relação com o conceito de jurisdição.

A jurisdição no Estado Democrático de Direito não mais pode ser vista sob a concepção de poder-dever do Estado Juiz de dizer o direito para o caso concreto. Ao contrário, a jurisdição é função do Estado, ou seja, é atividade estatal e um direito fundamental⁶⁴. Diante disso, assevera-se que, contrária a essa concepção, a legitimidade das normas jurídicas, no Estado Democrático de Direito, é alcançada através do devido processo legislativo em que seja efetivamente possível a fiscalidade ampla e irrestrita da construção de todos os provimentos legislativos pelo devido processo legal. Insubsistente, portanto, a concepção de que o juiz é um criador da norma jurídica para cada caso concreto.

3.1. As principais Escolas do Processo e sua relação com o conceito de jurisdição

O movimento do direito livre, assim como a jurisprudência dos interesses e a sociologia jurídica empírica são ramificações da doutrina do positivismo jurídico, o qual concebia o direito como um dado do mundo exterior (fato sociológico) ou um dado do mundo interior (fato psicológico).

Os adeptos do direito livre, no sentido de livre da lei, de acordo com KAUFMANN⁶⁵, afirmavam que não pregavam a decisão *contra legem*, mas apenas indicavam qual o procedimento a ser adotado pelo juiz nos casos de lacuna da lei. Todavia, tinham um conceito excessivamente amplo de lacuna, entendendo sua existência sempre

⁶⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 5. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004. p. 41.

⁶⁵ KAUFMANN, Arthur. *A problemática da filosofia do direito ao longo da história*. In: *Introdução à Filosofia do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 174-176.

que a lei não resolvesse o caso de forma expressa e inequívoca. Daí se sustenta, a concepção de KANTOROWICZ, citado por KAUFMANN⁶⁶, de que “*não existem menos lacunas do que as palavras e que apenas por uma improvável coincidência um caso jurídico poderia encaixar-se em todos os conceitos da lei a ser aplicada. Assim, nestas situações, ou seja, sempre, deveria o juiz recorrer ao direito livre*”.

Esse direito livre seria descoberto pelo juiz, através de sua sensibilidade jurídica, no meio social. Caberia ao juiz recorrer às convicções que, no seu meio social, e naquele momento, se tem como o justo.

Para BÜLOW⁶⁷, é a jurisdição, não uma função do Estado de ditar o direito, mas sim, atividade pessoal do juiz sábio, intérprete sensitivo de leis sociais e humanas, de dizer (criar) o direito. Os interessados no provimento judicial, nessa concepção, são meros expectadores, sem qualquer participação na construção da decisão.

Considerada uma evolução da Escola do Processo como Relação Jurídica, a Escola Instrumentalista do Processo visualiza a jurisdição como o poder-dever do Estado de dizer o direito para o caso concreto, trazendo, para o âmbito do estudo do processo, escopos metajurídicos. Os adeptos da presente Escola do Processo⁶⁸ caracterizam a jurisdição pela substitutividade e imparcialidade do juiz.

A concepção da jurisdição como poder estatal também é abordada por CHIOVENDA⁶⁹:

O Estado Moderno considera, pois, como sua função essencial a administração da justiça: somente ele tem o poder de aplicar a lei ao caso concreto, poder que se denomina jurisdição. Para isso ele organiza órgãos especiais (jurisdicionais), o mais importante dos quais são os juízes (autoridades judiciárias). Perante estes deve propor a sua demanda aquele que pretenda fazer valer um direito em juízo. A tarefa dos juízes é afirmar e atuar aquela vontade da lei que eles próprios considerem existentes como vontade concreta, dado os fatos que eles considerem realmente existentes.

⁶⁶ KAUFMANN, Arthur. *A problemática da filosofia do direito ao longo da história*. In: *Introdução à Filosofia do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 175.

⁶⁷ BÜLOW, Oscar von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. São Paulo: LZN, 2003.

⁶⁸ Entre os adeptos da escola da teoria do processo como relação jurídica, cita-se: Josef Kohler, F.W. Planck, Konrad Hellwig, Adolf Wach, Giuseppe Chiovenda, Francesco Carnelutti, Piero Calamndrei, Enrico Túlio Liebman, Eduardo Juan Couture, Alfredo Buzaid e Cândido Rangel Dinamarco.

⁶⁹ CHIOVENDA *apud* PIMENTA, André Patrus Ayres; MARQUES, Cláudio Gonçalves; QUEIROZ, Flávia Gonçalves de; VIEIRA, Lara Piau. *Processo, Ação e Jurisdição em Chiovenda*. In: *Estudos Continuados de Teoria do Processo* vol. V. São Paulo: IOB Thonsom, 2004. p. 76. Ver também: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual*. Campos: Boksller, 2000.

LIEBMAN visualiza a jurisdição como atividade exclusiva do Estado Juiz, que são órgãos judiciários com a tarefa de garantir a eficácia prática e efetiva das normas do ordenamento jurídico. Assim, pode-se considerar “[...] a jurisdição como atividade dos órgãos do Estado, destinada a formular e atuar praticamente a regra jurídica concreta que, segundo o direito vigente, disciplina determinada situação jurídica”⁷⁰.

Numa visão pós-moderna, a jurisdição deverá ser vista como um princípio constitucional, como um direito fundamental, já que é a atividade estatal que só se realizará através da discursividade no âmbito da processualidade⁷¹. Segundo a Escola Constitucionalista do Processo, a função jurisdicional do Estado tem de ser prestada sob fiel obediência ao processo constitucional. Oportuna a seguinte lição de RONALDO BRÊTAS:

[...] a função jurisdicional, no Estado Democrático de Direito, não é atividade beneficente, obsequiosa ou caritativa, mas poder-dever do Estado, razão pela qual, em contrapartida, é direito fundamental de qualquer um do povo (governantes e governados) e também dos próprios órgãos estatais obtê-la, a tempo e modo, vale dizer, de forma adequada e eficiente, pela garantia do devido processo constitucional.⁷²

3.2. Uma releitura do conceito de processo frente ao modelo de Estado Democrático de Direito

É no direito romano que se costuma ver as origens do Direito Processual. Sabe-se que o processo romano passou por três períodos: o da *legis actiones* (da fundação de Roma, em 754, até 149 a. C.), o *per formulas* (da *Lei Aebutia*, ano 149 a. C., até o século III da Era Cristã) e o da *cognitio extraordinária* (de 294 a. C., Governo do Imperador Diocleciano, até a codificação de Justiniano – 528-534).

⁷⁰PIMENTA, André Patrus Ayres; MARQUES, Cláudio Gonçalves; QUEIROZ, Flávia Gonçalves de; VIEIRA, Lara Piau. *Processo, Ação e Jurisdição em Chiovenda*. In: *Estudos Continuados de Teoria do Processo*, vol. V. São Paulo: IOB Thonsom, 2004. p.196.

⁷¹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 5. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004. p. 41.

⁷² RONALDO BRÊTAS, de Carvalho Dias. *Responsabilidade do estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 93.

No período da *legis actiones*, o procedimento era oral e excessivamente formalista, impondo a obediência a fórmulas verbais e gestos, sob pena de extinção com impedimento de sua repetição⁷³, o que permite afirmar que a concretização do direito era algo místico, decorrente de atos ritualísticos.

A *Lei Aebutia* (149 a. C.) e as duas *Leis Julia* – *lex iudiciorum privatorum* e *lex iudiciorum publicorum* – extinguíram por completo o primitivo sistema das *legis actiones*, estabelecendo o sistema *per formulas*. Todavia, tais leis apenas regulamentaram uma prática que surgiu já no século V a. C., quando, pela necessidade de solucionar os conflitos de interesses que envolviam os estrangeiros – que não estavam sujeitos ao *ius civile* dos cidadãos romanos e ao procedimento das *legis actione* –, instituiu-se uma nova magistratura, o pretor. Este, quando procurado pelos interessados, concedia-lhes, com base em seu *edito*, a *formula* (instrumento redigido pelo pretor no qual se estabelecia o objeto do litígio e os termos a serem observados pelo juiz) com a qual se dirigiam ao juiz que escolhessem, a quem caberia o julgamento segundo a fórmula e as provas, mas com livre convicção e com a comum missão de criar a norma a ser aplicada.

A partir das referidas leis, o sistema *per formulas* passou a se tornar comum a todos os romanos, marcando o fim do período denominado “*ciclo da justiça privada*”, uma vez que o árbitro ou juiz passou a ser nomeado pelo pretor e não mais escolhido pelas partes⁷⁴.

O último período, denominado *cognitio extraordinária*, e que tem início sob o governo do imperador Diocleciano (294 d. C.), é marcado pelo surgimento de juízes, funcionários públicos nomeados pelo imperador, os quais passaram a conhecer as demandas, proferir as sentenças e executá-las, desaparecendo, assim, a divisão do procedimento em duas fases, bem como as fórmulas. Nesse sentido, VIEIRA esclarece:

Não há, na ‘*cognitio extra ordinem*’, diferenciação entre ‘*ius*’ e ‘*iudicium*’. Nem o fundamento é a ‘*litis contestatio*’ (acordo), nem se usa mais qualquer fórmula. O fundamento é a autoridade estatal e o processo é, crescentemente, escrito e oneroso.⁷⁵

⁷³ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. V. I, 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 39.

⁷⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 5. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004, p. 39.

⁷⁵ VIEIRA, José Marcos Rodrigues. *Da ação cível*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 26.

É, portanto, no período pós-clássico que o Estado Romano assume o monopólio da atividade de dizer o direito, sendo necessário observar que tal atividade surgiu do enfraquecimento do Império Romano e conseqüente “*necessidade de o Estado se impor aos particulares e recuperar a unidade nacional*”⁷⁶.

Em 1800, POTHIER elabora a teoria do processo como contrato⁷⁷. Tal idéia é resultado do hábito da época, como acima exposto, de relacionar-se os fenômenos da Modernidade aos da Antiguidade. Assim, considerando-se que o processo romano, até o aparecimento da Lei *Aebutia* (149 a. C.) e das duas Leis Julia, consistia em uma arbitragem privada, caracterizando-se por uma espécie de contrato entre os litigantes, no qual escolhiam o árbitro e se comprometiam a acatar a futura decisão, para POTHIER:

[...] instaurava-se o processo pela *litiscontestatio* (convenção das partes perante o juiz para acatar a decisão proferida), e o juiz seria o árbitro judicial e facultativo e não órgão jurisdicional monopolizador da jurisdição que independeria de prévia provocação unânime das partes para exarar provimentos.⁷⁸

Os estudos de POTHIER foram também influenciados pelas idéias iluministas do século XVIII, que “*colocavam a vontade individual como única fonte de direito e dever, nada mais cabendo ao Estado senão atender aos pactos advindos dos particulares*”⁷⁹. A debilidade da tese de POTHIER era manifesta, uma vez que, já na época de sua elaboração, a coatividade independia da vontade dos interessados.

Em 1850, SAVIGNY e GUÉNYVAU, também romanistas e estimulados pelo liberalismo político, entendendo que o processo não resulta da vontade livre, como o contrato, mas considerando que a *formula* romana, ao fixar a *litiscontestatio*, produzia efeitos como se fora um contrato, atribuíram ao processo a natureza de quase-contrato. Acreditavam que, quanto ao réu, não era necessária prévia aceitação dos efeitos da

⁷⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 5. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004. p. 40.

⁷⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 5. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004. p. 86.

⁷⁸ POTHIER *apud* LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 5. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004. p. 87.

⁷⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 5. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004. p. 86.

sentença, mas que, quanto ao autor, seu ingresso em juízo representava seu prévio assentimento aos resultados do processo⁸⁰.

Como esclarece COUTURE⁸¹, tais estudiosos apoiaram-se em um fragmento do *Digesto* (que, por sinal, não dizia o que lhe era atribuído) e pensavam que: “*não sendo o processo, como fonte de obrigações, nem um contrato, nem um delito, nem um quase-delito – deveria ser, por eliminação, um quase-contrato*”⁸². Esse tipo de contrato recebe a denominação de atípico⁸³, tendo em vista sua força coativa.

Essa teoria, como se percebe, sofre das mesmas deficiências da teoria apresentada por POTHIER, pois, na época, a jurisdição já era obrigatória, não necessitando o juiz do consentimento prévio do autor para proferir sua decisão.

A obra de Oskar von Bülow⁸⁴ é considerada a primeira obra científica sobre direito processual, tendo aberto um novo horizonte para o nascimento desse ramo autônomo na área da ciência jurídica. Para esse autor, o processo é uma relação jurídica existente entre autor, juiz e réu, centrada na idéia dos pressupostos processuais de existência e desenvolvimento regular do processo. Para a validade e legítima constituição do processo, seriam necessários requisitos que o juiz, autor e réu deveriam cumprir, conforme o disposto em lei processual, enquanto o direito disputado e alegado pelas partes se situava em plano posterior à formação do processo.

BÜLOW, na formulação dessa teoria, baseou-se na máxima de BÚLGARO, jurista italiano do século XII: “*judicium est actum trium personarum: judicis, actoris et rei*”⁸⁵ (o processo é ato de três personagens: do juiz, do autor e do réu).

A teoria do processo como relação jurídica é a que prevalece, hoje, em praticamente todos os estudos jurídicos nacionais. Ao analisar essa teoria, LEAL enfatiza que, embora os adeptos dessa teoria acreditem que fizeram a distinção clara entre processo e procedimento,

⁸⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 5. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004. p. 87.

⁸¹ COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao estudo do processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

⁸² COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao estudo do processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 40.

⁸³ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. São Paulo: Thomson – IOB, 2004. p. 236.

⁸⁴ BÜLOW, Oscar von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. São Paulo: LZN, 2003.

⁸⁵ BÚLGARO *apud* GONÇALVES, Wilson José. *Relação jurídica processual circular*. Campo Grande: UCBD, 2002. p. 139.

o que se verifica é uma confusão terminológica⁸⁶. ADA PELEGRINI entende que “*procedimento é apenas o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo; é a manifestação extrínseca deste, a sua realidade fenomenológica*”⁸⁷. Por processo, entende-se marcha avante, caminhada, sendo o processo instrumento para o exercício da jurisdição.

No Brasil, a teoria da relação jurídica teve grande influência na estruturação da Escola Instrumentalista do Processo em que o processo e a jurisdição apresentam escopos metajurídicos. Para essa corrente, o processo é definido “*como se fosse uma corda a serviço da atividade jurisdicional nas mãos do juiz, para puxar, pela coleira mágica, a Justiça Redentora para todos os homens, trazendo-lhes paz e felicidade*”⁸⁸.

A teoria do processo como situação jurídica foi elaborada por James Goldschmidt, em 1910. Nessa teoria, o processo, por não ser estático, não é uma relação jurídica, mas uma situação jurídica.

O processo, para GOLDSCHMIDT⁸⁹, consiste em um duelo entre as partes as quais se utilizam, em busca da vitória, de argumentos estratégicos destinados a convencer o juiz. Prevalece, para o juiz, os poderes e faculdades carismáticas na condução do processo⁹⁰. Nesse diapasão, LEAL enfatiza, que para essa teoria, “*o processo era uma forma alegórica de canteiro judicial onde as partes lançavam suas alegações que poderiam ou não germinar pelo adubo íntimo do entendimento do julgador*”⁹¹.

O espanhol Jaime Guasp⁹² foi o fundador da teoria do processo como instituição jurídica (1940), idealizando tal teoria com fundamento em pressupostos mais sociológicos que jurídicos. O processo é um conjunto de condutas, como a instituição instrumental de direitos decorrentes dos costumes, ética social e dos direitos praticados pelos tribunais.

⁸⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 5. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004. p. 88.

⁸⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 279.

⁸⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. Porto Alegre: Síntese, 2001. p. 89.

⁸⁹ GOLDSCHMIDT, James. *Teoria general del proceso*. Barcelona: Editora Labor, 1936. Ver também: LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. 5. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004. p. 89.

⁹⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. Porto Alegre: Síntese, 2001, p. 90.

⁹¹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. Porto Alegre: Síntese, 2001, p. 90.

⁹² GUASP, Jaime. *Derecho procesal civil*. Madrid, 1968. Ver também: LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. 5. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 90.

Ao contrário do que pensava GUASP, “[...] atualmente o processo, destacando-se do fatalismo sociológico e historicista, vem assumindo o status de direito fundamental constitucionalizado”⁹³. Porém, no Estado Democrático de Direito, não se pode falar em outro processo que não seja o processo constitucional, conforme preleciona LEAL:

O movimento constitucionalista, após 1945, afora o golpismo de caserna que ainda marca algumas nações atrasadas, afluou-se em necessidade de assegurar direitos fundamentais de liberdade e dignidade dos povos, por sua autodeterminação, em estatutos jurídico-políticos básicos (CONSTITUIÇÕES) votadas e aprovadas pelo povo, ou seus representantes diretos, como fonte, núcleo e paradigma dos ordenamentos nacionais.⁹⁴

Destaca-se a contribuição do processualista italiano FAZZALARI⁹⁵, ao distinguir processo e procedimento, através de sua teoria do processo como procedimento em contraditório, sendo este uma “[...] conquista histórica juridicamente constitucionalizada em direito-garantia, que se impõe como instituto legitimador da atividade jurisdicional no processo”⁹⁶.

Essa teoria não define processo como a mera seqüência dos atos praticados pelas partes ou pelo juiz, mas, sim, pela presença do contraditório entre as partes, em simétrica paridade. Por conseguinte, o processo deve ser visto como “*uma estrutura técnica construída pelas partes sob o comando do modelo normativo processual*”⁹⁷.

Procedimento, por sua vez, “*é uma estrutura técnica de atos jurídicos seqüenciais numa relação espaço-temporal, segundo modelo legal, em que o ato inicial é pressuposto do ato conseguinte e este, como extensão do ato antecedente e, assim, sucessivamente até o provimento final*”⁹⁸. Ainda que o procedimento se realize pelo modelo normativo, se não contiver o dado legal do contraditório em sua estrutura jurídica espaço-temporal⁹⁹, não haverá processo. Nessa teoria, “*a sentença (provimento) não é um ato sentimental e*

⁹³ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*: primeiros estudos. 5. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 90.

⁹⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*: primeiros estudos. Porto Alegre: Síntese, 2001. p. 91.

⁹⁵ FAZZALARI, Elio. *Instituzioni di diritto processuale*. 7. ed. Padova: CEDAM, 1994.

⁹⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*: primeiros estudos. 5. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 90.

⁹⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*: primeiros estudos. 5. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 92.

⁹⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*: primeiros estudos. 5. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 239.

⁹⁹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992. p. 59-154.

solitário do juiz, mas uma conseqüência e expressão jurídica, racionalizada e categoricamente conclusiva, dos atos realizadores no procedimento em contraditório entre as partes”¹⁰⁰.

Embora FAZZALARI não veja o contraditório como um instituto do Direito Constitucional, tal fato não era de se esperar do ilustre processualista, visto que, à época em que elaborou sua teoria, os estudos do movimento constitucionalista não tinham sido iniciados.

A teoria constitucionalista do processo despontou com as obras de José Alfredo de Oliveira Baracho¹⁰¹ e Hector Fix Zamudio. Contudo, apenas recentemente, através de estudos realizados por Ítalo Andolina, o processo passou a ser visto como instituição constitucionalizada, conforme destaca LEAL:

[...] o processo, em seus novos contornos teóricos na pós-modernidade, apresenta-se como necessária instituição constitucionalizada que, pela principiologia constitucional do devido processo que compreende os princípios da reserva legal, da ampla defesa, da isonomia e do contraditório, converte-se em direito-garantia imposterável e representativo de conquistas teóricas da humanidade no empreendimento secular contra a tirania, como referente constitucional lógico-jurídico, de interferência expansiva e fecunda, na regência axial das estruturas procedimentais nos segmentos da administração, da legislação e da jurisdição.¹⁰²

É mister destacar que, no Estado Democrático de Direito, a soberania popular é a única fonte legítima de poder, haja vista a possibilidade de o povo exercer a fiscalidade processual dos atos estatais, a fim de coibir qualquer tipo de abuso na confecção e execução dos diplomas legislativos. O processo, dessa forma, é visto como instituição jurídica balizadora da soberania popular e da cidadania e, portanto, elemento essencial à construção do Estado Democrático de Direito.

A lei, para ser legítima no Estado Democrático de Direito, há que passar, em sua elaboração e discussão, pela procedimentalidade regida pelo processo em seus imperativos, que são a ampla defesa e o contraditório, em regime de isonomia, no debate amplo,

¹⁰⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. 5. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 92.

¹⁰¹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

¹⁰² LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. 5. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 93.

plenário, do projeto legislativo, até a sua aprovação¹⁰³. Por essa razão, a adoção das súmulas vinculantes é incompatível com o paradigma de Estado Democrático de Direito, uma vez que não se oferece à comunidade jurídica um espaço procedimental para discussão e fiscalização dos provimentos. Por conseguinte, a atribuição de efeito vinculante às súmulas representa obstáculo ao exercício da democracia.

Por fim, tem-se a teoria neo-institucionalista do processo, abordada anteriormente, e em constante elaboração:

de conjunto de princípios e institutos jurídicos reunidos ou aproximados pelo texto Constitucional com a denominação jurídica de Processo, cuja característica é assegurar, pelos princípios do contraditório, ampla defesa, isonomia, direito ao advogado e livre acesso à jurisdicionalidade, o exercício dos direitos criados e expressos no ordenamento constitucional e infraconstitucional, por via de procedimentos estabelecidos em modelos legais (devido processo legal) como instrumentalidade manejável pelos juridicamente legitimados.¹⁰⁴

Sabe-se que uma teoria neo-institucionalista do processo só pode ser compreendida através de uma teoria constitucional de direito democrático¹⁰⁵ de bases legitimantes na cidadania, esta compreendida como soberania popular. Tal teoria baseia-se na participação da comunidade jurídica na construção dos provimentos jurisdicionais e na fiscalização da confecção e execução dos diplomas legislativos. Pauta-se, portanto, na teoria do discurso e busca a efetivação permanente ou de reconstrução ampliada da cidadania.

Além disso, a teoria neo-institucionalista difere-se da teoria constitucionalista, por considerar esta o processo como:

¹⁰³ “São os destinatários da normatividade legislada que legitimam a validade e eficácia do ordenamento jurídico pela via procedimental do devido processo legal, mediante o qual se reconhecem autores das normas vigentes e aplicáveis. Os destinatários são os únicos legitimados a testificar incessantemente a vigência, a validade e a eficácia do ordenamento jurídico”. ALMEIDA, Andréa Alves de. *A efetividade, eficiência e eficácia do processo no Estado Democrático*. In: *Estudos Continuados de Teoria do Processo*. v. IV. Síntese: Porto Alegre, 2004. p. 92.

¹⁰⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. Porto Alegre: Síntese, 2001. p. 95.

¹⁰⁵ “A democracia não é algo acabado, consiste na participação de todos os destinatários, quer da lei ou do provimento, na produção, aplicação, interpretação e fiscalização incessante da constitucionalidade (co-instituições). O exercício da democracia não se limita à participação do povo nas eleições. Uma decisão somente retratará ‘expectativas socialmente compartilháveis’ se for construída por todos os destinatários e não pressuposta em algum momento anterior. Não bastam leis democráticas por si só, são necessárias implicações hermenêuticas (interferência intelectual) dos destinatários das normas e do provimento. A legalidade per se não é suficiente para validar a legitimidade”. ALMEIDA, Andréa Alves de. *A efetividade, eficiência e eficácia do processo no Estado Democrático*. In: *Estudos Continuados de Teoria do Processo*. IV. Síntese: Porto Alegre, 2004. p. 88.

[...] modelo constituído no arcabouço constitucional pelo diálogo de especialistas numa Assembléia ou Congresso Constituinte representativo do povo estatal é a proposta de uma teoria da constituição egressa de um espaço processualizado em que o povo total da Comunidade Política é, por direito-de-ação, coextenso ao procedimento, à causalidade dos princípios e regras de criação, alteração e aplicação de direitos.¹⁰⁶

Ao analisar a teoria neo-institucionalista, PENNA assevera que, “*ainda de acordo com essa teoria, o exercício da jurisdição não tem qualquer validade sem processo, que, por sua vez, configura-se procedimentalmente em paradigmas fundantes de constitucionalidade democrática*”¹⁰⁷.

LEAL enfatiza que “*o processo, como instituição constitucionalizada, deflui de uma Sociedade Política consciente de um projeto constitucional arbitrado pela atividade legiferante e não por órgãos de representação integral de um povo ficticiamente considerado*”¹⁰⁸.

O Brasil adota, em seu artigo 1º da Constituição da República, o modelo de Estado Democrático de Direito. Trata-se de norma constitucional a ser executada, não devendo prosperar a idéia de que a Democracia é utopia. A Democracia existe pelo fato de se conferir legitimidade ao povo para o exercício da fiscalidade dos atos estatais, sendo a participação processual do cidadão no discurso jurídico o elemento essencial à caracterização e realização efetiva da Democracia. Desse modo, em uma concepção neo-institucionalista de processo, não se pode falar em atribuição de efeito vinculante às súmulas, uma vez que essas inibem a correição do ordenamento jurídico, contrariando os elementos básicos da democracia.

Na Pós-modernidade, a legitimidade do direito deve ser compreendida – conforme contribuição de HABERMAS – a partir do nexos entre soberania popular e direitos humanos, o que se concretiza quando os destinatários da norma participam de sua criação, interpretação e fiscalização. E a coexistência da autonomia pública (soberania popular) com

¹⁰⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 5. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004. p. 95.

¹⁰⁷ PENNA, Saulo Versiani. *A decisão de efeito vinculante na teoria do processo jurídico contemporâneo: sua legitimidade sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte, 2004. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. p. 68.

¹⁰⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 5. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004. p. 95.

a autonomia privada (direitos individuais), na democracia, será efetivada pelo manejo dos institutos jurídicos do Devido Processo Constitucional, Devido Processo Legislativo e Devido Processo Legal.

Assim, no Estado Democrático de Direito, a efetividade e a validade do direito não são conferidas pelo órgão jurisdicional, mas pelos destinatários das normas, que legitimam o ordenamento jurídico, exercendo o devido processo legal, mediante o qual se reconhecem autores do direito vigente. As súmulas vinculantes, ao contrário, não possibilitam um discurso processualizado, acabando por concentrar, nos Tribunais Superiores, poderes absolutos sobre a validade e eficácia das normas jurídicas.

3.3. Princípios constitucionais institutivos do processo¹⁰⁹

Para a devida compreensão do tema, faz-se necessária a análise dos princípios constitucionais institutivos do processo e, em seguida, esclarecer-se-á, até que ponto, na emissão das súmulas é observado o devido processo legal.

Alçado à esfera constitucional, conforme explicado anteriormente, o processo é pautado pelos institutos que lhe são integrantes _ a ampla defesa, o contraditório, a isonomia¹¹⁰.

Destarte, tais princípios não são apenas informativos do processo, mas institutivos, sendo que, na ausência de um deles, não se poderá falar em processo como “*direito-garantia constitucionalizada ao exercício de direitos fundamentais pela procedimentalidade instrumental das leis processuais*”¹¹¹. Destaca, nesse sentido, BRINDEIRO:

e quando a expressão refere-se a processo e não a simples procedimento, alude sem dúvida a processo judicial pelo Estado, segundo os imperativos da ordem

¹⁰⁹ Esse subitem é parte integrante de monografia de final de curso para obtenção do título de bacharel em Direito. MIRANDA, Alexandra Carolina Vieira. *A remessa necessária em face do princípio da isonomia*. Belo Horizonte, 2004. Monografia (Graduação em Direito). Faculdade Mineira de Direito. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. p. 22-30.

¹¹⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 5. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004. p. 102.

¹¹¹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 5. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004. p. 102.

jurídica, e com as garantias de isonomia processual, da bilateralidade dos atos procedimentais, do contraditório e da ampla defesa.¹¹²

O princípio do contraditório apresenta estreita ligação com o princípio da isonomia processual. É o contraditório, princípio constitucional, que garante a participação, com igualdade de oportunidade, na preparação do provimento final. GONÇALVES expõe a abrangência do contraditório:

o contraditório não é o ‘dizer’ e o ‘contradizer’ sobre a matéria controvertida, não é a discussão que deve ser travada no processo sobre a relação de direito material, não é a polêmica que se desenvolve em torno dos interesses divergentes sobre o conteúdo do ato final. Essa será sua matéria, o seu conteúdo possível. O contraditório é a igualdade de oportunidades no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei.¹¹³

O contraditório apenas se efetiva com a oportunidade de preparação do provimento pelos interlocutores¹¹⁴, em simétrica paridade, com igualdade temporal de participação limitada pelo prazo, sendo lícita a liberdade de nada dizer.

Assim, o procedimento realizado em contraditório exige, antes de construído o provimento, a participação daqueles que serão os destinatários dos efeitos deste, em simétrica igualdade de oportunidade, pelo “dizer e contradizer”.

Os princípios do contraditório e da ampla defesa estão previstos na Constituição da República em um único dispositivo legal, aplicável aos sujeitos do processo¹¹⁵. A ampla defesa, por sua vez, está relacionada com a garantia de iguais possibilidades de efetiva participação na construção do provimento final, a ser emanado pelo Estado. Tal assertiva se corrobora com os ensinamentos de GONÇALVES:

¹¹² BRINDEIRO, Geraldo *apud* LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido processo legal*. Porto Alegre: Fabris, 1999. p. 177-178.

¹¹³ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 1992.

¹¹⁴ Conforme ressalta Gonçalves, o contraditório como garantia de participação paritária, em simétrica igualdade, supõe mais de um sujeito. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 1992.

¹¹⁵ Art. 5º, inciso LV, Constituição da República: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes”. BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

as partes realizam atos, no processo, se quiserem. Mas a garantia da oportunidade de sua participação é dada por norma imperativa, cumprindo ao juiz observar e fazer observar o princípio do contraditório, do qual a garantia de participação, igual e paritária, das partes, constitui a própria essência.¹¹⁶

A garantia da defesa é uma das exigências do devido processo, sendo apenas efetiva com a participação dos interlocutores em igualdade de condições:

a ampla defesa, em qualquer sistema jurídico do moderno Estado Democrático de Direito, envolve a cláusula do *devido processo legal* em sentido substancial (*substantive due process*), equivalente ao direito material de garantias fundamentais do cidadão, como a do *devido processo* em sentido processual (*procedural due process*), traduzindo a garantia da plenitude da defesa em tempo e modo suficiente para sustentá-la.¹¹⁷

Exercido o direito-de-ação, direito este público, incondicionado, de movimentar a jurisdição, à outra parte deve ser garantido o direito de defesa.

A ampla defesa compreende o direito de ser informado, de bilateralidade da audiência (contraditoriedade), direito à prova legitimamente obtida ou produzida¹¹⁸.

A bilateralidade de audiência pressupõe ciência dos atos processuais e oportunidade legal de manifestação, limitada pelo prazo. Implica, ainda, direito à prova, legitimamente obtida.

Destaca-se que a amplitude de defesa encontra limites temporais, ou seja, não pode ser produzida a qualquer tempo, mas no prazo fixado pela lei.

No Estado Democrático de Direito, em que o processo tem *status* constitucional, a ampla defesa apenas será exercida em sua plenitude através da defesa técnica, daí a necessidade da presença do advogado nos diversos procedimentos, já que é ele que tem conhecimento técnico-jurídico capaz de resguardar direito alheio.

Todavia, são freqüentes as diversas alterações pelas quais passa o ordenamento jurídico brasileiro, sendo que essas alterações, promovem a sumarização da cognição e

¹¹⁶ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2000. p. 93.

¹¹⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 5. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004. p. 104.

¹¹⁸ TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1989.

conseqüente mitigação da ampla defesa e do contraditório, até mesmo dispensando o advogado, não obstante o disposto no art. 133 da Constituição da República¹¹⁹.

O princípio da igualdade, por sua vez, apresenta origem na Revolução Francesa (Estado Liberal), com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que procurou abolir os privilégios que cercavam duas classes sociais, a nobreza e o clero.

Alçado a direito fundamental, foi elencado, na Constituição da República de 1988, como princípio norteador de todo sistema jurídico, dispondo:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade [...]¹²⁰.

Trata-se o princípio da isonomia processual, ora em análise, de uma reafirmação do direito fundamental à igualdade e deve nortear as relações jurídicas, devendo-se fazer presente para que as partes recebam tratamento igualitário e obtenham as mesmas oportunidades – simétrica paridade – no procedimento. O alcance do referido princípio não é apenas nivelar os cidadãos diante da norma estético legal posta, a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia¹²¹. Assim,

o princípio da isonomia é direito-garantia, hoje constitucionalizado em vários países de feições democráticas. É referente lógico-jurídico indispensável ao procedimento em contraditório (Processo), uma vez que a liberdade de contradizer no processo equivale à *igualdade temporal* de dizer e contradizer para a construção, entre partes, da estrutura do procedimento.¹²²

O princípio da isonomia processual passa a integrar a garantia do devido processo legal, conforme art. 5º, inciso LIV, da Constituição da República, e destina-se tanto ao

¹¹⁹ Art. 133, CR/88: “o advogado é indispensável à administração da justiça”. BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

¹²⁰ BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

¹²¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

¹²² LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 5. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004. p. 104.

legislador quanto ao aplicador da lei, com o objetivo de nivelar os destinatários das mais diversas normas.

Tal dimensão da isonomia, no Estado Democrático de Direito, não pode ser compreendida conforme concepção aristotélica – tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.

Esse pensamento, conforme acentua GALUPPO, foi desenvolvido por Aristóteles e refere-se à igualdade geométrica. Para a compreensão de igualdade geométrica, é importante entender o conceito de justiça distributiva, compreendida em dar a cada um conforme seu valor. Sobre justiça distributiva, destaca-se que:

Ela se baseia num princípio da igualdade geométrica, em que 5/10 equivale a 4/8, que, por sua vez, equivale a 1/2. Isso significa que os bens comunitários devem ser distribuídos de forma que quem valha, para a comunidade, '8', deva receber '4', enquanto quem valha '2', deva receber '1', afim de que tais indivíduos sejam igualados através desta espécie de justiça.¹²³

Cada um receberá de acordo com a sua virtude. A justiça distributiva aborda a questão de tratamento comparativo de indivíduos, assim compreendida em “*dar a cada um conforme seu valor (arethé), ou seja, proporcionalmente àquilo que cada um agregou à comunidade política*”,¹²⁴.

Dessa concepção, resultaria a idéia de que injustiça existiria num caso em que, havendo dois indivíduos semelhantes, em condições semelhantes, o tratamento dado a um fosse pior, ou melhor, do que o dado ao outro.

Se assim fosse concebido, o processo, direito-garantia, legitimador da atividade jurisdicional, passaria a ser concebido como forma de pacificação social, com escopos políticos e metajurídicos¹²⁵, realizados pelo juiz, desvirtuando sua função de possibilitar a formação dos provimentos pelas partes em contraditório.

Além disso, permitir o tratamento desigual a uma das partes, sob fundamento de alcance da igualdade substancial, é tão somente submeter o processo à jurisdição, esta

¹²³ GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença _ Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 40.

¹²⁴ GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença _ Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 40.

¹²⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

entendida como o monopólio estatal na aplicação da lei. A simétrica paridade refere-se à igualdade processual, igual oportunidade de dizer e contradizer no processo, sem correlação com a igualdade substancial.

Ademais, “*é oportuno distinguir isonomia e simétrica paridade, porque esta significa a condição já constitucionalmente assegurada dos direitos fundamentais dos legitimados ao processo quanto à vida digna, liberdade e igualdade (direitos líquidos e certos) no plano constituinte do Estado Democrático de Direito*”¹²⁶.

A isonomia processual, pressuposto da democracia, afasta qualquer tipo de privilégio e proíbe quaisquer distinções não autorizadas pelo texto constitucional. Conforme já ressaltado, a Constituição da República de 1988 elencou a isonomia processual como princípio norteador de todo ordenamento jurídico. A partir do momento em que uma lei, sob a justificativa de equiparar os sujeitos processuais, estabelece privilégios, passa a desrespeitar a isonomia processual, já que os efeitos produzidos pela situação fática são incompatíveis com o preceito determinado pela norma constitucional – igualdade de tratamento às partes no procedimento em contraditório.

4. A crise de operacionalidade do Judiciário

A crise de operacionalidade do Judiciário é assunto de grande debate dos meios acadêmicos e jurídicos, em razão da morosidade da prestação jurisdicional e da questão da efetividade do processo.

Várias têm sido as causas apontadas para a crise do Judiciário, destacando-se, entre elas: as excessivas possibilidades recursais no sistema processual brasileiro; o insuficiente quadro funcional do Judiciário, seja de servidores, seja de magistrados; a multiplicação de demandas repetitivas, o que acaba por sobrecarregar os tribunais.

Para tentar resolver o problema da operacionalidade do Judiciário, vem sendo questionada a adoção das súmulas vinculantes pelo ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, convém verificar se essa adoção é compatível com o paradigma do Estado

¹²⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 5. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004. p. 104.

Democrático de Direito. Para tanto, faz-se necessário lembrar a contribuição de CALMON DE PASSOS¹²⁷ que analisa a crise de operacionalização do Judiciário sob quatro perspectivas, sendo elas: “(1) na crise mais ampla do modelo de Estado; (2) numa crise específica localizada no processo constitucional de produção jurisdicional do direito; (3) na institucionalização dos agentes políticos; e (4) nos procedimentos adotados”¹²⁸.

Sobre tal abordagem, algumas considerações devem ser tecidas para a compreensão do tema.

Entende Calmon de Passos que a crise do Judiciário pode ser inserida numa crise mais ampla do modelo estatal, o que, entretanto, extrapola a função jurisdicional.

Deve-se ressaltar que as funções legislativa, administrativa ou executiva e a jurisdicional representam as três funções jurídicas fundamentais do Estado de Direito. Especificamente, sobre a função jurisdicional,

[...] permite ao Estado, quando provocado, pronunciar o direito de forma imperativa e em posição imparcial, tendo por base um processo legal e previamente organizado, segundo o ordenamento jurídico constituído pelas normas que o Estado edita, nas situações concretas da vida social em que essas normas são descumpridas.¹²⁹

A Constituição da República de 1988 instituiu o Estado Democrático de Direito, em que o poder emana do povo, cabendo ao Estado legislar, administrar e exercer a função jurisdicional, em que, no Estado de Direito,

o poder legitimamente constituído se exerce nos limites da lei, e a função jurisdicional, que traz implícito o poder uno e indivisível do Estado, que fala pela nação, se exerce em conformidade com as normas que disciplinam a jurisdição.

Nesses termos, é insubsistente a alegação de crise do modelo do Estado, sendo que esta extrapola a função jurisdicional, uma vez que, o “*Legislativo, Executivo e Judiciário*

¹²⁷ CALMON DE PASSOS, J.J.. A crise do poder judiciário e as reformas instrumentais: avanços e retrocesso. *Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil*. Porto Alegre: Síntese, 2002.

¹²⁸ ALMEIDA, Andréa Alves de. *A efetividade, eficiência e eficácia do processo no estado democrático*. In LEAL, Rosemiro Pereira (coord.). *Estudos continuados de teoria do processo*. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 81, 84,103.

¹²⁹ RONALDO BRÊTAS, de Carvalho Dias. *Responsabilidade do estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 76.

são órgãos independentes e harmônicos entre si, justamente para garantir que nenhum governo será arbitrário ou omissivo com o seu dever constitucional”¹³⁰.

Ainda, num segundo aspecto, a crise do Judiciário está atrelada ao processo constitucional de produção do direito, o que se mostra inadequado, pois a efetividade/legitimidade constitucional fundamenta-se nos instrumentos processuais, marcados pelo direito-de-ação, pelos princípios do contraditório, pela ampla defesa, pela isonomia, pelo devido processo legal, pelo direito ao advogado. A efetividade e garantia dos direitos fundamentais passa, necessariamente, pelo modelo constitucional do processo, como acentua GONÇALVES:

enquanto não se podia pensar a função jurisdicional com a participação das partes na fase de preparação da sentença, a reflexão jurídica se ateve à missão do juiz e, projetou nele a grande esperança de se retificarem as injustiças do Direito Positivo. [...] Com as novas conquistas do Direito, o problema da justiça no processo foi deslocado do ‘papel-missão’ do juiz para as garantias das partes. O grande problema da época contemporânea já não é o da convicção ideológica, das preferências pessoais, das convicções íntimas do juiz. É o de que os destinatários do provimento, do ato imperativo do Estado que, no processo jurisdicional, é manifestado pela sentença, possam participar de sua formação, com as mesmas garantias, em simétrica igualdade, podendo compreender porque, como, por que forma, em que limites o Estado atua para resguardar e tutelar direitos, para negar pretensos direitos e para impor condenações.¹³¹

É por intermédio do processo, direito-garantia de observância dos demais direitos fundamentais, que ocorre a efetiva realização do Estado Democrático de Direito, sendo que o “*direito, fundado no princípio democrático, assume, então, o lugar deixado pela eticidade, pelas tradições imemorais e pelas leis divinas*”¹³².

Hoje, o processo é uma instituição constitucionalizada, “*direito-garantia constitucional de construção de provimentos e da jurisprudência pelo contraditório e ampla defesa*”¹³³. Assim, CATTONI DE OLIVEIRA, baseando-se em HABERMAS,

¹³⁰ ALMEIDA, Andréa Alves de. *A efetividade, eficiência e eficácia do processo no estado democrático*. In LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). *Estudos continuados de teoria do processo*. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 84-85.

¹³¹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992. p. 194-195.

¹³² HABERMAS, Jürgen. *apud* CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo de Andrade. *Tutela jurisdicional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte, 1988. p. 48.

¹³³ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria da defesa no processo civil*. In: *Revista da Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas*. Belo Horizonte, v. 1. n. 1, 1º sem. 1998. p. 109.

ensina que, “nas sociedades modernas, o Direito só pode cumprir a função de estabilizar expectativas de comportamento se ele preservar uma conexão interna com a garantia de um processo democrático através do qual os cidadãos alcancem um entendimento de seu viver em conjunto”¹³⁴.

No que se refere aos agentes políticos, o juiz, ao pronunciar decisões, deve-se nortear pelo princípio da legalidade e da imparcialidade (art. 5º, II, art. 93, IX, CR/88), sem que se possa permitir discricionariedade jurisdicional. Até porque os interlocutores, através do processo, participam da construção do provimento emanado pelo Estado, nas suas diversas esferas, construindo o contraditório reflexo do Estado Democrático de Direito. Certo é que o contraditório implica respeito à dignidade humana, um dos objetivos a serem alcançados por esse paradigma ao vedar decisões autoritárias. A teoria constitucionalista do processo, defendida por BARACHO, que vem corroborar tais assertivas:

o processo constitucional deve ser instrumento eficaz para fazer consagrar, respeitar, manter ou restaurar os direitos individuais e coletivos, quando lesados, através de qualquer fonte, seja ela do próprio poder, dos indivíduos, grupos ou mesmo de ordem econômica e social inadequada à realização da dignidade humana.¹³⁵

Além disso, parte, na democracia é o agente processual do dever-ser jurídico que se concretiza na procedimentalidade para a criação ou definição do direito. Assim;

o espaço político (isegoria) de criação do direito só será continente democrático se já assegurados os conteúdos processuais dialógicos da isonomia que são a isotopia, a isomenia e a isocrítica em que haja, portanto, na sua base decisória, igualdade de todos perante a lei (isotopia), igualdade de todos em interpretar a lei (isomenia) e igualdade de todos de fazer, alterar ou substituir a lei (isocrítica).¹³⁶

Referente à última abordagem, os procedimentos adotados são a causa da crise do Judiciário, uma vez que existem procedimentos presentes no ordenamento jurídico que

¹³⁴ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo de Andrade. *Tutela jurisdicional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte, 1988. p. 47.

¹³⁵ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. São Paulo: Forense, 1984. p. 364.

¹³⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 5. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004. p. 72.

violam as garantias constitucionais processuais – isonomia, ampla defesa, contraditório e direito ao advogado.

O processo já não mais pode ser visto como instrumento da jurisdição, a serviço da paz social, da mesma forma que o procedimento não é uma sucessão de atos processuais. A partir da ótica fazzalariana, o processo é espécie de procedimento, em contraditório, entre as partes em simétrica paridade, na preparação do provimento final. Conforme GONÇALVES, “o contraditório é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei. É essa igualdade de oportunidade que compõe a essência do contraditório enquanto garantia de simétrica paridade no processo”¹³⁷.

Considerando que o procedimento é gênero e o processo, espécie, o segundo é direito fundamental, uma garantia jurídico-constitucional de direitos fundamentais do contraditório, da ampla defesa, da isonomia e do devido processo legal na construção da estrutura do procedimento.

Impõe-se assegurar às partes o direito de participar em contraditório e com igualdade de condições, institucionalizando-se os mecanismos de controle e exatidão do processo¹³⁸.

Deve-se ressaltar que a atribuição de efeito vinculante às súmulas não soluciona a crise operacional do Judiciário, que só poderá ser solucionada, ou pelo menos amenizada, através de alternativas que combatam as causas dos problemas e não apenas os efeitos. Os procedimentos que violam a isonomia, a ampla defesa e o contraditório podem ser apontados como uma das principais causas da crise do Judiciário. Somente através da observância e adoção do devido processo constitucional é que se torna possível solucionar a crise de operacionalidade do Judiciário. Nesse sentido, LEAL enfatiza:

essa dogmática extremamente habilitada em resolver conflitos não é, por isso, apta a reduzir os conflitos na comunidade jurídica, porque, preferindo decidir pela ideologia cultural da razão prática, não atende o Estado Democrático de

¹³⁷ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992. p. 127.

¹³⁸ TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1989.

Direito que é, no enfoque da processualidade, como anotamos, a condição discursiva e jurídico-espacial de validade e eficácia das decisões¹³⁹.

5. Por que as súmulas vinculantes não devem ser adotadas

Diante dessa análise, apesar de as súmulas serem apontadas como a solução viável para a crise de operacionalidade do Judiciário, observa-se que sua adoção pelo ordenamento jurídico brasileiro afronta os princípios do Estado Democrático de Direito e inviabiliza a garantia da jurisdição, tendo em vista que viola o princípio do devido processo legal, o direito-de-ação e impossibilita a revisibilidade das decisões judiciais.

Ao abordar a falibilidade das teorias e a sociedade aberta, POPPER enfatiza que o ordenamento jurídico deve ser construído gradualmente e aponta a necessidade de uma teoria reconstrutiva baseada na discursividade¹⁴⁰. Além disso, o autor critica a sociedade fechada (autoritária), indicando a necessidade de uma sociedade evolucionária, aberta e democrática.

Em sentido contrário à concepção popperiana, as súmulas não possibilitam a reconstrução gradual do ordenamento jurídico, uma vez que são elaboradas através do método indutivo, não processualizado. Por outro lado, elas não são passíveis de fiscalização irrestrita, ou seja, não permitem a participação da comunidade na elaboração e aplicação das normas diante de um caso concreto. No paradigma de Estado Democrático de Direito, a legitimidade de uma norma jurídica somente ocorre quando essa é submetida à discursividade no âmbito da processualidade.

Nesse sentido, MACIEL JÚNIOR, ao abordar o tema sobre o efeito vinculativo das súmulas e enunciados, assevera, entre outros aspectos, que o efeito vinculante petrifica as decisões, uma vez que obstaculiza a possibilidade de revisão da jurisprudência. Assim, a posição sustentada por esse autor é a de que a adoção do efeito vinculante é incoerente com o ordenamento jurídico brasileiro, sendo a divergência de posições jurisprudenciais comuns

¹³⁹LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002. p. 121.

¹⁴⁰POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1972. p. 42.

dentro do Estado Federal, visto que cada Estado tem sua Constituição, devendo ser respeitada a realidade de cada unidade da federação¹⁴¹.

HABERMAS, ao enfatizar a importância da teoria procedimentalista para a construção de uma sociedade democrática, aponta que a democracia não trabalha com uma noção de sociedade centrada no Estado, mas com a possibilidade de os destinatários das normas participarem de sua construção. Contudo, isto não ocorre na emissão das súmulas vinculantes pelos Tribunais Superiores, dado que não operam com ênfase na intersubjetividade dos processos de comunicação¹⁴².

Com o intuito de demonstrar a debilidade das teorias sustentadas em decisões monológicas (solipsistas) e na figura do juiz Hércules, HABERMAS cita a crítica realizada por MICHELMAN:

o que é desprovido de diálogo. Hercules ... é um solitário. Ele é um herói. Sua construção narrativa são monólogos. Ele conversa com ninguém, exceto através dos livros. Ele não tem encontros. Ele não encontra com estranhos. Nada o altera. Nenhum interlocutor viola o isolamento inevitável de sua experiência e ponto de vista. Hercules apesar de tudo isso, é simplesmente um homem. Nenhum homem ou mulher poderia ser assim. Dworkin produziu uma apoteose de exercício da jurisdição superior sem dar atenção àquilo que parece ser o mais universal e notável característica institucional da atividade judicante em tribunal superior, a sua pluralidade.¹⁴³

Com base na crítica apontada por HABERMAS, observa-se que as súmulas vinculantes são emitidas a partir de julgamentos proferidos pelos Tribunais, decisões essas resultantes do exercício do juiz monológico (juiz Hércules), uma vez que não permitem a

¹⁴¹ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. O efeito vinculativo das súmulas e enunciados. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 34, n. 34, p. 159-70, 1994.

¹⁴² HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. *Caderno da Escola do Legislativo*, jan./jul. 1995. p. 118.

¹⁴³ Versão original: "What is lacking is a dialogue. Hercules ... is a loner. He is much too heroic. His narrative constructions are monologous. He converses with no one, except through books. He has no encounters. He meets no otherness. Nothing shakes him up. No interlocutor violates the inevitable insularity of his experience and outlook. Hercules is just a man, after all. No man or woman could be that. Dworkin has produced an apotheosis of appellate judging without attention to what seems the most universal and striking institutional characteristic of the appellate bench, its plurality". HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003, v. 1. p. 278. Tradução ver PENNA, Saulo Versiani. *A decisão de efeito vinculante na teoria do processo jurídico contemporâneo: sua legitimidade sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte, 2004. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. p. 108.

participação dos destinatários da norma na sua elaboração, motivo pelo qual é inconcebível sua adoção pelo Estado Democrático de Direito.

Essa questão de monopólio da decisão também é analisada por AGAMBEN, sob um outro ângulo, ao abordar o poder do soberano. Esse é “*aquele que decide de modo definitivo se este estado de normalidade reina de fato. Todo direito é direito aplicável a uma situação. O soberano cria e garante a situação como um todo na sua integridade. Ele tem o monopólio da decisão última*”¹⁴⁴. Essa concepção condiz, com a concepção de democracia, na visão republicana, que coloca no Estado paternalista a responsabilidade pelas decisões, com redução da participação individual. Assim, mostra-se incompatível sua adoção no paradigma do Estado Democrático de Direito que enfatiza a necessidade da via participativa e discursiva.

Outro aspecto abordado por AGAMBEN e que deve ser utilizado como argumento contrário à adoção das súmulas vinculantes, refere-se ao espaço em que elas são produzidas, ou seja, à realidade nua. Para AGAMBEN, a vida nua é aquela “[...] ‘*matável e insacriável*’ do ‘*homo sacer*’, cuja função essencial na política pretendemos reivindicar. Uma obscura figura do direito romano arcaico, na qual a vida humana é incluída no ordenamento jurídico unicamente sob a forma de sua exclusão (ou seja, de sua absoluta matabilidade)”¹⁴⁵. É nesse contexto que as súmulas são elaboradas, antes da instauração do processo, em uma realidade não processualizada.

Na mesma direção apresentada por POPPER e HABERMAS, a teoria neo-institucionalista também oferece fundamentação para a impossibilidade de adoção das súmulas vinculantes. Ao apresentar uma nova concepção de processo, baseado em uma teoria constitucional de direito democrático, LEAL enfatiza que o exercício da jurisdição não tem validade sem o processo, e este, por sua vez, deve observar a ampla defesa, o contraditório, a isonomia e o direito ao advogado. Essa teoria entende inadmissível a emissão de provimentos que não se submetam a uma fiscalidade ampla, irrestrita e constitucionalizada procedimentalmente. Desse modo, com base na argumentação apresentada, as súmulas são inadmissíveis, uma vez o que método decisório empregado na

¹⁴⁴ AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002. p. 24.

¹⁴⁵ AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002. p. 16.

emissão dessas funda-se na força da tradição e do costume¹⁴⁶. Além disso, elas obstaculizam “a revisibilidade processual incessante do direito do Estado democrático constitucionalmente criado”¹⁴⁷.

Ao analisar a teoria neo-institucionalista do processo e sua relação com a emissão do provimento legítimo, PENNA destaca que “[...] é facilmente perceptível a incompatibilidade da teoria neo-institucionalista do processo com a implantação de sistema de decisões de cunho genérico e de efeito vinculativo, especialmente quando concebidas nos bastidores de tribunais”¹⁴⁸.

Outro argumento que deve ser levado em consideração é a incompatibilidade das súmulas vinculantes com os princípios do Estado Democrático de Direito. Ao enumerar as principais objeções contra a proposta de súmula vinculante, COSTA enfatiza que a vinculação compromete o princípio da separação das funções do Estado e implica infração ao princípio da independência jurisdicional:

Não há imparcialidade sem independência e não se pode conceber um Judiciário hierarquizado como um exército [...]. Contra a idéia da vinculação a enunciados jurisprudenciais, argumenta-se que implica uma inadmissível concentração de poder na cúpula do Judiciário, em detrimento da independência de jurisdição, um dos esteios do Estado Constitucional de Direito.¹⁴⁹

Conforme já abordado no presente trabalho, a observância do devido processo legal e a tripartição das funções estatais são essenciais no Estado Democrático de Direito. Isso porque, conforme atribuição constitucional, compete ao Legislativo a função de elaborar as leis, sendo ilegítimas quaisquer manifestações dos Tribunais Superiores na elaboração das

¹⁴⁶ PENNA, Saulo Versiani. *A decisão de efeito vinculante na teoria do processo jurídico contemporâneo: sua legitimidade sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte, 2004. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. p. 66-68.

¹⁴⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002. p. 168.

¹⁴⁸ PENNA, Saulo Versiani. *A decisão de efeito vinculante na teoria do processo jurídico contemporâneo: sua legitimidade sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte, 2004. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. p. 69.

¹⁴⁹ COSTA, Sílvio Nazareno. *Súmula vinculante e reforma do judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 226-227.

normas. Ao Judiciário compete a função de aplicação da norma, sendo inadmissível que ao julgador seja permitido elaborar leis.

Com a adoção das súmulas vinculantes, atribuir-se-ia aos Tribunais Superiores, formados por magistrados vitalícios, não eleitos pelo povo, o poder de fixar normas gerais. Desse modo, as decisões desses tribunais apresentavam mais valia que as próprias leis aprovadas pelos representantes do povo. Observa-se que as súmulas vinculantes não condizem com o *status* democrático, sendo necessário oferecer aos cidadãos “*o exercício da discursividade crítica à fiscalização (correição) processual continuada para a construção, reconstrução, confirmação, concreção, atuação e aplicação do direito vigente*”¹⁵⁰.

Outra conseqüência da adoção das súmulas vinculantes é a violação dos princípios e das garantias processuais constitucionais, quais sejam: o devido processo legal e seus corolários - a inafastabilidade do controle Judiciário ou exercício do direito-de-ação, a obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais e a revisibilidade das decisões judiciais -, acarretando graves conseqüências para a ordem processual¹⁵¹.

Deve-se ressaltar que as súmulas vinculantes ofendem o postulado do acesso à jurisdição, ao impossibilitar a manifestação do Judiciário no caso concreto, violando o exercício do direito-de-ação, assegurado constitucionalmente, direito esse de movimentar a Jurisdição. É nesse sentido que a Constituição da República determina, no artigo 5º, inciso XXXV, que “*a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça de direito*”. As súmulas vinculantes constituem decisões genéricas, e significam que, uma vez definida a tese jurídica, torna-se inútil buscar a rediscussão do tema¹⁵².

No que tange à motivação das decisões judiciais, a Constituição da República garante, no artigo 93, inciso IX, que “*as decisões judiciais serão motivadas sob pena de nulidade*”, impedindo a inviolabilidade dos direitos em face do arbítrio.

Ao tratar da legitimidade das decisões judiciais, CATTONI DE OLIVEIRA aponta que várias soluções têm sido propostas para resolver a crise de operacionalidade do

¹⁵⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 5. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004. p. 170-171.

¹⁵¹ Sobre as conseqüências da adoção das súmulas vinculantes ver SÁ, Djanira Maria Radamés de. *Súmula vinculante: análise crítica de sua adoção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

¹⁵² SÁ, Djanira Maria Radamés. *Sumulas vinculantes: análise crítica de sua adoção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 105.

Judiciário, todavia essas alternativas acabam tolhendo o poder jurisdicional e inviabilizando o uso de meios processuais adequados, agravando os problemas de celeridade processual e a efetividade do contraditório. A fundamentação das decisões pressupõe a participação das partes e a presença do contraditório e da isonomia e não apenas uma simples referência a uma súmula ou lei. Desse modo:

Não bastará, para fundamentar uma decisão, a vaga referência a uma súmula, assim como não é fundamentação a mera referência a artigo de lei. A fundamentação das decisões, a sua legitimação, pressupõe o contraditório e a ampla defesa, a consideração da argumentação das partes e a demonstração da adequabilidade da decisão ao caso concreto. A súmula vinculante, se levada a sério, só virá a tornar ainda mais complexa a atividade de aplicação do Direito e, assim, o tiro sai pela culatra.¹⁵³

Ainda, o efeito vinculante das súmulas impossibilita a revisão do provimento jurisdicional, já que não adiantará à parte buscar a instância recursal se já conhece a posição do Tribunal, o que contraria a possibilidade de revisão das decisões judiciais, conforme previsto na Constituição da República (art. 5º, inciso LV).

Além desses argumentos apresentados, ao estudar a jurisdição e o processo no Estado Democrático de Direito, observou-se uma evolução conceitual desses institutos. Quanto à jurisdição, essa não constitui em mero poder-dever do Estado Juiz de dizer o direito, mas é uma atividade estatal e um direito fundamental, que somente se realiza através da discursividade no âmbito da processualidade. Ao contrário do Estado Liberal ou Social, o provimento jurisdicional legítimo no Estado Democrático de Direito não é o resultado de uma atividade solitária do juiz (decisão solipsista), mas conta com a participação dos destinatários da norma e com a observância do devido processo constitucional, devido processo legislativo e devido processo legal. As súmulas vinculantes não proporcionam à comunidade jurídica a participação efetiva na construção do provimento. Ao contrário, um provimento proferido no Estado Democrático de Direito deve permitir a participação de todos os interessados, conforme destaca LEAL: “[...] *a decisão no direito democrático é processualmente provimental e construída a partir da*

¹⁵³ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Tutela jurisdicional e Estado Democrático de Direito: três ensaios críticos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. p. 197-210.

legalidade procedimental aberta a todos os indivíduos e se legitima pelos fundamentos teórico-jurídicos do discurso democrático nela contida”¹⁵⁴.

6. Considerações finais

Procurou-se, com o presente estudo, analisar os institutos do processo e da jurisdição, concebidos sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, bem como a crise de operacionalidade do Judiciário, com o intuito de demonstrar a impossibilidade da adoção da súmula vinculante no ordenamento jurídico brasileiro.

Com a evolução das diversas teorias do processo, mostrou-se ultrapassada a concepção que considera o processo como instrumento para o exercício da jurisdição; ao contrário, esta é legitimada e balizada pelo processo. Nessa concepção, o processo deve ser visto como instituição constitucionalizada e garantidora do exercício dos direitos fundamentais, assegurados os princípios da ampla defesa, do contraditório, da isonomia e do direito ao advogado.

Buscando fundamento nas teorias desenvolvidas por POPPER e HABERMAS, analisou-se a impossibilidade da adoção da súmula vinculante, através do critério da falibilidade do ordenamento jurídico e da discursividade.

Ainda, segundo a teoria neo-institucionalista, verificou-se que, na emissão das súmulas vinculantes, não há submissão à fiscalidade ampla, irrestrita e constitucionalizada procedimentalmente. Pelo contrário, essa emissão, baseia-se no método indutivo, fundamentando-se na tradição e no costume.

A adoção das súmulas vinculantes pelo ordenamento jurídico brasileiro significa o retorno ao arbítrio, em sentido contrário à idéia que se tem de democracia, baseada na discursividade processualizada, na fiscalidade ampla e irrestrita dos atos da Administração-Governativa, bem como na revisibilidade dos provimentos jurisdicionais.

Verificou-se que o juiz não mais pode ser visto como alguém capaz de dizer o direito e construir a norma jurídica para cada caso concreto, pois, perante o Estado

¹⁵⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002. p. 101-102.

Democrático de Direito, a legitimidade do diploma legislativo é alcançada através da observância do Devido Processo Constitucional, do Devido Processo Legislativo e do Devido Processo Legal.

Com relação à crise de operacionalidade do Judiciário, afastou-se a possibilidade da adoção das súmulas vinculantes pelo ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que essas constituem uma causa da referida crise e acarretam uma violação das garantias constitucionais processuais.

7. Referências Bibliográficas

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

ALMEIDA, Andréa Alves de. *A efetividade, eficiência e eficácia do processo no estado democrático*. In LEAL, Rosemiro Pereira (coord.). *Estudos continuados de teoria do processo*. Porto Alegre: Síntese, 2004.

ALMEIDA, Andréa Alves de. *Processualidade jurídica e legitimidade normativa*. Belo Horizonte, 2003. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

ANDRÉ LEAL, Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. São Paulo: Forense, 1984.

BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

BÜLOW, Oscar Von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. São Paulo: LZN, 2003.

CALMON DE PASSOS, J.J.. A crise do poder judiciário e as reformas instrumentais: avanços e retrocesso. *Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil*. Porto Alegre: Síntese, 2002.

CANOTILHO, J.J Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARILHO, M.M. *Karl Popper: falibilismo e contingência*. Disponível: [http: // www.cfh.ufsc/~wfil/popper6.htm](http://www.cfh.ufsc/~wfil/popper6.htm). Acesso em 25/10/2004.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Tutela jurisdicional e Estado democrático de Direito: três ensaios críticos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, p. 197-210.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1997.

COSTA, Sílvio Nazareno. *Súmula vinculante e reforma do judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao estudo do processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do Estado*, 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença- Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GOLDSCHMIDT, James. *Teoria general del proceso*. Barcelona: Editora Labor, 1936.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2000.

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

GONÇALVES, Wilson José. *Relação jurídica processual circular*. Campo Grande: UCBD, 2002.

GUASP, Jaime. *Derecho procesal civil*. Madrid, 1968.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003. v. 2.

HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. *Caderno da Escola do Legislativo*, jan./jul. 1995

KAUFMANN, Arthur. *A problemática da filosofia do direito ao longo da história*. In: *Introdução à Filosofia do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria da defesa no processo civil*. In *Revista da Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas*. Belo Horizonte, v. 1. n. 1, 1º sem. 1998.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. Porto Alegre: Síntese, 2001.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 5. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*,. São Paulo: Landy, 2002.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. O efeito vinculativo das súmulas e enunciados. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 34, n. 34, p. 159-70, 1994.

MAQUIAVEL. *O Príncipe*. Tradução de Lívio Xavier. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.

MARQUES, Alexandre. *A doutrina do falseamento em Popper*. Disponível em: <http://www.cfh.ufsc.br/wifil/popper5.htm>. Acesso em 25-10-2004.

MARQUES, Alexandre. *A doutrina do falseamento em Popper*. Disponível em: <http://www.cfh.ufsc.br/wifil/popper5.htm>. Acesso em 25-10-2004.

MAZZOTTI, Alda Judith; GEWANDSZNADJDER, Fernando. *O método nas ciências naturais e sociais: pesquisa quantitativa e qualitativa*. São Paulo: Pioneira, 1989.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MENEZES, Aderson de. *Teoria Geral do Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MICHAELIS: pequeno dicionário da língua portuguesa. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1998.

MIRANDA, Alexandra Carolina Vieira. *A remessa necessária em face do princípio da isonomia*. Belo Horizonte, 2004. Monografia (Graduação em Direito). Faculdade Mineira de Direito. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

NUNES, Dierle José Coelho. *O Recurso como possibilidade jurídico-discursiva das garantias do contraditório e da ampla defesa*. Belo Horizonte, 2003. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

OLIVEIRA, Maria Rosynete. *Devido processo legal*. Porto Alegre: Fabris, 1999.

PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. O paradigma do Estado Democrático de Direito e as teorias do processo, p. 4. *Virtuajus: Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito da PUC-Minas*, Belo Horizonte, a.2, n.1, agosto de 2003. Disponível em <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/prod_docente_ano1_2004.html>. Acesso em 10 de out. 2004.

PENNA, Saulo Versiani. *A decisão de efeito vinculante na teoria do processo jurídico contemporâneo: sua legitimidade sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*. Belo

Horizonte, 2004. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

PIMENTA, André Patrus Ayres; MARQUES, Cláudio Gonçalves; QUEIROZ, Flávia Gonçalves de; VIEIRA, Lara Piau. *Processo, Ação e Jurisdição em Chiovenda*. In *Estudos Continuados de Teoria do Processo*, vol. V. São Paulo: IOB Thonsom, 2004.

POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1972.

RONALDO BRÊTAS, de Carvalho Dias. *Responsabilidade do estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SÁ, Djanira Maria Radamés de. *Súmula vinculante: análise crítica de sua adoção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. V. I, 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do estado: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. Efetividade constitucional e direitos fundamentais: a realizabilidade da cidadania em uma perspectiva sistêmico-funcional. *Revista da Faculdade de Olinda*, v. 3, n. 5, p. 87-102, jun/dez, 1999.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1989.

VIEIRA, José Marcos Rodrigues. *Da ação cível*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.