

SÚMULA VINCULANTE E O INSTITUTO DOS ASSENTOS: SEU SENTIDO NORMATIVO E O PROBLEMA DA LIBERDADE JUDICIAL

Luiz Elias Miranda dos Santos¹

Resumo: Dadas as circunstâncias do relevante papel da jurisdição na atualidade (tendo em vista que a mesma não pode ser simplesmente compreendida com base na ideia de subsunção do preceito legal ao caso concreto), não se pode mais ignorar o sentido criativo que a mesma possui tanto no sentido de resolução dos problemas que emergem da dinâmica comunitária, para a densificação da dogmática ou ainda para o próprio desenvolvimento do direito para além da concepção puramente positivista do mesmo. Neste panorama, como o reverso da medalha da atividade criativa dos juízes, surge a situação de abuso em tal liberdade pelos juízes como excesso no criativismo pelos agentes da jurisdição. No Brasil, os problemas da liberdade assomaram-se o assoberbamento em todas as instâncias do poder judiciário causado pela intensa judicialização da sociedade brasileira, motivando a criação das súmulas vinculantes. Como uma forma de oferecer uma forte objeção ao instituto da súmula vinculante, importa o presente estudo numa análise do mesmo (com o auxílio da metodologia comparada da circulação de ideias) comparando-o com o antigo instituto português dos assentos no sentido de exibir a impropriedade das súmulas vinculantes que, por mais que promovam uma relativa diminuição dos processos, causam outras perturbações, tais como a atribuição de caracteres legislativos ao Supremo Tribunal Federal e um desarranjo ao princípio da separação dos poderes.

Palavras chave: Assentos; Liberdade judicial; Positivismo; Súmulas vinculantes.

BINDING PRECEDENT AND THE INSTITUTE OF SEATS: ITS NORMATIVE SENSE AND THE PROBLEM OF JUDICIAL FREEDOM

Abstract: Given the circumstances of the relevant role of jurisdiction today (given that it cannot simply be understood based on the idea of classification of the legal precept to the case), one cannot ignore anymore the creative sense that it has, both towards solving the problems that emerge from the dynamic community for densification of dogmatic or to the very development of the law beyond the purely positivist conception of it. In this scenario, as the flip side of the creative activity of the judges, there is the situation of abuse that freedom by the judges as excess in creationism by the agents of the jurisdiction. In Brazil, the problems of freedom loomed up the overwhelming at all levels of the judiciary caused by intense legalization of the Brazilian society, encouraging the creation of binding precedents. As a way to offer a strong objection to the institution of the binding precedent, the present study is an analysis of the same (with the aid of the methodology compared to the movement of ideas) comparing it with the former Portuguese Institute of seats in order to show the impropriety of binding precedents that promote a relative decrease of the processes, causing other disorders such as assigning legislation characters to the Supreme Court, and

¹ Advogado, especialista em Direitos Fundamentais e Democracia pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB), mestrando em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Coimbra, membro colaborador do Centro Brasileiro de Estudos Sociais e Políticos (CEBESP), investigador do Laboratório Internacional e Investigação em Transjuridicidade (LABIRINT/UEPB).

a breakdown of the principle of separation of powers.

Keywords: Seats; Binding precedents; Positivism; Judicial freedom.

1. Considerações iniciais

A certeza e a segurança são duas das qualidades mais perseguidas pela função judicial, independentemente de qual instância ou tipo de corte se esteja inserido. A lógica da procura do Poder Judiciário para a resolução de controvérsias, para além do princípio da separação de poderes (fundamento intrínseco do moderno Estado constitucional), é que as decisões judiciais tenham um mínimo de previsibilidade (e fundamentação racional), ou seja, ao procurar um membro da função judiciária para resolver alguma situação conflituosa com base nos casos já decididos se possa ter um mínimo de segurança ao ser relativamente previsível a forma como decidirá um magistrado com base na lei e em decisões pretéritas.

A grande problemática é que esta relativa previsibilidade das decisões judiciais não se observa na prática, sendo que muitas vezes é possível vislumbrar casos semelhantes (ou até mesmo iguais) sendo julgados de formas diferentes, fato este que traz enorme insegurança para a função judicial.

Ante tal dificuldade (a de conferir certeza e segurança às decisões judiciais), surge a função dos tribunais de instância superior que, além de garantir o direito fundamental ao reexame das matérias julgadas no primeiro grau², tem o papel preponderante de promover a unificação da jurisprudência e interpretação do direito (seja ele em âmbito constitucional ou infraconstitucional), funcionando tal unificação como um fator a contribuir com a necessidade de certeza e segurança necessárias à função judicial.

De tal imposição de certeza e segurança dos tribunais superiores aos inferiores, apesar de conferir relativa estabilidade à atividade decisória cria alguns impasses. No sistema europeu continental (ao contrário da jurisprudência anglo-saxã) não se confere o caráter vinculativo ao precedente judicial, sendo o juiz um elemento mais livre ao construir a decisão judicial, desde que notadamente fundamentada. Os instrumentos de unificação da jurisprudência (notadamente as súmulas emitidas pelos tribunais superiores, algumas delas com caráter vinculativo das decisões) têm engessado a liberdade dos juízes de instâncias inferiores que têm, por meio de tais instrumentos, sido constrangidos a decidir tal qual como os tribunais superiores estipulam, caindo por terra a ideia de livre convencimento do juiz e pondo em cheque a liberdade judicial.

A bem da verdade é possível afirmar que a edição de súmulas mais do que a criação de parâmetros para a unificação de jurisprudência tem sido mais do que isto e verdadeiramente pode ser compreendida como verdadeira atividade legislativa, visto que as súmulas vinculantes possuem, de fato, um *status* de verdadeiras fontes do direito.

A presente investigação visa construir um estudo sobre a súmula vinculante brasileira, seu sentido normativo e os seus efeitos na liberdade judicial onde se pode vislumbrar o Supremo Tribunal Federal como um legislador paralelo ao editar súmulas com efeito vinculante que engessam não somente os juízos de instância inferior, mas até a própria Administração Pública.

² A importância e fundamentalidade da existência de um segundo grau de prestação jurisdicional para rever as decisões tomadas pelos órgãos de segunda instância depreende-se da leitura do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da Organização das Nações Unidas de 16 de dezembro de 1966 (segunda parte art. 2º, 3 e suas alíneas; art. 9º, 4 do citado pacto) e da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (conhecida também como Pacto de San José da Costa Rica, em especial o art. 7º, 6 e 25).

Para fins do presente estudo, invocar-se-á o antigo instituto dos assentos existente no ordenamento jurídico português de longínquos tempos³ até que o Tribunal Constitucional declarou-os inconstitucionais por meio dos acórdãos n. 810/93, 407/94, 410/94 e 743/96⁴ em razão de sua similitude com a súmula vinculante e a contribuição que um método comparativo⁵ pode dar para a compreensão do sentido normativo das súmulas vinculantes e o problema da liberdade judicial que se opõe ao engessamento da função jurisdicional como atividade criadora.

2. O instituto dos assentos: vida e morte

2.1. A narrativa por trás dos assentos

Até um instituto dogmático (como é o caso dos assentos) guarda em si uma história que pode ser descortinada para melhor entendê-lo, embora não tenha hodiernamente a função e utilidade que possuía em tempos já passados.

O instituto dos assentos constituiu-se como um perfil singular e original do ordenamento jurídico-processual português. Por mais que encontrasse semelhanças em pretéritos institutos tais como as “façanhas” do direito medieval ibérico⁶, os *Arrêts de Réglements* dos *Parlements* do *Ancien Régime* existentes na França pré-revolucionária, as diretivas ou princípios diretores emitidos pelos Supremos Tribunais existentes na então União Soviética e em países no círculo ‘socialista’, a *doctrina legal* do Supremo Tribunal em Espanha, as jurisprudências obrigatórias das Supremas Cortes de Justiça como existentes no México ou Argentina, as “*máximas* ou as *súmulas* italianas e brasileiros e do mesmo modo as *Leitsätzen* alemãs enquanto formulações expressas das *rationes decidendi* do respectivos supremos tribunais, não são prescritivas, nem vinculantes”⁷, os assentos da Casa de Suplicação que teve sua melhor expressão em termos sistemáticos nas Ordenações Filipinas⁸ ou ainda o sistema de precedentes dos países inseridos no sistema

da *Common Law*, tais similitudes seriam meras analogias que, por mais que encontrassem alguma se-

³ Ao falar sobre a narrativa por trás do Instituto dos Assentos, Castanheira Neves informa que não obstante a originalidade que possuíam no ordenamento jurídico português, remontavam a figuras pretéritas tais como as “façanhas” (instituto jurídico ibérico medieval na época da reconquista quando do esfacelamento do *Gharb al-Ándalus*), dos assentos da Casa da Suplicação ou ainda os *Arrêts de Réglements* dos antigos Parlamentos franceses ou até a institutos de origem no direito soviético e chinês. CASTANHEIRA NEVES, António. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1983, p. 6-8.

⁴ Ante as limitações de dimensão na presente investigação, sobre a declaração de inconstitucionalidade dos assentos pelo Tribunal Constitucional, usaremos tão somente o acórdão TC n. 810/93 por implicar em verdadeira inovação jurisprudencial daquela corte, pois os julgados posteriores àquele acórdão, no que diz respeito à declaração de inconstitucionalidade do art. 2º do Código Civil português com força obrigatória geral implicou tão somente na reprodução dos argumentos do *leading case*.

⁵ Ao falar sobre um ‘método comparativo’ não se busca simplesmente mencionar dois ou mais institutos jurídicos e descrevê-los simplesmente, como é muito comum ao falar de direito comparado em sua muito equivocada acepção. Externando um posicionamento próximo do professor Lucio Pegoraro, insistimos que a ideia de comparação (importada de outros ramos científicos como as ciências sociais e da análise econômica) importa mais na observação do modo da ‘circulação’ das ideias do que uma mera descrição sem qualquer reflexão crítica. Sobre a ideia dos modelos jurídicos e sua circulação, cf. PEGORARO, Lucio. RINELLA, Agnelo. *Introduzione al Diritto Pubblico Comparato: Metodologie di Ricerca*. Padova: CEDAM, 2002, p. 62-76.

⁶ CASTANHEIRA NEVES. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*. *ob. cit.* p. 6, explica que as façanhas, relatadas nas crônicas do El-Rey D. Afonso IV, consistiam em “Juízo ou Assento, que se tomava sobre algum feito notável e duvidoso que, por autoridade de quem o fez, e dos que o aprovaram, ficou servindo como de Aresto para se imitar, e seguir como Lei, quando outra vez se acontecesse”.

⁷ CASTANHEIRA NEVES, António. *Assento*. In: CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta: Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros vol 1*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 346.

⁸ Neste sentido é o que dispõe o Acórdão TC n. 810/93, p. 4.

melhança com os assentos portugueses, não reproduziam a especificidade contida nestes dentro de um sistema de Estado de direito com claro funcionamento de repartição de poderes⁹.

Tal instituto foi criado pela reforma processual de 1926 (Decreto n. 12.352 de 22 de setembro de 1926) buscando simplesmente “cumprir um determinado objetivo na ordem das intenções últimas do direito – com a uniformidade da jurisprudência visa conseguir uma unitária estabilidade (ou fixidez) do direito que satisfaça a segurança jurídica e garanta a certeza de uma unívoca aplicação”¹⁰. Ainda sobre questão de alterações legislativas, os assentos em matéria criminal surgiram em 1929 e outras alterações no regime dos assentos foram surgindo (tais como o Decreto n. 21.287 de 26 de maio de 1932) até o instituto tornar-se definitivo em 1939 com o advento do novo Código de Processo Civil português¹¹ e tornados formulações imutáveis a partir da reforma processual de 1961.

Tal entidade sempre foi alvo de diversas críticas por entenderem muitos que os Supremos Tribunais autorizados a emitir assentos estavam na verdade a legislar criando normas prévias para a solução de controvérsias jurídicas antes mesmo da chegada dos casos ao tribunal, em razão disto, a narrativa jurídico-institucional dos assentos chegou a seu fim a 7 de dezembro de 1993 quando o Tribunal Constitucional de Portugal, ao apreciar sobre a constitucionalidade do instituto, afirmou que o art. 2º do Código Civil português contrariava a Constituição de 1976.

2.2. Perfil dogmático do instituto¹²

Mas, enfim, o que vem a ser o instituto dos assentos? É possível construir um conceito sobre os mesmos e, simultaneamente, buscar construir um perfil dogmático que o diferencie de outras entidades que tenham por escopo fundamental a unificação da jurisprudência e buscar uma sintonia entre as interpretações construídas desde a primeira instância até os tribunais supremos? É o que tentaremos evidenciar a seguir.

2.2.1. Conceito e objetivo dos assentos

Podemos designar assentos como “as prescrições que ao Supremo Tribunal de Justiça, funcionando em tribunal pleno, compete emitir para resolver um conflito de jurisprudência - prescrições que se vêm a traduzir na conversão da doutrina ou posição jurídica, por qual o tribunal se decida na solução desse conflito, num enunciado normativo com força obrigatória de geral”¹³, tal conceito não quer dizer outra coisa a não ser que o Supremo Tribunal de Justiça (ou outros tribunais de instância superior que estavam autorizados legalmente a emitir assentos, tais como o Supremo Tribunal Administrativo) estava autorizado,

⁹ CASTANHEIRA NEVES (*O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais. ob. cit. p. 7*) esclarece que, apesar das semelhanças, tais institutos não se confundiam com os assentos, pois as façanhas ou o que existia em França “surgiram na linha de uma evolução, só verificável no *ancien régime*, dos indistintos poderes legislativo e judicial do soberano assistido por sua *cúria* e o instituto socialista tem o caráter de uma determinação administrativa”.

¹⁰ CASTANHEIRA NEVES, António. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais. ob. cit. p. 21*.

¹¹ Sobre as alterações legislativas e outros debates que cercaram os assentos desde sua instituição, cf. CASTANHEIRA NEVES, António. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais. ob. cit. p. 23-26*.

¹² Ressalte-se que os conceitos e critérios dogmáticos aqui expostos sempre são relativos a tempos anteriores ao julgamento que deu origem ao acórdão TC 810/93.

¹³ CASTANHEIRA NEVES, António. *Assento. ob. cit. p. 345*. Conceitos semelhantes também estão presentes em CASTANHEIRA NEVES, António. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais. ob. cit. p. 1-4*.

quando funcionasse como órgão pleno (com no mínimo 4/5 de seus membros), a emitir assentos com “força de lei”, ressalte-se ainda que tais assentos não consistiam na decisão em si pela qual o tribunal acabava por resolver, mas sim na autonomização dos preceitos normativos que fundamentaram a decisão (*rationi decidendi*), tais regras passavam a vigorar com força análoga à lei e dotados de imutabilidade.

Ao falar sobre a história do instituto dos assentos afirmou-se que o seu escopo essencial estaria ligado com a ideia de uniformização da jurisprudência no sentido da certeza e estabilidade do direito. Contudo, por meio de uma breve análise dos assentos, percebe-se que tal objetivo não é de tão somente realizar a ideia de uniformidade da jurisprudência como afirmavam os textos legais que o conceituavam (art. 786 n. 3 do Código de Processo Civil e art. 2º do Código Civil), pois esta função poderia ser realizada por meio de outros instrumentos (a própria criação dos supremos tribunais como órgão de cassação ou revista consubstancia o objetivo da uniformização da jurisprudência). O regime dos assentos vai para além da sintonia da formulação jurisprudencial das várias instâncias do Poder Judiciário rumo a uma proposição de “ultrapassar, mesmo orgânico-institucionalmente, a função judicial, criando noutro plano uma instituição específica de determinação do direito”¹⁴. Dentre os essenciais objetivos (ou opções) dos assentos, podemos destacar cinco principais que se fundem rumo à ideia mais comum de unificação da jurisprudência pelos tribunais: a) certeza ou segurança do direito; b) a intenção geral-abstrata; c) a igualdade das decisões; d) estabilidade ou imutabilidade das posições jurídicas e e) unidade da ordem jurídico-formal sistematicamente pressuposta.

Sobre a *certeza* ou *segurança do direito*, o tema liga-se à ideia de segurança jurídica, uma das inovações do liberalismo (este tanto em sua acepção política que garantia um sistema de direitos quanto o esquema de divisão de poderes, como em sua acepção econômica que era garantida pela esfera política de tal movimento) uma vez que a mesma não era garantida no Estado absoluto “dadas as frequentes intervenções do príncipe na esfera jurídico-patrimonial dos súditos e o direito discricionário do mesmo príncipe quanto à alteração e revogação das leis”¹⁵. A certeza (do) e segurança (através do) direito ligam-se intrinsecamente com o positivismo legalista, daí que o objetivo de certeza e segurança nos assentos conecta-se com a imagem de pré-determinação e da concepção do direito como sistema puramente formal, ou seja, a certeza e segurança implícitas nos assentos não se relacionam com a proposta de segurança jurídica como proteção da confiança¹⁶ presente no moderno Estado constitucional, mas antes e tão somente a “certeza do direito que vai associada ao legalismo (...) que este fundamentalmente serviria”¹⁷.

Em seguida, a *intenção geral-abstrata* funciona como um corolário da certeza e segurança do direito em sua acepção meramente formal. Tal intenção aproxima os assentos das normas jurídicas (daí a natureza jurídica impropriamente legislativa do instituto ao atribuir aos Supremos Tribunais a possibilidade de elaborar normas) ao exprimir uma finalidade “lógica de natureza abstrata e de extensão genérica (...) e um pensamento de índole sistemático-formal e analítico-dedutivo”¹⁸. Desta forma, a intenção geral-abstrata (tal como se uma norma jurídica fosse) consubstancia uma opção equivocada pela impossibilidade de fixação de uma fórmula universal para a resolução de todos os casos jurídicos com base tão somente na

¹⁴ CASTANHEIRA NEVES, António. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*. ob. cit. p. 33.

¹⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. ob. cit. p. 109.

¹⁶ Sobre a segurança jurídica como proteção da confiança no moderno Estado de direito, cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. ob. cit. p. 279 e ss.

¹⁷ CASTANHEIRA NEVES, António. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*. ob. cit. p. 38.

¹⁸ CASTANHEIRA NEVES, António. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*. ob. cit. p. 42.

ideia abstrata de ‘idêntica questão de direito’ (recurso analógico a fatos e normas), pois tanto a simples identidade entre fatos não pode ser critério de identidade do problema (como se a estrutura dogmática do assento consistisse quase num suporte fático) e também ante a impossibilidade de definir a identidade das questões de direito em absoluto para afirmar que sejam questões de jurídicas idênticas.

A intenção geral-abstrata pretende a inversão das premissas metodológicas da resolução do âmbito problemático da jurisdição. Os assentos comportam-se como se fosse possível fixar previamente a solução de um problema jurídico quando na verdade o esquema metódico é justamente o inverso do preconizado pelos assentos com sua intenção geral-abstrata¹⁹.

Outra opção realizada pelos assentos foi objetivo de atingir a *igualdade das decisões*, valor este que (da forma como foi realizada pelos assentos) consistiu numa contraposição direta à ideia de independência decisória.

Um dos marcos existenciais da moderna função judicial, que emergiu como poder autônomo após a revolução francesa, é sua aberta autonomia e independência em relação aos demais poderes do Estado no esquema de separação de poderes ao aplicar, anular e interpretar os atos normativos emanados pelo executivo e legislativo, ficando claro que em sentido material a “independência judicial implicada em geral no Estado de direito, enquanto direta exigência e efeito imprescindível de um Estado desta índole e do seu princípio estrutural-funcional da separação ou divisão de poderes”²⁰. Contudo, a ideia de fixação e estabilização da jurisprudência dos tribunais consubstanciada no instituto dos assentos importou numa preterição de tal liberdade (uma das características mais caras ao judiciário no atual contexto do Estado de direito) decisória para privilegiar o princípio constitucional da igualdade²¹ em seu aspecto meramente formal de igualdade perante a lei e a opção pela igualdade das decisões num aspecto formal-legalista nos assentos seria uma realização do valor constitucional da igualdade mais importante do que assegurar a liberdade de decisão, percebendo-se aí outro caráter extremo do instituto quando atribui a um tribunal a vinculação da liberdade judicial, vinculação esta que apenas deveria ser levada a cabo pelo poder legislativo.

Dando seguimento, encontra-se também o objetivo (opção) da *estabilidade (ou imutabilidade) das posições jurídicas* como forma de conferir segurança à atividade jurisdicional. Tal valor encontra um rival em posição diametralmente oposta que é a ideia de evolução e progressiva mutabilidade das posições jurídicas.

Com o fracasso da ideia positivista de subsunção como forma de aplicar o direito, surge a posição da

¹⁹ Tal esquema encontra-se explicitado em CASTANHEIRA NEVES, António. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*. ob. cit. p. 45-46. *Ibidem*. *Questão-de-Facto – Questão-de-Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade: Ensaio de uma Reposição Crítica Vol. 1 – a Crise*. Coimbra: Almedina, 1967, p. 253 e ss e 269 e ss. Em suma, o organização metódica de um caso jurídico (problema ou questão de direito) cumpriria o itinerário inverso do que oferece um assento qualquer: a) situação objetiva e real perante a qual se formula uma pergunta (caso concreto); b) intenção normativo-jurídica que justifica a pergunta; c) sentido problemático – síntese entre a intenção normativo-jurídica e a situação objetiva (referência que a intenção normativa faz ao caso concreto que deu origem à indagação).

²⁰ CASTANHEIRA NEVES, António. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*. ob. cit. p. 101.

²¹ A ideia de igualdade possui várias acepções ao longo do tempo. Não obstante sua origem grega, tal proposição sofreu uma aguda reinvenção a partir da revolução francesa, visto a função de um dos alicerces da *Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen* (1793) para abolição dos privilégios estamentais existentes no antigo regime. Hoje são clássicas duas acepções de tal princípio: a igualdade *ante* a lei (aspecto meramente formal e acolhido pelos assentos) e a igualdade *da lei* ou *perante o direito* (aspecto material da igualdade, típico do Estado social aparecido após a II guerra mundial). Para um detalhamento das diferentes posições e acepções do princípio da igualdade, cf. CASTANHEIRA NEVES, António. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*. ob. cit. p. 119 e ss.

jurisdição como atividade constitutiva visto que os “conflitos de interesse (...) só podem dirimir-se tanto extensiva (...) quanto intensivamente (...) através de uma normatividade jurídica constituinte (...) em concretização ou mesmo em desenvolvimento translegal”²², afirmação esta que demonstra uma dualidade, por um lado as posições jurídicas que transparecem na lei mudam de forma muito lenta em razão da atividade legiferante do parlamento não acompanhar a intensa velocidade da dinâmica social, daí que muitas vezes o trabalho de exercer a mutação das posições jurídicas da lei, para que ela possa ter um traço mínimo de legitimidade, caberá ao judiciário de forma a realizar a imagem de uma jurisdição como atividade constitutiva dos valores comunitários.

Contudo, muitas vezes a errônea compreensão da jurisdição como atividade constitutiva pode levar alguns problemas (é o típico caso do ativismo judicial²³), dentre os mais preocupantes podemos destacar é a instabilidade das posições externadas pelo Poder Judiciário. Daí que os assentos, como forma de estabilização da jurisprudência dos tribunais, faz uma opção extrema de imutabilidade das posições jurídicas consubstanciadas nos assentos (elemento imutável da unificação jurisprudencial a partir de 1961), ao arripio da ideia de necessária evolução das posições dos tribunais e cria jurisprudências fixas e imutáveis *ad aeternum* com a simples opção da imutabilidade dos arranjos jurídicos encarnada nos assentos.

Por fim, temos a última das opções objetivadas por meio dos assentos que vem a ser a *unidade da ordem jurídica formal-sistematicamente pressuposta*. A ideia da atual compreensão da jurisdição como atividade constitutiva, ao invés de simples reprodutor de conteúdos legais por meio da subsunção de tais substratos normativos a casos práticos reclama uma jurisdição de índole necessariamente materialmente problemática no intuito de construir, por meio de uma dimensão prática, o verdadeiro conteúdo direito para além da leitura literal das leis no sentido de uma autonomização entre *jus* e *lex*²⁴.

Se no momento anterior constatamos que os assentos externam um valor de que a jurisdição deve externar posições cristalizadas e imutáveis, tal posição possui implicação direta com a ideia de que o caráter da ordem jurídica não seria problemático²⁵, mas um dado pressuposto segundo o qual todos os sentidos normativos deveriam ser deduzidos a partir de um dado prévio e não construídos.

Tal intenção vem a funcionar como uma verdadeira síntese das anteriores, não obstante o entendimento de que todas as intenções possuem um liame muito estreito.

A ideia que emerge de tal valor corresponde essencialmente ao postulado positivista da unidade, mas

²² CASTANHEIRA NEVES, António. *Da Jurisdição no Actual Estado-de-Direito*. In: *Ab Vno ad Omnes: 75 anos da Coimbra Editora*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 178.

²³ Para uma síntese do ativismo judicial com especial ênfase na jurisdição constitucional, cf. URBANO, Maria Benedita. *Curso de Justiça Constitucional: Evolução Histórica e Modelos do Controlo da Constitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 87-106. Sobre as decisões intermédias e outras técnicas de criação do direito em sede de jurisdição constitucional que podem também importar em posições ativistas, cf. CORREIA, Fernando Alves. *Direito Constitucional (A Justiça Constitucional)*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 103-109. Por fim, ante a consolidação do ativismo judicial e a formação de um governo dos juízes, cf. URBANO, Maria Benedita. *The Law of Judges: Attempting Against Montesquieu's Legacy or a New Configuration for an Old Principle?* Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra vol. LXXXVI, 2010. TROPER, Michel. *Le Gouvernement des Juges, Mode d'Emploi*. Quebec: Presses d'Université Laval, 2007.

²⁴ Tal autonomização de um novo sentido direito além do positivismo e numa posição oposta ao funcionalismo jurídico é um dos grandes esforços acadêmicos de A. Castanheira Neves e pode ser conferido em vários textos. Dentre muitos, cf. CASTANHEIRA NEVES, António. *O Direito como Alternativa Humana. Notas de Reflexão sobre o Problema Actual do Direito*. In: CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta: Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. ob. cit. p. 287-310.

²⁵ Problemático no sentido de ser uma atividade voltada para a resolução de casos (controvérsias) jurídicos.

tal concepção do direito como ordem nos assentos se consubstancia não por meio da unidade como tarefa e sim da unidade como dado prévio pronto e acabado, incabível de uma reflexão crítica.

2.2.2. Assentos e sua natureza jurídica

Após explicitar devidamente os valores e objetivos contemplados por meio dos assentos (e aqueles preteridos por tal instituto), chega o momento de compreender o valor e o sentido dogmático dos assentos para que possamos posteriormente debater sobre o fim de tal instituto com a declaração de inconstitucionalidade por meio do Tribunal Constitucional.

Nunca houve, no direito português, uma sintonia de opiniões para definir a natureza jurídica do instituto dos assentos. Há quem defendesse que por trás dele vivia uma índole necessariamente legislativa, outros insistiam em defender seu caráter necessariamente jurisdicional²⁶ e por fim houve vozes que advogavam por uma natureza administrativa do instituto entendendo-o “exatamente como as instruções na hierarquia administrativa”²⁷.

Sobre uma natureza administrativa dos assentos, esta deve ser rejeitada de plano, pois não é possível entender a estrutura dos tribunais, em seu caráter jurisdicional, como uma típica estrutura administrativa baseada na hierarquia ou disciplina (dois dos sustentáculos da ideia de administração). Sustentar tal posicionamento seria ignorar o pressuposto básico da independência judicial e reduzir os membros da função judicial a meros técnicos executores de ordens, além do mais, não é possível afirmar que os assentos sejam meras ordens hierárquicas, pois afirmar simplesmente que a jurisprudência obrigatória vincule as instâncias inferiores do judiciário seria afirmar uma relação de dependência entre as instâncias inferiores em relação às superiores e sabe-se bem que a função das instâncias mais altas do judiciário constituem-se, precipuamente, como órgãos de revista (ou cassação) e uniformização da jurisprudência, não como definidores da atividade judicial tal como se imagina no sistema administrativo no qual as ordens são baseadas da hierarquia e disciplina com clara dependências dos órgãos inferiores em relação aos superiores.

Refletindo sobre a possibilidade de atribuir uma natureza jurisdicional aos assentos, a mesma também fica frustrada pela própria natureza da manifestação que implica os assentos e demonstra a única possibilidade de um único sentido em relação à natureza jurídico-dogmática do instituto.

Por muitas vezes, ao defender a natureza jurisdicional do instituto, chegou-se a criar a ideia dos assentos como uma “jurisprudência qualificada por virtude de seus efeitos”²⁸. Mas, visto os efeitos e a forma como os assentos se externam, percebe-se que tal instituto, tentando-se transmutar num ato jurisdicional, todavia, exorbitando o âmbito de um provimento judicial transmutando-se num verdadeiro ato legislativo – eis sua verdadeira natureza – pois, com base em casos judiciais e com objetivo de unificar e estabilizar a jurisprudência dos tribunais fixa preceitos gerais e abstratos com força obrigatória geral (característica de normatividade que aproxima os assentos das normas jurídicas elaboradas pelo legislativo por sua generalidade de abstração), preceitos estes que podem ser tanto interpretativos quanto inovadores, devendo-se reconhecer, em termos de assentos, o papel do “Supremo Tribunal de Justiça, funcionando em Tribunal

²⁶ Nesse sentido, cf. MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 196 e ss..

²⁷ CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo vol. 1*. 10ª ed, Coimbra: Almedina, 1980, p. 123.

²⁸ MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade. ob. cit.* p. 204.

Pleno (...) [como] legislador *in partibus*²⁹.

Enfim, embora não possamos afirmar que os assentos possuem natureza análoga à lei em sua acepção formal (mandamento normativo emitido pelo poder legislativo), em sua acepção material (mandamento geral e abstrato com força vinculativa geral) temos características idênticas tanto na lei como nos assentos, não sendo forçoso admitir a inclusão dos assentos dos Supremos Tribunais dentro do quadro geral das fontes do direito por ambos trazerem em si a ideia de constituição de uma “norma jurídica geral e abstrata, proposta à pré-determinação normativa de uma aplicação futura, suscetível de garantir a segurança e igualdade jurídicas (...) com a força ou eficácia de uma vinculação normativa universal”³⁰.

Ao perceber a natureza legislativa de tal instituto (em detrimento de concepções jurisdicionais ou administrativas), tal emergência traz em si problemas de natureza jurídico-política tais como a validade jurídica, política e constitucional de um sistema que admite elementos no quadro das fontes do direito elementos gerados pelo poder judicial, poder este que não tem como missão gerar normas jurídicas e tal exercício exorbitante de sua função institucional gera uma perturbação grave no sistema de separação de poderes do Estado de direito em sua atual concepção.

2.3. O fim dos assentos: sobre o acórdão n. 810/93 do Tribunal Constitucional³¹

Desde a criação do instituto dos assentos em meados da década de 20 do século passado e as sucessivas reformas que o instituto sofreu do decorrer dos anos, a jurisprudência em geral e o próprio entendimento do Supremo Tribunal de Justiça era de que a possibilidade deste tribunal poder fixar doutrina com força obrigatória geral não ofendia a Constituição³². tal inteligência modificou-se de forma radical com o julgamento do processo n. 474/88 pela primeira seção do Tribunal Constitucional que deu origem ao acórdão n. 810/93. O desiderato do presente ponto é analisar o presente julgando e, refletindo sobre seus fundamentos, apontar de forma crítica seus erros e seus acertos dentro da uma dogmática constitucional geral e a que envolva o instituto dos assentos (crítica que poderá ser bastante valiosa para o próximo capítulo que será dedicado à reflexões sobre o ‘quase homólogo’ brasileiro, a súmula vinculante.

Os assentos emitidos pelo Supremo Tribunal de Justiça, como determinava a lei em vigência à época, eram aplicados às controvérsias em âmbito judicial e administrativo até o momento em que chega ao Tribunal Constitucional um recurso – oriundo de uma ação de despejo julgada improcedente pelo Tribunal da Relação do Porto – que ventilava a tese da inconstitucionalidade dos assentos, não constituíam eles fonte do direito e que a norma que lhes atribuía ‘força obrigatória geral’ consistia numa violação aos artigos 114, 115 n. 5, 207, 277 n. 1, todos da Constituição portuguesa.

²⁹ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*. ob. cit. p. 284.

³⁰ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*. ob. cit. p. 315.

³¹ Para uma análise mais apurada da decisão do Tribunal Constitucional, cf. CASTANHEIRA NEVES, António. *O Problema da Constitucionalidade dos Assentos (Comentário ao Acórdão n. 810/93 do Tribunal Constitucional)*. In: CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta: Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros* vol. 3. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 337-377.

³² No sentido de tal posicionamento, dentre a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça anterior à lavra do acórdão n. 810/93 do Tribunal Constitucional, é emblemático o acórdão de 9 de maio de 1985 in *Boletim do Ministério da Justiça* n. 355, 1986, p. 125 e ss., embora algumas vezes tenham erguido-se de forma a contrariar tal entendimento. Cf. assento de 18 de Março de 1986, *Boletim do Ministério da Justiça*, 355, p. 121. Também COSTA, Américo de Campos. *Ainda sobre a Inconstitucionalidade dos Assentos*. Tribuna da Justiça n. 2, 1990, p. 65-67.

Dentro da própria jurisprudência do Tribunal Constitucional sempre foi cediça a posição do caráter normativo dos assentos, contudo a legitimidade do instituto ou sua conformidade em relação à Constituição nunca foi posta em causa, o debate sobre os assentos no âmbito da corte constitucional portuguesa sempre foi no sentido do reconhecimento de que a doutrina obrigatória geral dos assentos em si “traduz a existência de uma norma jurídica com caráter *erga omnes*”³³ e eventualmente submetida ao processo de fiscalização abstrata sucessiva de constitucionalidade.

Ante o reconhecimento de tal natureza de norma jurídica, o Tribunal Constitucional admitiu que a emissão de assentos com “força obrigatória geral” pelo Supremo Tribunal de Justiça consistia numa função legislativa atípica exercida por um órgão da função judiciária que, simultaneamente, por meio de uma autonomização das posições decisórias de suas sentenças prevê efeitos futuros extraprocessuais, consistia num ato legislativo que buscava invocar uma interpretação autêntica (e muitas vezes extrapolando o âmbito interpretativo, procedendo verdadeira inovação), objetivo este que encontra grave objeção no esquema de separação de poderes e demarcação das competências legislativas presente na Constituição portuguesa³⁴, ficando clara a plena inconstitucionalidade do art. 2º do Código Civil ao atribuir força obrigatória geral aos assentos do Supremo Tribunal, pois alça os assentos o *status* de autêntica fonte do direito em expressa violação ao texto constitucional que proíbe a inovação nos instrumentos normativos de caráter geral além dos já especificados pela própria Carta Política (numa verdadeira novidade de fonte legislativa por meio de lei ordinária).

Por fim, uma última nota elucidativa sobre o julgamento e o acórdão dele decorrente. A decisão que declarou a inconstitucionalidade dos assentos com força obrigatória geral atribuiu tal característica à parte final do art. 2º do Código Civil sendo que a relatora original do processo (Juíza Maria da Assunção Esteves) propunha a tese da completa inconstitucionalidade do citado dispositivo e acabou como parte vencida após a finalização da votação da corte como se depreende de sua declaração de voto³⁵, sendo possível perceber que a decisão do Tribunal Constitucional importou numa decisão manipulativa substitutiva³⁶, visto que atribuiu um significado aos assentos retirando destes a qualificação de força obrigatória geral, sentido este que não pode ser depreendido da norma com a simples supressão da parte final do art. 2º, sendo uma clara extensão interpretativa promovida pelo Tribunal Constitucional.

3. Súmula vinculante: percurso histórico e perfil dogmático

3.1. A súmula vinculante e sua história

Uma das características negativas do exercício da jurisdição no Brasil é a forma pouco atenta como a qual é levada a cabo, onde de tudo se encontra um pouco, desde falta de fundamentação ou deficiência da mesma nas sentenças até o extrapolar dos poderes da autoridade judicial no exercício de suas funções, fato este que demonstra um autoritarismo no perfil judicial brasileiro, decorrente muitas vezes da falta de fiscalização e controle (ou deficiência da existente) da atividade dos juízes.

³³ Acórdão TC n. 810/93 p. 17. Dentro da jurisprudência constitucional fixada por aquela corte, no mesmo sentido, cf. Acórdão TC n. 8/87 e 359/91.

³⁴ No mesmo sentido do Acórdão TC n. 810/93, p. 24.

³⁵ Acórdão TC n. 810/93, p. 31-35.

³⁶ Sobre o conceito de sentença constitucional manipulativa substitutiva, cf. URBANO, Maria Benedita. *Curso de Justiça Constitucional: Evolução Histórica e Modelos do Controlo da Constitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 85.

A partir da promulgação da Constituição de 1988, dentro do imenso catálogo de direitos fundamentais, consagrou-se de forma expressa o acesso à justiça, consagração esta que causou uma verdadeira ‘judicialização’ da vida no Brasil ou ainda um verdadeiro ‘consumo de direito’. Daí que o intenso fluxo de demandas jurisdicionais somadas com as características relacionadas no parágrafo anterior geraram um cenário caótico dentro do plano brasileiro da jurisdição: insegurança jurídica, sentenças carentes de fundamentação, casos iguais decididos de forma diferente, dentre outros.

Com a intenção de modificar o panorama do judiciário brasileiro, a partir dos anos noventa do século passado reformas começaram a ser estruturadas, pensamento reformista este que culminou, no ano de 2004, com a emenda constitucional n. 45 que trouxe em seu bojo uma ampla reforma judiciária com modificações de competências de tribunais superiores (foi o caso do Tribunal Superior do Trabalho), criação de um órgão de fiscalização e controle do judiciário (Conselho Nacional de Justiça), ampliação do catálogo de direitos fundamentais em relação às garantias processuais (razoável duração do processo), submissão do Brasil à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, possibilidade de adoção de *status* de emenda constitucional aos tratados em matéria de direitos humanos e a instituição de um novo instrumento processual, a súmula vinculante³⁷.

Tal utensílio foi visto num primeiro momento como a chave de todos os problemas jurisdicionais que se passavam no Brasil – em especial o assoberbamento dos tribunais superiores com as demandas mais variadas possíveis. Contudo, percebeu-se que apesar do prestígio inicial que tal instrumento ganhou, houve certo receio para o início da edição de tais súmulas, visto que a primeira súmula só foi editada no ano de 2007. Até o presente momento foram editadas trinta e duas súmulas com efeito vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, algumas acertadas, já outras entrando em total conflito com princípios constitucionais³⁸.

3.2. Para uma dogmática da súmula vinculante

A práxis jurisdicional brasileira sempre possuiu como uma característica marcante o recurso às súmulas, espécie de ‘jurisprudência qualificada’, para fundamentar as decisões e unificar a jurisprudência dos tribunais no intuito de conferir certeza e segurança ao ato dos tribunais em ‘dizer o direito’.

Embora tal jurisprudência qualificada não tivesse efeito vinculante, ela se mostrava determinante em muitos julgamentos da instância superior, podendo as decisões que fossem contrárias ou embasadas na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal ser julgadas de forma monocrática (sem submissão das razões de decisão à ratificação do colegiado, o mesmo valendo para os recursos que tivessem fundamento em jurisprudência do STJ ou STF)³⁹, muitas vezes era evidente o conflito de jurisprudência dentro dos próprios tribunais onde era possível observar orientações decisórias contrapostas dependendo da turma ou seção onde estivesse a correr o julgamento.

³⁷ Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

³⁸ Referimo-nos à súmula vinculante n. 5 que ao dispor nos seguintes termos: “a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”, violou preceitos fundantes da ordem político-constitucional brasileira numa clara adoção dos interesses da Administração pública federal que com a edição de tal súmula convalidou milhares de processos administrativos de natureza disciplinar irregulares promovidos pela União.

³⁹ Art. 544, II, *b* e *c* do Código de Processo Civil.

Da leitura do texto normativo da Constituição que criou em nossa ordem jurídica a súmula vinculante, embora seja possível perceber um escopo de unificação da jurisprudência, existem outros objetivos ínsitos em tal instituto que podemos apontar.

Ainda que involuntariamente, trazer ao debate questões ligadas à força vinculativa dos precedentes evolui a contraposição de duas tradições contrapostas da cultura jurídica europeia, a *common law*, típica dos países de matriz legal anglo-saxã onde o juiz possui muito mais discricionariedade para a decidir os critérios da juridicidade⁴⁰ “revelando” o direito já existente no seio da comunidade por meio de um complexo sistema de aprimoramento do direito no tempo baseado em semelhanças ou diferenças (*distinguishing*) e outras técnicas, característica esta que pode ser melhor descrita pelo brocardo estadunidense que *the judge makes the law*; e por outro lado, a *civil law*, sistema romano-germânico ou simplesmente europeu-continental, o direito não sofre direta influência da prática consuetudinária como fonte primária do direito, tal local no quadro das fontes do direito é ocupado pela lei (a *volonté de tous* racionalizada como *volonté general* no dizer de Rousseau) e o juiz tem sua discricionariedade decisória amplamente reduzida (se compararmos como a liberdade do juiz da *common law*) não para revelar o direito existe, mas sim para interpretar (de forma não autêntica) e aplicar (ou no paradigma metodológico mais viável nos dias atuais, realizar), estando o magistrado (em tese) mais vinculado aos mandamentos da legislação, seria esta a cartilha do Estado direito preconizada no sistema legal continental no que diz respeito ao juiz, tal como uma espécie mais extremada de *rule of law*.

Ao falar sobre os assentos, fizemos uma consideração sobre a originária preocupação em conceder segurança jurídica ao procedimento jurisdicional e assegurar a unificação da jurisprudência dos tribunais. Contudo, em nome de uma segurança com o sentido forte que o positivismo jurídico assegura a este vocábulo (imobilidade e fixidez ao invés de uma prática segura), vimos os objetivos que foram assegurados com o modelo de assentos e quais que foram postergados. No caso da súmula vinculante, apesar de na prática alcançar objetivos semelhante ao dos assentos, teve como nascedouro propostas diferentes.

As súmulas no Brasil, como ‘jurisprudência qualificada’ e autonomização de critérios decisórios utilizados em reiteradas decisões pretéritas, surgem não como desiderato da segurança jurídica, mas com o primordial objetivo de otimizar o trabalho dos tribunais.

No Brasil, as súmulas surgiram em meados da década de 1960 em decorrência do acúmulo de processos com julgamento pendente por meio de uma alteração do regimento interno do Supremo Tribunal Federal onde se decidiu por começar a publicar enunciados individuais onde fosse possível transparecer a jurisprudência dominante e atual daquela corte⁴¹, tendência esta que não demorou a ser seguida pelos demais tribunais superiores e outras cortes colegiadas Brasil afora. Todavia, uma característica no surgimento das súmulas chama atenção, “sua origem regimental (...) e não legal (...). Realmente, a primeira previsão legal (...) veio apenas com a disciplina do incidente de unificação de jurisprudência do Código de Processo Civil de 1973”⁴².

⁴⁰ Sobre o conceito de juridicidade, cf. CASTANHEIRA NEVES, António. *Questão-de-Facto – Questão-de-Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade (Ensaio de uma Reposição Crítica)*. ob. cit. MELGARÉ, Plínio Saraiva. *Juridicidade: sua Compreensão Político-Jurídica a partir do Pensamento Moderno-Illuminista*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

⁴¹ Sobre o advento da súmula e seu modelo clássico no direito brasileiro, cf. SOUSA, Marcelo Alves Dias de. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 253-257.

⁴² SOUSA, Marcelo Alves Dias de. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. ob. cit. p. 254.

Daí já transparece um dos objetivos reais das súmulas brasileiras (que serão reproduzidas no perfil dogmático das súmulas vinculantes) que é não assegurar igualdade das decisões ou unificar a jurisprudência (não obstante eles estarem presentes em tal instituto, referimos-nos a um objetivo implícito principal), mas sim o de desafogar os tribunais brasileiros que se encontram imersos numa total judicialização de todos os aspectos da vida social, tal como se o processo fosse um bem consumível.

Uma vez mais confrontando o assoberbamento dos tribunais e as vozes sociais (e também interesses políticos e econômicos) de uma mudança no judiciário brasileiro, após doze anos de tramitação no congresso nacional, é aprovada a emenda constitucional n. 45/2004 que instituiu a reforma no Poder Judiciário nos pontos que já abordamos anteriormente neste trabalho, mas neste momento o único que desperta o nosso real interesse é a estabelecimento das súmulas vinculantes por meio da inserção no texto constitucional do art. 103-A, regulamentado posteriormente (visto que tal dispositivo é uma norma constitucional de eficácia contida⁴³) pela lei n. 11.417/2006 (o interregno entre a promulgação da emenda, a regulamentação do dispositivo e a edição da primeira súmula com efeito vinculante já é um indicativo, para nós, da indeterminação e contradição do instituto).

Ao comparar os parâmetros dogmáticos da súmula vinculante com os assentos, é usual a objeção de que estes eram imutáveis e as súmulas com efeito vinculante não possuem tal característica. Esta afirmação condiz com a realidade, entretanto, fica claro que o caráter (ou força) vinculativo da súmula brasileira externa uma posição mais extrema que os assentos, pois, sem embargo sua mutabilidade, eles possuem uma *força de lei* a tal ponto de determinar as ações da própria administração pública direta e indireta (em todas as dimensões federativas).

Em termos dogmáticos, há vozes que queiram comparar a adoção de súmulas na práxis jurisdicional brasileira como uma direta influência ou tendência à adoção parcial de um sistema de *stare decisis* em razão de a súmula vinculante poder constituir uma espécie de precedente obrigatório como existente nos sistemas da *common law*. Afora a ideia de vinculação presente tanto nas súmulas vinculantes editadas pelo Supremo Tribunal Federal e nos precedentes obrigatórios do sistema anglo-saxão, é um raciocínio por demais forçoso igualar tais institutos.

As posições que deduzimos anteriormente sobre as opções consubstanciadas pelos assentos (certeza/segurança do direito, intenção geral e abstrata, igualdade das decisões, estabilidade e imutabilidade das decisões jurídicas e unidade da ordem jurídica como dado pressuposto) são totalmente válidas para as súmulas vinculantes, mas temos que ressaltar outra peculiaridade extrema deste instituto que o distingue e causa uma maior perturbação que o instituto dos assentos, qual seja, um maior caráter legislativo do que aqueles sendo mais evidente a sua natureza de fonte do direito e maior desordem no quadro político-constitucional do Estado.

O rito para a criação dos assentos em Portugal antes do advento da do acórdão n. 810/93 do Tribunal Constitucional supunha a presença de um *iter* estritamente jurisdicional com o recurso (no âmbito do Supremo Tribunal de Justiça e outros tribunais supremos autorizados a editar assentos) para o pleno da corte com alegação de conflito de jurisprudência, ou seja, a edição de um assento supunha um problema prático

⁴³ Para uma breve referencia ao conceito de normas constitucionais de eficácia limitada (ou contida), cf. AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. *Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*. 2ª ed, São Paulo: Malheiros, 2009, p. 249-250.

no sentido estrito da palavra. Na edição de uma súmula vinculante é possível vislumbrar um autêntico procedimento de natureza legislativa sob o fundamento de reiterada jurisprudência da corte que dá origem a um preceito universalmente vinculativo mais extremo que a “força obrigatória geral” ínsita nos assentos.

A norma constitucional gerada pela emenda n. 45/2004 e sua posterior regulamentação instituem um verdadeiro processo legislativo no âmbito da mais alta corte de justiça brasileira e acreditamos antes que isso implique numa perturbação do que uma “descentralização da função legislativa”⁴⁴.

Função judicial e legislativa têm feições completamente distintas. Enquanto que a primeira busca interpretar e realizar o valor da *comunitas* por meio da jurisdição imbuído de uma função técnica, a segunda tem um caráter amplamente distinto de discussão e deliberação para a construção do processo político⁴⁵ no ambiente não litigioso (no sentido forte que a processualística atribui a esta palavra) de posições concretas, mas antagonístico de posições a princípio inconciliáveis que vão se conformando por meio do debate e das discussões públicas para a formação do consenso, aí residindo o caráter legitimador do parlamento, atribuir características de política legislativa à função judicial pode promover uma politização do judiciário que a longo prazo pode vir a trazer efeitos maléficos ao quadro de divisão de poderes.

Retornando ao ponto de as súmulas vinculantes constituírem uma inovação no quadro das fontes do direito, a sua construção passa por um verdadeiro processo legislativo com requisitos formais e legitimados para sua proposição, estando prevista na legislação a possibilidade de cancelamento ou ainda a revisão das súmulas com efeito vinculante.

A partir de agora, mostra-se de bom alvitre apontar algumas objeções dogmáticas que transformam a súmula vinculante em um instituto inconstitucional e atentatório a algumas características caras ao Estado constitucional tais como a divisão de poderes e à liberdade judicial.

Em primeiro lugar fica evidenciada a impropriedade da índole legislativa do instituto. Criar um sistema de precedentes de natureza vinculativa implica a tomada de certos casos que servirão como paradigma para aplicação do direito e certas formas de decidir uma controvérsia e a forma como se decidiu o *leading case* não deixa de ser um caso em si. Ao falarmos de súmulas vinculantes, algo totalmente diferente acontece, pois, a partir de uma série de casos decididos de uma mesma forma pelo Supremo Tribunal Federal, *ex officio* ou mediante provocação⁴⁶, por meio de uma maioria qualificada (dois terços de sua composição plena) aprovarão, revisarão ou cancelarão as súmulas vinculantes que, por meio de uma análise de sua estrutura normativo-deontológica, não são os casos decididos em si (como é de se esperar num sistema de precedentes obrigatórios), mas uma norma em sentido próprio dotada de generalidade de abstração.

Outro ponto essencial para mostrar que as súmulas vinculantes – assim como os assentos – são um instituto que não se coaduna com o Estado constitucional é a perturbação causa no esquema funcional

⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonnet. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1038.

⁴⁵ Sobre o processo político como estrutura circular e o direito assumindo uma função intermediadora entre o Estado e a sociedade, cf. AGAPITO SERRANO, Rafael. *Estado Constitucional y Proceso Político*. Salamanca: Ediciones de la Universidad de Salamanca, 1989 e numa perspectiva diferente voltada à ação comunicativa e deliberação do consenso na esfera pública, HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez: Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en Términos de Teoría del Discurso*. 6ª ed, Madrid: Trotta, 2010.

⁴⁶ O art. 103-A da Constituição Federal e o art. 3º da lei n. 11.417/2006 dispõem que os mesmos atores legitimados à proposição da Ação Direta de Inconstitucionalidade (modalidade de controle abstrato da constitucionalidade das leis no âmbito da jurisdição constitucional brasileira) estão autorizados a propor edição, revisão ou cancelamento das súmulas vinculantes.

da divisão de poderes.

Com a posição aqui externada não se defende uma rígida separação de poderes como se preconizava no limiar do liberalismo político do século XIX, muito pelo contrário, nos preocupamos aqui com a necessidade da abertura do Estado constitucional para novos desafios no sentido de um “constitucionalismo que se afasta do *indivíduo individualizado ou coletivizado* para aproximar-se de novas formas de integração política”⁴⁷, da mesma forma que o direito e outras formas de pensamento necessitam de adaptação em relação às necessidades de um novo tempo, daí que a não obstante a necessidade de pensar a separação de poderes em novos termos, não acreditamos que olvidar seu conteúdo essencial ou crer que a adequação de tal princípio aos novos tempos seja conferir poderes de legislação à função judicial ou substituir o *Rechtsstaat* por um governo dos juizes seja a melhor solução, ou seja, estamos aquém de uma nova conformação da separação de poderes, mas a possibilidade de criação de normas jurídicas gerais e abstratas pelos juizes não pode ser aceita como resposta razoável em termos de juridicidade.

Pode até ser possível que em certos momentos levante-se a tese de que a participação de outros atores jurídico-políticos na formação de uma súmula vinculante surja como um corolário da separação de poderes, hipótese esta que não pode ser aceita, pois a discussão pública de argumentos e seus contrapostos na construção de normas jurídicas como fator legitimante não é característica da função judicial, mas sim do parlamento em sua acepção moderna⁴⁸.

Por fim, uma última nota que carece de explicitação sobre o maléfico papel das súmulas vinculantes. Além de constituir numa forma anômala de legislação por uma corte de justiça – fato que a constitui como legisladora e executora de suas próprias normas⁴⁹ – chegando a garantir um efeito extrajudicial aos seus julgados no momento em que vincula a atividade administrativa com seus preceitos normativos (destruindo também o juízo administrativo de oportunidade e conveniência), prejudica também a independência judicial.

Deixa-se aqui uma última palavra no sentido de que as súmulas possuem um escopo principal de diminuir exponencialmente os processos na justiça brasileira quase como uma mecanização da prestação jurisdicional.

⁴⁷ ALMEIDA FILHO, Agassiz. *Formação e Estrutura do Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 48.

⁴⁸ Neste sentido, cf. SCHMITT, Carl. *A Situação Intelectual do Parlamento Atual*. In: SCHMITT, Carl. *A Crise da Democracia Parlamentar*. São Paulo: Scritta, 1996. QUEIROZ, Cristina. *O Parlamento como Factor de Decisão Política*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 13 e ss. URBANO, Maria Benedita. *Representação Política e Parlamento: Contributo para uma Teoria Político-Constitucional dos Principais Mecanismos de Protecção do Mandato Parlamentar*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 29 e ss. Interessante salientar que o parlamento como instituição existente no antigo regime tinha natureza de representação estamental (como exemplo mais clássico disto podemos falar do *Reichstag* alemão ou dos *parlements* da França pré-revolucionária que, segundo a lição ainda de Cristina Queiroz, mais tarde transformar-se-iam nas cortes de justiça – antes do surgimento da função clássica de cassação ou revista – tal como a *House of Lords*) caracterizado pelo mandato imperativo e pelo *arcana praxis*, diferente do parlamento moderno que se baseia precipuamente na ideia de total publicidade dos debates (apesar da crítica apontada por Schmitt para justificar a decadência de tal característica deste sistema de representação) e proibição do mandato imperativo dos representantes.

⁴⁹ A ocorrência de tal fato no exercício do poder político era o que buscava evitar Montesquieu com sua doutrina da separação dos poderes ao preconizar que “quando na mesma pessoa, ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido juntamente com o poder executor, não há liberdade, porque se pode reear que o mesmo monarca ou o mesmo senado façam leis tirânicas para as executar tiranicamente. MONTESQUIEU, *Do Espírito das Leis*. Lisboa: Edições 70, 2011, p. 305.

4. Unificar ou libertar a jurisprudência?

Na atualidade, diferentemente de outras épocas, não é tão perceptível a quase ‘guerra’ existente em termos metódicos (não apenas no direito) entre positivismo e outras propostas de compreensão dos saberes. Por mais que hoje se fale de novos paradigmas nas ciências (Thomas Kuhn), em especial no direito ainda é bastante comum dentre os juristas pensar o direito como “conjunto de normas de conduta postas por um legislador (constitucional ou ordinário) em regime de monopólio e da jurisdição como atividade essencialmente lógico-dedutiva, dirigida à aplicação da norma objetivamente válida ao caso regulado segundo o esquema assim denominado silogismo prático e sem nenhuma necessidade de integração extralegislativa”⁵⁰.

Contudo, sabe-se que hoje os mandamentos legais emitidos pelo legislador estatal não são suficientes, ficando claro que “mesmo uma lei muito cuidadosamente pensada não pode conter uma solução para cada caso”⁵¹ e cria-se um dilema: deve-se garantir a igualdade e segurança das decisões (tal como o primado dos assentos e a súmula vinculante) ou é melhor garantir o papel criador da jurisdição como forma de melhor resolver os conflitos sociais, premissa esta que abre os caminhos para outros riscos?

4.1. A jurisdição entre a subsunção e a criação

Em vários momentos do presente trabalho nos referimos ao método decisório (enfim, o cerne desta investigação não é outra senão o âmbito jurídico-político-institucional onde o ponto alto da jurisdição – a decisão) pode vir a ser tomado dentro de um espectro de relativa liberdade ou vinculação por parte de instrumentos processuais específicos.

A autonomização do órgão responsável pela prática judicante do poder do príncipe implicou no fim do decisionismo nas soluções judiciais, daí que surge a lei (no sistema europeu continental) como principal fonte para que a jurisdição fizesse valer a ideia de igualdade (uma das bases conceituais da ilustração) e o papel dos juízes como “senão a boca que pronuncia as palavras da lei, [os juízes] são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem o seu rigor”⁵², algo como seres sem nenhum voluntarismo que não faria outra coisa que reproduzir as palavras da lei.

Com o entendimento de que o juiz deveria apenas repetir as palavras da lei de forma irrefletida e acrítica surge a posição positivista que a “aplicação do direito seria uma subsunção dum caso na lei, e esta subsunção não seria senão a mais simples e segura inferência lógica, isto é, um silogismo”⁵³ e o entendimento de que a “atividade jurisprudencial será correta se transportar o conteúdo da norma codificada para o caso a decidir, sem lhe acrescentar ou retirar nada”⁵⁴, uma atitude ingênua, mas interpretada pelo positivismo como o máximo que se poderia chegar em termos de segurança jurídica.

Contudo, apesar da supremacia do dogma da subsunção e a proibição de afastar-se o juiz do direito

⁵⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il Giudice delle Leggi Artefice del Diritto*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007, p. 7.

⁵¹ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 5ª ed, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009, p. 519.

⁵² MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. *ob. cit.* p. 313.

⁵³ KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. 3ª ed, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009, p. 82.

⁵⁴ HASSEMER, Winfried. *Sistema Jurídico e Codificação: A Vinculação do Juiz à Lei*. In: KAUFMANN, Arthur. HASSEMER, Winfried. *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. 2ª ed, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009, p. 282.

legislado no momento da resolução das controvérsias em concreto ter alcançado um grande prestígio no período de viragem entre os séculos XIX e XX, foi-se percebendo gradativamente a vicissitude da crença no legislador infalível por meio de situações como as lacunas na lei, situações não reguladas pelas normas jurídicas, o “espaço livre de direito”⁵⁵, e na “hodierna inflação legislativa, na verdade abundando normas lacunosas, ambíguas genéricas, contraditórias, irracionais e incoerentes”⁵⁶ que nos faz pensar no quadro contraditório de muitas leis e pouco direito. Daí que surge a necessidade da jurisdição como atividade criativa não apenas na resolução de casos concretos, mas também na procura responsável de um direito justo, muitas vezes apelando a critérios translegais como em outros momentos o fizeram movimentos de reação ao formalismo positivista.

De certa forma, a subsunção como atividade meramente descritiva encerra em si um problema político ligado ao domínio da interpretação jurídica, ou ainda “na luta do legislador (do poder político legislativo) contra o juiz (o poder ou a função jurisdicional) pelo total domínio do direito”⁵⁷, sempre numa total desconfiança do que podia ser feito ao entregar à função judicial o dever de explicitar – ou construir – o direito, sendo certo que esta suspeição política sempre esteve muito presente nos desígnios do legislativo em “impedir a possibilidade da interpretação autónoma, quer submetê-la a um seu apertado controle”⁵⁸ consubstanciado no literalismo da aplicação das normas jurídicas.

Ante um panorama de reconhecimento da impossibilidade de cobertura normativa completa da vida humana e da produção excessiva de leis com conteúdo sofrível (e muitas vezes duvidoso), surge a grande questão: deve o magistrado permanecer sob o paradigma da subsunção como “sendo o bom juiz fiel aplicador da lei”⁵⁹ ou deve assumir um papel para além da mera reprodução de conteúdos legais, pois que se encontra “obrigado a realizar uma tarefa que não deveria ser sua, buscando em outros locais os seus critérios de decisão para integrar a lei, racionalizá-la, corrigi-la e, por fim, em casos extremos pô-la de lado”⁶⁰?

A encruzilhada na qual se encontra a dimensão prática do direito expõe um dualismo atualmente existente no pensamento jurídico, dualismo que podemos designar como uma “tensão entre o *direito como substância*, capaz de assumir as formas mais diversas, e o *direito como forma*, livre em si para assumir os conteúdos mais diversos”⁶¹, tensão onde se confrontam a experiência como criadora do direito (substância) e o direito como tendência à normatividade ou como autoridade (forma) e, ao fiz, faz-se a pergunta, subsumir ou criar? Qual o caminho a ser adotado pelo magistrado?

É certo que em total não se pode abdicar da lei positiva e sua segurança, mas não se pode coadunar com um exagerado apego a seu conteúdo e decidir questões complexas com a simples

⁵⁵ Sobre a doutrina do espaço livre de direito (ou *non droit*, nas palavras de seu formulador, Jean Carbonnier) podemos entender como. Sobre tal conceito da sociologia do direito como a retração do direito em favor de outros reguladores sociais, cf. CASTANHEIRA NEVES, António. *Discurso por Ocasão dos Doutoramentos Honoris Causa de Henri Batiffol, Jean Carbonnier e Hans-Heinrich Jescheck*. In: CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta: Escritos Acerca do Direito, o Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. ob. cit. p. 647-667. KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. ob. cit. p. 333 e ss. CARBONNIER, Jean. *Sociologia Jurídica*. Coimbra: Almedina, 1979.

⁵⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il Giudice delle Leggi Artefice del Diritto*. ob. cit. p. 11.

⁵⁷ CASTANHEIRA NEVES, António. *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 29.

⁵⁸ CASTANHEIRA NEVES, António. *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica I*. ob. cit. p. 29.

⁵⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il Giudice delle Leggi Artefice del Diritto*. ob. cit. p. 11.

⁶⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il Giudice delle Leggi Artefice del Diritto*. ob. cit. p. 11-12.

⁶¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il Giudice delle Leggi Artefice del Diritto*. ob. cit. p. 22.

subsunção de conteúdos da norma à realidade de forma acrítica⁶² e pelo fato de saber-se hoje que “não há correspondência biunívoca entre dispositivo e norma”⁶³, é necessária a consciência da necessidade de incentivar um papel criativo na práxis jurisprudencial para construir e reconstruir significados normativos postos pela intencionalidade do direito de uma comunidade, tendo em conta que apesar da necessidade de conceber o direito como as práticas de uma comunidade e que o juiz é um ator central de tal construção, ele não é totalmente livre e a lei (no passado concebida como seus grilhões) é apenas um dos substratos a serem utilizados na construção de um direito voltado para a práxis, uma verdadeira jurisprudência como culto à virtude aristotélica da *phronesis*.

4.2. A certeza do direito como valor constitucional?

A existência humana, em suas várias dimensões, pode ser ressaltada por uma característica essencial, a busca por segurança e determinabilidade como fator tranquilizador da vida tem sido uma constante da humanidade desde tempos imemoriais. O direito não é diferente, pois “desde cedo se consideram os princípios da *segurança jurídica* e da *proteção da confiança* como elementos constitutivos do Estado de direito”⁶⁴.

Ao falar do direito, segurança, previsibilidade e determinação prévia daquele, muitas ideias podem emergir de tal processo sendo que a “segurança jurídica pode significar duas coisas: 1. Segurança *através do direito* (...); 2. segurança do *próprio direito*, garantia de sua cognoscibilidade, aplicabilidade e efetividade”⁶⁵.

A segurança jurídica e a preocupação com a mesma – a ponto de ser considerada como um dos elementos do Estado de direito – tem uma raiz histórica bem definida, pois se buscou superar um período de voluntarismo na determinação do direito consubstanciado no príncipe absoluto, onde a legislação variava aos dissabores da vontade de um único homem, rumo a um período de determinação relativa do direito por meio da positividade (não compreendida como exclusivamente o direito legislado⁶⁶) que consubstancia a segurança jurídica e a proteção da confiança⁶⁷.

Pode-se afirmar que tanto nos assentos como nas súmulas vinculantes, há a clara emergência da busca de segurança das decisões (apesar da ocultação, nas súmulas, da busca por eficiência, julgamentos rápidos e descongestionamento dos tribunais), apesar do meio para alcançar tal fim não tenha sido o mais apropriado. Contudo, a partir daí surge uma dúvida essencial, a segurança como é trazida pela súmula vinculante é um valor constitucional a ponto de com esta justificativa, ser autorizada a corte de justiça que procede com a interpretação constitucional emitir normas de imobilização da jurisprudência pátria com efeitos para além do próprio judiciário? A grande dúvida seria saber se “a constituição é idônea – pelo

⁶² Esta reflexão também rejeita, desde já, a dicotomia feita pela jurisprudência anglo-saxã entre *easy cases* e *hard cases*, onde os casos fáceis seriam decididos por simples subsunção da norma ao fato e os casos difíceis demandariam um processo decisório mais complexo.

⁶³ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 12ª ed, São Paulo: Malheiros, 2011, p. 31.

⁶⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. *ob. cit.* p. 257.

⁶⁵ KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. *ob. cit.* p. 281.

⁶⁶ Sobre a diferença entre positividade e positivização, cf. KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. *ob. cit.* p. 282.

⁶⁷ Sobre a diferença entre segurança jurídica (dimensão objetiva) e proteção da confiança (dimensão subjetiva), cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. *ob. cit.* p. 257.

simples fato de sua vigência – a assegurar (maior) certeza jurídica”⁶⁸.

No sistema jurídico europeu-continental, a partir da compreensão iluminista, a ideia de lei vem associada à ideia de uma “normatividade expressa de um senso comunitário geral, como regramento da *volonté générale*, onde os interesses particulares não encontrariam abrigo, unindo-a e conformando-a com o direito”⁶⁹. Fica claro que esta ideia de normatividade está diretamente conectada a tempos outros de homogeneidade social, onde a principal função do direito (em sua identificação com a lei) era conferir certeza contra possíveis abusos do Estado em relação aos cidadãos fixando um regime jurídico e passando a fideducia de que o mesmo não seria alterando e, se alterado fosse, essas modificações não alcançariam as relações já devidamente constituídas.

Esta compreensão de juridicidade não se adequa mais aos nossos tempos, muito menos à realidade de uma sociedade complexa, pois a “produção social de riquezas vem acompanhada sistematicamente pela produção social de riscos”⁷⁰ e, dentro deste paradigma pretensamente ‘pós-moderno’ é que devemos compreender a lei como um dos instrumentos de uma sociedade complexa destinado, muitas vezes, não a conferir segurança, mas a repartir riscos.

Ante a realidade que se desnuda à nossa frente, pode-se concluir que do direito esvai-se a tão perseguida segurança, típica da razão iluminista e surge como uma entidade indeterminada, característica esta que expõe uma crise nas fontes do direito e também no sentido do próprio direito.

Se o direito deve conferir segurança, o que dizer da “legislação fragmentada em infinitas leis e subserviente, desordenada, confusa, editada e reeditada, uma selva de normas onde nem ao menos um especialista entra seguro”⁷¹? O Atual panorama legislativo garante segurança? É função constitucional a garantia de tal característica? Eis uma resposta que não podemos fornecer neste momento mas, uma coisa é certa, deve-se repensar urgentemente as ideias ligadas à segurança e determinação do direito como classicamente pensou-se até hoje.

5. Considerações finais

Chegando ao final da presente investigação, podemos expor sistematicamente algumas conclusões no tocante à súmula vinculante e o seu papel atual na práxis jurisprudencial, sendo oportuno lembrar que o objetivo do trabalho não é oferecer soluções ao problema, mas tão somente refletir sobre ou ainda lançar questionamentos que possam ser retomados no futuro, salvo melhor juízo.

As conclusões que emergem de uma reflexão dos assentos podem também ser adotadas para as súmulas vinculantes com algumas ampliações, visto o caráter mais extremo do instituto brasileiro.

Em nome de uma suposta segurança, foram eleitos valores de validade questionável para a práxis

⁶⁸ PEGORARO, Lucio. RINELLA, Agnelo. *Introduzione al Diritto Pubblico Comparato: Metodologie di Ricerca*. ob. cit. p. 186.

⁶⁹ MELGARÉ, Plínio Saraiva. *Juridicidade: sua Compreensão Político-Jurídica a partir do Pensamento Moderno-Iluminista*. ob. cit. p. 49.

⁷⁰ BECK, Ulrich. *La Sociedad del Riesgo: Hacia una Nueva Modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998, p. 25.

⁷¹ SCARPELLI, Uberto. *Cos'è il Positivismo Giuridico*. Milano: Comunità, 1965, p. 140. Apud PEGORARO, Lucio. RINELLA, Agnelo. *Introduzione al Diritto Pubblico Comparato: Metodologie di Ricerca*. ob. cit. p. 186.

jurisdicional, visto que em nome apenas de uma segurança das decisões criou-se um instrumento que na verdade não tem natureza judicial, mas na verdade legislativa, uma vez que as súmulas não funcionam como um sistema de precedentes, mas sim na criação de normas emanadas da mais alta corte de justiça do país com *força obrigatória geral* que vale não apenas como jurisprudência vinculativa no âmbito da própria corte, mas sim para todo o judiciário e, o que é mais grave, a validade de tais normas projeta-se externamente à função judicial vinculando também os outros poderes do Estado.

Uma conclusão importante que pode ser consignada neste momento é que ao admitir como aceitável uma função legislativa do Supremo Tribunal Federal, olvida-se a precípua função de cassação⁷² dos supremos tribunais, ou seja, o papel de corrigir a aplicação do direito realizada de forma equivocada pelas instâncias inferiores.

Reconhecendo-se a impropriedade das súmulas vinculantes como forma de unificação da jurisprudência em decorrência das perturbações jurídico políticas causadas no quadro das fontes do direito, da separação de poderes e na própria ideia de liberdade judicial, qual a conclusão que poderíamos obter em relação ao problema ante do dilema liberdade/vinculação do juiz?

Mostra-se como impossível controlar todas as possíveis interpretações que os juízes possam ter sobre os inúmeros temas que o direito busca regular, ainda mais na realidade de abertura semântica que vivemos hoje, e da forma como se dá a normatização de certos objetivos jurídicos.

Apontamos a impossibilidade da simples subsunção dos textos legais ao caso concreto como possibilidade satisfatória para resolver as problemáticas trazidas até o judiciário, daí que se vislumbra como possível o surgimento de uma jurisdição para além do processo de subsunção onde o juiz não estaria adstrito apenas ao texto legal para a resolução das controvérsias e teria mais liberdade – não no sentido de uma liberdade de um ativismo decisionista – mas de que não teria apenas o material legislativo como principal fonte de critério fundamentante para sua decisão, a lei seria apenas um deles e com a assunção da jurisdição deste papel crítico e realizador dos valores comunitários (direito como axiologia normativa da comunidade humana), assumindo assim, o direito, um aberto propósito civilizatório.

Sobre o problema que abertamente as súmulas brasileiras buscaram resolver, o congestionamento processual em todas as cortes de justiça do país, simplesmente criar um instituto que permite ao Supremo Tribunal Federal emitir normas jurídicas não se mostra como a solução mais adequada.

Perceber três problemas é essencial para compreender o cenário que impeliu a criação das súmulas vinculantes: 1) a judicialização da sociedade brasileira, achar que todos os problemas que envolver controvérsias da vida em sociedade podem ou devem ser resolvidos no judiciário pode trazer complicações à função judicial, num país de proporções continentais como o Brasil, isto é preocupante e mais ainda ao vermos na realidade que tal postura não é restrita à sociedade civil, pois grandes empresas e a própria administração pública são grandes litigantes; 2) uma reforma no sistema processual de recursos surtiria muito mais efeito do que a edição de inúmeras súmulas vinculantes, pois não é engessando o poder criativo do juiz que se conseguirá redução dos processos, mas sim repensando os recursos existentes e com uma progressiva educação da sociedade quanto ao uso da jurisdição; por fim 3) a existência de interpretações do

⁷² Ao referirmo-nos à função de cassação que possa ser atribuída ao Supremo Tribunal Federal, não nos esquecemos do papel de órgão da justiça constitucional, mas nos referimos especificamente ao papel desta corte como última instância recursal do Poder Judiciário brasileiro.

direito muito díspares dentro de um mesmo ordenamento implica, dentre outras coisas, magistrados que muitas vezes se avocam em interpretar o direito e a Constituição como lhe parece melhor, autocontenção dos magistrados e melhoria nas técnicas de interpretação também poderiam ser benéficas para a melhoria da jurisprudência do que uma “legislação judiciária”.

Por fim, fique claro que mais cedo ou mais tarde o Brasil – seja em termos legislativos ou em sede de jurisdição constitucional – terá de repensar o problema das súmulas vinculantes e as perturbações político-institucionais que as mesmas causam no Estado de direito.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. *Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*. 2ª ed, São Paulo: Malheiros, 2009.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALENCAR NETO, Manoel César. *O Sentido Normativo das Súmulas Vinculantes*. Paper apresentado como conclusão à disciplina Metodologia Jurídica no mestrado em Ciências Jurídico-filosóficas da FDUC, 2012.

ALMEIDA FILHO, Agassiz. *Formação e Estrutura do Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2011.

BECK, Ulrich. *La Sociedad del Riesgo: Hacia una Nueva Modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 27ª ed, São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm. Acesso em 24 de fevereiro de 2013.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 24 de fevereiro de 2013.

CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo vol. 1*. 10ª ed, Coimbra: Almedina, 1980.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed, Coimbra: Almedina, 2003.

CASTANHEIRA NEVES, António. *Da Jurisdição no Actual Estado-de-Direito*. In: *Ab Vno ad Omnes: 75 anos da Coimbra Editora*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

_____. *Digesta: Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros vol. 1*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

_____. *Digesta: Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e*

Outros vol. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

_____. *Digesta: Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros vol. 3.* Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

_____. *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica I.* Coimbra: Coimbra Editora.

_____. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais.* Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

_____. *Questão-de-Facto – Questão-de-Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade: Ensaio de uma Reposição Crítica.* Coimbra: Almedina, 1967.

CORREIA, Fernando Alves. *Direito Constitucional (A Justiça Constitucional).* Coimbra: Almedina, 2002.

COSTA, Américo de Campos. *Ainda sobre a Inconstitucionalidade dos Assentos.* Tribuna da Justiça n. 2, 1990.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez: Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en Términos de Teoría del Discurso.* 6ª ed, Madrid: Trotta, 2010.

HERRERA, Carlos Miguel. *La Polémica Schmitt-Kelsen sobre el Guardián de la Constitución.* Revista de Estudios Políticos n. 86, 1994.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito.* 3ª ed, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009.

_____. HASSEMER, Winfried. *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas.* 2ª ed, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009.

KELSEN, Hans. *Quem Deve Ser o Guardiã da Constituição.* In: KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional.* São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito.* 5ª ed, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009.

MACEDO JR, Ronaldo Porto. BARBIERI, Catarina Helena Cortada. *Direito e Interpretação: Racionalidade e Instituições.* São Paulo: Saraiva, 2011.

MARCÃO, Renato. *Súmula Vinculante.* Revista de Direito Constitucional e Internacional, ano XVI, n. 62, 2008.

MELGARÉ, Plínio Saraiva. *Juridicidade: sua Compreensão Político-Jurídica a partir o Pensamento Moderno-Iluminista.* Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional.* 7ª ed, São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade.* Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. Lisboa: Edições 70, 2011.

OLIVEIRA, Nilton Rodrigues de. *Algumas considerações Acerca da Problemática Metódico-constitucional da Vinculatividade à Ratio Decidendi das Decisões Jurisdicionais: o Caso dos Assentos e da Súmula Vinculante*. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-políticas Apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1997.

PEGORARO, Lucio. RINELLA, Agnelo. *Introduzione al Diritto Pubblico Comparato: Metodologie di Ricerca*. Padova: CEDAM, 2002.

QUEIROZ, Cristina. *O Parlamento como Factor de Decisão Política*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

SCHMITT, Carl. *A Crise da Democracia Parlamentar*. São Paulo: Scritta, 1996.

_____. *Il Custode della Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1981.

_____. *O Conceito do Político*. Petrópolis: Vozes, 1992.

_____. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

SOUSA, Marcelo Alves Dias de. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Acórdão n. 8/87*.

_____. *Acórdão n. 810/93*.

_____. *Acórdão n. 359/91*.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Acórdão de 9 de maio de 1985*. Boletim do Ministério da Justiça n. 347, 1986.

STRECK, Lênio. *A Hermenêutica Jurídica e o Efeito Vinculante da Jurisprudência no Brasil: o Caso das Súmulas*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra vol. LXXXII, 2006.

_____. *O Fahrenheit Sumular no Brasil: o Controle Panóptico da Justiça*.

URBANO, Maria Benedita. *Curso de Justiça Constitucional: Evolução Histórica e Modelos do Controlo da Constitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2012.

_____. *Representação Política e Parlamento: Contributo para uma Teoria Político-Constitucional dos Principais Mecanismos de Protecção do Mandato Parlamentar*. Coimbra: Almedina, 2009.

VERDÚ, Pablo Lucas. *A Luta pelo Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il Giudice delle Leggi Artifice del Diritto*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007.

