



RAFAELA LEITE VERSOZA

ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE ASSENTOS E SÚMULA VINCULANTE: REVISANDO O SENTIDO DA FONTE JURISPRUDENCIAL

Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-filosóficas

JULHO, 2017



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

RAFAELA LEITE VERSOZA

**ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE ASSENTOS E SÚMULA
VINCULANTE: REVISANDO O SENTIDO DA FONTE
JURISPRUDENCIAL**

**COMPARATIVE ANALYSIS BETWEEN ASSENTOS AND
SÚMULA VINCULANTE: REVEALING
JURISPRUDENTIAL SOURCE**

*Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Coimbra – FDUC, no
âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente
ao grau de Mestre), na Área de Especialização em
Ciências Jurídico-Filosóficas.*

Orientação: José Manuel Aroso Linhares.

Coimbra
Julho/2017

TERMO DE APROVAÇÃO

RAFAELA LEITE VERSOZA

ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE ASSENTOS E SÚMULA VINCULANTE: REVISANDO O SENTIDO DA FONTE JURISPRUDENCIAL

Dissertação de mestrado científico apresentada como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra – Faculdade de Direito.

Orientador: Prof. Dr. José Manuel Aroso Linhares

Aprovado em ___ de _____ de 2017.

BANCA EXAMINADORA

Nome: _____
Titulação e instituição: _____

Nome: _____
Titulação e instituição: _____

Nome: _____
Titulação e instituição: _____

*Os conhecimentos nos dão meios para viver,
a sabedoria nos dá razão para viver
Rubem Alves*

AGRADECIMENTOS

Um sonho sonhado sozinho é um sonho. Um sonho sonhado junto é realidade. Por isso, não posso deixar de agradecer a todos que contribuíram para que este mestrado se tornasse real em minha vida:

Ao Professor Doutor Aroso Linhares, por ser sempre paciente, bem como disponível para ensinar-me grandes lições de direito.

A Vitor, pelo amor e parceria de muitos finais de semana “dissertando”.

A Gustavo, pela compreensão, companheirismo, disponibilidade e palavras de realidade.

A Cristina, por interpretar a cultura universitária, fazendo a ponte entre os mundos Brasil-Portugal, e por acolher-me em sua família, principalmente nos momentos mais difíceis.

Aos meus colegas e chefes da Defensoria Pública do Estado da Bahia, por me permitirem conciliar o trabalho com o mestrado.

A Wálber e Geovane, pelas palavras que precisei ouvir em alguns momentos dessa minha trajetória.

A Danielle que, além de colega de mestrado, foi meu apoio amigo no Lar Teresiano.

As minhas irmãs, pelo incansável incentivo.

Ao meu pai, meus agradecimentos por encorajar-me a conhecer um novo mundo, e por me permitir tornar real a vida no velho mundo, aprendendo as lições históricas de perto.

A minha mãe, pelas orações, pois, intercedendo pela minha aventura, entregou-me aos cuidados de Nossa Senhora de Fátima, mãezinha de tantos.

A Nossa Senhora de Fátima, muita gratidão pelo carinho e zelo para comigo.

E a Deus, além da imensa gratidão, o meu reconhecimento de que Sua sabedoria não é deste mundo, mas é para este mundo.

RESUMO

Visando recobrar a confiança no Poder Judiciário, a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, introduziu a súmula vinculante no ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se, contudo, de instituto com a finalidade de uniformizar a jurisprudência e que se manifestou em desconexão das decisões judiciais, assim como o mecanismo dos assentos, que foi revogado do direito português. Por isso, a presente pesquisa, através de análise comparativa, estuda a súmula vinculante e os assentos, com o objetivo de desvelar o modo pelo qual esses institutos compreendem a juridicidade jurisprudencial decorrente da tarefa de uniformização conferida à Corte Superior. Para proceder à análise comparativa, o presente estudo investigou as motivações históricas, o sentido dogmático, e as intenções fundamentantes de cada um dos institutos, elementos que levaram a identificação de a súmula vinculante e de os assentos serem concebidos como instituto de índole normativista. E, assumindo a postura crítico-metodológica em face do normativismo jurídico, concluiu-se que seria adequado alterar o pensamento jurídico brasileiro, a fim de afastar a produção normativa geral-abstrata desenvolvida pela atividade jurisdicional dos Tribunais Superiores. Ademais, tal qual ocorreu em Portugal, esta alteração seria orientada no sentido de conceber a decisão judicial como autêntico critério jurídico-jurisprudencial, ou seja, enquanto fonte do direito de índole concreta e de vinculação que se dá pelo esquema de presunção de justeza relativa.

Palavras Chaves: Súmula Vinculante; Assentos; Jurisprudência; Normativismo.

ABSTRACT

In 2004, the constitutional amendment No. 45 instituted the *Súmula Vinculante* in Brazilian law, aiming to increase the general confidence in the judiciary. However, the *Súmula Vinculante* has an issue regarding its constitution, since it disconnect itself from judicial decision in order to promote the goal of Uniformity of jurisprudence. The same issue was found in the repealed *Assentos* of Portuguese law. The present research aims to investigate both *Súmula Vinculante* and *Assentos* as expressions of judge-made law exercised by the Supreme Court as a result of the activity of granting uniformity. We developed a comparative analysis between *Súmula Vinculante* and *Assentos*, taking into account the historical motivation, the dogmatic sense and the founding purpose of each one, these three characteristics led us to the identification that both *Súmula Vinculante* and *Assentos* was conceived from the normative theory of legal science. It was through the use of elements of critical methodological approaches which oppose the normativism that we concluded that modifications in the Brazilian common legal sense would be adequate. These modifications should push away the general abstract normative production that is elaborated by the Supreme Court. Moreover, these modifications should also conceive the court decision as an authentic judicial jurisprudence criterion, as it occurred in Portugal. This judicial jurisprudence criterion would be a concrete proposition and would have a bindingness treated as a rebuttable presumption.

Key Words: *Súmula vinculante*; *Assentos*; Jurisprudence; Normativism.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	DOS ASSENTOS	11
2.1	EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS ASSENTOS	11
2.2	O SENTIDO DOGMÁTICO DOS ASSENTOS	18
2.2.1	Das intenções dos assentos	26
2.2.2	Índole normativista	36
2.3	DA UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA APÓS A RETIRADA DOS ASSENTOS DO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS (RESTRIÇÃO AO PROCESSO CIVIL).....	42
3	DA SÚMULA VINCULANTE	48
2.1	EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA SÚMULA VINCULANTE	49
3.2	O SENTIDO DOGMÁTICO DA SÚMULA VINCULANTE	57
3.2.1	Das intenções da súmula vinculante	62
3.2.2	Índole normativista	74
3.3	DA DISCUSSÃO ACERCA DA CRIAÇÃO DO DIREITO ATRAVÉS DA JURISPRUDÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO (RESTRIÇÃO AO PROCESSO CIVIL)	78
4	DA COMPARAÇÃO ENTRE A SÚMULA VINCULANTE E OS ASSENTOS	88
4.1	DA CONTRIBUIÇÃO DA INTENÇÃO DE EFICIÊNCIA PARA A OBJETIVAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE	95
4.2	DA PROPOSTA DE ANTÔNIO CASTANHEIRA NEVES: INTENÇÃO DE UNIDADE DO DIREITO	103
5	CONCLUSÃO	110
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS CITADAS	114

1 INTRODUÇÃO

Em consequência da crise no Poder Judiciário¹, operaram-se, por meio da promulgação da Emenda Constitucional nº45/2004, algumas mudanças no ordenamento jurídico brasileiro. Dentre as alterações, verificou-se a introdução do artigo 103-A na Constituição Federal de 1988, responsável pela criação da súmula vinculante – instituto que teve por escopo uniformizar a jurisprudência e garantir a eficiência da prestação jurisdicional.

Enquanto modo de uniformizar a jurisprudência, destaca-se, porém, que o mecanismo em questão apenas é uma modalidade da súmula – instrumento já utilizado no Brasil para promover a uniformidade jurisprudencial². E daí que a justificativa para introduzir a súmula vinculante tenha focado na atribuição do tónus de obrigatoriedade às súmulas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, aludindo a sua aptidão para promover a efetividade do direito no âmbito judiciário e administrativo, e, conseqüentemente, oferecer um sistema eficiente de distribuição da justiça³.

Nesse diapasão, importa evidenciar que o instituto brasileiro não é novidade na literatura jurídica ocidental. Isso porque constata-se a existência de outro mecanismo de uniformização de jurisprudência que consistiu em mecanismo vinculante emanado pelos tribunais, e apresentou-se sob a estrutura de preceito universal, destacando-se dos casos concretos ou decisões judiciais particulares para estatuir norma de interpretação que impõe tratamento jurídico uniforme a uma matéria controversa. Trata-se dos revogados assentos

¹ Conforme exposição de motivos à Emenda Constitucional nº45/2004, depreende-se que a crise que abateu a Justiça brasileira adveio da tímida atenção à necessidade de modernização do aparelhamento judiciário brasileiro. A preocupação que orientou a confecção da referida Emenda era para com a administração da Justiça à medida que, não bastando ao Legislativo elaborar as leis e ao Executivo sancioná-las, entendeu-se preciso que o Judiciário assegure-se a execução da lei em cada caso concreto. E daí que a ampla reforma do Poder Judiciário se deu procurando oferecer alternativas válidas para a transformação do panorama judiciário brasileiro num sistema eficiente de distribuição da justiça. BRASIL. Congresso Nacional. **Emenda Constitucional nº45, de 2004**: Exposição de motivos. Brasília, publicado no Diário do Congresso Nacional - Seção 1 de 01/05/1992. Disponível em:<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/2004/emendaconstitucional-45-8-dezembro-2004-535274-exposicaodemotivos-149264-pl.html>>

² LEAL, Vitor Nunes. **Passado e Futuro da Súmula do STF**. Rev. de direito Administrativo, v.1, n.145. Fundação Getúlio Vargas: Rio de Janeiro, 1981, p.1-4.

³ CABRAL, Bernardo. **Parecer n. 538, de 2002**. Diário do Senado Federal, 11 jun. 2002, p.1104-1105.

do direito português⁴, motivo pelo qual se comparam estes com o mecanismo sumular de efeito vinculante.

Contudo, alicerçada na referida semelhança, registra-se que a comparação tem o objetivo de desvelar o modo pelo qual os institutos manifestaram a juridicidade jurisprudencial decorrente da tarefa de uniformização conferida à Corte Superior. Pois, por meio de rápida observação dos direitos ocidentais, percebe-se que tanto a súmula vinculante quanto os assentos se diferenciam de outros instrumentos de uniformização jurisprudencial, à medida que não compreendem a pretendida uniformidade a partir das soluções jurídicas decididas e nas soluções jurídicas decididas.

A título de exemplo, as máximas do direito italiano e os precedentes judiciais da *Common Law* são institutos uniformizadores que guardam relação com as decisões judiciais. As primeiras são atualmente compreendidas observando as reiteradas decisões judiciais que determinaram uma mesma interpretação a respeito de determinada norma legal⁵. E os segundos são compreendidos como concretas decisões judiciais, cuja normatividade se impõe como padrão normativo a decisões análogas futuras⁶.

Ademais, cumpre salientar que também pelo modo de vinculação da jurisprudência, os referidos exemplos destoam do instituto sumular com efeito vinculante. Afinal, na Itália, a obrigatoriedade da jurisprudência se compreende mediante uma orientação jurídica constante, que vem do passado, persiste e se estabiliza. Enquanto que, na *Common Law*, a vinculação jurisprudencial se compreende no plano do concreto casuístico a partir das decisões judiciais particulares.

Tudo isso levou esta pesquisadora a questionar sobre a forma de a súmula vinculante manifestar a fonte jurisprudencial que é decorrente da tarefa de uniformização conferida à Corte Superior, de maneira que se vislumbrou a necessidade de revisar o sentido com que esta fonte é concebida pelo pensamento jurídico brasileiro.

⁴ NEVES, Antônio Castanheira. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. 1ª Ed (reimpressão 2014), Coimbra editora, 1983, p.2-11.

⁵ TARUFFO, Michele. **Precedent in Italy**. In *Interpreting precedents: a comparative study*. Edited by D. Neil MacCormick and Robert S. Summers. Applied Legal philosophy, Vermont: Ashgate, 1997, p.141-187

⁶ MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (eds.) **Interpreting precedents: a comparative study**. Applied Legal philosophy, Vermont: Ashgate, 1997, p.1.

Para tanto, o trabalho foi estruturado tendo por ponto de partida as intenções justificadoras e os sentidos dogmáticos revelados pelos assentos e súmula vinculante, o que permite compreender qual concepção jurídica iluminou a objetivação destes institutos. E daí que se destine um capítulo à apreensão das particularidades dos assentos, e outro à apreensão das particularidades da súmula vinculante, explicitando as aludidas nuances, bem como as atuais ingerências de cada um dos mecanismos ao âmbito do processo civil.

Depois de estudada a individualidade de ambos, adentrou-se no diálogo comparativo, desenvolvendo o último capítulo. Tratou-se do momento em que, além de analisar as semelhanças e as diferenças entre a súmula vinculante e os assentos, buscou-se saciar o questionamento retro, indicando caminhos para refletir e repensar o instituto brasileiro enquanto fenômeno jurídico que promove a uniformização da jurisprudência.

2 DOS ASSENTOS

Consistindo em instituto autenticamente português, os assentos expressam uma extensa tradição da intenção de uniformização da jurisprudência, que se manifesta desde o período jurídico medieval, passando pelos tempos modernos com o fenômeno do constitucionalismo até a experiência atual do direito em Portugal. Por isso, é imprescindível uma análise, ainda que sucinta, da origem e evolução do instituto, observando os diferentes princípios invocados para sustentar os seus limites jurídico-dogmáticos.

Outrossim, se os assentos aludem à atividade judicial, também se faz necessário compreender o sentido do fenômeno jurídico jurisprudencial no ordenamento português, motivo pelo qual esta pesquisa se debruçará sobre a tarefa de defini-lo em termos dogmáticos e intencionais, desvelando a concepção jurídica que lhe subjaz.

Para formar uma pré-compreensão norteadora acerca dos assentos, entretanto, traz-se à tona a descrição da sua sistemática cunhada por José Alberto dos Reis⁷:

Perante um conflito de jurisprudência, criado por soluções opostas da mesma questão de direito por parte do Supremo, o litigante vencido no acórdão ainda não transitado em julgado tem o direito de interpor recurso, fundado na oposição dos acórdãos. Este recurso há de ser julgado em tribunal pleno, e a jurisprudência que em tal julgamento for estabelecida fica revestida, para o futuro, de força obrigatória tanto para tribunais inferiores, como para o próprio Supremo, enquanto não for modificada por outra, igualmente emitida em tribunal pleno⁸.

Dito isso, passa-se a apreender os contornos históricos e as características do instituto, de modo a se fazer conhecer, filosófico e metodologicamente, o tratamento conferido à jurisprudência portuguesa.

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS ASSENTOS

⁷ Destaca-se que José Alberto dos Reis foi o autor do texto legislativo artigo 66 do Decreto nº 12.353 de 1926, responsável pela consagração dos assentos, objeto deste estudo. Cf. FREITAS, José Lebre de; MENDES, Armindo Ribeiro. **Código de Processo Civil anotado**. Coimbra Editora. Vol. 3, Tomo I, 2008, p.191.

⁸ REIS, Jose Alberto dos. **Código de processo civil anotado**. Vol. VI. Coimbra Editora, Coimbra, 1953, p.237-238.

Na história jurídico-normativa portuguesa, referências aos assentos são encontradas desde o período regido pelas Ordenações Manuelinas, sendo a primeira previsão normativa constante no §1º do Título LVIII, do Livro V, quando se estabeleceu a obrigação de os Desembargadores firmarem uniformização jurisprudencial sobre matérias nas quais pairavam dúvidas interpretativas ou houvesse julgados díspares, conforme se verifica pelo teor deste dispositivo abaixo transcrito:

E assim, havemos por bem que, quando os desembargadores que forem no despacho de algum feito, todos, ou alguns deles tiverem dúvida em alguma nossa Ordenação do entendimento dela, vão com a dita dúvida ao Regedor, o qual, na Mesa grande com os desembargadores que lhe bem parecer a determinará, e segundo o que aí for determinado se porá a sentença. E se na dita Mesa forem isso mesmo em dúvida, que ao Regedor pareça que é bem de No-lo fazer saber, para a Nós logo determinarmos, No-lo fará saber para Nós nisso Provermos. E os que em outra maneira interpretarem Nossa Ordenação, ou derem sentença em algum feito, tendo alguns deles dúvida no entendimento da dita Ordenação, sem irem ao Regedor como é dito, serão suspensos até Nossa Mercê. E a determinação que sobre entendimento da dita ordenação se tomar, mandará o Regedor escrever no dito livrinho para depois não vir em dúvidas⁹.

Bernardo Fischer Sá Nogueira relata que, embora com o aludido regimento tenha se iniciado a prática de “assentar” com fim de uniformização pertencente ao órgão judiciário, as práticas judiciárias que forjaram os assentos já se encontravam presentes em Portugal no começo da nacionalidade (antes da publicação das Ordenações Manuelinas)¹⁰. Tais práticas eram provenientes da harmonia entre as regras gerais da Idade Média (direito visigótico), que se baseavam na ideia de que haveria sempre recurso para o rei, e os traços regimentais dos estilos da cultura inglesa, que traduziam a expressão do princípio do precedente judicial ao carregar a preocupação da administração da justiça igual para todos.

As ulteriores Ordenações Filipinas também consagraram os assentos (Livro I, Título V, §5º), perpetuando a dinâmica de decisões judiciais proferidas pela corte mais alta (Casa d'ElRei – Rolação – Casa da Suplicação – Tribunal de Relação), com o fim de firmar uma uniformização jurisprudencial. Durante a dominação desse diploma, verifica-se

⁹ PORTUGAL. **Ordenações Manuelinas**. 1512. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manu-elinas/l5p195.htm>>

¹⁰ NOGUEIRA, Bernardo Fischer Sá. **Introdução**. In SANTOS, Manuel Simas; HENRIQUE, Manuel Leal. Supremo Tribunal de Justiça: assentos e jurisprudência obrigatória. Lisboa: Rei dos Livros, 1993, p.23-29.

somente uma alteração do procedimento do referido instituto, que foi no sentido de excluir a figura real da elaboração dos assentos como dispositivo normativo¹¹.

Seguindo o decurso histórico, tem-se que, durante o período pombalino, os assentos continuaram vigorando como atividade de uniformização da interpretação do direito – cuja finalidade era dizer o sentido autêntico das leis. E a sua realização coube à Casa de Suplicação, sob as diretrizes filosófico-jurídicas bem delineadas do direito natural racionalista e do *usus modernus pandectarum*^{12,13}, determinadas pela vigência da Lei da Boa Razão (ou Lei de 18 de agosto de 1769).

Com a introdução do constitucionalismo em Portugal (século XIX), contudo, modificou-se a filosofia que lastreava os assentos. Pois, devido à Constituição de 1822 e suas ideias revolucionárias burguesas (francesas), notadamente o positivismo jurídico e a concepção de separação de poderes, questionou-se a legitimidade dos assentos. Na oportunidade, concluiu-se pela negação da sua recepção, através do assento de 28 de março de 1822. E, a partir de 1833, cessaram-se os assentos, estabelecendo o entendimento de que constituíam não só decisões judiciais, mas sim decisões de cunho legal, com conseqüente afronta às competências privativas do Poder Legislativo.

Em consonância com o novo vetor da separação dos poderes, importa evidenciar a alteração de cunho estrutural das instituições jurídicas – extinguiu-se a Casa

¹¹ Tratou-se de alteração por motivos políticos, pois, encontrando-se o monarca em Madri, o governo em Portugal era exercido por um Vice-Rei. Ao sumo Rei da União Ibérica ficou resguardada a prerrogativa de intervir quando fosse necessário, mantendo-se a ideia de que a interpretação da justiça lhe cabia. *Ibidem*, p.35.

¹² Segundo Rui Manuel de Figueiredo Marcos, o período pombalino é marcado pela eleição de pensamento filosófico-jurídico bem delimitado, em nítido contraste com a orientação liberal que lhe sucede, pois “Trata-se de uma filosofia jurídica com caráter autônomo, cultivada como disciplina sobranceiramente independente da teologia, sob o manto tutelar da Escola do Direito Natural e das Gentes”. MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo. **A Legislação Pombalina: alguns aspectos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2006, p.89-94.

¹³ O *usus modernus pandectarum* consistiu uma escola teórico-prática que desenvolveu uma nova metodologia do estudo e aplicação do direito romano. Ela surgiu na Alemanha, dentro do ciclo de passagem da Escola dos Comentadores para a Escola Histórica e se relaciona com o nacionalismo jurídico e o jusracionalismo, enquanto concepção do direito como ser eterno e imutável, de caráter universal e de raízes fixadas na razão humana. Mario Júlio Almeida Costa alerta para não confundir o *usus modernus pandectarum* com a Escola Racionalista do Direito Natural, porque a primeira é uma orientação de caráter teórico-prático, relacionada com a vida concreta. Já a segunda é uma escola filosófica e de jurisprudência teórica – cujas normas que disciplinam as relações humanas são obtidas pela razão humana, sem a necessidade de recurso a postulados teológicos, de modo a formular minuciosas exposições sistemáticas, conseguidas por deduções exaustivas de axiomas básicos. Cf. COSTA, Mario Júlio de Almeida. **História do direito português**. Coimbra: Almedina, 5ªed. Rev. e act, 2014, p.389-394.

da Suplicação, e concebeu-se o Supremo Tribunal de Justiça, segundo o modelo de Tribunal de Cassação¹⁴ –, porque, com isto, modificou-se a finalidade do órgão de cúpula do Poder Judiciário, destinando-lhe não mais a dizer o sentido autêntico da interpretação do direito, e sim a padronizar as decisões judiciais, respeitando a sua limitação de não apreciação da questão de fundo.

Tratou-se de nova estrutura na qual era esperado um natural fenômeno de uniformização da jurisprudência¹⁵. No entanto, isso não ocorreu. A padronização, paulatinamente, cedeu lugar a uma jurisprudência vacilante, que contribuiu para formação de cenário de grave incerteza e insegurança no sistema jurídico português, retroalimentada pela tendência individualista da liberdade de opinião dos magistrados, pouco atreitos a uma apertada disciplina colegiada interpretativa das leis.

Desse modo, em virtude de a incerteza jurisprudencial representar um mal grave, traduzido na dúvida do próprio direito, ensaiaram-se várias medidas para sanar o quadro. Dentre essas medidas, destaca-se a Novíssima Reforma Judiciária de 1844, que deu permissão ao Supremo Tribunal de Justiça proceder com a segunda revista, fazendo despontar o movimento de valorização à doutrina veiculada pelos acórdãos proferidos por esse tribunal, que foi responsável por impulsionar a inserção do esquema de jurisprudência obrigatória no ordenamento jurídico português.

O referido regime jurisprudencial obrigatório teve sua primeira previsão no ano de 1926, através do Decreto nº 12.353 – momento legislativo em que também se deixou de lado a qualificação do Supremo como “tribunal de cassação” para assumi-lo como instância judicial mais alta com competência para julgar tanto matéria de direito quanto matéria de fato. Posteriormente, tal previsão foi recepcionada pelo Código de Processo Civil de 1939, por meio dos artigos 763 a 770, que dispôs pela possibilidade de

¹⁴ NOGUEIRA, 1993, p.41.

¹⁵ A natural uniformização da jurisprudência partia do pressuposto que colocando, no ponto mais alto da hierarquia judicial, um órgão destinado a conhecer somente questões de direito, pouco a pouco haveria de ser estabelecido uma estrutura padronizadora da jurisprudência, dada à supremacia e autoridade deste órgão. O Supremo diria o propósito de cada caso particular, em qual sentido a lei devia ser interpretada e aplicada. Os tribunais inferiores teriam de acatar as determinações, presumindo-se que as determinações também fossem seguidas em casos semelhantes que se apresentassem no futuro. NEVES, Antônio Castanheira. **O problema da constitucionalidade dos assentos**: comentário ao acórdão no 810-93 do Tribunal Constitucional. Coimbra Editora, 1994, p.14.

manejo do recurso de uniformização de jurisprudência para o pleno tribunal com fulcro de resolver divergência jurisprudencial.

Destaca-se que, quando da promulgação do diploma processual de 1939, houve a consagração do termo *assentos* para os acórdãos proferidos pelo pleno do Supremo Tribunal de Justiça, de modo que, em Portugal, o vocábulo passou a referir-se ao esquema de jurisprudência obrigatória, sendo este o sentido atribuído aos *assentos* de que o presente trabalho se vale.

Com a edição de novo Código de Processo Civil Português, em 1961, modificou-se o regime de jurisprudência obrigatória dos assentos para eliminar a faculdade de alteração da doutrina fixada nos assentos pelo próprio Supremo Tribunal de Justiça. E, a partir daí, verificou-se movimento crítico em face do instituto, fundamentado no entendimento de que a aludida faculdade era imprescindível para existência de uma jurisprudência não imutável, capaz de manter-se em consonância à dinâmica social e histórica. Nas palavras de Jorge Miranda, a mudança traduziu a ideia de que a lavra de um assento seria para o Supremo tecer uma malha donde não poderá mais tarde sair¹⁶, dado que os assentos fixados não poderiam ser revistos quando reconhecido não mais haver a sua correspondência com as necessidades e interesses da ordem jurídica.

Sobreveio, então, o novo Código Civil Português de 1966, que elencou as fontes do direito, dividindo-as em imediatas e mediatas, contemplando, em seu artigo 2º, a doutrina fixada pelos assentos com força obrigatória geral como uma das espécies mediatas das fontes do direito¹⁷. E, com isso diversas indagações em relação ao dispositivo foram suscitadas, dentre as quais se ressalta a tensão sobre a caracterização jurídico-dogmática dos assentos, que se dividiu, primordialmente, em dois grandes blocos: (1) aqueles que os caracterizavam como expressão da decisão judicial (e nesse sentido, uma jurisprudência),

¹⁶ MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p.194.

¹⁷ Segundo esta classificação das fontes do direito, as leis e as normas corporativas eram fontes imediatas; já os usos, a equidade e os assentos eram fontes mediatas, e no que diz respeito aos últimos, o seu *status* normativo era previsto no artigo 2º do Código Civil de 1966, *in verbis*: “Nos casos declarados na lei, podem os tribunais fixar, por meio dos assentos, doutrina com força obrigatória geral”.

decorrentes da prestação da tutela jurisdicional do Estado, e (2) aqueles que os dogmatizavam como prescrição legal não emanada do Poder Legislativo¹⁸.

Embora essa tensão tenha contribuído para a realização de uma abordagem acerca da natureza jurídica dos assentos, foi sob o pálio da Constituição portuguesa de 1976 – e das suas respectivas revisões constitucionais – que a tensão jurídico-dogmática dos assentos operou efeitos significativos na ordem jurídica de Portugal, uma vez que passou a se colocar no terreno do direito constitucional positivo.

Especificamente, a controvérsia alocou-se no juízo de adequação jurídico-constitucional do instituto em face do artigo 115, n.º 5, da Constituição Portuguesa¹⁹, que acolheu o princípio da tipicidade das leis, tornando defeso à lei conferir a atos de outra natureza (atos não legislativos), o poder de, com eficácia externa, interpretar, integrar, modificar, suspender ou revogar qualquer dos seus preceitos.

Conforme descrito no Acórdão n.º 810/93 do Tribunal Constitucional Português²⁰, foi defendido por Gomes Canotilho que o comando constitucional em voga traduzia a vedação tanto à criação de atos legislativos apócrifos (ou concorrenciais) com a mesma força e valor de lei, quanto à autorização para que a interpretação, a modificação, a suspensão ou a revogação legal pudessem ser afetadas por outro ato senão o produzido pelo Poder Legislativo. E, embora o segundo sentido proibitivo não obstasse que a administração e os tribunais interpretassem e integrassem as leis quando as aplicam, ele proibiu a interpretação autêntica²¹ por meio de atos normativos não legislativos – natureza

¹⁸ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão n.º 810/93**, Plenário. Rel. Cons. Monteiro Diniz. Publicado 07.12.1993. Disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19930810.html>> Neste pronunciamento da Corte Constitucional, destaca-se que foi ressaltada a voz de Barbosa de Melo, por meio da sua obra *Sobre o Problema da Competência para Assentar* (Coimbra, 1988), para representar a primeira corrente; e, para representar a segunda corrente, a voz de António Castanheira Neves, através da sua obra *O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais* (Coimbra, 1983).

¹⁹ O artigo 115, n.º 5 foi introduzido pela primeira revisão constitucional de 1982, e passou a ser o artigo 112, n.º 5 em razão da quarta revisão constitucional de 1997, que dispõe sobre os atos legislativos nos seguintes termos: “Nenhuma lei pode criar outras categorias de atos legislativos ou conferir a atos de outra natureza o poder de, com eficácia externa, interpretar, integrar, modificar, suspender ou revogar qualquer dos seus preceitos”.

²⁰ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão n.º 810/93**. Plenário. Rel. Cons. Monteiro Diniz. Publicado 07.12.1993. Disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19930810.html>>

²¹ Em obra mais recente é possível extrair o entendimento de José Joaquim Gomes Canotilho sobre a interpretação autêntica, a saber: consiste em esclarecimento normativo realizado pelo mesmo órgão que emanou um determinado ato normativo – exemplificando, uma lei somente será autenticamente

administrativa (regulamentos) ou natureza jurisdicional (sentenças) – o que não era observada pelos assentos, ao arrogarem para si o direito de dizer a interpretação correta da lei, de forma vinculativa para terceiros.

Assim, seguindo o argumento que os assentos incorriam na interpretação autêntica, o Tribunal Constitucional Português, por meio do Acórdão nº810/93, decretou a inconstitucionalidade do instituto, anunciando as seguintes palavras:

A colisão constitucional da norma do artigo 2º do Código Civil radica no fato de os assentos se arrogarem o direito de interpretação ou integração autêntica da lei, com força obrigatória e geral, assumindo a natureza de atos não legislativos de interpretação ou integração das leis.

Contudo, no enfrentamento do problema da constitucionalidade dos assentos, destacou-se que, discretamente, o referido Tribunal, em sede de exercício do controle concreto, manifestou-se confusamente acerca do sentido jurídico-dogmático do instituto. A confusão ocorreu, pois, se, por um lado, a Corte Constitucional portuguesa afirmou que os assentos eram dotados de eficácia externa, tal qual uma das espécies típicas normativas legais; por outro lado, ela reconheceu alternativas à subsistência dos assentos como jurisprudência qualificada, caso o instituto fosse desprovido de eficácia universal e fosse permitida a modificação do teor assentado pelo próprio tribunal emitente.

Então, em caráter de resposta, Antônio Castanheira Neves²² teceu comentário crítico ao aludido acórdão, concluindo que a decisão de declaração de inconstitucionalidade do instituto foi parcialmente boa, em virtude de ter restringido o vício de constitucionalidade apenas à segunda parte do dispositivo, que atribuiu competência aos tribunais para fixar doutrina obrigatória geral. O vício corroía todo o regime institucional dos assentos, configurando hipótese de integral inconstitucionalidade.

Segundo o autor²³, a retirada do seguimento relativo à eficácia com força obrigatória geral dos assentos esvazia por completo o instituto, que se caracteriza não por

interpretada por outra lei. E, no que toca a interpretação constitucional, o autor aduz que só se pode falar em interpretação autêntica na situação de revisão constitucional para esclarecer o sentido de alguns preceitos contidos no texto constitucional. Daí que a hipótese de declaração de inconstitucionalidade/constitucionalidade com força obrigatória geral em casos de fiscalização concreta dos quais houve recurso para o Tribunal Constitucional não se trate, a rigor, de interpretação autêntica, mas sim de aclaração do sentido do acórdão de declaração de inconstitucionalidade/constitucionalidade para efeitos da sua aplicação num caso concreto. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Editora Almedina. 7ª ed (4ª reimpressão), 2003, p.1230/1231.

²² NEVES, Antônio Castanheira. **O problema...** 1994, p.123.

²³ *Ibidem*, p.124.

ser o próprio acórdão do tribunal pleno, e sim por ser estritamente a preposição de estrutura geral e abstrata, a qual se autonomiza formal e normativamente, possuindo força e valor de lei. Isto porque, embora fossem constituídos através de uma decisão judicial-jurisprudencial, os assentos normativamente se objetivam para além da decisão, concebendo-se como uma prescrição de validade prospectiva em carácter geral e abstrato, e, nessa esteira, equiparáveis às fontes do direito, conforme a previsão do artigo 5º do Código Civil de 1966.

Nesse diapasão, se os assentos nada mais realizavam do que fixar uma das várias interpretações possíveis da lei, preenchendo as ditas lacunas do sistema jurídico, através da criação de nova norma que redefine ou modula outra norma já positivada, no intuito de aplicá-la aos casos concretos futuros, mediante o seu atributo vinculante geral, eles não poderiam ser compreendidos como uma simples jurisprudência qualificada. Ao contrário, dever-se-ia aceitar, categoricamente, a sua natureza de prescrição normativa (no modo de interpretação autêntica cunhada legislativamente), para repelir o instituto, de uma vez por todas, do ordenamento jurídico português.

Quando essas palavras alcançaram eco, foi que se proferiu o Decreto-Lei 329-A de 1995, determinando a revogação total do artigo 2º do Código Civil de 1966 e dos artigos 763 a 770 do Código de Processo Civil de 1939, ao passo que foi estabelecido novo regime processual para uniformização jurisprudencial, a saber: o julgamento ampliado do recurso de revista, previsto nos artigos 732-A e 732-B do Código de Processo Civil de 1961.

2.2 O SENTIDO DOGMÁTICO DOS ASSENTOS

Em conformidade com a visão invocada para decretação da inconstitucionalidade integral do instituto, os assentos são pacificamente concebidos como uma disposição legislativa proferida por órgão jurisdicional. Só que a apreensão deste sentido é dificultoso, dado à originalidade com que se pensou o instituto, ao conferir (1) a um órgão judicial a possibilidade de (2) prescrever critérios jurídicos universalmente vinculantes, mediante enunciado de (3) normas em sentido estrito, que, com tais (4)

abstraem e se autonomizam em relação aos casos ou decisões jurisdicionais que tenham estado na sua origem, (5) com o propósito de estatuir uma ordem a uma aplicação futura²⁴.

Então, para que seja apreendido o sentido dogmático dos assentos, faz-se necessário refletir sobre as prescrições legais e as prescrições jurisdicionais. Afinal, ao saber como essas são concebidas, pode-se compreender a natureza legislativa do instituto.

O ponto inicial está na revisão da teoria clássica das fontes jurídicas, pois, seguindo as lições de Antônio Castanheira Neves, nota-se que essa perspectiva dominante subjugou as variadas formas de expressão do direito, e difundiu a ótica acerca do fenômeno jurídico consonante o paradigma estatista-legalista do direito.

Com efeito, é sabido que a teoria clássica das fontes jurídicas é aquela que considerou a lei como a única, autêntica e legítima fonte do direito. Mas a sua característica que cumpre destacar é a confusão da *autorictas* jurídica com a autoridade política, uma vez que, com isso, este arcabouço teórico iludiu o cerne da questão da emergência do direito, e a determinação das fontes jurídicas ficou a cargo de quem tem o poder para dizer o direito²⁵.

Nesse diapasão, a respeito da teoria clássica das fontes e de sua preocupação em justificar quem tem poder para dizer o direito, observa-se que sua confecção se contentou com um conceito formal, tornando-se refém de pensamento técnico-jurídico. Isso porque vislumbrada inicialmente pelo legalismo²⁶ – modalidade mais radical do normativismo, que concebeu o direito equivalente à lei e compreendeu a norma-legal como a legítima manifestação jurídica, considerando-a a única e exclusiva fonte do direito – a referida teoria legou o entendimento de que o direito constituir-se-ia autonomamente desde que atendesse às formas normativas legais, e daí que o poder para dizer o direito seria da detença do Poder Legislativo.

²⁴ NEVES, Antônio Castanheira. **O instituto...** 1983, p.2-4.

²⁵ *Idem*. **As Fontes do Direito e o Problema da Positividade jurídica**. Boletim da Faculdade de Direito, vol. LII. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1975/1976, p.132-133.

²⁶ *Idem*. **Fontes do Direito. Contributo para a revisão do seu problema**. Boletim da Faculdade de Direito, vol. LVIII. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1982, p.210-219; BUSTAMANTE, Thomas da rosa de. **Teoria do Precedente judicial: a justificação e aplicação das regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012, p.285-288.

Decerto, não é esta radical dicção da clássica teoria das fontes a vigorante nos dias de hoje²⁷. Pois, diante da inevitável constatação da existência de outros modos normativos, a teoria clássica das fontes jurídicas deixou de entender a lei como única e exclusiva fonte do direito. Passou a compreender que a jurisprudência, a doutrina e os costumes coexistem com a legislação, sendo que essas outras manifestações do direito adquirem *status* de fontes jurídicas à medida que o legislador as admite como tal.

Nessa esteira, insta destacar que os contornos teóricos vigentes classificam as fontes jurídicas em imediata ou mediata – também denominadas de subordinadas ou complementares –, porque, sendo a lei a fonte decisiva do direito, é ela que detém autonomia constitutiva da juridicidade material e formal, criando propriamente o direito. As demais expressam a juridicidade apenas quando devidamente autorizadas, ou seja, desde que mediadas pela permissão legal.

Valendo-nos das lições de Fernando José Pinto Bronze, ressalta-se, ainda, que a vigorante teoria clássica das fontes encontra-se subjazida pelo pensamento jurídico cuja carga ideológica é positivista, em virtude dos subsídios justificantes deste conceito formal de fonte jurídica ter se estabelecido concebendo o direito enquanto algo que é posto²⁸. Explica-se: em razão de o positivismo admitir a juridicidade como um pressuposto material que, embora existente no mundo humano, precisa ser corretamente revelado para integrar o mundo jurídico, o positivismo legalista recepciona o entendimento de a forma legislativa ser, em caráter originário, a forma constitutiva da juridicidade, de modo que se contenta com uma teoria que poupa esforços para esclarecer no que consiste o direito. E daí que se o positivismo exime-se do ônus de fundamentar as intenções e conteúdo que a juridicidade carrega ao se mostrar na forma de prescrições normativas, evidente é o desinteresse pela materialidade da fonte jurídica, bastando que a normatividade seja posta para que haja direito.

Assim, revisadas as notas da teoria clássica, cumpre romper com ela, ao passo que se suscita a postura jurídica fenomenológico-normativa como lente dessa pesquisa. Isso porque, não sendo satisfatória a ideia de o direito ser uma determinação do normativo

²⁷ Cf. REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.139-140.

²⁸ BRONZE, Fernando José. **Lições de introdução ao direito**. 2ª ed. Coimbra Editora, 2010, p.685.

válido por um ato de vontade politicamente legitimada, assume-se tal postura para que se observe o cerne da constituição da juridicidade²⁹, e, deste modo, compreenda-se o caráter legal dos assentos, repelindo as ingerências daquele conceito formal de fonte jurídica.

Visto isso, apresenta-se que, no paradigma fenomenológico-normativo, as formas positivadas do direito são somente *locus* da manifestação da juridicidade³⁰. Logo, o importante na determinação das fontes está em aferir o surgimento da normatividade jurídica de cada uma das formas positivas, aceitando que as manifestações do direito são igualmente fontes, e que nenhuma das fontes se sobrepõe a outra. Para o desenvolvimento deste estudo, no entanto, concentrar-se-á na normatividade legal e jurisprudencial, em virtude destas duas serem suficientes para se apreender o sentido dogmático dos assentos.

Dessa feita, a fim de firmar um parâmetro compreensivo, traz-se que estes critérios jurídicos definem-se, segundo Antônio Castanheira Neves³¹, da seguinte maneira: os critérios jurídicos legais possuem normatividade de índole programática e caráter prospectivo de vinculação, pois estabilizam expectativas congruentes, servindo de apoio para resolver casos conflituosos do futuro. Já os critérios jurídicos jurisprudenciais possuem normatividade de índole individual-concreta, e vinculação segundo esquema de presunção de prejuízos, uma vez que estabilizam expectativas a partir da aplicação de uma experimentada solução a um problema vivenciado na historicidade jurídica.

²⁹ Cf. NEVES, Antônio Castanheira. **As Fontes do Direito e o Problema...** 1975/1976.

³⁰ Nesta vertente fenomenológico-normativa, ressalta-se que Antônio Castanheira Neves compreende a normatividade legal, nos sistemas de *civil law*, como a polarizadora do modo constituinte, mas não o modo decisivo do direito, pois a lei ainda guarda grande relevância de ordem política e jurídica. A importância política e jurídica que as prescrições legais desempenham são aquelas mesmas que estiveram na base do modelo de Estado-de-Direito, ou seja, traduzem as prerrogativas da reserva e preferência da lei – observando, contudo, os limites no plano da juridicidade material – bem como a aptidão da lei para decidir programaticamente as opções que instituirão a ordem jurídico-social e intervirão na estrutura social. Deste modo, o jurista coimbreense afirma a capacidade do preceito legislativo em promover o consenso – ainda quando este parece inviável – e a integração social – fator que vem ganhando força diante do cenário pluralista das sociedades atuais –, porque a sua forma universal – expressa em comandos gerais – se mostra como a mais adequada para institucionalizar uma ordenação social.

Outrossim, ressalta-se que a normatividade jurisdicional toma papel de destaque para a perspectiva fenomenológico-normativa, em virtude de ela ser a responsável pela imprescindível válida reconstituição da juridicidade do corpo legislativo. Decerto, reconhecido que a normatividade é material, assume-se a impossibilidade da normatividade jurídica ser apreendida integralmente pela legislação, e, daí, ser indubitosa a necessidade da jurisprudência, a qual figurará como motor de atualização, reconstituindo a consciência jurídica geral que é objetivada numa ordem translegal, historicamente *in action*, e verdadeiramente vigente. *Idem*. **Fontes do Direito. Contributo...** 1982, p.255.

³¹ *Ibidem*, p.190-197.

Consignando que por estas definições ainda não está explicado o processo de constituição válida das prescrições jurisprudenciais e legais que permite compreender a jurisprudência e a legislação dogmáticamente, aponta-se que, no tocante à normatividade jurisprudencial, o crucial está em sua remonta à casuística para constituir-se. Isso porque, considerando o ensinamento do ponto de partida da experiência jurídica jurisprudencial estar num problema jurídico concreto, certo é que o seu contexto histórico-social – ou a materialidade – determina o conteúdo da prescrição jurisprudencial.

O crucial da normatividade legal, por sua vez, está na sua intenção de conceber um programa fornecedor de soluções jurídicas *standards* de aplicação futura, visto que, conforme a sua experiência jurídica, a intenção legislativa refletiu a elaboração de regulamentação jurídica, através de um *a priori* abstrato, a fim de que se predisponham com alcance geral e indeterminado.

Nesse diapasão, ressalta-se que a determinação da válida constituição da normatividade jurisprudencial se faz pelo respeito à descrita especificidade desta manifestação jurídica. E, por isso, verifica-se que é comum a tentativa de apreendê-la, estabelecendo paralelo entre a jurisprudência e o regime de precedentes judiciais da *Common Law*, cuja constituição remonta a materialidade. No entanto, diante das impossibilidades paradigmáticas de transpor o regime de uma tradição jurídica para outra, Antônio Castanheira Neves³² ensina que, dentre as diferentes maneiras de intencionar e vislumbrar os precedentes judiciais da *Common Law*, estes servem, no máximo, para

³² Conforme Antônio Castanheira Neves, o paralelo com os precedentes implica na pretensão de determinar a normatividade jurídico-jurisdicional como uma normatividade prejudicial, pensando-a segundo o regime de prejulgados, só que existem três principais posições para definir este *modus* vinculação do regime de precedentes judiciais e somente uma das três serve para fazer o paralelo.

A primeira posição é dispensável à medida que desenvolve regime de precedentes que atribui aos precedentes – sobretudo aos precedentes provenientes dos Supremos Tribunais – a condição de prejuízos, mas determina capacidade vinculativa em razão da autoridade dos órgãos, de modo que configura uma vinculação por prejuízo que é apenas uma validade-vigência (a força vinculante não está albergada na normatividade jurídica).

Ademais, dispensa-se a terceira posição, porque esta se fundamenta na concepção de direito de *Fallnorm*, que não tem enquadramento institucional ao *Civil Law*. Isso porque tal paradigma concebe o direito considerando que, como a justiça tem duas dimensões intencionais, exigem-se a ele um determinado sentido de igualdade e uma adequação concreto-material para sua realização, exigências que só são conjuntamente cumpridas nas normas concretas. E daí que podendo essas normas concretas exprimir o acontecer da normatividade legislativa (ser o resultado da aplicação do teor da lei pela atividade judicial) ou jurisdicional (ser o resultado de uma atividade judicial extrapolando o teor da lei), quando desenvolve o regime de precedentes integrado por aquelas normas concretas, apenas estas últimas serviriam para definir este *modus* vinculação. Entretanto, quando estas últimas atribuem a condição de prejuízo às normas concretas como *modus* de vinculação, salienta-se que a vinculação do próprio direito em geral, motivo pelo qual não pode ser utilizada para a determinação específica do critério jurisprudencial. *Ibidem*, p.272-278.

apresentar a realização metodológica dos critérios jurídicos jurisprudenciais, validando a forma de manifestação da fonte jurídica jurisprudencial.

A proposta metodológica consiste em um modo particular de vinculação normativa, desenvolvida pelos precedentes judiciais, a saber, a presunção por prejuízos³³. Trata-se de esquema metodológico que concebe o precedente judicial como juízo prejudicial de validade das decisões jurídicas já proferidas, ou seja, admite que uma decisão tomada encontra-se em conformidade às regras e orientações axiológicas do direito vigente. E, diante desse prejuízo de validade, sustenta a perpetuação do teor decidido em situações futuras similares às dos precedentes, com permissão para modificá-los, caso fundamentadamente se comprove, em face do novo problema jurídico concreto, que o desvio ao previamente decidido é necessário para resolver as particularidades jurídicas que se colocam em julgamento.

Nessa esteira, apresenta-se que, na perspectiva fenomenológica-normativa, a constituição válida do critério jurídico jurisprudencial manifesta a vinculação normativa favorecendo a coerência sistemática, que propicia a previsibilidade da ordem jurídica, e a igualdade de tratamento enquanto ética da generalização e da imparcialidade. Estabelece,

³³ Segundo José Manuel Aroso Linhares, mais alinhado ao jurisprudencialismo, a referida presunção por prejuízo como *modus* de vinculação do critério jurídico jurisprudencial deve ser entendida como presunção não absoluta de justeza (Richtigkeit). Cf. LINHARES, José Manuel Aroso. **Sumários desenvolvidos de Introdução ao Direito**. Coimbra: Universidade de Coimbra, [s/d-a], p.26-31.

Embora partindo de paradigma diverso – que vislumbra o direito sendo um caso especial da argumentação prática – e aduzindo que o uso do precedente – que guarda correlação com o denominado pré-juízo – constitui-se para atender o princípio da universalidade (exigência da justiça enquanto concepção formal, de tratar os iguais de maneira igual), Robert Alexy explica a dinâmica jurisprudencial vinculativa de presunção relativa de justeza partindo da consideração de que, como não há dois casos completamente iguais, a questão da vinculação do precedente encontra-se na determinação das diferenças entre os problemas jurídicos discutidos no caso-exemplo e no caso novo.

Nesse diapasão, considerando que o uso de um precedente significa a aplicação da norma que subjaz à decisão do precedente, dois pontos devem ser apreendidos.

O primeiro trata de distinguir, no precedente, aquilo que compõe a sua *ratio decidende* e o seu *obiter dictum* – traduzidos, respectivamente, nas razões jurídicas essenciais e nas razões jurídicas irrelevantes que fundamentaram o deslinde do caso pretérito exemplo. Isso porque, na aplicação da regra *treat like cases alike* (analogia entre o julgamento anterior similar e o conflito futuro que se submete a atividade jurisdicional), incide somente a *ratio decidende* – que, por ser causa suficiente de pacificação do caso-exemplo, é quem vigora em caráter vinculante.

O segundo trata de conhecer as técnicas de *distinguishing* e *overruling* com que os precedentes operam, pois ambos demonstram o ônus argumentativo da realização do precedente, explicitando que a racionalidade argumentativa é que legitima a vinculação dos precedentes. O *distinguishing* serve para interpretar de maneira estrita a norma que subjaz um precedente e verificar as semelhanças e distinções deste com novo caso posto a julgamento. O *overruling*, por sua vez, serve para rejeitar um precedente, devido a mudanças de ordem social, política e econômica que implicam alteração jurídica. Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: a Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p.209-217 e 267-271.

portanto, uma sistemática que é orientada pelas axiologias de igualdade e justiça material, e que pode ser visualizada como espécie de cadeia normativa, enunciada pelos órgãos judiciais, através do ato decisório para resolução de situações concretas.

No que se refere aos assentos, afirma-se que eles não são critérios jurídicos jurisprudenciais. Isso porque, ao se manifestar como prescrição universalmente vinculante, o enunciado elaborado pelo órgão judicial diz a correta interpretação do direito não guardando relação com casos ou decisões que tenham estado na sua origem, o que impossibilita o regime presuntivo de prejuízos – esquema metodológico que existe ao relacionar-se com os casos concretos que os órgãos judiciários resolveram, conferindo às soluções jurisdicionais presunção relativa de adequada interpretação (em consonância) do direito vigente.

Então, se certo que os assentos não podem manifestar-se enquanto critério jurídico jurisprudencial, em virtude de exprimir-se através de enunciado universal, que necessariamente se auton

omiza de situação real humana e afasta-se da individual-concretude específica da normatividade jurisprudencial, cabe a pergunta: se o manifestar da juridicidade, pré-dispondo generalidades universais, é característico da normatividade legal, que outras dificuldades se encontraram na declaração de inconstitucionalidade do aludido instituto português para que não fosse afirmado categoricamente a sua natureza legal, subsistindo a possibilidade da doutrina dos assentos se revestirem de natureza jurisdicional, caso estes obrigassem somente aos juízes e tribunais dependentes hierarquicamente ao órgão emissor?

Para Antônio Castanheira Neves, a dificuldade esteve na não superação da amarra técnica-formal proveniente da teoria clássica das fontes jurídicas³⁴. Notadamente, em seus desdobramentos que consagram o entendimento da normatividade legal ter como nota caracterizadora o requisito da novidade. Isto porque, ao estabelecer a lei como única fonte jurídica com capacidade de inovar formal e materialmente na ordem jurídica, o elemento da novidade explica-se a partir de uma específica ideia da juridicidade que impede a compreensão acerca das outras manifestações do fenômeno jurídico, ao atender as exigências do primado da lei.

³⁴ NEVES, Antônio Castanheira. **O problema...** 1994, p.320.

Explicando: a referida ideia diz que, em razão do direito ser um pressuposto material, a juridicidade somente se constitui após processo de revelação. Esta ideia combinada com a exigência de primado da lei estabelece que o correto processo de revelação da juridicidade é o que elabora a norma legal. E, diante disso, quando da delimitação do teor da teoria da tripartição dos poderes, consagra-se o entendimento de que, embora a identidade de cada um dos poderes se faça através do exercício das funções jurídicas estatais em caráter primordial e não exclusivo, a diferença entre a função legislativa exercida pelo Poder Legislativo e a função exercida pelos demais Poderes está no fato de o Executivo e o Judiciário realizarem, apenas, o sentido material daquele conceito formal de lei, enquanto que a confecção da lei cria direito nos sentidos formal e material.

Nesta senda, válidas são as lições de Marcello Caetano para questionar e compreender no que consistiria o aludido sentido material do conceito formal de lei³⁵, pois o ato administrativo qualificado com notas de legislação (exercício da função legislativa pelo Poder Executivo) é aquele que “contenha um preceito susceptível de valer para uma pluralidade indeterminada e indeterminável de fatos (execução permanente ou vigência sucessiva), e que se refira a uma categoria de pessoa (que podem ser os titulares de um órgão singular)”. Assim, o elemento definidor do sentido material da lei não poderia estar no trazer uma novidade normativa, referindo-se a regulamentos administrativos que acrescentam matérias jurídicas ainda não regulamentadas; mas sim na aptidão de atos administrativos, sejam os autorizativos ou proibitivos, vincularem em caráter universal.

No tocante ao referido caráter universal, o referido autor³⁶ salienta a necessidade de compreendê-lo como expressão normativa de uma indeterminação pessoal e territorial, que atinge sempre diretamente os cidadãos ou os sujeitos-súditos da ordem jurídica. Pois, compreendê-lo através da corrente designação generalidade-abstração exige, apenas, que as pessoas não sejam individualmente consideradas para enunciar regulamentação normativa. E daí que se possa erroneamente qualificar de universais comandos dirigidos restritamente à atuação interna de instituições jurídicas, que, indiretamente, atingem o cidadão.

³⁵ CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. Tomo I. Coimbra: Editora Almedina, 6ª ed. 2006, p.162.

³⁶ *Ibidem*, p.162.

Posto isto, resta concluso não só o afastamento do requisito da novidade como elemento identificador do desempenho da função legislativa pelo Poder Executivo, mas também pelo Poder Judiciário. Afinal, resta claro que a especificidade a ser observada para a válida constituição da normatividade legal é elemento da universalidade.

Pode-se sanar, então, o vácuo deixado quando da declaração da inconstitucionalidade dos assentos pelo acórdão n. 810/93, sob o fundamento de que os assentos, enquanto critérios jurídicos visando elucidar a correta interpretação jurídica, configuram expressão da normatividade com o escopo normativo de indeterminabilidade pessoal e territorial, que abraça todos os sujeitos-súditos da ordem jurídica, o que impede sua compreensão como instituto restrito à atuação interna da instituição judiciária.

Assim, configurado estar intrínseco ao modo de ser dos assentos o aludido caráter universal, e considerando que o elemento da universalidade implica na indeterminabilidade de pessoas e território por requerer anteriormente a indeterminabilidade dos fatos, certo é que o critério jurídico que a toma caracteriza-se por ser de indeterminável aplicação, com caráter prospectivo³⁷. E, coincidindo estas qualidades com as notas (retroelucidadas) que definem a normatividade legal, especialmente a sua intenção de conceber a juridicidade a partir de um programa de soluções jurídicas *standards* de aplicação futura, julga-se restar evidenciadas as razões para que os assentos se compreendam dogmaticamente como fonte legislativa.

2.2.1 Das intenções dos assentos

Embora a conceituação dogmática dos assentos enquanto lei (e não como jurisprudência) seja suficiente para demonstrar equívoco em sua concepção, é preciso que sejam compreendidas as intenções que legitimaram a existência do fenômeno jurídico português, a fim de que este seja integralmente apreendido.

Nesse diapasão, compulsando a história dos assentos (antes explicitada) e analisando os textos legais portugueses, que conceituavam o instituto (artigo 728 n. 3 do Código de Processo Civil de 1961 e artigo 2º do Código Civil de 1966), evidencia-se que o

³⁷ NEVES, Antônio Castanheira. **O problema...** 1994, p.43.

seu escopo (*telos*) define-se a partir da ideia de uniformização da jurisprudência no sentido de segurança jurídica. Porém, conforme preceitua Antônio Castanheira Neves, dizer que a uniformidade jurisprudencial é o seu objetivo consiste em uma afirmação pouco esclarecedora, porque, junto aos assentos, existem outras modalidades institucionais para alcançar o mesmo fim³⁸. E, desse modo, faz-se necessário enxergar esta finalidade, observando a justificativa do funcionamento dos Supremos Tribunais.

Por uma questão didática, apresenta-se, preambularmente, que o valor da segurança do direito que sustenta a ideia de uniformização da jurisprudência é empregado basicamente em dois sentidos³⁹. O primeiro é expressão do pensamento legalista. Este se caracteriza por vislumbrar a intenção da certeza jurídica antinômica à justiça, devido à sua pretensão de realizar um projeto jurídico de integral coerência normativa que supervaloriza a garantia da previsibilidade – em sua condição indefectível à estabilidade social (paz) – a ponto de não ver óbices no sacrifício da intenção da justiça para mantê-la. Já o segundo se opõe ao anterior, e finda a confusão da certeza jurídica com o ser jurídico, uma vez que é consonante à justiça material. Trata-se do sentido que entende a segurança jurídica não valendo por si mesma, porque o projeto jurídico aponta para conferir estabilidade, como um fator de ordem e confiança, associado a uma validade material que aceita não ser a forma do direito a de um complexo puramente normativo. Portanto, esse segundo sentido postula que a intenção de segurança jurídica manifesta-se como mero resultado da positividade do direito que só subsiste enquanto nova intenção normativa material não superar a que, até então, era estável por apresentar-se positivada.

Visto isto, salta aos olhos que, em virtude de terem sido concebidos como prescrições universalmente vinculantes no intuito de manter a coerência normativa por meio da predeterminação da correta interpretação do direito, os assentos se referem à intenção de certeza jurídica coadunado com o primeiro sentido, que se preocupa somente com a normatividade em abstrato. Apostam na fixação formal de uma solução jurídica geral-abstrata, como modo de dirimir as divergências interpretativas jurisprudenciais que não encaram a materialidade causadora das diferenças de interpretação jurídica e,

³⁸ *Idem*. **O instituto...** 1983, p.29.

³⁹ *Idem*. **Curso de Introdução ao estudo do direito, lições proferidas a um curso do 1º ano da FDUC no ano lectivo de 1971/1972**, Coimbra: Universidade de Coimbra, [s/d-b], p.188-218.

consequentemente, nega ou, ao menos, não se insurge em sacrificar a intenção da justiça material ao direito.

Por outro lado, observando que a especificação dos limites de sentido de um valor somente ocorre pela observação do contexto axiológico-jurídico que permite a sua existência – uma vez que valores não são absolutos, mas sim frutos da historicidade⁴⁰ –, é imprescindível compreender o sentido de segurança jurídica invocado pelos assentos no concreto contexto axiológico em que estes se inserem. Daí trazer-se à tona o cenário jurídico do direito português que originou os assentos, entendendo a retro ressalva de se fazer necessário enxergar ideia de uniformização da jurisprudência, no sentido de segurança jurídica, junto à finalidade e à justificativa do funcionamento dos Supremos Tribunais.

Conforme Antônio Castanheira Neves, pela previsão do instituto disposta no artigo 728, nº3, do Código de Processo Civil português, era pressuposto-objeto dos assentos haver uma mesma questão fundamental de direito e sobre esta recair opostas soluções jurídicas apaziguando a questão⁴¹. Contudo, identificar o significado exato da expressão “mesma questão fundamental de direito” era o problema chave para saber quando cabia assentar, e, para sua determinação, é que se desvela a concepção de juridicidade que justificou o funcionamento dos Superiores Tribunais – especificamente o Supremo Tribunal de Justiça, competente para emitir assentos.

Decerto, não há óbices em dizer que a função dos Tribunais Superiores definiu-se em conformidade com a sua finalidade instituidora do controle jurídico. No tocante ao exercício do controle pelo Tribunal de Revista, elucida-se que este foi originalmente concebido como uma instância de revisão do que já fora decidido, no qual há a submissão a novo julgamento por um colegiado, no intuito de evitar e contornar arbitrariedades de um juízo monocrático interpretativo. Já o Tribunal de Cassação foi inicialmente consagrado com o objetivo de defesa formal da lei, impedindo rebeldias ou a não plena e incondicional obediência dos outros tribunais de instância, e, depois, objetivou o controle para uniformidade da jurisprudência, entendida como uniformidade da interpretação da lei.

⁴⁰ Cf. MARCOS, Rui de Figueiredo. NORONHA, Ibsen. MATHIAS, Carlos Fernando. **História do Direito Brasileiro**. Editora Forense, 2014.

⁴¹ NEVES, Antônio Castanheira. **O instituto...** 1983, p.45 *et seq.*

Portanto, importa notar que, em suas intenções originárias, os Tribunais Superiores definiram-se a partir da ótica do legalismo, porque controlar as rebeldias judiciais e os abusos no julgamento monocrático baseia-se na radical ideia do juiz boca da lei⁴², para proibir o magistrado de realizar qualquer interferência interpretativa no julgamento judicial, sustentando que atividade judicial consiste em mecânica operação lógico-silogística.

Diante da constatação de que a interpretação jurídica se integra no processo de aplicação concreta do direito surgiram os seguintes questionamentos acerca dos descritos funcionamentos dos Tribunais Superiores: deveria ser *in concreto* ou *in abstracto* a interpretação que o Tribunal de Cassação havia de controlar para salvaguardar a igualdade da lei? E a atividade de revisão de julgamento do Tribunal de Revista – que servia para aferir a consonância da mecânica operação lógico-silogística em respeito à proibição de interferências interpretativas pelo juiz – deveria submeter os juízos interpretativos do juiz da matéria litigiosa *in concreto* ou *in abstracto*?

Questionamentos estes que levaram à modificação da finalidade dos Supremos Tribunais, e inseriram estas cortes em um novo momento de suas intencionalidades funcionais. Nos Tribunais de Cassação, o controle jurídico das decisões jurisdicionais concretas deixou de corresponder estritamente à anulação (cassação), para proceder ao julgamento das decisões concretas. E, nos Tribunais de Revista, não mais se controlou a decisão judicial monocrática, aferindo a sua validade, em geral, a partir da verificação de conformidade com as possibilidades legais, para também proceder ao julgamento das causas em litígio.

Tratou-se, portanto, de alteração que esvaziou a grande dicotômica questão de fato/questão de direito da processualística jurisdicional, porque a premissa proibitiva de conhecer *du fonddes affaires* (lastro da dicotomia) perdeu sua razão de ser ante o entendimento da questão de direito contemplar questões jurídicas materiais⁴³.

⁴² Com efeito, o paradigma juiz boca da lei advém das clássicas lições de Montesquieu, em que temendo o poder de julgar, torna-o nulo, ao tempo que submete os juízes à lei, especificamente à liberdade que esta pode proporcionar. Cf. MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **Do Espírito das Leis**. Tradução Miguel Morgado. Edições70, Ltda (impressão janeiro de 2015), 1748, p.305-317.

⁴³ A dicotomia foi construída sustentando que as questões jurídicas materiais eram reduzidas ao âmbito da questão de fato, sob o fundamento de serem passíveis de comprovação probatória no processo jurisdicional, ao passo que as questões de direito, como diziam respeito à lei, não precisavam relacionar-se

Mas, apesar disso, os Tribunais Superiores continuaram a se referir à intenção de uniformidade de jurisprudência compreendida como a uniformidade da interpretação da lei, ou seja, intenção cujo fim é alcançar a unidade da legislação (projeto geral-abstrato) pela unidade da jurisprudência, salvaguardando a ideia de igualdade da lei.

Assim, para que fosse alcançada a velha pretensão de uniformidade neste novo contexto, pensou-se em dois jeitos diferentes de concretizá-la. O primeiro, indiretamente, através da constância da jurisprudência – ou, em outras palavras, pela imposição casuística das decisões judiciais como um modelo (padrões normativos concretos). O segundo, diretamente, mediante a revelação da questão de direito constante na decisão judicial concreta, observando somente aquilo que for generalizável ou de alcance geral (o que transcende a individualidade do caso concreto).

Considerando agora o regime dos assentos, verificou-se que foi o modelo da via direta de uniformidade jurisprudencial o escolhido pela doutrina portuguesa para determinar o funcionamento dos Tribunais Superiores, pois, quando os assentos foram instituídos pela Lei nº 12.353, de 1926, estes se assumiram como acórdãos fixadores de solução para conflitos de interpretações jurisprudenciais de uma dada questão fundamental de direito cuja definição seria feita em caráter geral e prospectivo.

Nessa esteira, se o instituto foi pensado para ser uma prescrição universal e vinculante, emanada por órgão judicial, não contemplando a então reconhecida condição da jurisprudência como uma decisão concreta, certo é que, pelo seu objetivo de conformar e solucionar os conflitos versando sobre “questão fundamental de direito”, esse instituto acreditou estar realizando a intenção de uniformidade jurisprudencial não só como unidade da aplicação da lei no âmbito jurisprudencial, mas como a unidade do próprio direito em sua forma de projeto puramente normativo abstrato.

Dito isto, fica demonstrado que, pelo percurso institucional dos Tribunais Superiores, veio pressuposto ao contexto normativo-axiológico dos assentos que o sentido

com a materialidade sujeita ao regime de provas. Mas, como não se pode prescindir da solidária influência da questão-de-fato, salienta-se que “o ‘puro fato’ e o ‘puro direito’ não se encontram nunca na vida jurídica: o facto não tem existência senão a partir do momento em que se torna matéria de aplicação do direito, o direito não tem interesse senão no momento em que se trata de aplicar o facto”. NEVES, António Castanheira. **Questão-de-fato – Questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma repositão crítica)**. Livraria Almedina, Coimbra, 1967, p.55-56.

da expressão “uma questão fundamental de direito” alude àquilo que se revela como geral nas decisões judiciais, ou, àquilo que se extrai de comum-universal no confronto entre duas ou mais decisões concretas, no intuito de manifestar um comando normativo.

Evidenciado que o pensamento jurídico subjacente aos assentos é aquele que não superou a busca pela generalidade para trazer à tona as manifestações do fenômeno jurídico, conclui-se que, se há insistência pela generalidade estrita na forma de expressar o direito existente na atividade judicial no regime dos assentos, é por motivo de crença de que o objeto jurídico a ser explicitado tem caráter geral – o que indica que o ser do direito é entendido como um fenômeno abstrato-universal, e não como um produto histórico, constituído na materialidade.

Crença que se pode perceber também pelo repelir da modalidade indireta de unificação da jurisprudência, uma vez que o optar por esta modalidade pressupõe a aceitação da normatividade jurídica da decisão concreta utilizada como padrão normativo que mostra a materialidade ligada à manifestação do critério jurisprudencial, compreendendo o direito como um fenômeno histórico-concreto.

Nesse diapasão, recordam-se os sentidos da intenção da certeza do direito trazidos no início deste tópico, a fim de demonstrar que os assentos corroboram com a realização daquela certeza jurídica antinômica à justiça, ao assumirem a postura de distanciamento da concretude, a qual é consequência da crença em um direito abstrato-universal, constituído para realizar-se como um projeto de integral coerência normativa. Isso porque o implicar na visão do Tribunal Superior, com função de uniformização para conferir unidade interpretativa da lei, justifica-se à medida que se pensa possível estar o direito integralmente em sua manifestação normativa positiva, para que se garanta a previsibilidade, como condição indefectível à estabilidade e ordenação social.

Nesses termos, salienta-se que, na intenção de prover a uniformidade da jurisprudência, constata-se outro vetor axiológico. Esse vetor é a isonomia jurídica, uma vez que, propondo solucionar os conflitos interpretativos no âmbito jurisprudencial, a partir de sua forma universal, os assentos almejam a intenção de segurança jurídica por ausência de litígios, sob o fundamento de conferir igualdade no tratamento jurisprudencial a situações de mesmo problema jurídico (situações que detenham mesma “questão fundamental de direito”). Dizendo de outra maneira, os assentos intencionaram,

implicitamente, o sentido específico da isonomia jurídica invocando a ideia de que, sanadas as dúvidas interpretativas, o teor legal incidiria automaticamente aos casos concretos quando da aplicação da lei nos casos concretos.

Diante da ingerência de outra axiologia, necessário se faz observá-la, a fim de que se estabeleça a compreensão dos limites intencionais do instituto português.

De início, apresenta-se que o vetor axiológico de igualdade no descrito contexto é aquele que se restringiu a obstar a ocorrência de diferenciadas aplicações e interpretações em concreto da lei. Isto é que pretendeu alcançar a igualdade da aplicação da lei, cuja tradução revela o sentido estritamente jurídico do princípio em sua acepção formal, o qual é demasiadamente criticado pela literatura jurídica. Crítica justificada pelo seu caráter limitativo e a sua implicação em uma visão do direito cuja índole remete a aportes filosóficos e metodológicos não condizentes com as atuais exigências sociais e constitucionais impostas a um Estado de Direito materialmente fundamentado ⁴⁴.

No entanto, serão deixadas de lado estas críticas. Faz-se preciso entender a delimitação do sentido estritamente jurídico do valor da isonomia jurídica enunciada

⁴⁴ Existem três sentidos materialmente fundamentados do valor da isonomia: (1) o clássico; (2) o sentido iluminista legalista de estrita igualdade perante a lei; e (3) o moderno, ainda de raiz iluminista, mas alicerçado na superação da formal igualdade legalista que marca o sentido anterior.

Desta feita, o sentido clássico é aquele consagrado na fé cristã, da igual dignidade a todos os homens como filhos de Deus, que não tinha pretensão reformadora, mas sim compreendia a ordenação comunitária e prezava pela harmonia do bem comum. Em contraposição, há o sentido iluminista, o qual compreende o homem em sua autonomia e não comunitariamente integrado. O seu ponto de partida encontra-se na ideia de uma igualdade posta a serviço da liberdade e da emancipação, que combate os *status* socialmente pré-determinados - reivindicando o fim dos privilégios do *ancien regime* - e se apresenta como expoente do pensamento cartesiano ou racionalista-mecanicista do homem moderno, responsável por provocar a específica consequência de o direito deixar de conceber-se como ordem justa pressuposta para ser entendida como a exclusiva ordem definidora da justiça. Fala-se, então, que o direito e a justiça identificam-se, e isso se dá de tal modo que a noção de igualdade passa a ter caráter puramente jurídico, a ponto de constituir-se como a expressão da própria justiça, sendo a igualdade que se perfaz perante a lei.

Por fim, o terceiro sentido axiológico da isonomia é aquele que exige a superação dos pressupostos metodológicos enraizados na perspectiva iluminista do direito, pois, enquanto persistir vestígios desta ótica, não se faz possível existir, no plano jurídico, a carga axiológico-material determinativa da intenção de justiça. Assim, destaca-se que o pressuposto metodológico em referência é o racionalismo formal – o qual, exprimindo o espírito do seu tempo, entende que a autonomia do homem está na sua racionalidade, especificamente na razão cartesiana, de universalidade formal e matematicamente mecânica –, posto que figura como o responsável por gerar, ao direito, a concepção de que o conteúdo das suas ordens normativas prescindiria de fundamentação material para adquirir validade, reputando bastar que as prescrições jurídicas fossem feitas de acordo com a forma racional, ou seja, que fossem formuladas em enunciados gerais e abstratos, independentemente dos reclames de uma carga axiológico-material determinativa da intenção de justiça do direito. Cf. *Idem. O instituto...* 1983, p.154 *et seq.*

através do princípio da “igualdade perante a lei”, porque este se concebe tanto pela acepção formal quanto pela acepção material.

O entendimento formal em defesa da ideia “igualdade perante a lei” é, segundo as lições de Antônio Castanheira Neves, aquele que concebe a isonomia jurídica mediante a ótica da lei como ponto de partida para determinar o direito, de modo a sustentar equivalência da justiça à lei e desnecessidade de observar um conteúdo mínimo em sua constituição⁴⁵. Isto é, em razão de a lei ser expressão da justiça, basta que se cumpra a exigência de realizar o procedimento de confecção da prescrição legal para que a norma fixada tenha a aptidão de proporcionar a igualdade. Portanto, trata-se de definir a isonomia jurídica entendendo que, como o justo é o legal e como a lei é apenas uma prescrição de índole abstrata e geral, qualquer conteúdo normativo, que formalmente se pressupõe para uma tão só genérica e uniforme, estrita e imparcial aplicação, é capaz de propiciar a igualdade enquanto oferta geral de chances.

Do outro lado, o entendimento material da isonomia em defesa da fórmula “igualdade perante a lei” é aquele que concebe a igualdade como uma intenção normativa que a própria lei é chamada a cumprir, o que equivale a exigir a densificação material de caráter axiológico fundamentado para que se cristalizem os enunciados normativos legais. Fala-se, então, em igualdade jurídica da lei, e em justiça da lei que, além de respeitar as formalidades para a manifestação do critério jurídico legal, observa o alcance da justiça material por meio do enunciado legislativo⁴⁶.

Tomando o contexto axiológico-jurídico dos assentos, cuja orientação era a de realização da intenção de uniformidade jurisprudencial, a partir da emissão de prescrições universalmente vinculantes do Supremo Tribunal de Justiça, resta evidente uma certeza: o vetor axiológico de igualdade se contentou com a manifestação de uma generalidade transcendente à concretude do exercício judicial a ela subjacente. Deste modo, outro

⁴⁵ *Ibidem*, p.118.

⁴⁶ Na atualidade, o grande desafio da referida acepção material consiste em estabelecer quais são os critérios materiais para aferir o vetor axiológico da isonomia. Por consenso na doutrina, é exigida a fundamentação dos critérios eleitos concretamente, pois, com isso, permite-se identificar os traços ideológicos que fixaram o significado de igualdade atribuída em um tempo e espaço determinados. Divergindo, no entanto, quanto ao modo de especificar o fundamento material, a doutrina se reparte para defender ou a exigência de observar a teleologia contida na norma, ato ou decisão judicial, encontrando as suas considerações razoáveis, ou a exigência de encontrar a consciência do sentido de justiça da comunidade, pela qual se poderia manifestar positivamente a teleologia do direito e não só da norma, ato ou decisão judicial. Cf. *Ibidem*, p.172 *et seq.*

sentido de isonomia jurídica adotado pelo instituto não se pode desvelar senão o entendimento formal, no qual o empenho para atingir a intenção de igualdade jurídica se dá somente por abstrações, desligada da exigência de densificação material dos seus enunciados.

Além disso, identificada e apreendida à acepção formal do sentido estritamente jurídico do princípio da igualdade com que se pensa o instituto português, importa perceber que a determinação do seu significado se dá dentro da concepção do direito como fenômeno universal, responsável pela sustentação da intenção de certeza jurídica antinômica à justiça material. Isso porque a fórmula “igualdade perante a lei” foi traduzida acreditando que a justiça se alcança por meio da forma geral e abstrata com que se enuncia a previsão jurídica, revelando intencionalidade jurídica geral-abstrata e não histórico-material.

Rememorando, então, que o objetivo da uniformidade jurisprudencial atribuída aos assentos consistiu em evitar a heterogênea aplicação do direito, nota-se que, conforme esta perspectiva jurídica, não é estranha a adoção do paradigma metodológico que compreende o momento de aplicação da lei desvinculado do momento de confecção da lei. Para tal ótica, o direito pertencente ao plano teórico, enquanto a sua aplicação está no plano fático, como que concretizando (chamando a materialidade/realidade humana) aquilo que fora teorizado.

Para Antônio Castanheira Neves, a escolha pelo referido modelo metodológico não só refletiu a perspectiva que concebe o ser jurídico integralmente no plano teórico-abstrato para ver o plano fático apenas enquanto *locus* de sua manifestação. Ela também consistiu em resultado proveniente do embate entre os vetores axiológicos da independência decisória com o da igualdade das decisões, travado no contexto axiológico-jurídico dos assentos⁴⁷. Isso porque foi em defesa da preservação da garantia da independência judicial, ao invés de buscar a intenção de isonomia jurídica voltada para a materialidade reclamada pelos atuais Estados de Direito de índole social-constitucional, que se consagrou a criticada acepção formal da igualdade jurídica.

Trazendo à baila a compreensão acerca do significado da independência decisória, o referido jurista aduz que “o juiz independente significa aqui, sobretudo,

⁴⁷ *Ibidem*, p.95.

exclusão ou a proibição de quaisquer critérios e prescrições normativas que não unicamente os da lei”⁴⁸, o que consiste em um resquício do legalismo e do seu ideal de um Estado de Direito estruturado no princípio da separação de poderes. Afinal é a determinação da independência dos três poderes políticos (Legislativo, Executivo e Judiciário) para exclusiva dependência da lei que implica na concepção da atividade judicial jurisdicional restrita à aplicação rigorosa e incondicional à lei.

A ideia de independência decisória, ainda, é aquela que não reconhece a condição constitutiva do direito à decisão judicial concreta, dado que a independente atividade de realização do direito se configura pela mera aplicação lógico-dedutiva da lei pressuposta.

Nessa esteira, duas notas são destacadas acerca da tarefa judicial jurisdicional intencionada pelo vetor axiológico da independência decisória: (1) ela sustenta-se no modelo metodológico de racional aplicação da lei, cuja base é o silogismo de subsunção (lógica)⁴⁹, a operar pela complementação dos planos teórico e fático; e (2) ela pressupõe o direito equivalente a um projeto normativo integralmente contido no plano teórico-abstrato, que não sofrendo interferências do plano real, concebe-se despreocupado da legitimidade material do conteúdo normativo.

Visto isso, percebe-se que, para constituição do regime dos assentos, foi mais fácil prevalecer este entendimento de independência decisória em face da exigência do princípio da igualdade jurídica material, porque aquele coadunou com a opção do instituto de pensar o direito nesta totalidade lógico-abstrata, quando da formulação da intenção de certeza jurídica antinômica à justiça.

⁴⁸ *Ibidem*, p.103.

⁴⁹ “Na lógica entende-se por silogismo de subsunção um silogismo que ocorre de modo a que os conceitos de menor extensão se subordinem aos de maior extensão, se subsumam a estes. Isto só pode ocorrer definindo ambos os conceitos e estabelecendo em seguida que todas as notas do conceito superior se repetem no conceito inferior, o qual tem por isso uma extensão menor, porque, para além de todas as outras, ainda se diferencia pelo menos por uma nota adicional. Assim, por exemplo, o conceito cavalo pode ser subsumido ao conceito mamífero, porque todas as notas necessárias e suficientes para a definição de mamífero se repetem também no conceito de cavalo, plenamente definido”. No entanto, o silogismo judicial está para além da ação de subordinação e inclusão de um conceito de menor extensão em um maior, mais amplo. Configura-se pelo enquadramento de fato concreto à previsão normativa, mais especificamente por subsumir os enunciados sobre uma situação de fato à situação descrita na norma, imputando-lhe uma consequência jurídica. Isto é a premissa menor não é fato enquanto fenômeno da vida, mas sim “o enunciado de que as notas mencionadas na previsão da norma jurídica estão globalmente realizadas no fenômeno da vida a que tal enunciado se refere” LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 7ª ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p.383-184.

Além disso, vislumbra-se que o valor da isonomia jurídica tenha traduzido a simples ideia de igualdade na aplicação da lei, expressando a sua aceção formal, em virtude deste sentido da axiologia de igualdade vê a norma-lei como o *prius* da decisão judicial, o que significa acreditar em uma estrita, imparcial e uniforme imposição da lei, por causa da sua forma enunciativa.

Assim, expostas as intenções justificadoras da existência dos assentos, passa-se a explicitar a perspectiva do fenômeno jurídico que por eles foi intencionada, uma vez que se considera necessário compreender a concepção do direito subjacente ao instituto, por considerar que a tomada de um posicionamento em face do direito exige o conhecimento sobre as perspectivas jurídicas⁵⁰, reconhecendo-as no que se analisa.

2.2.2 Índole normativista

Tomando por base a categorização de Antônio Castanheira Neves⁵¹, que parte das formas de realização do direito para determinar os sentidos atribuídos ao direito em

⁵⁰ Cf. BRONZE, Fernando José. **Lições...** 2010, p.490.

⁵¹ Decerto há uma pluralidade de dimensões jurídicas intencionais. A restrição à abordagem formulada por Antônio Castanheira Neves deve-se à temática deste trabalho, que, girando em torno dos fenômenos jurídico-jurisprudenciais dos assentos e súmula vinculante, possui por foco os papéis desempenhados pela atividade jurídica jurisdicional.

Ademais, segue a justificativa do próprio autor quanto à sua categorização no que toca a sua atual relevância para compreender o direito: “Outras perspectivas diferentes tiveram a sua época. Assim foram famosos e todos recordam os ‘três tipos do pensamento jurídico’ caracterizados por CARL SCHMITT, o “normativismo”, o ‘decisionismo’ e o ‘ordinalismo concreto’ (*Über die drei Arten des Rechtswissenschaftlichen Denkens*, 1934), e durante muito tempo também os juristas se dividiram entre o ‘normativismo’ e o ‘institucionalismo’ (cabendo neste último decerto a “ordem concreta”, mas ainda todo o pensamento do direito como ‘instituição’ – HAURIU, G. RENARD, DELOS, mesmo FORSTHOFF – e como ordenamento – SANTI ROMANO). Assim como não são menos significativas as distinções, quer de HERMANN KANTOROWICZ entre o ‘formalismo’ e o ‘finalismo’ ou a ‘orientação finalista’ do pensamento jurídico (v. *Die Epochen der Rechtswissenschaft*, reproduzido por G. RADBRUCH, in *Vorschule der Rechtsphilosophie*, 3.^a ed., 63, ss.), quer de ALVARO D’ORS entre o tipo dos juristas ‘ordenancistas’ e o tipo de juristas ‘judicialistas’ (v. in *Escritos varios sobre el derecho en crisis*, 1973, 35, ss.). Sem excluir ainda a distinção, que se oferece como o pano de fundo obrigatório, entre o ‘jusnaturalismo’ e o ‘positivismo jurídico’, a que terá de acrescentar-se já no nosso século o ‘realismo jurídico’ [...] Já outras distinções nos parecem menos relevantes, quer porque não logram atingir o que de mais importante caracteriza a distinção que enunciamos, quer porque estão longe de a poder substituir. Assim, p. ex., a distinção que MIGUEL REALE faz na sua consideração das fases que se haveriam de reconhecer no direito moderno (*Nova fase do direito moderno*, 1990, 93, ss.): uma primeira fase a corresponder à concepção formal-exegética e conceitual-sistemática do direito – que, todavia, é só uma das manifestações do normativismo, e sem a possibilidade de bem o caracterizar –, uma segunda fase, que teria sido simultaneamente de marcada perspectiva sociológica e de socialização do direito – e que afinal mais

três concepções (normativismo, funcionalismo e jurisprudencialismo), aponta-se que os assentos revelam intencional a juridicidade em termos normativistas. Isso porque somente esta perspectiva vislumbra o direito como fenômeno integralmente constituído formal-abstractamente, ignorando as ingerências da realidade prática⁵², e restou evidente que os assentos foram elaborados em desatenção à dimensão material da juridicidade.

Entretanto, importa perceber que não é a mera atitude de repelir a materialidade que caracteriza o caráter normativista dos assentos. Antes, é a postura de afastá-la na tentativa de expressarem-se pela forma normativa de preceito geral universalmente vinculante que os determinam normativista, pois o normativismo particulariza-se ao compreender o fenômeno jurídico como um objeto-normativo, postulando que apenas quando manifestado na forma normativa abstrata o direito existiria enquanto direito⁵³.

Visto isso, e notando que os assentos vislumbram-se como soluções jurídicas de conflitos jurisprudenciais, com sentido dogmático de lei e não de jurisprudência, a identificação da índole normativista se dá por terem sido elaborados ainda sob o domínio

não foi do que um momento precursor do funcionalismo, o qual, implicando decerto uma socialização, veremos ter ido muito além de um simples sociologismo –, e uma terceira fase, que seria a actual, em que convergiriam a ‘descodificação ideológica’, a electrónica e cibernética, a ‘jurisprudência da valoração’ – o que, sendo exacto, é certamente muito fragmentário e insuficiente para uma acabada compreensão das perspectivas que hoje concorrem no pensamento jurídico e que só a contraposição entre normativismo, funcionalismo e jurisprudencialismo é susceptível de acabadamente atingir. Assim como não será muito diferente o que havemos de dizer da caracterização de ‘os modelos da ciência do direito’ enunciada por TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR. (*A Ciência do direito*, 2.ª ed., 1986, 47, ss.), a distinguir uma *concepção analítica*, uma *concepção hermenêutica* e uma *concepção empírica* da ciência do direito ou do pensamento jurídico e que pressuporiam, respectivamente, também diversas concepções antropológicas, um homem ‘dotado de necessidades’ que revelariam interesses e a exigir a ‘sistematização de regras para a obtenção de decisões possíveis’, um homem referido ao *sentido* ou para o qual o agir tem significado e visa ‘um sistema compreensivo do comportamento humano’, um homem ‘como um ser dotado de funções’ e que entenderia ‘o pensamento jurídico como um sistema explicativo do comportamento humano enquanto conformado por normas’, concepções antropológicas que implicariam assim, e ainda respectivamente, uma ciência do direito como ‘teoria da norma’, como ‘teoria da interpretação’ e como ‘teoria da decisão jurídica’ – é certo que a consideração dos pressupostos antropológicos é da maior importância em qualquer entendimento da juridicidade, mas a concepção analítica não se entenderá senão no quadro mais compreensivo do normativismo, a concepção hermenêutica foi sempre dimensão da dogmática jurídico-normativa em qualquer tempo e é tópico que se reconhece, embora com alguma *nuance*, tanto no normativismo como no jurisprudencialismo e não é capaz de distinguir e caracterizar o que a diferenciação entre estes dois últimos implica, e a concepção empírica se convoca e funcional em geral, e remete à ‘decisão’, em sentido próprio, não é susceptível só por isso de nos fazer entender o modo particular, de um muito específico e complexo compromisso funcionalista, que depararemos no funcionalismo jurídico dos nossos dias”. NEVES, Antônio Castanheira. **Teoria do Direito. Lições proferidas no ano lectivo de 1998/1999**. Coimbra: Universidade de Coimbra, [s/d-a], 29-31, *grifos do autor*.

⁵² *Ibidem*, p.54-55.

⁵³ *Ibidem*, p.52.

do pensamento jurídico orientado (e porque não aprisionado) pela busca da generalidade e abstração, enquanto elementos essenciais para expressar o ser do fenômeno jurídico. Portanto, crente num modo de existência do direito que garante sua integridade quando realizado em um todo unitário de coerência normativa (platonismo das regras).

Conforme conta Noberto Bobbio, conceber o direito como fenômeno autônomo na abstração é um equívoco já há muito tempo detectado pela literatura jurídica, pois, desde a última década do século XIX, reconheceu-se ser devido ao direito proceder com uma tarefa pragmática (prática) ⁵⁴. Exige-se que o pensamento jurídico deixe de constituir-se somente como o analítico-teorético conhecimento (“reprodução”) de um direito pressuposto, para que se torne partícipe da normativa constituição (“produção”) da juridicidade.

Por isso, quando se aponta que os assentos se objetivam em critérios jurídicos que são expressão do normativismo ante a falta de interferências da materialidade, a crítica que se lança ao instituto toca o seu ponto de partida filosófico: nega o fenômeno jurídico enquanto produto histórico para entendê-lo como um dado formal e apriorístico.

Nesse sentido, pode-se constatar que foi em virtude da adoção do aludido paradigma filosófico que os assentos, quando chamados a cumprir a missão de uniformização de jurisprudência, tenham optado por compreender a intenção de segurança jurídica contraditória à intenção da justiça material constitutiva da juridicidade.

Veja-se: se o direito é pensado como um pressuposto sistema-abstrato normativo, basta à intenção de segurança jurídica conferir previsibilidade como condição indefectível à estabilidade social (paz), por meio da predeterminação da aplicação do direito, pois quanto maior a especificação das normas, com a clareza acerca dos sentidos normativos válidos, menor seria a ocorrência de conflitos jurisprudenciais enquanto divergências interpretativas.

Trata-se, portanto, de buscar, pela certeza jurídica, um objetivo que está além da unidade de desempenho da atividade judicial-jurisdicional. Isso porque a finalidade da uniformidade das interpretações jurisprudenciais, com fins de segurança jurídica a partir de

⁵⁴ BOBBIO, Noberto. **Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra; Tradução e notas Márcio pugliesi Edson Bini, Carlos E. Rodrigues – São Paulo: Ícone, 2006, p.73.

uma dada questão fundamental de direito – cuja definição se faz em caráter geral e prospectivo –, tem o condão de realizar a unidade do próprio direito em sua forma de projeto puramente normativo (o direito é objeto abstrato e universal, responsável por conferir ordenação social através da estabilidade e não por meio da persecução da justiça material como condição de ordenação social).

O mesmo se pode dizer da intenção de isonomia jurídica intrínseca ao objetivo de uniformização de jurisprudência, ao considerar que a finalidade de uniformização jurisprudencial dos assentos era homogeneização da atividade judicial-jurisprudencial, a partir da unidade do direito realizado pela integral coerência de normas pressupostas arranjadas sistematicamente. Pois, com isso, o que se postulou foi um único tratamento jurídico no caso de situações similares, pensando a igualdade em termos de equivalente aplicação do direito, consonante a visão do direito como dado formal-apriorístico.

Ainda, este entendimento da isonomia jurídica como “igualdade de aplicação da lei” implica na atribuição de caráter normativista ao instituto, uma vez que, ao intencionar o referido valor, os assentos tornam visível a crença em normas jurídicas como *ratio jurídica*⁵⁵, justificada por uma igualdade advinda do texto normativo.

Explique-se: sendo a norma-*ratio* expressão de uma impessoal e objetiva normatividade – que permite dizer que é a norma e não o poder ou homens que dominam (*government of law e not of men*) – o normativismo (moderno) justifica o cognitivismo jurídico como uma modalidade de objetivismo a partir da ideia de o enunciado universal ser recurso suficiente a promover a intenção de isonomia jurídica, pois, como a técnica textual universal estabelece iguais chances (possibilidades aos sujeitos de direito), firmam-se padrões normativos que impedem a existência de divergências na realização do direito a medida que as singularidades concretas encaixar-se-iam nas generalidades enunciadas (paradigma da aplicação)^{56, 57}.

⁵⁵ Antônio Castanheira Neves traz que “norma” em sentido estrito implica em uma intencional e constitutiva racionalidade, pois as notas características do normativismo é conceber o direito constituído e manifestado em normas, bem como pensado em normas. E pensar mediante normas significa adotar racionalização abstrato-sistemática, sendo aquela o ponto de partida para além do qual não se interroga. Cf. NEVES, Antônio Castanheira. **Teoria do...** [s/d-a], p.42.

⁵⁶ *Ibidem*, p.32 *et seq.*

⁵⁷ Com efeito, destaca-se que a individualidade normativista está em exprimir o cognitivismo normativo jurídico como uma modalidade de objetivismo, pois, observando que o normativismo remonta os juristas medievais, salienta-se que esta perspectiva se definiu pela postura de vislumbrar o direito como um

Assim, destaca-se a índole metodológica normativista que vem implicada nesta ideia, por observar que, tal como o pensamento jurídico daquela concepção jurídica só encontrou a resposta para solucionar a correlação entre o plano normativo conceitual-teórico – com as suas intenções normativas gerais-abstratas – e o plano fático – voltado a situações particularizadas – no modelo operatório lógico-dedutivo, os assentos também só encontram o modelo operatório lógico-dedutivo para responder o seu problema de uniformizar a jurisprudência. Isso porque, ao entenderem que a uniformização somente seria atingida através da eliminação das divergências interpretativo-aplicativas, os assentos revelam compreender a metodologia jurídico-judicial como uma atividade de identificar o normativo geral-abstrato, previsto no plano abstrato, a uma situação fática concreta individual. Portanto, o instituto prestigia a tese da unidade da criação e aplicação normativa no plano abstrato⁵⁸, que compreende este plano como o *locus* exclusivo do acontecer e da manifestação da juridicidade.

Com efeito, já tendo sido demonstrado não ser o direito uma ciência cartesiana, calcada na lógica⁵⁹, não há mais razão em sustentar a capacidade metodológica da operação lógico-dedutiva para realizar o fenômeno jurídico⁶⁰. Daí que se conclua que os assentos configuraram em ilusório esquema de uniformização de jurisprudência, ao operarem lógico-dedutivamente no âmbito jurisprudencial.

Nesse sentido, é válido salientar a lição de Antônio Castanheira Neves de que o pensamento normativista foi uma ilusão, ao fundamentar-se na lógica como a racionalidade do método jurídico para um direito concebido em uma conceitualização dogmática⁶¹. Afinal, este pensamento converteu a racionalidade prática jurídica numa racionalidade tão somente teórico-cognitiva, como decorrência da assunção da norma jurídica como *ratio*

objeto pressuposto em uma totalidade absoluta de normas, acessível a um conhecimento determinado em termos de verdade.

⁵⁸ A tese unitária da criação e aplicação do direito suscita a reduzida ideia de que o legislador antecipa abstratamente o julgador, de modo que a tarefa do último é repetir em concreto a atividade do primeiro, indicando corretamente a questão jurídica concreta com a sua identificação normativa tomada em abstrato.

⁵⁹ Cf. PERELMAN, C; OLBRECHTS-T, 1889, p.30 *et seq.*

⁶⁰ “O logicismo metódico se pode ter por definitivamente superado tanto ‘de fato’ ou mostrado que a realização do direito nunca opera efetivamente segundo um esquema só lógico-substantivo de aplicação, como ‘de iure’, ao concluir-se que a realização do direito não deve orientar-se metodologicamente por esse esquema metódico”. NEVES, Antônio Castanheira. **Teoria do...** [s/d-a], p.70.

⁶¹ *Ibidem*, p.67-69.

jurídica fundamentada no racionalismo, que compreende a razão jurídica pertencente à razão teórica e não à razão prática.

No caso dos assentos, aponta-se pela ocorrência de ilusão justificada nas escolhas que desenham a dogmática do instituto⁶². Isso porque o instituto não consegue desfazer-se da ideia de que decidir juridicamente consiste na atividade de tradução das pressupostas normas jurídicas em casos concretos, ao se lastrear na possibilidade de objetivar a normatividade jurídica e fechá-la sobre si própria num sistema dogmático, postulando uma unidade da jurisprudência alcançada pela unidade da normatividade pressuposta. E, desta ideia, entende-se o direito num dualismo intencional, implicando no ser jurídico constituído em abstrato, capaz de operar-se através da racionalidade teórica-cognitiva.

De maneira geral, salienta-se que a literatura jurídica compreende que o modo lógico-dedutivo de realização do direito não mais tem vez, pois há indivisível solidariedade dos momentos de interpretação e aplicação do direito. Conforme ensina Wálber Araújo Carneiro, embasado no paradigma hermenêutico-filosófico, embora distintos, os fenômenos da interpretação e aplicação são pensados como integrantes de um único fenômeno, a compreensão, uma vez que “não se interpreta se não for para verificar uma compreensão já antecipada. Não se compreende sem que essa compreensão encontre na situação particular do intérprete uma aplicação”⁶³.

Então, sendo a atividade interpretativa uma tarefa-resultado das possíveis compreensões, há de ser observada a relação intrínseca entre a norma e o caso concreto quando da realização do direito pelo ato decisório – que é uma atividade interpretativa. Isso porque o caso concreto suscita que a realidade social não seja encarada somente como a condição em que se manifesta a juridicidade, mas sim como momento constitutivo da própria normatividade jurídica, de modo que é incompatível conceber a interpretação-decisão jurídica com uma tarefa capaz de ser determinada *a priori* – tal como pretenderam os assentos em sua intenção de uniformização, que assume forma de enunciação geral proferida para sanar conflitos das soluções normativas jurisprudenciais.

⁶² *Idem*. **O instituto...** 1983, p.341-351.

⁶³ CARNEIRO, Wálber Araújo. **Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito**. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2011, p.71.

Nesses termos, destaca-se que, sendo o objetivo dos assentos atender a uma função exclusivamente interpretativa, em que se compreende a interpretação jurídica como mera explicitação da vontade do legislador expressa na norma (ou como a anunciação da interpretação autêntica em termos kelsenianos⁶⁴), os assentos pecam por não conceber a possibilidade de criação do direito (contribuição normativa) por meio da tarefa interpretativo-judicial, equivocando-se acerca do *modus* de realização-aplicação do direito. Afinal, o instituto entende que aplicar corretamente o direito seria simplesmente interpretar em abstrato uma norma jurídica, como se tudo o mais não passasse de dedução lógica. O correto, segundo as lições hermenêuticas (retro), seria assumir que toda aplicação do direito é concreta (consonante o problema que reclama o último), motivo pelo qual sempre que um problema concreto reclamasse o direito haveria a constituição jurídica, e o problema contribuiria para o enriquecimento do conteúdo jurídico do sistema de direito vigente.

Visto isso, percebe-se que é da falta da descrita compreensão acerca da relação travada entre a normatividade e o caso concreto que decorre a incapacidade de enxergar o direito para além da norma jurídica. E, sabendo que foi esta incapacidade que conduziu ao corolário jurídico-metodológico do paradigma da aplicação, ratifica-se a implicação dos assentos como instituto concebido à luz do normativismo⁶⁵.

2.3 DA UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA APÓS A RETIRADA DOS ASSENTOS DO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS (RESTRICÇÃO AO PROCESSO CIVIL)

⁶⁴ “Se fala interpretação autêntica quando esta interpretação assuma a forma de uma lei ou de um tratado de Direito internacional e tem caráter geral, quer dizer, cria Direito não apenas para um caso concreto, mas para todos os casos iguais, ou seja, quando o ato designado como interpretação autêntica representa a produção de uma norma geral”. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de Joao Baptista Machado. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.394.

⁶⁵ Salienta-se que a categorização de Antônio Castanheira Neves parte dos modos de realização do direito, motivo pelo qual o paradigma da aplicação é o critério definidor do normativismo. Para bem compreender esses três modos de realização do direito que foram definidos pelo jurista Cf. NEVES, Antônio Castanheira. **Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito**. In *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Vol. 3, Coimbra editora, 2010-a, p.177-180; 185-188; 195-197.

Com o fim da uniformização da jurisprudência por meio dos assentos, cumpre averiguar como ficou o tratamento jurisprudencial no direito Português. Desta feita, elucida-se que, através do Decreto-Lei 329-A de 1995, foram estabelecidos os artigos 732-A e 732-B do Código de Processo Civil de 1939, inaugurando o julgamento ampliado da revista.

Segundo relatam José Libre de Freitas e Armindo Ribeiro Mendes, este regime pretendia “estabelecer acórdãos do STJ, provenientes de um amplo colégio dos juízes desse tribunal, que, embora desprovidos de caráter vinculativo, pudessem assegurar a uniformidade da jurisprudência e, deste modo, a unidade do direito”⁶⁶. Ainda, o julgamento ampliado da revista teria sido inaugurado em razão de considerá-lo “uma solução claramente vantajosa em termos de celeridade processual, eliminando uma quarta instância de recursos e propiciando mais do que o remédio *a posteriori* de conflitos jurisprudenciais já surgidos, a sua prevenção”⁶⁷.

Para Carlos Alberto Rego, porém, a figura de um mecanismo ao plenário da Corte Superior Judiciária enquanto quarto grau de jurisdição traduz característica puramente acessória ao problema da uniformização da jurisprudência⁶⁸. Por essa razão, na discussão do novo regime processual que se programou pós-assentos, este não teria sido o foco que conduziu à solução jurídica adotada a promover a uniformização da jurisprudência. O núcleo essencial da discussão acerca da uniformidade jurisprudencial estaria na força vinculativa genérica dos assentos, dado que esta característica teria sido o fundamento para declaração de inconstitucionalidade (parcial) dos assentos pelo acórdão n. 810/93.

Partindo disto, Carlos Alberto Rego ensina que havia duas possíveis soluções à reconstrução de regime jurídico de uniformização de jurisprudência⁶⁹: ou (1) através de uma diretiva interpretativa genérica, cuja eficácia seria apenas interna, vinculando os juízes hierarquicamente subordinados ao Supremo Tribunal de Justiça que editou a diretiva; ou (2) por meio da atribuição do valor de precedente judicial qualificado aos acórdãos

⁶⁶ FREITAS; MENDES, 2008, p.195.

⁶⁷ *Ibidem*, p.196.

⁶⁸ REGO, Carlos Lopes do. **A uniformização da jurisprudencial no novo direito processual civil**. Lisboa, 1997, p.10.

⁶⁹ *Ibidem*, p.11-21.

proferidos pelo plenário das secções cíveis do Supremo Tribunal de Justiça, conferindo caráter meramente persuasivo. Prevaleceu esta última solução.

Para compreensão da solução escolhida, contudo, duas notas devem ser feitas. A primeira é que o valor persuasivo se destinou a toda comunidade jurídica, não se restringindo à estrutura judiciária, porque se entendeu pela especial natureza e particular autoridade do órgão de que dimana, a qual se dá

... [ao] ultrapassar uma visão estritamente positivista-legalista das realidades jurídicas – como há muito o fizeram os sistemas de raiz anglo-saxônicos – susceptível de levar a supor que o valor e a vinculatividade das jurídicas seria apenas e tão-somente o que a letra da lei formal lhes atribuir: na verdade, temos como evidente que as correntes jurisprudenciais formadas no âmbito dos Tribunais Supremos valem por si próprias, pela própria ‘natureza das coisas’ independentemente de um texto legal lhes conferir uma específica e determinada ‘força vinculativa’. Radica tal valor na simples circunstância de todos os operadores na vida jurídica e judiciária bem saberem que, ocorrendo litígio e sendo o mesmo submetido à apreciação de algum daqueles Supremos Tribunais, este irá, com toda a probabilidade, confirmar a referida orientação jurisprudencial, sem prejuízo de poder – e dever – realizar uma interpretação atualista do direito. E sendo, por outro lado, óbvio que, deixando algum tribunal de acatar as referidas correntes jurisprudenciais uniformes, não deixará a parte vencida – sendo o recurso possível – de submeter o pleito à reapreciação e decisão do órgão jurisdicional supremo, na ordem dos tribunais em questão⁷⁰.

A segunda nota é que o respeito aos precedentes jurisprudenciais, no qual se fundamentou o novo modelo de revista ampliada, radicou-se no contraditório e normal exercício do direito das partes ao recurso, pois, assim, entendeu-se assegurada (em termos constitucionais), aos cidadãos, a possibilidade de verdadeiro diálogo com a atividade jurídico-jurisdicional, o qual detinha a capacidade de incitar a reponderação e eventual alteração daqueles precedentes.

Do histórico da uniformização jurisprudencial portuguesa, constata-se que, com o Decreto Lei 303/2007, foram reintroduzidos os artigos 763 a 770 do Código de Processo Civil de 1961, outrora eliminados pela revisão de 1995-1996 do Decreto Lei 329-A, que instituiu o julgamento ampliado de revista⁷¹. E, como grande novidade desta mudança legislativa de 2007, há de se destacar a previsão de recurso extraordinário para uniformização de jurisprudência.

⁷⁰ *Ibidem*, p.20.

⁷¹ MENDES, Armindo Ribeiro. **Recursos em processo civil: reforma de 2007**. Coimbra Editora, 2009, p.164-171.

Conforme depreendido da abordagem de José Lebre de Freitas e Armindo Ribeiro Mendes, o motivo da alteração se deu pelo caráter preventivo do julgamento ampliado de revista⁷², pois quando esta, por qualquer razão, não tivesse sido utilizada, despontava-se necessário um meio sucessivo de uniformizar a jurisprudência. Nesse contexto não haveria de se falar em confusão entre os objetivos do recurso em tela e revista ampliada. O dispositivo recursal fora consagrado no sentido de munir o ordenamento jurídico português para além do regime que evitava a prolação de decisão em contradição com anteriores decisões do Supremo Tribunal de Justiça, permitindo o manejo do recurso em face de acórdão que contradisse outro anteriormente proferido por este próprio órgão⁷³.

Antônio Santos Abrantes Geraldes, por sua vez, aduz que a reinserção do recurso para uniformização de jurisprudência em caráter extraordinário merece uma atenção especial, porque propicia que sejam abdicados alguns excessos individualistas que marcam, por vezes, a via judiciária, conduzindo ao respeito a qualidade e o valor intrínseco da jurisprudência uniformizada do Supremo Tribunal Federal, por só admitir razões poderosas para justificar o desvio de interpretação⁷⁴.

Seguindo os ensinamentos do referido jurista⁷⁵, trata-se de mecanismo para impor uma jurisprudência uniformizada não com força obrigatória geral ou só obrigatória para outros tribunais, mas sim com força persuasiva. E essa força exige das decisões dos tribunais inferiores fundamentação robusta, suficientemente convincente para pôr em causa o entendimento uniformizado, de modo que a revisão da jurisprudência uniformizada se dá pela evolução da consciência jurídica, da doutrina e da própria sociedade.

Portanto, a decisão judicial proferida ao recurso extraordinário constitui uma estabilização da jurisprudência que resolve o conflito de interpretação, cuja incidência recai sob todos os submetidos à alçada do tribunal que proferiu aquela decisão.

⁷² FREITAS; MENDES, 2008, p.204.

⁷³ No mesmo sentido, Miguel Teixeira de Sousa ao evidenciar que a introdução do recurso extraordinário tem finalidade reparadora, que a distingue da revista ampliada. Cf. SOUSA, Miguel Teixeira de. **Reflexões sobre a reforma dos recursos em processo civil**. In Cadernos de Direito Privado, nº20. Editor: Cejur, Braga, 2007, p.11/12.

⁷⁴ GERALDES, Antônio Santos Abrantes. **Recursos em processo civil: novo regime**. Coimbra: Almedina, 2007, p.443-444.

⁷⁵ *Ibidem*, p.443-444.

Diante disso, é válida a lição de José Manuel Aroso Linhares e Ana Margarida Gaudêncio⁷⁶ no sentido de os dispositivos regulamentadores da matéria recursal no direito processual civil⁷⁷ produzirem resultado distinto ao dos assentos. O resultado é que a decisão judicial compreende-se como autêntico critério jurídico-jurisprudencial⁷⁸, o que significa dizer que a decisão judicial, enquanto fonte do direito, cumpre o papel de exemplo/*praejudicium*⁷⁹ para orientar a solução de futuros casos, segundo modelo que

⁷⁶ LINHARES, José Manuel Aroso; GAUDÊNCIO, Ana Margarida. **The Portuguese Experience of Judge-Made Law and the Possibility of Prospective Intentions and Effects.** *In* Comparing the Prospective Effect of Judicial Ruling Across Jurisdictions, *IusComparatum – Global Studies in Comparative Law 3*. Edited by STEINER, Eva Springer. International Publishing Switzerland, 2015, p.189-192.

⁷⁷ Registra-se que o descrito cenário do tratamento jurisprudencial ainda se encontra vigente no direito Português, pois o atual Código de Processo Civil, promulgado por meio da Lei n.º 41, de 26 de Junho 2013 (e com última atualização em 03 de março de 2017, pela Lei nº8), prevê o julgamento ampliado de revista e o recurso extraordinário de uniformização por meio dos artigos 686 a 695, que mantiveram o teor dos artigos do Código de Processo Civil de 1961 referenciados. *Cf.* o quadro comparativo entre os dois diplomas processuais confeccionado pelo Centro de Estudos Judiciário *in* <<http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/ProcessoCivil/Indice_comparativo_CPC_1961_CPC_2013.pdf>>.

⁷⁸ Os juristas coimbrenses ressaltam que, se ainda há confusão que impede vislumbrar as decisões judiciais como critérios jurídico-jurisprudenciais, e as vê como solução geral-abstrata de caráter programático-prospectivo, isto pode ser devido ao processo que é utilizado na publicação dos julgados, uma vez que se formula um breve sumário da decisão judicial-acórdão para publicá-la, de modo que haveria erroneamente a identificação da decisão com sua publicação enunciada em abstrato. LINHARES, GAUDÊNCIO, 2015, p.191, nota 29.

⁷⁹ No paradigma jurisprudencialista, desenvolvido com base na perspectiva fenomenológico-normativa das fontes jurídicas, os critérios jurídicos expressos pelo modo jurisprudencial-judicial individualizam-se por convocar a solução de uma controvérsia concreta, configurando manifestação do fenômeno jurídico que reconhece o contributo privilegiado da casuística. Desta feita, o papel que assumem é o de exemplo/*praejudicium*, porque, ao formularem um juízo-julgamento, este produto da experiência jurídica jurisprudencial serve para orientar a solução de futuros casos. *Cf.* LINHARES, José Manuel Aroso. **Excerto dos Sumários desenvolvidos de Introdução ao Direito. A concepção jurisprudencialista do sistema:** a experiência do sistema jurídico (na sua pluridimensionalidade e na sua dinâmica) enquanto conversão da validade transsubjectiva (comunitariamente assumida) numa dogmática estabilizada. Coimbra: Universidade de Coimbra, [s/d-b], p.26-31.

Nessa esteira, destaca-se que o papel de exemplo com que se concebe o critério jurídico-jurisprudencial é diferente do precedente, pois o último consiste em critério de vinculação horizontal ou vertical entre cortes; já o exemplo consiste em critério a ser heurísticamente usado “quando não se aplica especificamente ao assunto em questão” LINHARES, GAUDÊNCIO, 2015, p.191, nota 30.

Ademais, conforme aduz Michele Taruffo, o exemplo diferencia-se do precedente pela estrutura e função, em virtude de o exemplo informar, mas não impor uma decisão em conformidade dos casos sucessivos. Logo, o exemplo desempenha alguma função persuasiva – e esta é razão pela qual é usado –, mas não desenvolve uma função propriamente justificativa, e, por isso, não tem uma eficácia condicionante ou vinculante sobre a decisão do caso sucessivo. Já o precedente desempenha função vinculativa, no sentido de que dele derive uma verdadeira e própria obrigação do segundo juiz se ater para julgar casos sucessivos – só que esta obrigação não se exprime de maneira geral e indiferenciado a qualquer juiz, e sim em direcionamento vertical (fundada na ideia de autoridade e respeito próprios de relação de hierarquia judiciária) ou horizontal (fundada na ideia de equiparação de grau dos órgãos judiciários e no respeito aos seus próprios precedentes). *Cf.* TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência.** Tradução de

permite a edição de nova decisão em substituição da anterior, quando apresentada contra-argumentação (vinculação por presunção de justiça relativa).

Resultado este que configura em relevante conquista, pois demonstra a compreensão, pelo pensamento jurídico português, do fenômeno jurídico em sua manifestação jurisprudencial.

Visto isto, passa-se a conhecer as individualidades da súmula vinculante, a fim de, depois, proceder-se à análise comparativa proposta.

3 DA SÚMULA VINCULANTE

A súmula de efeito vinculante foi instituída no ordenamento jurídico brasileiro, através da Emenda Constitucional nº 45/2004, e, embora não fosse novidade o instituto sumular como forma de manifestação do critério jurisprudencial no direito brasileiro, a súmula vinculante provocou discussões. Dentre os questionamentos, destaca-se a sua intenção de uniformização da jurisprudência, a fim de analisá-la comparativamente aos assentos.

Antes da comparação, no entanto, é imprescindível que se proceda com a compreensão da súmula de efeito vinculante, por meio da revisão da sua história e do desvelamento do sentido dogmático e das intenções fundamentantes, pois estes que permitirão identificar a concepção jurídica subjacente à súmula vinculante.

Em vista disto, para estabelecer uma pré-compreensão acerca do aludido instrumento de uniformização de jurisprudência, tendo noção das ideias que o circundam, transcreve-se o artigo 103-A, da Constituição Federal brasileira:

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

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso⁸⁰.

Dito isso, passa-se aos contornos históricos e características da súmula vinculante, de modo a se fazer conhecer filosófico e metodologicamente o tratamento conferido à jurisprudência brasileira.

⁸⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA SÚMULA VINCULANTE

A súmula vinculante decorre da proposta de Emenda Constitucional nº 96/92 (posteriormente denominada de nº29/00), apresentada pelo Deputado Federal Hélio Bicudo, que culminou na Emenda Constitucional nº45/2004 após o apensamento das Propostas de Emendas Constitucionais nº112/95 e nº54/95 (posteriormente denominada de nº 500/97). Esta inovação constitucional, guiada pela finalidade de promover a reforma do Poder Judiciário nos âmbitos estrutural e funcional, considerou a súmula vinculante como instrumento eficaz e eficiente para solucionar, ou ao menos, minorar, o problema do excesso de processos judiciais – o qual foi entendido como o fator causador da crise do Poder Judiciário⁸¹.

Segundo Carmen Lúcia Antunes Rocha⁸², atual ministra do Supremo Tribunal Federal brasileiro, contudo, o âmago da crise do Poder Judiciário não estaria propriamente no desabarrotamento processual, e sim no desafio de concretizar a função judicial de pacificação dos conflitos, de maneira isonômica e eficiente, com a prestação tutela jurisdicional apta a garantir o acesso à justiça⁸³, pois, este embate justifica o uso de enunciado geral e abstrato no âmbito da manifestação jurisprudencial.

⁸¹ CARVALHO, Flávio Pereira. **O histórico do processo legislativo de criação da súmula vinculante no Brasil**. Senado, Brasília, Vol. 7, nº1, 2009, p.34-38.

⁸² ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **A súmula vinculante na reforma constitucional**. Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros, nº85, 1996, p.4.

⁸³ Embora na obra de Carmen Lúcia Antunes Rocha não venha definido o que se entende por acesso à justiça, admite-se, junto com Mauro Cappelletti e Bryant Garth, que a expressão serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico enquanto espaço de reivindicação de direitos e/ou resolução de litígios sob os auspícios do Estado. A Primeira finalidade determina que o sistema jurídico deva ser igualmente acessível a todos; e a segunda, entende que este arranjo sistêmico deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

Fazendo referência aos juristas italianos, contudo, é necessário salientar que as lições legadas focaram no desenvolvimento da primeira finalidade, daí que, discutindo as variáveis – a saber, custas judiciais, possibilidade das partes e problemas relativos aos interesses difusos – em razão do funcionamento do Poder Judiciário e de seus serviços, eles tenham oferecido, como resultados, propostas – denominadas de “ondas renovatórias” – cujo objetivo diz respeito ao aperfeiçoamento do processo judicial, em atenção à economia processual.

A primeira “onda renovatória” baseia-se na assessoria gratuita à população de baixa renda, permitindo-lhe buscar e concretizar os seus direitos, pois sem isso haveria cerceamento de defesa ou o estímulo à propagação da autotutela. A segunda se refere à tutela de interesses coletivos. Esta onda visa à união dos processos individuais com origem em problemas que envolvem uma classe, categoria ou sociedade, de modo a proteger vários interesses através de uma única demanda judicial. Por fim, a terceira objetiva a melhoria e a desburocratização do processo, gerindo as instituições, mecanismos, partes e procedimentos, a fim de pensar formas de processar e prevenir as contendas judiciais. CAPPELLETTI,

Explicitamente, os fundamentos para o uso de enunciado geral e abstrato obrigatório no âmbito da manifestação jurisprudencial estão na capacidade de o enunciado geral e abstrato conferir aplicação isonômica do direito na atividade jurisdicional e trazer maior previsibilidade-segurança jurídica, bem como na capacidade de o efeito vinculante promover a celeridade da prestação da tutela jurisdicional e, nesse sentido, ser eficiente. Pois, a soma dessas capacidades permite que a súmula vinculante se apresente como recurso hábil para recobrar a confiança no Poder Judiciário – fator imprescindível ao vigente modelo de Estado Social-Constitucional brasileiro – e para diminuir a incidência das demandas repetitivas nos órgãos superiores, à medida que afasta a necessidade de observar cada caso.

Mônica Sifuentes, por sua vez, insiste na tese do abarrotamento processual como o fator causador da crise do Poder Judiciário⁸⁴. Isso porque o argumento decisivo para adoção da súmula vinculante consistiu na multiplicação de causas idênticas, especialmente na Justiça Federal. Na prática, verificou-se que nem mesmo a edição de súmulas administrativas de obediência obrigatória no âmbito interno do órgão administrativo que as editou, nem as súmulas dos Tribunais Superiores consagrando entendimentos pacíficos foram suficientes para homogeneizar a aplicação do direito e, assim, obstar a avalanche de processos que decorre da atitude da Administração Pública de “aparente ‘insubordinação’”, ao valer-se dos procedimentos judiciais para “rolar a dívida”.

Conforme esta autora⁸⁵, o combate ao cenário de crise do judiciário ocorreria à medida que fosse instaurado um modelo de prestação jurisdicional no qual o Poder Judiciário fosse capaz de responder às demandas jurisdicionais que lhe são suscitadas. E o abandono do caráter persuasivo – próprio do instituto sumular – para valer-se do caráter coercitivo, mostrou-se como uma boa alternativa, pois considerando que é devido àquela “insubordinação” da Administração Pública que o Estado brasileiro possui demandas jurisdicionais além do quanto tem respondido, a força obrigatória impediria o esquivar do normativamente regulamentado pela Administração Pública.

Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988, p.8; p.49 *et seq.*; p.31 *et seq.*; e p.67 *et seq.*

⁸⁴ SIFUENTES, Mônica. **Súmula Vinculante**: um Estudo Sobre o Poder Normativo dos Tribunais. São Paulo: Saraiva 2005, p.258-260.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 258-260.

Independentemente de um ou outro discurso, certo é que se legitimou a criação da súmula vinculante no ordenamento jurídico brasileiro, e, por isso, discorre-se, em apertada síntese, sobre a evolução histórica que culminou na adoção do instituto enquanto mecanismo de uniformização de jurisprudência.

De antemão, porém, salienta-se que, em razão de a súmula vinculante ser uma espécie do gênero sumular, ela não deixou de ser pensada como um instrumento de igual tecnologia às súmulas administrativas e às súmulas dos Tribunais Superiores⁸⁶, motivo por que a sua historicidade abaixo esmiuçada confunde-se com a história do instituto sumular enquanto mecanismo de uniformização da jurisprudência.

Outrossim, apresenta-se que, embora haja invocação ao instituto dos assentos portugueses como primeira experiência brasileira de homogeneização da aplicação jurídica com efeito vinculante⁸⁷, esta pesquisa não os considera como ponto de partida. Isso porque, desde a inauguração da República brasileira em 1889, quando foram rejeitados os assentos, evidenciou-se que este instituto existiu perante a égide de perspectiva do direito que não tem razão de ser junto ao pensamento jurídico atual, por não ter sido concebida conscientemente influenciada pela filosofia de estado de intenção liberal-burguesa.

Nessa esteira, destaca-se também que os assentos repelidos do direito brasileiro não se referem aos assentos portugueses, objeto deste trabalho, previstos pelo Decreto nº 12.353, de 1926, e posteriores legislações. Estes eram da competência do pleno dos tribunais, sendo manejados para sanar conflitos de jurisprudência oriundos de soluções opostas sobre mesma questão de direito, determinando jurisprudência obrigatória. Diante disso e constatando que a intenção de uniformização das decisões judiciais, com fins de alcançar a segurança jurídica atinente aos assentos previstos pelo Decreto nº 12.353 de 1926, marca presença no ordenamento jurídico brasileiro desde a inauguração do período

⁸⁶ Confirmando que a súmula vinculante é uma espécie do gênero sumular, traz-se a definição de Marcus Cláudio Acquaviva no sentido de qualquer súmula ser uma ementa que revela a orientação de um tribunal para casos análogos com finalidade de conferir maior estabilidade à jurisprudência e facilitar a atividade dos advogados e do tribunal por simplificação do julgamento das questões mais correntes. Cf. ACQUAVIVA, Marcus Claudio. **Dicionário jurídico brasileiro Acquaviva**. 9. ed São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998, p.1204.

⁸⁷ SIFUENTES, 2005, p.227-234 e PINHO, Humberto Dalla Bernardina. **Judicial Rulings with Prospective Effect in Brazilian Law**. In Comparing the Prospective Effect of Judicial Ruling Across Jurisdictions, *IusComparatum – Global Studies in Comparative Law* 3. Edited by STEINER, Eva Springer. International Publishing Switzerland, 2015, p. 289.

republicano, estabelece-se o período republicano como ponto temporal inicial do excuro histórico.

Conforme se extrai da abordagem de Rodolfo de Camargo Mancuso, a partir da cristalização do Decreto nº. 16.273, de 1923, o direito brasileiro contou com os institutos prejulgado e recurso de revista⁸⁸, que tinham por finalidade a uniformidade da jurisprudência. Pois ambos os institutos conferiram, às Câmaras Cíveis reunidas, a prerrogativa de dar a interpretação da norma, sendo que o prejulgado era para prevenir a divergência jurisprudencial, enquanto a revista era posterior à verificação desta divergência⁸⁹.

Especificamente, o recurso de revista foi concebido como medida de revisão e controle das decisões judiciais pelos Tribunais Superiores, em que uma das hipóteses de cabimento era no caso de divergência, entre decisões finais de duas ou mais Câmaras, quanto ao modo de interpretar o direito, para permitir que aqueles tribunais procedessem a novo julgamento do mérito da causa uniformizando o entendimento (artigo 107 c/c artigo 108, III do referido Decreto). Já o prejulgado consistiu em um julgado com força de norma obrigatória para a situação em apreço e norma aconselhável para casos futuros, a qual era proferida após a deliberação de todos os membros das câmaras reunidas, na hipótese em que a lei recebia interpretação diversa nas Câmaras de Apelação (artigo 103, do referido Decreto).

Com efeito, quando da instituição do Código de Processo Civil brasileiro em 1939, foi introduzido o artigo 863, preceituando outra medida de revisão e controle das decisões judiciais pelos Tribunais Superiores, a saber: o recurso extraordinário, com cabimento na hipótese de divergência entre a inteligência da lei federal e a decisão contrária à letra de tratado ou lei federal. Este recurso combinado com a revista e o prejulgado – recepcionados pelo referido Código de Processo Civil através dos artigos 853 e 861 respectivamente⁹⁰ – que estruturaram o regime de uniformização da jurisprudência dos Supremos Tribunais consonante o funcionamento do Poder Judiciário do Brasil.

⁸⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.186-187.

⁸⁹ *Ibidem*, p.187.

⁹⁰ Interessante se faz notar que, embora só o recurso de revista esteja expressamente acolhido pelo Código de Processo Civil de 1939, Mônica Sifuentes, Miguel Reale e Rodolfo de Camargo Mancuso

O descrito cenário processual, contudo, configurou pano de fundo da crise do Supremo Tribunal Federal que surgiu da década de 40 em diante⁹¹. Crise esta que, segundo Alfredo Buzaid, constitui-se ante o desequilíbrio entre o número de feitos protocolados e o de julgamentos pelo órgão proferidos, o qual levou ao irreversível quadro de acúmulo de processos não apreciados⁹².

Em meio a este contexto de crise, no ano de 1963⁹³, Victor Nunes Leal, então Ministro do Supremo Tribunal Federal, propôs a criação da súmula de jurisprudência predominante, e, assim, foi inaugurado o regime sumular brasileiro.

Carmen Lúcia Antunes Rocha⁹⁴ conta que esse Ministro concebeu o instrumento sumular com natureza regimental, vislumbrando-o como método de trabalho para solucionar o problema de excesso de serviço de que se via acometida a Corte Superior, sem redução da competência desta – solução preferida pelos juristas à época. Só que surgida com base em razões práticas, inspiradas no princípio da igualdade que não aconselha a existência de pleitos iguais com soluções diferentes, dentro do mesmo contexto social e histórico, a súmula de jurisprudência predominante instituiu-se tanto com a finalidade de simplificar o trabalho dos advogados e do tribunal para julgamento de questões frequentes, quanto com a finalidade de estabilizar a jurisprudência.

Nesse diapasão, salienta-se que Victor Nunes Leal⁹⁵ concebeu o instituto sumular na condição de repositório da jurisprudência. Pois, dessa forma, pensou restar

apontam a previsão do artigo 861 (que está inserido no Livro VII dos Recursos, Título V da Revista) deste diploma como referência legal do instituto do prejulgado. Cf. SIFUENTES, 2005, p.234; REALE, 2002, p.172-173; e MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência...** 1999, p.186.

⁹¹ Cf. VALLADAO, Haroldo. **A reforma do Poder Judiciário**. Revista da Ordem dos Advogados do Brasil. Rio de Janeiro, ano 15, n 17, jan/abril 1975, p.444-445.

⁹² A título de comprovação do desequilíbrio, Alfredo Buzaid traz que as estatísticas a partir de 1934 em relação ao número de entradas de recursos extraordinários são: 150 em 1935; 230 em 1936; 242 em 1937; 210 em 1938; 286 em 1939; 804 em 1940; 1.047 em 1941; 1.113 em 1942; 1.124 em 1943. E o número de recursos extraordinários distribuídos às turmas não parou de crescer, marcando 3.840 em 1956 e 3.433 em 1957, sendo que, no quinquênio 1953/1957, foram julgados 13.081 recursos extraordinários no Supremo Tribunal Federal. BUZOID, Alfredo. **A crise do Supremo Tribunal Federal**. Aula inaugural proferida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo no dia 6 de abril de 1960, p.346.

⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Emenda Regimental de 28 de Agosto de 1963**. Brasília, 1963. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaRI/anexo/1940/art_24_3agosto1963.pdf>.

⁹⁴ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Sobre a súmula vinculante**. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a.34, n.133, jan/mar. 1997/1997, p.52.

⁹⁵ LEAL, Victor Nunes. **Atualidade do Supremo Tribunal Federal**. Rev. Forense. V.208, 1964, p.15-16.

cumprido, pelo Supremo Tribunal Federal, os papéis de definir o direito federal – eliminando ou diminuindo os dissídios da jurisprudência – e não exercer atividade jurisprudencial petrificável, já que regulado o procedimento por meio do qual se reconsidera a súmula.

Segundo relatos do jurista⁹⁶, o mecanismo, como método de trabalho que ordena e facilita a tarefa judicante, teve grande receptividade, expandindo-se aos diversos tribunais do país. E, com o advento do Código de Processo Civil de 1973, importa perceber que houve a suplantação da súmula de jurisprudência predominante em sua inicial condição de repertório oficial da jurisprudência da Alta Corte, adotando-se nova sistemática – prevista pelos artigos 476 a 479 do aludido diploma – que consagrou esse instituto enquanto o resultado do julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, no procedimento de uniformização jurisprudencial.

Com efeito, embora vigorando a forma geral-abstrata da súmula como o modo de manifestação jurisprudencial em sua intenção de uniformidade, certo é que persistiu o cenário de crise no Supremo Tribunal Federal. E, diante da expansão da crise, motivou-se a realização de reforma do Poder Judiciário brasileiro, a qual, dentre outros feitos, implantou a súmula vinculante.

A referida reforma foi inaugurada pela Proposta de Emenda Constitucional nº 96/92, de autoria de Deputado Hélio Bicudo. Em seus primórdios, porém, não fez qualquer referência à súmula vinculante, em razão de o pedido inicial da Proposta de Emenda Constitucional nº 96/92 fundamentar-se, apenas, no problema da administração da Justiça – decorrente da timidez com que o governo brasileiro modernizava a sua máquina judiciária – visando repará-la para que o Poder Judiciário brasileiro alcançasse o prestígio e a força que lhe eram devidos desde o advento da República⁹⁷.

Segundo Maria Tereza Aina Sadek, em virtude da referida fundamentação, a Proposta de Emenda à Constituição nº 96/92 viu-se abandonada por três anos, e, em 1995, retornou-se a discussão acerca da reforma do judiciário, pela Comissão Especial daquele

⁹⁶ *Idem. Passado e Futuro...* 1981 p.1-4.

⁹⁷ BICUDO, Hélio. **Proposta de Emenda à Constituição nº96-B, de 1992**. Diário da Câmara dos Deputados, Vol. I. Brasília, 1999, p.16-27.

ano⁹⁸. Neste momento, foram anexadas outras Propostas de Emendas Constitucionais, dentre as quais se destaca a de nº54/95 (ou nº 500/97), de autoria do Senador Ronaldo Cunha Lima, que propôs a uniformização interpretativa das decisões judiciais com efeito vinculante, mediante nova redação do artigo 102 da Constituição Federal do Brasil de 1988.

Conforme relatos de Flávio Pereira Carvalho, na apreciação da Comissão Especial que se falou, pela primeira vez, em súmula de efeito vinculante, através do parecer oferecido à Proposta de Emenda Constitucional nº96/92, de relatoria do Deputado federal Jairo Carneiro⁹⁹. Neste ponto, ressalta-se que o substantivo lançado pelo Deputado traçou os objetivos da uniformização da interpretação do direito e da modernização da máquina judiciária com fulcro de melhoria da administração da Justiça enquanto vetores da Reforma do Poder Judiciário.

Considerando estes novos vetores, desencadeou-se o extenso trâmite legislativo até a promulgação da Emenda Constitucional nº45/2004, do qual a súmula de efeito vinculante consistiu num dos pontos mais polêmicos, como observa Maria Tereza Aina Sadek¹⁰⁰.

Dentre essas opiniões desfavoráveis ao instituto, traz-se a discussão de não implantar a súmula vinculante, e sim a súmula impeditiva de recurso, como instrumento para diminuir o volume de demandas nas instâncias superiores, sob o argumento de a última agir mais brandamente, não obrigando que a decisão do magistrado esteja em conformidade com as teses do Supremo Tribunal Federal. Tratou-se de discussão despertada pela Deputada Zulaiê Cobra em 1999 – quando ela foi relatora da posposta de emenda constitucional e abriu tópico “celeridade e efetividade da prestação jurisdicional” – que não prosperou ante o entendimento do relator adjunto à época, o Deputado Fleury Filho. E daí que, depois dessa discussão, foi aprovada a redação final da Proposta de Emenda Constitucional nº 96/92, com previsão da súmula vinculante, que foi remetida ao

⁹⁸ SADEK, Maria Tereza. **Reforma do Judiciário**. Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, Rio de Janeiro, 2010, p.3-4.

⁹⁹ CARVALHO, 2009, p.34.

¹⁰⁰ SADECK, op. cit., p.4.

Senado Federal, sob a nova nomenclatura de Proposta de Emenda Constitucional nº29/2000¹⁰¹.

Ressalta-se a referida discussão, pois, embora tocante à súmula vinculante, não disse respeito ao regime de uniformização da jurisprudência a partir do instituto sumular e à sua forma de expressão em enunciado geral e abstrato. A discussão versou sobre o atributo da vinculatividade a ser conferida à técnica sumular, questionando a necessidade deste atributo para cumprir o objetivo de diminuir o volume de processos dos tribunais, por meio da busca de encontrar “uma fórmula que a um tempo assegure uma resposta judiciária de boa qualidade (=justa, jurídica, tempestiva, econômica) e preserve a independência funcional e a persuasão racional do julgador”¹⁰².

Assim, não se discutindo acerca da intenção de uniformidade jurisprudencial manifestado através das súmulas, pelo fato de já haver a crença em sua capacidade de garantir tratamento jurisprudencial seguro e isonômico, não se estranha que se tenha vislumbrado a súmula vinculante como resultado melhor do que a súmula impeditiva de recurso. Afinal, além de exprimir, igualmente à última, um modelo de gestão de administração da Justiça orientado à modernização da máquina judiciária para torná-la rápida, eficiente e eficaz, a súmula vinculante apresentou-se enquanto instrumento capaz de solucionar a situação de multiplicação de causas idênticas – especialmente na Justiça Federal – já que o caráter impositivo reverteria a “aparente insubordinação” da Administração Pública, que conta com a morosidade dos processos judiciais e o modelo de retrógrado da máquina jurídica para “rolar dívidas” do orçamento público.

É o que se pode constatar do parecer de nº 538/2002, ofertado no momento em que a referida discussão foi novamente suscitada no Senado Federal. Segundo o Senador Federal Bernardo Cabral – autor do parecer em referência, o problema da crise enfrentada pelo Poder Judiciário não estava na dissidência de juízos monocráticos ou órgãos colegiados das linhas interpretativas adotadas pelo Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional; mas estava na insistência com que as procuradorias e advocacias públicas repisam e repõem os mesmos temas, com nítido objetivo protelatório. E, direcionando-se o efeito vinculante às procuradorias e advocacias públicas, a súmula vinculante teria mais

¹⁰¹ Cf. CARVALHO, op. cit., p.36-37.

¹⁰² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência...** 1999, p.178

efetividade do que a súmula impeditiva de recurso em relação ao fim de impedir interposição de recursos vazios de sentido e interesse jurídico, em face de decisões judiciais harmônicas com orientação superior¹⁰³.

Ademais, afirmando que o instrumento sumular apenas corta a exuberante adiposidade processual, sem que haja a eliminação do constitucionalmente assegurado acesso ao Judiciário, o Senador Federal Bernardo Cabral defendeu a súmula vinculante ao invés da súmula impeditiva de recurso. Na oportunidade, evidenciou que, pela primeira, não se verifica prejuízos à prestação jurisdicional realizada pelos Tribunais Superiores, sob o fundamentou de a súmula vinculante somente proporcionar o afastamento da necessidade de observar, individualmente, os casos classificados como demandas repetitivas, porque sob ela recaiu, previamente, o juízo jurídico-jurisdicional daquelas Cortes sobre demandas desta espécie¹⁰⁴.

Perante tais argumentos, encerrou-se a discussão, prevalecendo o entendimento pela adoção do instituto sumular de efeito vinculante, que culminou na sua instituição em 2004. Em sequência, houve a sua regulamentação procedimental, por meio da Lei nº 11.417, de 19 de Dezembro de 2006, permitindo-se a edição de 55 súmulas vinculantes, as quais se encontram vigentes¹⁰⁵.

3.2 O SENTIDO DOGMÁTICO DA SÚMULA VINCULANTE

Sabendo que a súmula vinculante é uma espécie do gênero sumular, pode-se aduzir que o significado do instituto é de resumo ou sumário, como é próprio da expressão latina *summula*. Além disso, a palavra súmula encerra, no âmbito jurídico, o significante que alude ao conjunto de teses jurídicas consolidadas pela jurisprudência, constituindo um preceito que extrapola os casos concretos substratos das teses para que oriente julgamentos de conflitos jurídicos futuros.

¹⁰³ CABARAL, 2002, p.1104-1105.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p.1104-1105.

¹⁰⁵ O teor e debate de aprovação das 55 súmulas vinculantes encontram-se disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>. Ressalta-se que a súmula vinculante de nº 30 está pendente de publicação, e que já há previsão de edição de súmula vinculante de nº56.

Contudo, o significado jurídico do termo súmula não só expressa um entendimento que é cristalizado no intuito de facilitar o seu conhecimento. Também é invocado o termo súmula em caso de ser reconhecida divergência sobre o entendimento de matéria de direito, de modo que o vocábulo refere-se ao pronunciamento do tribunal que é feito em caráter instrumental de pacificação. Isso significa dizer que o termo súmula se refere a um enunciado proferido pelo tribunal, para revelar a sua interpretação jurídica, evitando discussões.

Nessa esteira, Mônica Sifuentes¹⁰⁶ e José Albuquerque Rocha¹⁰⁷ observam que, no direito brasileiro, tornou-se comum o uso indiscriminado das palavras enunciado e súmula, pairando entre esses uma compreensão sinonímica, a qual revela a identificação do vocábulo súmula ao seu texto. E de tal maneira é a identificação sinonímica, que, quando da utilização da expressão linguística súmula, entende-se tratar, necessariamente, de preceito genérico tirado da questão de direito julgada, que visa indeterminar a matéria jurídica para uma aplicação futura indistinta. Ou, em outras palavras, o vocábulo súmula trata de uma manifestação jurídica que retira de decisões judiciais um comando normativo, o qual se exprime mediante a forma de enunciado de índole universal, que é mais do que a apresentação textual de um resumo de termos gerais e abstratos.

Constatado, então, que as súmulas são constituídas como preceitos jurídico-normativos afastados dos casos concretos de origem, certo é que elas não guardam relação com a fonte jurisprudencial. Isso porque a individualidade da normatividade jurisprudencial encontra-se no caráter individual-concreto e na sua apresentação em forma de soluções jurídicas materialmente voltadas para situações determinadas, ou seja, forma de decisões-exemplo.

Por outro lado, verificando que as súmulas, inclusive a vinculante, possuem aptidão à universalidade, identifica-se, através da perspectiva fenomenológico-normativa, que estas guardam relação com a função legislativa. Pois, a normatividade legal se particulariza por manifestar-se na forma de solução *standard*, exprimindo índole programática, logo, a normatividade legal é materialmente voltada à totalidade da ordem jurídica e a todos os cidadãos ou sujeitos-súditos desta organização.

¹⁰⁶ SIFUENTES, 2009, p.238.

¹⁰⁷ ROCHA, José Albuquerque. **Súmula Vinculante e democracia**. São Paulo: Atlas, 2009, p.11.

A qualificação dogmática de uma fonte jurídica, no entanto, define-se pela forma de manifestação assumida pelo critério jurídico e pelo processo constitutivo da normatividade, compreendendo o seu *modus* de vinculação. Por isso, para a determinação da normatividade afoita à súmula vinculante, serão tecidas, ainda, considerações sobre a vinculatividade legal e jurisprudencial.

Conforme a perspectiva fenomenológico-normativa, os critérios jurídicos legais determinam-se sendo reflexos de uma posituação dentre as várias possibilidades de determinação prescritiva, cuja validade é aferida à medida que o sentido juridicamente escolhido é adequadamente referido ao fundamento axiológico (princípio-normativo) em que se baseia. Então, a normatividade legal decorre de ato volitivo de eleição normativo-axiológica, que é realizado por órgão competente e se impõe vinculativamente não só por motivo de força política, mas sim por motivo de a axiologia fundamentante eleita encontrar-se na consciência jurídica geral, em virtude de ser esta última quem aceita a incidência normativa sobre toda a comunidade.

Os critérios jurídicos jurisprudenciais, por sua vez, são constituídos “como uma experiência que se vai condensando em pressupostos fundamentantes inferidos pelas *rationes decidendis* e redensificando pela mediação de uma objetivação normativo-dogmática que os torna vigentes”¹⁰⁸. Portanto, eles se determinam normativamente através de manifestações casuísticas enarradas argumentativo-normativamente, de modo a configurar verdadeiro fundamento racional. Daí que a imposição vinculativa dos critérios jurídicos jurisprudenciais ocorra à medida que validamente orientam a resolução de problemas jurídicos que guardem relação com o ato individual-concreto que lhe origina.

Visto isso, percebe-se que, apesar de a súmula de efeito vinculante fazer referência a decisões judiciais, decorrentes da exigência de existir reiterados julgados sobre determinada matéria constitucional (*caput* do artigo 103-A, da Constituição Federal brasileira), esse instituto não pode qualificar-se como critério jurisprudencial. Afinal, expressando a normatividade jurídica através da técnica sumular, a súmula vinculante constituiu-se não observando o desenvolvimento argumentativo-normativo encontrado nas experiências individuais concretas decididas. A súmula vinculante constituiu-se, igualmente às demais súmulas, para ter desenvolvimento programático, tal qual a aplicação

¹⁰⁸ BRONZE, A **Metodonomologia entre a semelhança e a diferença**: reflexão problematizante dos polos da radical matriz analógica do discurso jurídico. Coimbra Editora, 1994, p.590.

de um preceito de alcance indeterminado pessoal e territorialmente¹⁰⁹, motivo por que se entende que o *modus* de vinculação da súmula vinculante seja o do critério jurídico legal.

Nessa esteira, porém, questiona-se: por que outras vezes, a exemplo a de Rodolfo de Camargo Mancuso¹¹⁰, qualificaram a súmula vinculante como legal, mas assim não caracterizaram as súmulas persuasivas?

Decerto, para responder esta pergunta, antes é preciso trazer à tona que Rodolfo de Camargo Mancuso¹¹¹, quando determina o *status* legal à súmula vinculante, definiu-a, ainda, como uma fonte jurisprudencial que, a rigor, qualifica-se como meio suplementar de integração do direito. Mas, a súmula vinculante pôde ser compreendida propriamente enquanto fonte do direito, em razão de ela ser revestida dos atributos técnico-formais da lei, pois essa manifestação jurisprudencial passou a produzir efeitos análogos ao da norma legal, balizando condutas para os jurisdicionados e para os julgadores.

Então, para o autor¹¹², como o instituto sumular operava-se sendo paradigma genérico para decisões em casos análogos, pendentes e futuros, concernentes à matéria objetivada em seu enunciado, podia ser dito que já funcionava tal qual a norma legal. Contudo, para que o instituto sumular deixasse a qualificação de meio suplementar de integração do direito e assumisse a condição de fonte do direito, faltava-lhe o qualificativo da imperatividade para configuração do trinômio obrigatoriedade-abstração-generalidade – responsável pela caracterização da expressão técnico-formal da lei – motivo pelo qual a atribuição do caráter vinculante configura o requisito de dogmática para determinação do *status* de fonte legal à súmula.

Ou em outras palavras, o atributo da obrigatoriedade conferido à súmula vinculante (emanada pelo Supremo Tribunal Federal) não seria responsável por diferenciar funcionalmente esta das súmulas persuasivas. O atributo seria responsável por permitir o exato enquadramento teórico da manifestação jurisprudencial como fonte jurídica e por

¹⁰⁹ Segundo Rodolfo de Camargo Mancuso, “a súmula dispensa a menção aos acórdãos que informaram sua gênese (RISTF, §4º do art. 102; RIST, art. 124)”, e especificamente “o enunciado súmula vinculante acabará tocando a todos, ainda que indireta ou reflexivamente”. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes**: natureza; eficácia; operacionalidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.157-161.

¹¹⁰ *Ibidem*, 2014, p.125-149.

¹¹¹ *Idem*. **Divergência...** 1999, p. 67-69

¹¹² *Ibidem*, 71-75.

permitir à manifestação jurisprudencial que se expresse na forma legal, com capacidade para balizar condutas dos jurisdicionados e dos julgadores.

Nesses termos, resta evidente que a tese descrita tem como referencial teórico a vertente clássica das fontes do direito, que se caracteriza por confundir *autoritas* jurídica com autoridade política, de modo a determinar as fontes jurídicas a partir de quem tem o poder para dizer o direito. Afinal, esse é o paradigma que aprisiona o pensamento jurídico de filiação romano-germânica à compreensão da norma-legal como a forma de expressão da manifestação jurídica, e, por isso, é possível aceitar a atribuição do efeito vinculante à súmula para que se verifique a atenção ao conceito técnico-jurídico das fontes do direito.

Ainda, da compreensão do instituto sumular persuasivo como uma prescrição funcionalmente legislativa emanada pelo Poder Judiciário, percebe-se que o pensamento jurídico brasileiro possui outro problema que obsta a determinação da súmula vinculante, igualmente às súmulas persuasivas, entender-se enquanto instituto de sentido dogmático legal. Este problema encontra-se no fato de o pensamento jurídico brasileiro estar imerso no paradigma clássico das fontes do direito, que distingue fontes materiais de fontes formais para privilegiar estas últimas, de maneira que o *status* de fonte jurídica jurisprudencial, atribuída à súmula, depende de anterior autorização legal para criar direito.

É o que se pode perceber dos ensinamentos de Rodolfo de Camargo Mancuso¹¹³ que, mesmo qualificando a súmula persuasiva funcionalmente como lei, consagra o entendimento de que as súmulas carecem de previsão legislativa para legitimá-las enquanto fonte do direito.

Quando as manifestações jurisprudenciais são assim compreendidas, José Manuel Aroso Linhares e Ana Margarida Gaudêncio lecionam que aquelas se vislumbram como manifestações jurídicas que possuem validade de fato, cujo contributo ao direito somente se dá se houver anterior permissão legislativa autorizando os juízes a produzir normatividade jurídica¹¹⁴. Isso significa que é reduzida a independência dos juízes no que toca seu poder jurídico-criativo. A importância da jurisprudência está restrita à concepção do papel criativo do juiz que pode ser dito como predominantemente hermenêutico – ou, que é conforme o pensamento jurídico a-problemático em relação à distinção entre

¹¹³ *Ibidem*, p.77.

¹¹⁴ LINHARES; GAUDÊNCIO, 2015, p.192-194.

interpretação e aplicação jurídica. E, por isso, não há reconhecimento da jurisprudência como um autêntico modo de exprimir a juridicidade vinculativamente.

Assim, ao admitir a súmula – seja a persuasiva ou a vinculante – como manifestação jurídica autorizada, o pensamento jurídico brasileiro mostra-se incapaz de compreender os critérios jurídico-jurisprudenciais, que são determinados a partir de uma específica normatividade. E, daí, constata-se que a incapacidade do pensamento jurídico brasileiro está na incompreensão da própria *autorictas* jurídica.

Visto isto, dá-se por aprendidas as insuficiências do pensamento jurídico brasileiro para determinação do sentido dogmático legal ao mecanismo sumular (que abarca a súmula vinculante), e segue-se elucidando as intenções que implicaram na existência do fenômeno jurídico brasileiro em estudo, a fim de compreendê-lo com maior inteireza.

3.2.1 Das intenções da súmula vinculante

Compulsando a sua evolução histórica, depreende-se que a súmula vinculante cumpre os escopos (*telos*) de otimizar o julgamento das demandas múltiplas – especialmente aquelas em que a Administração Pública é parte no litígio – e de uniformizar a interpretação jurisprudencial, para atingir a isonomia, a segurança e a eficiência jurídica da prestação jurisdicional, com conseqüente modernização da máquina judiciária e melhoria da administração da justiça.

Acontece que dizer que a uniformidade da interpretação do direito é a pretensão da súmula vinculante consiste em uma afirmação pouco esclarecedora, porque, a partir do Código de Processo Civil brasileiro de 1973, o instituto sumular consagrou-se destinado a esta finalidade. E, por isso, parece mais importante compreender os sentidos dos fins de isonomia, segurança e eficiência jurídica da prestação jurisdicional que se buscam atender com a adoção do regime estabelecido pelo artigo 103-A da Constituição Federal do Brasil de 1988. Começa-se pelo valor da segurança do direito.

A certeza jurídica carrega em si duas ideias, a de ordem e a de previsibilidade, que podem ser compreendidas em separado, embora ambas se atrelem ao papel de

assegurador e harmonizador social conferido ao direito¹¹⁵. No que toca às ideias de ordem e previsibilidade, pode-se, respectivamente, traduzi-las ao sentido de “segurança através do direito” e “segurança do direito”, sendo que a densidade semântica da primeira está ligada à concepção do direito como uma estrutura de organização social voltado para homem, que permite e assegura a sua existência. Logo, pelo sentido de “segurança através do direito”, o direito apresenta-se como um mecanismo garantidor do estável desenvolvimento do convívio humano em sociedade. A ideia de “segurança do direito”, por sua vez, liga-se à concepção do direito como uma certeza, imputando, ao direito, a função de prever efeitos jurídicos às condutas humanas, pois a vida do homem em sociedade não seria planificável sem previsibilidade e estabilização das expectativas, restando impossível uma harmonia (paz) social.

Com efeito, a distinção entre essas ideias acerca do valor da segurança jurídica importa devido à “segurança através do direito” fincar suas raízes em um radical liberalismo, o qual concebeu o direito fundamentalmente como instrumento da burguesia para tutelar posições/preensões e afirmou a condição do direito como garante do livre desenvolvimento social autônomo, ou seja, como uma arma de cunho formal que não deve ter uma intencionalidade material específica. Condição esta que influenciou a ideia de “segurança do direito” para estabelecer a noção de que o fenômeno jurídico realiza, simultaneamente, a ordem e a paz social, através da crença em juízos jurídicos mais certos quanto mais formalmente rígidos forem os pressupostos. Isso porque a definição de uma situação em abstrato basta para manter a estabilidade social (e, nesse sentido, a paz), à medida que ela fica longe das situações concretas (as quais são imprevisíveis e causam discórdia).

Contata-se ser este o sentido de “segurança do direito” invocado pela súmula, inclusive a de efeito vinculante, uma vez que, constituído em forma de enunciado-resumo de normatividade universal para sanar controvérsias de normas determinadas e promover a uniformidade da jurisprudência, esse instituto pretendeu estabelecer um direito certo (previsível) por padronização, acreditando que a padronização traria ordem na aplicação do direito em âmbito judiciário e administrativo. Ordem que se verificaria ante a eliminação das contradições interpretativas e a redução da multiplicação de processos de igual debate

¹¹⁵ NEVES, Antônio Castanheira. **Curso de Introdução...** [s/d-b], p.188-190.

jurídico, por afastamento das individualidades concretas pela edição de regulamentações gerais.

Nessa esteira, acerca de tal modo de realizar o sentido de “segurança do direito”, salienta-se o ensinamento de Antônio Castanheira Neves de que os termos descritos implicam em conceber a axiologia de segurança jurídica em alternativa à justiça. Pois, a intenção de certeza jurídica postulada pela súmula vinculante sacrifica a solução mais justa exigida pela situação concreta em prol da manutenção de estabilidade já definida¹¹⁶, entendendo ser “direito certo” apenas a juridicidade positivada na regulamentação genérica abstrata.

Ainda, verifica-se que a súmula vinculante invoca o sentido da axiologia de segurança jurídica que traduz a ideia de “segurança através do direito”. Afinal, do discurso de justificação para implantação da súmula vinculante fica claro que esse instituto destinou-se a estabelecer um direito forte, à medida que é capaz de restaurar a coesão entre o Judiciário e a Administração Pública, e de apresentar uma estrutura jurídica confiável¹¹⁷, cumpridora do papel do direito como uma organização social que assegura a existência humana em sociedade.

Nesse diapasão, salienta-se que se atribuiu o efeito vinculante – ou o caráter de obrigatoriedade – à súmula do Supremo Tribunal Federal apenas para resolver a questão prática de garantir interpretações jurídicas consonantes à interpretação da Corte Superior, impedindo que de decisões judiciais harmônicas com orientação superior fossem interpostos recursos vazios. E daí que não se constata insurgência contra o ferramental sumular enquanto instrumento de uniformização interpretativa dos Supremos Tribunais, durante o trâmite da Emenda Constitucional nº45/2004. O pensamento jurídico brasileiro encontrou-se adstrito à pressuposição de realização simultânea de paz e ordem, por meio

¹¹⁶ *Ibidem*, p.191-193.

¹¹⁷ Segundo depreende-se da abordagem de Carmen Lúcia Antunes Rocha, a Constituição, no atual paradigma de Estado Social-Constitucional, constitui a pedra angular de toda a organização social, e, por isso, a Carta Magna não pode deixar de ser realizada. Trata-se de máxima que impõe a necessidade de afirmação da Constituição primordialmente pelo Poder Judiciário, por ser este, dentre os três poderes estatais, o responsável pela função de materializar o direito em última instância. Sendo assim, um dos lemas daquele paradigma é que “sem um Poder Judiciário forte, não há Constituição forte”, e daí que, pela confiança na atuação deste Poder, estaria resguardada a segurança depositada no sistema jurídico-constitucional – sistema garante dos direitos, especialmente aqueles que são considerados fundamentais. Cf. ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *A súmula...* 1996, p.4.

de uma regulamentação genérica, como se esta medida fosse necessária à estabilização da interpretação jurídica e ao alcance de um mesmo tratamento jurídico pelos aparatos estatais jurídico-executivos.

Noutro giro, em razão do instrumento sumular visar à certeza jurídica por extirpação dos litígios interpretativos, à medida que haja equivalente aplicação da lei às situações de mesmo problema jurídico, percebe-se que há outro vetor axiológico a determinar o objetivo de uniformidade da jurisprudência do mecanismo sumular de efeito vinculante, qual seja: isonomia jurídica. Passa-se a apreendê-lo, trazendo o aparato conceitual da axiologia igualdade e compreendendo qual dos seus sentidos restou contemplado pelo instituto brasileiro.

Preambularmente, sabendo que o pensamento acerca da isonomia remonta à filosofia grega¹¹⁸, mas que a cada nova geração apresentou nuances próprias ao concretizar-se, salienta-se que não serão trazidas aqui todas as suas definições. Restringir-se-á a abordar a dicotomia igualdade formal/ igualdade material, por bastarem estes sentidos ao entendimento da axiologia de isonomia jurídica quando da instituição do regime sumular.

Assim, tem-se que a igualdade jurídica é de índole formal quando se perfaz na aplicação da lei, porque, concebendo a lei como critério de justiça (ou, fixando a lei por ponto de partida para delimitação semântica da noção de justiça), aceita “qualquer conteúdo normativo que formalmente se pressupõe para uma tão-só genérica e uniforme, estrita e imparcial aplicação”¹¹⁹. Já a igualdade jurídica em caráter material se traduz “como uma intenção normativa que a própria lei será chamada a cumprir”¹²⁰. Portanto, em sua acepção material, a axiologia de isonomia jurídica impõe a exigência de densificação material à justiça no momento em que esta última manifesta-se na fórmula normativa.

Nessa esteira, certo é que, na acepção material ou formal, o sentido axiológico de igualdade jurídica determina-se perpassando a intrínseca relação travada entre as noções de isonomia e justiça, de modo a intencionar um significado de igualdade constitutivo do próprio significado de justiça. E daí que se destaque que o crucial para distinguir entre a

¹¹⁸ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução Torrieri Guimarães, 4º edição, Editora Martin Claret, 2010, p.99-123.

¹¹⁹ NEVES, Antônio Castanheira. *O instituto...* 1983, p.120.

¹²⁰ *Ibidem*, p.120.

índole formal ou material da igualdade seja a compreensão acerca do modo de realização dessa axiologia por cada uma.

Assim, apresenta-se que o valor de isonomia tem índole formal quando o direito realiza-se pelo modelo silogístico de subsunção, pois acredita que a incidência do direito geral-abstrato aconteça de uma mesma maneira a um conjunto de situações concretas. Já a índole material do valor de isonomia se verifica quando o momento de realização-aplicação do direito se preocupa em guardar valores jurídicos materiais, em razão de contemplar as individualidades nas manifestações normativas abstratas e concretas.

Visto isso, Antônio Castanheira Neves ensina que há duas vertentes a influenciar o atual pensamento jurídico para compreender a referida relação entre isonomia e justiça: a visão moderna e a visão clássica¹²¹. A moderna concebe a justiça e a igualdade em uma só intenção jurídica (conjuntamente), na qual a segunda é entendida como dimensão fundamentante da primeira, porque sempre presente na manifestação da justiça, embora seja variável em grau. Já, a clássica estabelece relação de antinomia entre as noções de justiça e igualdade, uma vez que a justiça, ao assumir a forma generalizante – manifestada no modo normativo universal – mostra-se incapaz de contemplar situações concretas com as suas particularidades desigualadoras, exigindo a convocação da igualdade como corretivo para abraçar essas singularidades.

Com efeito, nota-se que a vertente clássica finca suas raízes nas lições aristotélicas¹²², em virtude de ser em atenção à exigência da justiça manifestada uma ordenação lógica que essas compreendem ser possível ver o igual no geral. E daí que o filósofo grego já preceituasse a dualização antinômica entre justiça e igualdade como consequência da justiça universal.

¹²¹ *Idem. Curso de Introdução...* [s/d-b], p.230.

¹²² “O equitativo [é] justo, porém não o legalmente justo, e sim uma correção da justiça legal. [e] A razão disto é que toda lei é universal, mas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta em relação a certos casos particulares. Nos casos, portanto, em que é necessário falar de modo universal, mas não é possível fazê-lo corretamente, a lei leva em consideração o caso mais frequente, embora não ignore a possibilidade de erro em consequência dessa circunstância. E nem por isso esse procedimento deixa de ser correto, pois o erro não está na lei nem no legislador, e sim na natureza do caso particular, já que os assuntos práticos são, por sua natureza, dessa espécie”. ARISTÓTELES. 2010, p.121.

No entanto, o autor coimbreense¹²³ refrata esta visão. Para tanto, aduz que, no atual mundo jurídico, somente se justifica manter a ótica clássica da relação entre isonomia e justiça por motivo de não superação da ideia de identificação da objetivação do fenômeno jurídico com o puramente lógico-formal, decerto implicada pela intenção de ordem visada pela justiça.

A vertente moderna, por sua vez, encontra suas raízes na tradição jurídica liberal. Só que, embora seja intuitiva a referência à intenção originária de igualdade em sentido formal, hoje tal tradição se compreende observando a reforma jurídico-metodológica, porque, além do aceite para que o direito contemple as acepções materiais dos valores jurídicos, resta latente a falência do uso do *modus* racional lógico nas ciências do espírito.

Para Antônio Castanheira Neves, porém, a mudança metodológica apenas se deu com o reconhecimento do direito como fenômeno histórico, pois a historicidade que conferiu aos casos individuais concretos a condição de *prius* metodológico¹²⁴. Condição que afastou a ideia dos casos individuais concretos como “ponto de apoio” da incidência de conceitos abstratos e gerais, para que eles se assumissem enquanto “ponto de partida” da realização jurídico-metodológica¹²⁵.

Ademais, foi em razão da historicidade que se possibilitou o entendimento da isonomia jurídica da vertente moderna em sentido material, à medida que esta axiologia passou a ser vislumbrada como dimensão fundamentante da justiça. Isso significa dizer que a compreensão do acontecer do fenômeno jurídico no plano histórico-concreto é no sentido de o direito realizar-se sempre chamando a igualdade, motivo pelo qual se responsabiliza

¹²³ NEVES, Antônio Castanheira. **Curso de Introdução...** [s/d-b], p.235.

¹²⁴ *Ibidem*, p.242-244

¹²⁵ “Ela [a igualdade jurídica] é antes um momento necessário da concreta aplicação (realização) do direito, pois é justamente o momento concreto dessa aplicação. Sem este momento não teríamos verdadeira decisão jurídica, já que uma decisão jurídica não poderá deixar de ter no caso concreto decidendo o sujeito do seu juízo (é ele que suscita a decisão e é para ele que a decisão deve ser proferida), e não apenas a ocasião ou ponto de apoio para um ‘calculado de conceitos’, de formulas e esquema meramente ideal-abstratos (...). E quando dizemos ‘momento concreto da aplicação do direito’, queremos referir-lhe as dimensões que lhe são próprias: haverá sempre nela uma específica assimilação jurídica da realidade *sub judice*, é um novo conteúdo de juridicidade constituído em função do caso concreto decidido e que será a sua adequada solução; e para isso raramente se poderá prescindir da consideração de intencionalidades normativas que transcendem o imediato teor das normas aplicáveis – ainda, pois, nos casos que se possa dizer de ‘aplicação de normas’ –, mesmo que essas intencionalidades se assumam através da norma (pela mediação da norma), ou seja, apenas princípios normativos que ela pressupõe”. *Ibidem*, p.248-249.

pelo entendimento da isonomia jurídica como axiologia-normativa cuja incidência varia apenas em grau. Esta variação de grau ocorre para maior ou para menor, a depender das proximidades das especificidades do caso concreto com o já regulamentado.

Desta feita, relacionando o contexto brasileiro de crise em que foi introduzida a súmula vinculante às considerações acima, observa-se que foi invocado o sentido formal do valor isonomia. Isso porque, ao bastar-se com a manifestação de caráter universal para enunciar a juridicidade, o instituto brasileiro revela que concebe a justiça despreocupada do seu conteúdo, sendo a universalidade o critério que confere igualdade de tratamento às demandas jurídicas.

Outrossim, verifica-se a presença do sentido formal de isonomia no regime da súmula vinculante, pois a acepção formal desta axiologia consagra a ideia de que o juízo de equidade e o juízo jurídico são modos decisórios distintos – o primeiro dirige-se, inevitavelmente, para casuísmos individuais subjetivistas, e o segundo orienta-se por meio de uma racionalidade e uma objetividade que se referem ao geral¹²⁶ – e tal distinção de juízos compõe os pressupostos da formulação da súmula vinculante.

O instituto almeja acabar com os juízos individuais subjetivos não dotados de racionalidade e objetividade – que corresponde aos juízos de equidade – para que prevaleçam juízos jurídicos de uniforme, estrita e imparcial aplicação do enunciado jurídico-geral. Em outras palavras, o instituto anseia que prevaleça o juízo jurídico que compreende a decisão judicial jurisdicional como a concretização da normatividade geral, a partir do esquema metódico de racionalidade lógico-objetiva que labora com relação ao gênero-espécie (o silogismo subsuntivo).

Ainda, constata-se que pelo cenário brasileiro de implantação da súmula vinculante foi invocado o sentido formal do valor isonomia se intencionou a igualdade formal por influência da vertente clássica para pensar a relação entre isonomia e justiça, em razão de a manifestação da juridicidade de caráter universal sustentar-se na crença da fórmula geral-abstrata como expressão do justo. Fórmula esta que, confundindo a justiça com o seu veículo de externalidade, implica no modelo metodológico lógico-formal, por vislumbrar sua capacidade de operar com conceitos por gênero-espécie que acompanham aquela exigência de universalização.

¹²⁶ *Ibidem*, p.235.

Dito isso, superada a compreensão da axiologia de isonomia jurídica, cumpre debruçar sobre a última intenção almejada pelo mecanismo sumular que ora se analisa, qual seja, a eficiência jurídica.

Conforme Antônio Adonias Bastos, a referida axiologia traduz o que vulgarmente denomina-se de “Justiça Eficiente”¹²⁷, a qual pode ser compreendida como um modelo de justiça de qualificada tutela jurisdicional – porque se preocupa com o cumprimento do papel social, político e jurídico do processo – cujas vertentes fundamentais são a tutela específica (ou diferenciada) e a duração razoável do processo¹²⁸, em vista de assegurar o resultado útil no tocante à satisfatividade da pretensão submetida à tutela jurídica.

Héctor Felipe Fix-Fierro¹²⁹, por sua vez, aduz que o significado da eficiência jurídica, objetivando a melhoria das capacidades institucionais e governamentais do Estado-nação, exprime o pleito de reforma judicial de cariz econômico e democrático, motivo pelo qual não pode ser reduzido à definição exarada pela ótica da primeira que entende os tribunais (Poder Judiciário) enquanto instituições sociais eficientes quando os

¹²⁷ BASTOS, Antônio Adonias. **A razoável duração do processo**. Salvador: JusPODIVM, 2009, p.6-10.

¹²⁸ O princípio da duração razoável do processo encontra-se positivado no ordenamento brasileiro por meio do inciso LXXVIII, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, sob a seguinte redação: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Valendo da abordagem da autora italiana Anna Iermano, no entanto, destaca-se que o princípio se trata de imperativo para todos os procedimentos, visando assegurar uma justiça sem retardos, que não comprometa a eficiência e a credibilidade. É uma exigência de uma correta administração da justiça, e, por isso, não configura princípio fundamental tal como o princípio do contraditório. Ademais, de raiz anglo-saxônica, a razoabilidade da duração razoável definiu-se na prática do bom senso comum, baseada na ideia de tolerância para representar, concomitantemente, um interesse coletivo de respeito à justiça, e um interesse individual invocável pelas partes. Portanto, insta salientar que o postulado de duração razoável do processo configura uma manifestação do justo processo, cujo conteúdo traz uma noção pragmática das balizas mínimas para um adequado exercício da atividade judicial-jurisdicional.

Desta feita, apreendido que o referido princípio sugere um direito ao particular perante o tribunal, o imperativo de duração razoável do processo deve figurar como garantia de justiça oportuna (tempestiva) e como remédio contra o risco de ficar muito tempo sob a tutela judicial, a mercê das incertezas do destino. E, apreendido que seu conteúdo conduz à compreensão do processo como espaço de liberdade, segurança e justiça ofertado ao cidadão, o princípio da duração razoável do processo deve ser entendido como um cânone normativo estrutural das decisões judiciais que se preocupa não só com o tempo no processo, mas também com o tempo de processamento da tutela judicial, de modo que contribui para direcionar a equalização entre os variados trâmites processuais Cf. IERMANNNO, Anna. **La ragionevole durata del processo nell’ordinamento europeo e italiano**. Tesi (Dottorato) – Università Degli Studi Di Salerno, Facoltà di Giurisprudenza, 2010/2011, p.1-4; p.9-11; p.29-38.

¹²⁹ FIX-FIERRO, Héctor. **Courts, Justice and Efficiency: A Socio-legal Study of Economic Rationality in Adjudication**. Oxford and Portland, Oregon. Hart Publishing, 2003, p.19.

ganhos decorrentes da satisfação da tutela jurisdicional não forem compensados pelos custos de funcionamento do processo judicial. O conceito da referida axiologia deve indicar a idoneidade social dos tribunais (Poder Judiciário), podendo, inclusive, denominar-se de “eficácia”, para expressar a combinação da capacidade de alcançar os objetivos para os quais teriam sido estabelecidos os tribunais (Poder Judiciário) com grau mínimo daquela noção econômica sobre a eficiência¹³⁰.

Portanto, percebe-se que a eficiência jurídica é um valor de implicação jurídico-processual, cujo significado não se confunde com as definições de eficiência advindas do campo da economia¹³¹, uma vez que exprime a ideia de efetividade¹³² da tutela jurídica-jurisdicional com exigências de cariz econômico e democrático.

Diante do exposto, porém, cabe perquirir acerca da noção de eficiência almejada pela súmula vinculante.

Partindo da Reforma do Judiciário como contexto que instituiu a súmula vinculante, pode-se dizer que a ideia de eficiência à qual o instituto faz referência finca-se na carência de prestação jurisdicional ao indivíduo pelo Estado Constitucional brasileiro. Pois, segundo Carmen Lúcia Antunes Rocha, a existência de demandas jurisdicionais em níveis elevados, com conseqüente demora na satisfação da tutela jurídica, respaldou o clamor “eficientista”¹³³.

¹³⁰ *Ibidem*, p.25-26.

¹³¹ De modo geral, pode-se dizer que, na literatura especializada (administração/economia), eficiência define-se como medida da utilização dos recursos que afere a atuação com máximo de qualidade, em razão de menos desperdício ou em menor tempo. E, a título ilustrativo, colaciona-se a definição de Idalberto Chiavenato de que “a eficiência está voltada para a melhor maneira (*thebestway*) pela qual as coisas devem ser feitas ou executadas (métodos) a fim de que os recursos (pessoas, máquinas, matérias-primas) sejam aplicados da forma mais racional possível”. CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à teoria geral da administração**: uma visão abrangente da moderna administração das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 7ª. Ed. 2003, p.155.

¹³² Conforme salienta Leonardo Viera Wandelli, não se deve confundir o sentido do vocábulo efetividade empregado pela literatura jurídica com o utilizado pela literatura econômica. Para a segunda, efetividade significa a capacidade de atendimento de expectativas, por isso, trata-se de dimensão do desempenho que representa a relação entre os resultados alcançados e as transformações ocorridas. Já na primeira, efetividade mede e persegue o grau de atingimento dos fins almejados – que corresponde ao conceito de eficácia da literatura econômica, pois eficácia é definida, por esta, como medida de alcance de resultado. Cf. WANDELLI, Leonardo Viera. **A efetividade do Processo sob o Impacto das Políticas de Gestão Judiciária e do novo CPC**. In Novo CPC e processo do trabalho. Coord. José Affonso Dallegre Neto e Rodrigo Goulart. São Paulo: Ltr, 2ªEd, 2016, p.22.

¹³³ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **A Reforma do judiciário**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 35 n. 137 jan./mar. 1998.p.247-248.

Também das lições de Cândido Rangel Dinamarco é o que se extrai. Afinal, ao admitir que a Reforma do Poder Judiciário consistisse em renovação das linhas-mestras de sua atuação, importando acima de tudo propor medidas que gerassem instrumentos ágeis para uma atuação mais pronta e eficaz na oferta do acesso à justiça, o autor defende a súmula vinculante, à medida que esse mecanismo tem capacidade de desafogar os trabalhos dos tribunais (especialmente do Supremo Tribunal Federal) e de pacificar, em tempo relativamente breve, a jurisprudência sobre temas relevantes ligados à ordem constitucional¹³⁴.

Nota-se, então, que a qualificação “eficiente” atribuída à súmula vinculante relaciona-se à sua aptidão para combater a demora processual, conferindo celeridade ao dispensar longas reflexões para construção de decisões judiciais substancializadas. Logo, o instituto sumular é vislumbrado como uma tecnologia catalizadora de sentido normativo, que, já oferecendo solução jurídica, aumenta os resultados produzidos pelo processo judicial, e, conseqüentemente, reverte o quadro de elevado nível de demandas jurisdicionais, causa do chamamento de eficiência jurídica.

Visto isso, é evidente que o caráter eficiente da súmula não se trata da eficiência jurídica, pois tanto não proporciona uma melhora institucional, efetivando os objetivos do Poder Judiciário num modelo governamental democrático-de-direito, quanto não implanta modelo de justiça de qualificada tutela jurisdicional, preocupada com a tutela específica e a duração razoável do processo.

Ao revés, trata-se de invocação à eficiência apenas para imprimir agilidade no processo judicial, otimizando a produção de decisões jurídico-jurisprudenciais. Por isso, conforme ensina Hector Fix-Fiero¹³⁵, insta salientar que esse sentido também não traduz o que se entende por eficiência jurídica pelo viés da Análise Econômica do Direito. A eficiência deste ponto de vista corresponde à soma dos custos de operação da máquina de resolução de conflitos com os custos sociais, gerados quando há falha do sistema judicial para executar funções sociais ou outra atribuição que lhe foi confiada. Daí que uma resposta à morosidade judiciária deva obter-se pelo equacionamento entre aqueles dois

¹³⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **O processo civil na reforma constitucional do Poder Judiciário**. In Reforma do Judiciário – Comentários a Emenda Constitucional nº45/2004. Sergio Rabello, Tamm Renault e Pierpaolo Bottini (coord.), São Paulo: Saraiva, 2005, p.2-5.

¹³⁵ FIX-FIERRO, 2003, p.36.

custos, sendo a atribuição de celeridade uma medida simples e unilateral, incapaz de configurar uma solução válida¹³⁶.

Assim, restando claro que a súmula vinculante, enquanto tecnologia catalizadora de sentido normativo, não diz respeito à eficiência jurídica, fica o questionamento acerca de qual o fundamento para conferir velocidade ao processo judicial enquanto condição de eficiência do Poder Judiciário.

Desta feita, valendo das lições de Paul Virilio¹³⁷, elucida-se, primeiramente, que a velocidade tornou-se um valor a partir do advento da revolução técnica (informática) combinado com a revolução política do último século, uma vez que só então culminou em força capaz de sujeitar tudo, afirmando-se como puro valor sem conteúdo determinado.

Segundo Zygmunt Bauman, os desenvolvimentos humanos velozes consistem em uma marca do estilo de vida neoliberal, que se consagrou graças à globalização, com sua lógica mercadológica em todos os âmbitos¹³⁸. Mas, embora a globalização em si não seja um novo¹³⁹, é certo que a apresentação atual do fenômeno exprime a imposição do ritmo acelerado¹⁴⁰. Pois, em razão de a globalização vincular-se aos movimentos de facilidade de comunicação e deslocamento entre os diversos pontos do planeta, ela impulsionou o caráter de instantaneidade das trocas de bens e informações após o advento da informática, permitindo o despontar do capital e da sua lógica de mercado novamente¹⁴¹.

¹³⁶*Ibidem*, p.37-38.

¹³⁷ Cf. VIRILIO, Paul. **Velocidade e política**. Tradução de Celso Mauro Paciornik, prefácio de Laymert Garcia dos Santos. São Paulo: Estação Liberdade 2ª Ed, 1996.

¹³⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: As consequências humanas**. Tradução: Marcus Penchel. Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, 1999, p.63 *et seq.*

¹³⁹ Cf. ROCHA, Sérgio. **Neoliberalismo e Poder Judiciário** in Diálogos Constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Marorio Mont'Alverne Barreto Lima (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.497-501.

¹⁴⁰ "Globalisation is a term generally used to describe the reality of a world Market, with integrated processes of production, distribution and consumption that flow over and across national borders. In this respect, the most impressive manifestation of globalization are integrated, 24 hour financial markets (...) however, we shall use a broader concept with reference to the traditional notion of the sovereign state. Thus, globalisation can be understood as the existence of integrated social fields across the segmented space defined by the borders of sovereign states. Accordingly, it is not only the market that is increasingly globalised (including the illegal activities of organized crime), but also, to a greater or lesser extent, politics, law, and culture. In any case, the novelty lies in the compression of time and space that makes communication processes in and across such fields an instant reality" FIX-FIERRO, 2003, p.16.

¹⁴¹ Utiliza-se a expressão "novamente" uma vez que houve domínio do capital e da lógica de mercado durante os séculos XVIII e XIX, momentos em que vigoraram o liberalismo clássico e os sistemas

Nesse diapasão, é notório que a velocidade, no contexto atual, configura um condicionamento mercadológico.

Da observação de Paul Virilio quanto ao caráter de inevitabilidade com que se apresenta a aceleração¹⁴², salienta-se, porém, que importa como se tomou essa imposição ao âmbito jurídico. Pois, conforme a abordagem de Antoine Garapon, a justificativa para considerar eficiente o resultado da prestação jurisdicional obtido mediante a lógica dos custos encontrou-se na maneira com que se atendeu a exigência de rapidez imediata das transações de mercado¹⁴³.

Quando se imprime celeridade ao processo judicial, para apenas satisfazer a condição de eficiência do Poder Judiciário baseada no pensamento jurídico reduzido ao raciocínio custo/benefício, restringe-se a jurisdição à estratégia de quantificação e solução imediata dos litígios. É neste cenário que se verifica o domínio do pensamento jurídico voltado ao aspecto quantitativo, que impulsiona reformas judiciais no sentido de aumentar a capacidade de produção mediante a otimização dos recursos disponíveis.

Segundo Alexandre Morais da Rosa, o descrito pensamento que implicou no estabelecimento de padrões e procedimentos cada vez mais uniforme ao âmbito jurídico, entendendo o processo judicial como um transtorno a ser superado. E daí que seja partindo deste pensamento jurídico que se reconheça a súmula vinculante como baluarte do discurso da eficiência, já que o instituto vence o processo ao suprimir as esferas processuais dialógicas que compõem o debate democrático de pretensão de validade, em prol de velocidade acelerada¹⁴⁴.

Assim, já conscientes da disparidade entre o sentido de eficiência que a súmula vinculante cumpre e o significado da axiologia de eficiência jurídica, bem como conscientes dos sentidos das intenções de segurança e isonomia jurídica que

européus liberal-imperialistas. Cf. HOBBSAWM, Eric J. **A Era do Capital: 1848-1875**. Tradução de Luciano Costa Neto, 3ª Edição (1982), Editora Paz e Terra, 1977.

Hoje, no entanto, fala-se em retorno à lógica de mercado ante a sua recepção sob a bandeira do Neoliberalismo, o qual se conceitua como nova fase do desenvolvimento capitalista erigido em oposição ao Estado de Bem Estar Social. Cf. ANDERSON, Perry. **Balanço do neoliberalismo**. In SADER, Emir; GENTILLI, Pablo. (Orgs.). Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003.

¹⁴² VIRILIO, op. cit., p.137.

¹⁴³ GARAPON, Antoine. **Un nouveau modèle de justice: efficacité, acteur stratégique, sécurité** in *Esprit*, n° 349, 2008 (Novembre), p.99.

¹⁴⁴ ROSA, Alexandra Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com Law & Economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.61-64.

fundamentaram a súmula vinculante, dá-se sequência ao presente estudo desvelando a perspectiva do fenômeno jurídico implicada pelo mecanismo sumular – igualmente fez-se no capítulo anterior para tratar dos assentos.

3.2.2 Índole normativista

Considerando que o mecanismo sumular manifesta-se em forma de soluções jurídicas legais, afirma-se que o pensamento jurídico que lhe subjaz é de índole normativista, porque o normativismo define-se por manifestar a juridicidade prioritariamente em normas¹⁴⁵, sendo que norma, em seu sentido amplo, é tida por sinônimo de lei-regra¹⁴⁶.

Ademais, pode-se constatar que resta revelada a índole normativista à medida que a busca por generalidade e abstração para exprimir juridicidade jurisprudencial visou atender à ideia do direito apresentado num sistema unitário de mera coerência e coesão normativa abstrata, o que implica na característica do atomismo abstrato analítico desta concepção do direito.

Mas, além de o instituto sumular – do qual a súmula vinculante é uma modalidade – objetivar a predeterminação da interpretação jurídica a fim de constituir uma integral juridicidade no plano teórico-abstrato, evidencia-se a sua pressuposição de correlação entre este plano e o plano prático-concreto para realizar a juridicidade teórico-abstrata, pois, com isso, dir-se-á configurado o autonomismo abstrato de caráter dualista. Decerto, dualismo intencional e metódico, porque o direito é compreendido em dois momentos: o primeiro destinado à constituição do direito nas normas e conhecimento dele por estas; e o segundo responsável pela aplicação do direito, que deverá ser lógico-dedutiva¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Ressalta-se que, neste contexto, norma é compreendida como pretensão de objetiva racionalidade abstrato-sistemática, e, em seu sentido estrito, norma consiste em dever-ser racional, referido a uma *veritas-ratio*. Cf. NEVES, Antônio Castanheira. **Teoria do...** [s/d-a], p.45-51.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p.50

¹⁴⁷ *Ibidem*, p.58.

Destaca-se, então, este modo de realização do direito, em razão de tal modo de realização jurídica figurar como que uma necessidade da pretensão de isonomia jurídica intrínseca à intenção de uniformização de jurisprudência das súmulas (vinculantes). Explica-se. Sabendo que a igualdade jurídica foi pensada em termos de conferir um só tratamento jurisprudencial para que não mais houvesse litígios interpretativos, ela não consegue postular-se senão em sentido formal. Isso porque é a exigência da isonômica aplicação da lei em sentido formal que entende que a realidade é analisada em termos de fatos autônomos, de modo que tais fatos podem ser vislumbrados como dados formal-apriorísticos, e, assim, sujeitáveis ao esquema lógico-dedutivo (silogismo de subsunção) que crê ser possível a equivalência de aplicação do direito. A exigência da isonômica aplicação da lei em sentido material, ao revés, compreende a realidade fática em sua dinâmica e pluralidade, disciplinando que a fórmula jurídico-normativa deve expressar densificação material da justiça.

Nessa esteira, considerando que o valor de isonomia jurídica de caráter formal possui limites semânticos contrários à intenção de justiça material – marca dos Estados Democráticos de Direito da atualidade –, elucida-se a necessidade de superá-lo. E, em razão de o sentido formal de igualdade aludir ao método lógico-dedutivo como a resposta operacional para solucionar a correlação entre o plano normativo conceitual-teórico – com as suas intenções normativas geral-abstratas – e o plano fático – voltado a situações concretas –, ratifica-se não ser possível aceitar tal sentido da axiologia de isonomia ante a insuficiência do logicismo metódico no campo jurídico¹⁴⁸.

Segundo a lição de Antônio Castanheira Neves, é inválida a lógica como racionalidade do método jurídico¹⁴⁹, uma vez que ela converte a racionalidade prática jurídica numa racionalidade tão só teórico-cognitiva, e, por consequência, fecha o direito em valores jurídicos de cunho formal. Apenas a razão prática pode assumir a intenção prático-normativa da juridicidade, ainda que não haja consenso acerca de qual modalidade particular da razão prática lhe é especificamente própria: se é a racionalidade hermenêutica, a racionalidade tópico-retórica (argumentativa), a racionalidade teleológica

¹⁴⁸ LARENZ, 2014, p.379-380.

¹⁴⁹ NEVES, op. cit. p.67-69.

ou, porventura, uma racionalidade prática especificamente jurídica (sistemático-problematicamente normativa e dialeticamente judicativa)¹⁵⁰.

Diante disso, para explicar a índole normativista do pensamento jurídico brasileiro em sua escolha pelo modelo metodológico lógico-dedutivo, suscita-se o fato de a súmula vinculante justificar-se por uma noção de eficiência que vislumbra o instituto sumular como uma tecnologia catalisadora de sentido normativo e de fácil aquisição. Fato que só é possível ante a não ruptura do cognitivismo jurídico-normativo objetivista, pois o espaço à utilização da racionalidade analítica dedutiva como forma de compreender e decidir a juridicidade foi conservado, e, depois, reforçado, quando se impôs, à jurisdição, um desenvolvimento compatível com a velocidade acelerada.

Nesse diapasão, insta ressaltar que o normativismo configura-se não só por valer-se da lógica (analítica dedutiva), e sim, por exprimir um objetivo-cognitivismo jurídico, uma vez que essa perspectiva jurídica se individualiza entendendo o direito como uma objetividade autônoma, exclusivamente manifestada nesta autossubsistência objetiva, que é acessível a partir de um conhecimento determinado em termos de verdade¹⁵¹. E daí que constatada a pretensão de objetiva racionalidade no regime sumular, afirma-se que a qualificação do pensamento jurídico subjacente à súmula vinculante é normativista.

Ainda, explica-se que é possível verificar o objetivo-cognitivismo jurídico-normativo na situação brasileira em estudo, porque, considerando que ele se dá quando o direito-objeto é compreendido como uma pressuposta normatividade e no sentido de *dever-ser*¹⁵², é esta compreensão que as súmulas encerram ao se revelarem dogmaticamente como lei. O instrumento sumular antecipa sentidos normativos para apresentar a ideia da atividade interpretativa já realizada, e, assim, permitir a crença de significantes normativos como dados objetivos, intencionando o direito como um predeterminado abstrato-sistemático normativo.

Nesse sentido, são válidos os ensinamentos de Alexandre Morais da Rosa de que o objetivo-cognitivismo jurídico-normativo implicado pelas súmulas vinculantes foi

¹⁵⁰ Cf. NEVES, Antônio Castanheira. **Metodologia jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p.70-81, e p.155-159.

¹⁵¹ NEVES, Antônio Castanheira. **Teoria do...** [s/d-a], p.32.

¹⁵² *Ibidem*, p.32.

assumido em virtude de este mecanismo ser capaz de, em si, apresentar a “interpretação verdadeira substancial”, gerando a falsa impressão de o enunciado sumular editado pelo Supremo Tribunal Federal consistir em uma preposição neutra, que dispensa os juristas de proceder à atividade jurídico-interpretativa¹⁵³.

Entretanto, critica-se esse instituto brasileiro, uma vez que certa é a inexistência de uma interpretação verdadeira. A interpretação não é um mero ato de conhecimento pautado pela relação sujeito-objeto, mas sim o resultado de uma compreensão já antecipada¹⁵⁴. Logo, o sentido advindo da atividade jurídico-interpretativa não pode expressar um absoluto, ou seja, algo imutável, tal qual se busca pela ideia tradicional de verdade substancial.

Ademais, sabendo que “a verdade não pertence, em hipótese alguma, à constância essencial do ente por si subsistente”¹⁵⁵, sendo seu modo-de-ser a existência, deve-se reconhecer que a verdade jamais se mostra por inteira, significando tudo o que há de verdadeiro. A verdade compreendida enquanto um *ser* de um *ente* acontece desvelando-se conjuntamente com a não-verdade, e, por isso, que se imponha que nada e ninguém garantem que o ser que acontece é um ser verdadeiro¹⁵⁶.

Em paradigma diverso, inclusive, já se vislumbra a impossibilidade de uma única interpretação verdadeira. É o caso das lições de Hans Kelsen que, consagrando a ideia de moldura normativa, admite várias interpretações por válidas e aduz inexistir uma resposta correta – ou seja, inexistir uma única resposta verdadeira no ato de interpretação jurídica¹⁵⁷.

Ultrapassadas essas críticas ao objetivo-cognitivism jurídico, que marcam o normativismo e vêm implicadas na súmula vinculante em sua pretensão de apresentar a “interpretação verdadeira substancial”, traz-se à tona a atual discussão da doutrina

¹⁵³ ROSA, Alexandre Morais da. **Crítica à hermenêutica do conforto: a Súmula (vinculante) como se imagem fosse.** In Constituição e Estado Social - Os obstáculos à concretização da constituição. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p.37.

¹⁵⁴ HEDEIGGER, Martin. **Introdução à filosofia.** Tradução: Marco Antonio Casanova; revisão de tradução Eurides Avance de Souza; revisão técnica Tito Lívio Cruz Romão. 2ª Edição, São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p.52-64.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p.159.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p.162-163.

¹⁵⁷ KELSEN, 2006, p.387 *et seq.*

brasileira – fomentada após a nova legislação processual civil (2015) – sobre a criação do direito pelos magistrados baseada no regime de precedentes judiciais¹⁵⁸, do qual o mecanismo sumular faria parte. Isso porque, como corolário da perspectiva normativista, reconhece-se que o regime sumular de efeito vinculante opera-se pelo paradigma metodológico da aplicação¹⁵⁹, que intenciona unidade entre os processos de criação e aplicação do direito, suscitando a reduzida ideia de o legislador antecipar abstratamente o julgador. E, deste modo, sendo tarefa do juiz apenas repetir a lei em concreto, questiona-se a possibilidade de a atividade judiciária ser entendida como criadora de normatividade jurídica, enquanto se apresenta o mecanismo em análise como forma de manifestação da juridicidade jurisprudencial.

3.3 DA DISCUSSÃO ACERCA DA CRIAÇÃO DO DIREITO ATRAVÉS DA JURISPRUDÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO (RESTRICÇÃO AO PROCESSO CIVIL)

Considerando que o ordenamento jurídico brasileiro reconhece a criação e interpretação do direito pelo juiz, Luiz Guilherme Marinoni capitaneou o entendimento de que a atividade do magistrado brasileiro se aproxima daquela exercida pelo juiz da

¹⁵⁸ BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil**. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p.326. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>.

¹⁵⁹ Antônio Castanheira Neves, partindo do sentido e do modelo sistêmico do normativismo, explica que o paradigma da aplicação é um corolário da seguinte maneira: “Se o direito se constitui e se manifesta num sistema de normas – se ele é esse sistema de normas e nele exclusivamente se objetiva –, então decerto que não se poderá pensar que a projeção do direito na realidade histórico-social implique qualquer possibilidade juridicamente constitutiva, será antes necessário – e é a primeira nota – que o direito pressuposto no sistema e nas suas normas, e tal como aí se objetiva e se manifesta, apenas se repita na solução concreta. Que o mesmo é dizer que essa solução concreta deverá obter-se por mera aplicação, ou sem nenhuma mediação normativo-juridicamente constitutiva – pois de contrário o direito realizando não existiria totalmente ou não estaria afinal todo existente e objetivado nas normas do sistema (o direito que é)”.

Nesses termos, evidencia-se que a marca do paradigma metodológico da aplicação é que as soluções jurídicas configuram-se inteiramente em abstrato, e que a sua determinação metódica realiza-se a partir de dois momentos: o primeiro que seria o responsável pela construção dogmática conceitual e sistemática de um direito pressuposto – que no legalismo se reduzia ao corpo legislativo; o segundo que seria um momento hermenêutico para interpretação destas normas, algo *aposteriori* que acontece quando o direito é chamado a incidir na realidade histórico-social, sendo a sua finalidade repetir aquele direito pressuposto nos casos concretos. Cf. NEVES, Antônio Castanheira. **Entre o legislador...** 2010-a, p.178.

*Common Law*¹⁶⁰ – especialmente a atividade realizada pelo juiz americano, a quem é deferido o dever-poder de controlar a constitucionalidade da lei no caso concreto. E, por isso, a cultura judiciária calcada na doutrina dos precedentes judiciais passou a ser objeto de destaque no direito brasileiro, de modo a se falar na incorporação das técnicas judiciárias da doutrina dos precedentes judiciais (*distinguishing*, *overruling*, *overriding*, *transformatio* e *technique of signaling*^{161,162}) para que seja desenvolvido aquele papel judicial.

Assim, com o novo Código de Processo Civil do Brasil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), tornou-se lugar comum dizer que a lógica da doutrina do *stare decisis* (precedentes), que já inspirara as reformas legislativas processuais desde os anos de 1990¹⁶³, encorpou-se ao direito processual. Porém, conjuntamente, instaurou-se a

¹⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.4.

¹⁶¹ O *distinguishing* é invocado, quando, ao julgar, o magistrado se depara com uma demanda se enquadra na norma jurídica contida no precedente, mas se afasta a incidência dessa norma, em razão de se ter verificado que o caso a ser decidido não compartilha da mesma hipótese fática da *ratio decidendi* do precedente que seria utilizado. Logo, trata-se de situação em que, por meio do método de distinção, conclui-se pela não aplicação do comando jurisprudencial precedente, por este não se mostrar adequado a solucionar a demanda sob julgamento.

O *overruling* e a *transformatio*, por sua vez, consistem medidas de revogação do precedente. Todavia, enquanto o primeiro é revogação propriamente dita – uma vez que é negada a aplicação do precedente sob o fundamento de não mais corresponder aos padrões de congruência social e de coesão do ordenamento jurídico – o segundo é revogação substancial do precedente – pois, embora não haja explicitamente o afastamento do precedente, o conteúdo deste é reconfigurado, de modo a se impor uma reinterpretação do precedente, a qual será decorrente de nova valoração fática e/ou atribuição de importância a elemento não considerado na época em que se confeccionou o precedente.

O *overriding* configura uma limitação ou restrição à incidência dos termos do precedente, sendo uma espécie de revogação parcial, porque ao decidir faz adequação do caso concreto do precedente às mudanças inerentes à dinâmica social, tornando-o consonante com entendimento do tempo atual. Logo, por meio dessa técnica, é possível que adequação do precedente acabe por revogar implicitamente a totalidade do seu conteúdo. Entretanto, quando isto acontecer, está-se diante do fenômeno denominado de *impliedoverruling*.

E, por fim, a *technique of signaling* é a técnica invocada para alertar a sociedade que determinado precedente será modificado ou revogado, de modo que os cidadãos se preparem e não mais pautem suas condutas referenciadas naquele comando jurisprudencial. Trata-se, portanto, de um meio que resguarda a segurança jurídica e a estabilidade das relações. Afinal, a *technique of signaling* estabelece que, embora o tribunal entenda ser hipótese de revogar o precedente, assim não procede, haja vista que poderia acarretar prejuízos em larga escala à sociedade. *Ibidem*, p.326 *et seq.*

¹⁶² Para uma compreensão sobre como trabalhar com os precedentes, visando que a invocação às referidas técnicas previstas no Código de Processo Civil do Brasil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) expresse operabilidade em conformidade à dinâmica dos precedentes judiciais Cf. MIDIERO, Daniel. **Precedentes, Jurisprudência e Súmulas no Novo Código de Processo Civil brasileiro**. In Revista de Processo, vol. 245. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.345-349.

¹⁶³ Humberto Dalla Bernardina Pinho aduz que as reformas dirigiram-se ao fortalecimento da *case law*, através da instituição de declarações vinculativas – com os mecanismos da súmula de efeito

discussão sobre a adoção ou não da teoria do precedente judicial no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse contexto, representando o lado da doutrina que entende pela negativa, Lênio Luiz Streck e George Abboud afirmam a inexistência do regime de precedentes que cria direito no ordenamento brasileiro, porque não é possível identificar este regime com o regime sumular¹⁶⁴. As súmulas exprimem confusão entre as funções de criar um texto normativo e de concretizar uma norma, manifestando normas jurisprudenciais como algo abstrato e anterior à decisão judicial, de modo que o pensamento jurídico dominante no Brasil é aquele que vislumbra o exercício judicial como a atividade de descobrir o sentido normativo para aplicar o direito.

Do outro lado, representando parcela da doutrina que reconhece a adoção dos precedentes, Freddie Didier Jr¹⁶⁵ e Marcelo Alves Dias de Souza¹⁶⁶ defendem que, como o precedente judicial define-se sendo a decisão judicial proferida à luz do caso concreto, que serve de diretriz para o julgamento de casos futuros e análogos, o precedente judicial configura um instrumento inerente ao ordenamento jurídico – ou seja, é mecanismo independente do ordenamento jurídico pertencer à tradição de *civil law* ou *common law*¹⁶⁷ – e, por isso, o precedente existe no direito brasileiro.

Não se concorda com esta segunda parte da doutrina, embora se constate a importação de traços dos precedentes judiciais, por meio do Código de Processo Civil

vinculante e repercussão geral – e julgamentos preliminares – com mecanismo para filtragem de recursos e julgamento por amostragem. Cf. PINHO, 2015, p.290-292.

¹⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz, ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p.52-56.

¹⁶⁵ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 8ª. ed. Vol. 2. Salvador: JudPodivm, 2013, p.43.

¹⁶⁶ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. 1ª ed. 5ª reimp. Curitiba: Juruá, 2011, p.318.

¹⁶⁷ Com efeito, não há mais a dicotomia entre as tradições jurídicas de *civil law* ou *common law*, posto que elas integrem uma só família jurídica, a ocidental, cuja identidade ideológica é a liberal em sentido amplo, que foi desenvolvida na era moderna. Entretanto, embora a atualidade viva o fenômeno dos países de tradição de *common law* cada vez mais laborarem com direito legislado (*statutorification da Common Law*), e dos países de tradição de *civil law* cada vez mais laborarem com direito judicial, salienta-se para a diferença metodológica utilizada na estruturação e organização sistêmica de cada um. Isso porque *Civil Law* e *Common Law* desenvolveram distintas técnicas jurídicas, que implicaram em tipos diversos de racionalidades. Cf. DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

brasileiro de 2015, a exemplo dos seus artigos 10; 489, §1º; e 927¹⁶⁸. Isto porque, ainda que se admita a contribuição para formação de cultura jurídica que respeita a integridade do direito no âmbito da atividade judicial-jurisprudencial brasileira¹⁶⁹, concorda-se com os relatos de Lênio Luiz Streck e George Abboud de não se averiguar, no Brasil, a formação do regime de precedentes que serve para problematização e fundamentação de casos análogos, cuja força vinculativa encontra-se na tradição que reside na consciência da comunidade jurídica filiada à *Common Law*¹⁷⁰.

Portanto, adere-se ao entendimento de não adoção, pelo direito brasileiro, dos precedentes judiciais não em razão de discordar da definição de precedente judicial utilizada pela segunda parcela da doutrina¹⁷¹; e, sim, por entender que o regime de precedente judicial tem de desenvolver-se jurídico-metodologicamente de modo diverso ao mecanismo sumular para que se verifique a constituição de critérios jurídico-jurisprudenciais no Brasil.

Conforme demonstra Júlio Cesar Rossi¹⁷², é preciso observar que, no atual ordenamento jurídico brasileiro, não só as súmulas não seriam operadas através do modelo jurídico-metodológico dos precedentes. Isso porque todos os mecanismos de padronização da vinculação da jurisprudência – como o incidente de resolução de demandas repetitivas (artigos 976 a 987 do Código de Processo Civil de 2015), o julgamento liminar de improcedência de ação idêntica (artigo 332 do Código de Processo Civil de 2015) etc. – se realizam de uma mesma forma, qual seja: os institutos jurídicos jurisprudenciais são entendidos enquanto dados objetivo-normativos, garantidos apenas pelo seu selo de origem (Tribunal Superior), que “implicam em uma aplicação por

¹⁶⁸ Por este dispositivos foram elencadas as exigências para considerar fundamentada qualquer decisão judicial, assim como foi inculcada a obrigação do respeito à jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, prevendo a possibilidade de modular os seus efeitos nos casos de interesse social e segurança jurídica.

¹⁶⁹ Daniel Mitidiero também afirma a adoção do conceito de integridade proposto por Ronald Dworkin, pelo legislador do Código de Processo Civil de brasileiro de 2015. Mas, suscita que isto significou importar uma “epistemologia moral interpretativa”, segundo a qual, entre outras coisas, haveria verdades morais objetivas na interpretação. Cf. MITIDIERO, 2015, p.314.

¹⁷⁰ STRECK; ABOUD, 2013, p.61-64.

¹⁷¹ Esta definição, inclusive, coaduna-se com o seguinte conceito: “Precedents are prior decisions that function as models for later decisions. Applying lessons of the past to solve problems of present and future is a basic part of human practical reason”. MACCORMICK; SUMMERS, 1997, p.1

¹⁷² ROSSI, Júlio César. **Precedentes à Brasileira**: a jurisprudência vinculante no CPC e no Novo CPC. São Paulo: Atlas, 2015, p.225-227.

dedução ou subsunção, dando a impressão de que esses (...) possuem natureza jurídica de uma norma”¹⁷³.

Nessa senda, por admitir-se a juridicidade como dado objetivo-normativo, verifica-se que referidos mecanismos compreendem-se metodologicamente a luz do normativismo. E, salienta-se o corolário metodológico normativista de reduzir a tarefa de aplicar o direito à atividade de tradução, por reprodução lógico-dedutiva, da norma jurídica abstrata ao caso concreto, pois esta redução traz, em si, a autocompreensão do Poder Judiciário como um órgão cuja atividade consiste em um ato de aplicação de normas em sentido estrito, e não um ato de produção normativa¹⁷⁴.

Implicando em concepção da atividade do Poder Judiciário não ser criadora de normatividade jurídica, evidente é a incoerência entre a adoção de tais mecanismos de padronização – inclusive da súmula vinculante – e a busca pelo desenvolvimento do papel do magistrado exercido na *Common Law*. Dessa maneira, na contramão do reconhecimento de criação e interpretação do direito pelo juiz, afirma-se que, no atual ordenamento jurídico-processual (civil) brasileiro, os previstos instrumentos de padronização da vinculação da jurisprudência não criam normatividade jurídica-jurisprudencial em seu sentido próprio.

Demais disso, partindo das lições de Lênio Luiz Streck e George Abboud¹⁷⁵, ressalta-se que a súmula vinculante não se vislumbra como precedente judicial, pois, decerto, este não adquire sua força através de simples imposição do legislador, tal qual ocorreu com aquele instituto sumular – já que se conferiu força obrigatória à súmula do Supremo Tribunal Federal, à medida que o constituinte derivado apostou na autoridade deste órgão para anunciá-la.

A força dos precedentes – já se noticiou – é produto de uma tradição, mas qual tradição especificamente? A tradição jurídica de *common law*. Contudo, quando se alude a esta tradição, importa perceber que o foco está em sua característica de erigir-se a partir da tomada de consciência da comunidade jurídica em conferir tratamento jurídico igualitário a

¹⁷³ *Ibidem*, p.161.

¹⁷⁴ Cf. LINHARES; GAUDÊNCIO, 2015, p.192-194.

¹⁷⁵ STRECK, ABOUD, 2013, p.61-69.

situações semelhantes (*treat like cases alike*)¹⁷⁶. Pois, com isso, constituiu-se a cultura jurídica na qual há legítima confiança entre o detentor do poder decisório e aqueles que a este se sujeitam, estruturando tanto um sistema jurídico quanto um Poder Judiciário com coerência e estabilidade, por imposição da postura de respeito ao decidido ou, no mínimo, de justificativa plausível para afastá-lo¹⁷⁷.

Pode-se afirmar, então, que a doutrina dos precedentes se definiu devido à dinâmica de conferir tratamento lógico à estrutura de poder decisório, a partir de sustentação argumentativa. Só que, depois disso, quando da evolução doutrinária do regime de precedentes em *stare decisis*¹⁷⁸, foi que se formou o contexto responsável pela aquisição da força dos precedentes, uma vez que o regime do *stare decisis* considerou os precedentes elementos úteis a fornecer critérios de juízo e estabelecer limites à discricionariedade judicial¹⁷⁹, bem como fixou o papel de criador do direito à jurisprudência.

No *stare decisis*, os precedentes judiciais, ao serem vislumbrados enquanto critérios jurídico-normativos, afirmaram uma vinculação normativo-jurídica (*binding authority*) que implicou em particular estrutura sistemática jurídico-jurisprudencial,

¹⁷⁶ “A força gravitacional do precedente pode ser explicada por um apelo, não à sabedoria da implantação de leis promulgadas, mas à equidade que está em tratar os casos semelhantes do mesmo modo. Um precedente é um relato de uma decisão política anterior; o próprio fato dessa decisão, enquanto fragmento da história política, oferece alguma razão para se decidir outros casos de maneira similar no futuro” DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.176.

¹⁷⁷ Nessa esteira, salienta-se que “não é apropriado dizer que o precedente de *Common Law* é vinculante, no sentido que dele derive uma verdadeira e própria obrigação do segundo juiz de se ater ao precedente. [...] o precedente é dotado de notável força, já que se espera que, em geral, o juiz sucessivo o siga –como, de fato, normalmente acontece –, mas, essa força é sempre *defeasible*, uma vez que o segundo juiz pode deixar de atender o precedente quando considere oportuno assim fazer a fim de formular uma solução mais justa ao caso que deve decidir.” TARUFFO, 2012, p.283.

¹⁷⁸ Seguindo a abordagem de Lênio Streck e George Abboud, elucida-se que a teorização da exigência “*treat like cases alike*” em uma doutrina de precedentes somente aconteceu no XVII, com a adoção do método experimental de Robert Boyle ao direito. Isso porque, a partir de então, foi estabelecido que o critério de validação dos princípios legais era a sua repetição e a sua verificação prática pelos membros da comunidade, de modo que se fixou a premissa de o sistema jurídico desenvolver-se na consciência histórica, por meio das experiências das gerações predecessoras – ou seja, fundamentado na *historical jurisprudence* ao em vez da teoria de base *jus* naturalista ou *jus* positivista legalista.

E, foi no século XIX que esta doutrina de precedentes evoluiu para a doutrina do *stare decisis*, e se consolidou tal doutrina. Pois, já constituída uma estrutura judicial hierarquizada e uma fonte confiável de reprodução/publicação das decisões judiciais, existiam condições para que os precedentes fossem, além do respeito ao passado, uma preposição jurídica de prospecção para o futuro. Cf. STRECK e ABBLOUD, 2013, p. 36-42.

¹⁷⁹ Cf. ROSSI, 2015, p.158.

determinando duas características ao precedente: (1) estabelecimento de modelo de vinculação normativo-jurídica referente aos critérios jurisprudenciais que é dotado de inexorável flexibilidade, à medida que se orienta pela racionalidade prático-argumentativa; e (2) o firmamento de modelo de vinculação normativo-jurídica responsável por estruturar uma sistemática jurídico-jurisprudencial com dimensões verticais e horizontais¹⁸⁰, possibilitando aos precedentes manifestar sua vinculatividade de maneira variável.

Segundo Robert S. Summers, a variação do referido modelo de vinculações na *Common Law* dos Estados Unidos (Nova York) pode assumir quatro graus: (1) formal; ou (2) não formalmente vinculante, mas dotado de força; ou (3) não formalmente vinculante e despido de força jurídica, mas dando suporte adicional à decisão; ou, por fim, (4) meramente ilustrativo (sem força vinculativa)¹⁸¹.

Não há, porém, como aferir-se o grau de vinculação de cada precedente sem conhecer os fatores que influenciam as suas constituições, de modo que se aconselha ao leitor conhecer a sistematização de Thomas da Rosa de Bustamante, a qual elenca os fatores que influenciam a força dos precedentes em institucionais ou extrainstitucionais (não necessariamente institucionais)¹⁸². Bem assim, recomendam-se ao leitor as lições de Robert S. Summers¹⁸³, a fim de entender a organização dos graus de vinculação no sistema jurídico-jurisprudencial estadunidense, dividido em uma jurisdição federal e cinquenta jurisdições estaduais.

¹⁸⁰ A dimensão horizontal impôs à própria corte julgadora respeitar suas decisões anteriores; e a dimensão vertical fixou a premissa sistêmica de que as cortes e os juízos inferiores ao Tribunal Superior em que se origina o precedente estão vinculados à decisão proferida pelo órgão de maior instância.

¹⁸¹ Pelo grau formal, o estabelecido é que um julgamento que não respeita a vinculatividade do precedente não está conforme ao direito, e, por isso, deve ser revertido em apelação. Pelo grau não formalmente vinculante, mas dotado de força, estabelece-se que um julgamento que não respeita a vinculatividade do precedente, embora seja conforme ao direito, está sujeito a críticas, e, por essa razão, pode ser revertido. E pelo grau não formalmente vinculante e despido de força jurídica, mas dando suporte adicional à decisão, estabelece-se que um julgamento que falta menção ao precedente é ainda conforme ao direito, mas sua justificativa não é tão boa como se tivesse invocado o precedente. SUMMERS, Robert S. **Precedents in United States (New York State)** In *Interpreting precedents: a comparative study*. Edited by D. Neil MacCormick and Robert S. Summers. Applied Legal philosophy, Vermont: Ashgate, 1997, p.368.

¹⁸² Denominam-se fatores institucionais que influenciam a força do precedente o contexto institucional *stricto sensu*, a tradição jurídica, e a estrutura constitucional. Já os fatores da estrutura normativa, as concepções jurídico-teóricas, e a correção substancial da decisão-paradigma são denominados de extrainstitucionais (não necessariamente institucionais). Cf. BUSTAMANTE, 2012, p.307-368.

¹⁸³ SUMMERS, op. cit., p.356-358.

Ademais, como para compreender a força dos precedentes partiu-se da consciência do tratamento jurídico igualitário a situações semelhantes, a característica que importa evidenciar é a inexorável flexibilidade com que o modo vinculativo dos precedentes se manifesta. Por isso, é sobre essa que o presente estudo se debruça neste tópico.

Sabendo que a inexorável flexibilidade configura-se em virtude da consagração das máximas de legítima confiança entre o detentor do poder e seus sujeitos, e das de fixação da obrigação de perpetuar o teor da decisão anterior, com permissão para modificação do precedente quando há alteração de critério assimilado pela prática, é certo que a validade dos precedentes determina-se condicionada à adequação da situação política, econômica e social presente¹⁸⁴. Contudo, acerca do referido condicionamento de validade, cumpre destacar a indispensabilidade da racionalidade prático-argumentativa nesta forma de pensar dos precedentes, uma vez que esta racionalidade legitima os precedentes, conforme se pode inferir das palavras de Ronald Dworkin de que a “força gravitacional de um precedente define-se pelos argumentos de princípios que lhe dão sustentação”¹⁸⁵.

Para proferir tal lição, o referido autor¹⁸⁶ explica que, como o precedente configura uma decisão política anterior, cujo fato dessa decisão é um fragmento da história política, é a razão que foi oferecida no ato decisório que se utiliza como guia de julgamento de casos similares e futuros. Entretanto, considerando a impossibilidade de uma decisão jurídica justificar-se totalmente em questões políticas, a força vinculativa dos precedentes deve limitar-se a extensão dos argumentos de princípio que foram necessários para justificar tal decisão. E, visto isso, quando se tratasse de hipótese de afastamento da norma jurídica estabelecida em um precedente, necessário seria uma argumentação especial capaz de demonstrar a injustiça no seguimento das razões precedentes.

Isso significa que a invocação ao raciocínio prático-argumentativo consiste no recurso que movimentava a dinâmica operacional dos precedentes – especialmente as técnicas de *overruling* e *distinguishing*. Pois esta racionalidade argumentativa que,

¹⁸⁴ SOUZA, 2011, p.91.

¹⁸⁵ DWORKIN, 2002, p.180.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p.176-180.

concomitantemente, delimita o legítimo âmbito de aplicação de norma a situações futuras através dos fundamentos da decisão judicial, e permite modificar o consagrado sentido normativo quando uma decisão anterior não se adequa à situação política, econômica e social presente.

Nessa senda, se a operabilidade dos precedentes decorre da assunção de pensamento jurídico que põe relevo no raciocínio prático-argumentativo como ferramenta de desenvolvimento da atividade jurisprudencial, diferente desses é a súmula vinculante que preferiu realizar-se por meio do modelo aplicativo da subsunção. A súmula, já se disse, entende-se como dado objetivo-normativo, constituída para ser uma fórmula de aderência a decisões anteriores, cuja aplicação realiza-se de maneira mecânica, desconsiderando a fundamentação responsável pela legítima constituição do precedente judicial.

Por isso, no contexto da atual doutrina processualista brasileira, – que foi inflamada com a promulgação do Código de Processo Civil brasileiro de 2015 – insurge-se contra a manifestação jurisprudencial em forma de súmula, fundamentando que a falta da flexibilidade vinculativa, orientada pela racionalidade prático-argumentativa, obsta a afirmativa de importação de regime de precedentes neste ordenamento.

Trata-se de ausência relevante, pois o fator faltante, consoante à adotada perspectiva fenomenológico-normativa, é o responsável pelo desenvolvimento metodológico do precedente enquanto critério jurídico jurisprudencial, sendo a sua não observância um empecilho impeditivo para o exercício da atividade judiciária criadora de normatividade especificamente jurisprudencial¹⁸⁷.

¹⁸⁷ Segundo Antônio Castanheira Neves, ainda que fosse incorporado o modo de aplicação dos precedentes – que entende ser a racionalidade prático-argumentativa o raciocínio jurídico metodológico destes critérios – não se poderia constatar que, apenas com isto, esteja um ordenamento jurídico de tradição de *civil law* realizando o momento de normatividade constituinte pelos critérios jurídico-jurisprudenciais. Isso porque só se poderá verificar o desempenho da criação do direito através da jurisprudência quando estes critérios forem aptos a renovar e reconstituir a normatividade global do sistema jurídico. O autor explica que a objetivação normativa pela atividade judicial-jurisprudencial somente é possível com o contributo da doutrina ou do pensamento jurídico, pois, para experiência jurídica constituinte na casuística acrescentar ao direito, faz necessário utilizar ou as soluções jurídicas antecipadamente formuladas pela doutrina ou os ensinamentos jurídico-doutrinários que são garantidos pela sua plausibilidade. NEVES, Antônio Castanheira. **Fontes do Direito. Contributo...** 1982, p.276-280.

Assim, desvelado que o mecanismo sumular, do qual se inclui a súmula vinculante, não é precedente judicial¹⁸⁸, passa-se ao comparativo da súmula vinculante com os assentos, para que reste claro o entendimento desta pesquisa sobre o fenômeno jurídico brasileiro enquanto mecanismo que expressa a atividade jurisprudencial da Corte Suprema.

¹⁸⁸ No que toca à negativa do entendimento da súmula vinculante como precedente judicial, importa observar, ainda que brevemente, o posicionamento de Thomas da Rosa de Bustamante, em sua teoria do precedente judicial. Isso porque, embora apresente base teórica não partindo apenas da definição de precedente judicial, esse jurista também sustenta que o mecanismo sumular seja um precedente. Especificamente, a súmula vinculante seria um precedente com grau de vinculação formal, ou seja, precedente que, na hipótese do seu desrespeito, confere medida processual de revisão da decisão – apelação – para que se imponha a sua vinculação.

Salienta-se que autor brasileiro debruça-se sobre a questão jurídico-metodológica trazendo que o processo de raciocínio jurídico – em especial o raciocínio que desenvolvem os juízes no contexto de justificação das suas decisões – não é substancialmente diferente nas tradições de *common law* e *civil law*, ante a incindível conexão entre fatos e regras. Mas, percebe-se a incongruência dessas lições com a presente pesquisa quando Thomas da Rosa de Bustamante aduz que, apesar de certas diferenças de estilo judicial entre aquelas tradições, a justificação da decisão judicial pauta-se no princípio da universalizabilidade (postulado para determinar que uma ordem moral ou jurídica seja racionalmente inteligível, sendo que a sua densidade semântica é que discursos práticos carecem de expressar-se mediante máximas universais para serem considerados corretos). Pois, deste modo, o jurista defende que o precedente judicial constitui critério normativo com o fim de resolver casos futuros desde que dele seja possível extrair uma regra universal, subsumível sempre que se repetirem as condições presentes na hipótese de incidência (*fattispecie*) de tal regra.

Isso significa dizer que o jurista, para formular o desenvolvimento teórico dos precedentes judiciais, assenta-se no paradigma do universalismo como forma de manifestação do direito, não percebendo que os critérios jurídicos-jurisprudenciais só são válidos se contemplado o seu caráter concreto. Conforme a adotada perspectiva fenomenológico-normativa, este estudo admite que a normatividade produzida por meio da atividade judicial-jurisprudencial acontece pela pacificação de uma experiência jurídica direcionada a conflito concreto.

Diante disso, emite-se o juízo de que a concepção acerca da fonte jurisprudencial, formulado por Thomas da Rosa de Bustamante, não rompe com as algemas da visão clássica das fontes do direito. O jurista brasileiro, para reconhecer a criação jurídica jurisprudencial, compreende a jurisprudência ainda manifestada pelo *modus* normativo legal que, além de expressar reduzido pensamento da independência dos juízes no que toca seu poder jurídico-criativo, não permite vislumbrar um autêntico modo de exprimir, vinculativamente, a juridicidade pela jurisprudência. Cf. BUSTAMANTE, 2012, p.325; 110- 112.

4 DA COMPARAÇÃO ENTRE A SÚMULA VINCULANTE E OS ASSENTOS

Por configurar enunciações normativas emitidas pelo Poder Judiciário, os assentos outrora foram concebidos como manifestação jurisprudencial¹⁸⁹, e o instituto sumular – gênero ao qual a súmula vinculante faz parte – ainda hoje é qualificado como expressão da jurisprudência¹⁹⁰. Entretanto, o presente trabalho questionou a condição da súmula vinculante enquanto manifestação da fonte jurisprudencial proveniente da atividade de uniformização pela Corte Superior. Por isso, compara-se a súmula vinculante com os assentos, assumindo por lugar de fala a postura de revisão da teoria clássica das fontes jurídicas – ou seja, admitindo que o direito não seja constituído pelo poder político que o anuncia legitimamente, e sim a partir da consciência jurídica geral¹⁹¹, conforme a perspectiva fenomenológico-normativa.

Desta feita, seguindo as lições de Antônio Castanheira Neves para conceber o fenômeno jurídico, o primeiro ponto a destacar é que a qualificação de fonte jurisprudencial representa uma das possíveis formas de objetivamente manifestar a intenção de normatividade reguladora¹⁹².

No que toca às características responsáveis por individualizar a jurisprudência em face das demais formas de manifestação do direito, ressalta-se que esta fonte define-se ao expressar a normatividade jurídica através de caráter individual-concreto, embora ela se apresente como reflexo do ato decisório, de modo a relacionar-se com a atividade judicial-jurisprudencial exercida pelo Poder Judiciário.

Em outras palavras, a jurisprudência figura critério jurídico estabilizador decorrente de experimentada solução a um problema-conflito vivenciado na historicidade jurídico-social. Por isso, encontrando-se ausente a índole individual-concreta, observa-se

¹⁸⁹ A. Martins de Carvalho, Afonso Queiroz, Jorge Miranda, Oliveira Ascensão e J. Alberto dos Reis são autores que atribuíram, aos assentos, natureza estritamente jurisprudencial. Cf. NEVES, Antônio Castanheira. **Assentos**. In *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Vol. 1, Coimbra editora, 2010-b, p.346.

¹⁹⁰ Cf. tópico 3.2 desta obra.

¹⁹¹ NEVES, Antônio Castanheira. **Curso de Introdução...** [s/d-b], p.27-44.

¹⁹² *Idem*. **Fontes do Direito. Contributo...** 1982, p.232 *et seq.*

que a súmula vinculante e os assentos, apesar de serem emanados pelo Poder Judiciário, são identificados como critérios não jurisprudenciais.

Com efeito, ambos assumiram a forma de prescrição universal, que se desvincula da materialidade histórica do problema-conflito resolvido por meio da tutela jurisdicional. E, em decorrência de eles manifestarem a forma de prescrição universal para se apresentarem como soluções-programas (*standards*), verifica-se que os institutos português e brasileiro revelam sentido dogmático de leis.

Isso significa dizer que as súmulas – seja de efeito vinculante ou persuasivo – e os assentos se vislumbram enquanto critérios legais por motivo de eles serem prescrições estabilizadoras de expectativas congruentes a partir de opção político-estratégica, com vinculante valor normativo proveniente da legitimidade e autoridade político-jurídica (político-constitucional)¹⁹³. Também, aqueles institutos são critérios legais em razão de as súmulas e de os assentos serem prescrições que invocam o esquema metódico que distingue, intencional e temporalmente, os momentos de criação e aplicação do direito, implicando em racionalidade sistemática que prevê abstratamente os comportamentos. Afinal, a intenção de regulamentação programática – que planifica a ordenação social com sentido de objeto – se faz valer desde que a racionalidade antecipada e logicamente decidida se imponha à realidade humano-social¹⁹⁴.

Nessa esteira, destaca-se que é forte a semelhança entre a súmula vinculante e os assentos, à medida que ambos determinam-se enquanto critérios legais, para manifestarem prévia solução jurídica de alcance geral, que servem de apoio de resolução de problemas jurídicos em uma aplicação futura¹⁹⁵, e, assim, programam a “interpretação correta”, atingindo a pretensão de uniformidade jurisprudencial.

¹⁹³ *Idem. Metodologia...* 1993, p.155.

¹⁹⁴ *Idem. As Fontes do Direito e o Problema...* 1975/1976, p.191-196.

¹⁹⁵ Quanto ao caráter “para o futuro” utilizado pelos assentos e súmula vinculante, ressalta-se que não se pode confundi-lo com o caráter “para o futuro” do *prospective overruling* – instituto construído pela *Common Law* estadunidense que ganhou notoriedade na doutrina brasileira, ao realizar a juridicidade em respeito ao acontecer dinâmico do fenômeno jurídico, e ao apresentar-se como técnica comprometida com os valores do progresso do direito e da proteção da segurança jurídica enquanto certeza-previsibilidade e coerência. BUSTAMENTE, 2012, p.414-415; MARINONI, Luiz Guilherme. **Segurança dos atos jurisdicionais (princípio da -)**. Processos Coletivos, Porto Alegre, 2011, p.20.

Isso porque, segundo José Manuel Aroso Linhares e Ana Margarida Gaudêncio, a força “para o futuro” dos precedentes emanados pelos Tribunais Superiores da *Common Law* estadunidense consiste em uma manobra da técnica de *overruling* – que labora com modelo de vinculação por prejuízo, responsável por

No que toca à manifestação da pretensão de uniformidade jurisprudencial mediante generalidade-abstração, insta salientar as intenções fundamentantes de segurança e igualdade jurídica, vislumbrando-as como pilares dos institutos, em virtude de tais intenções sugerirem a ideia do direito como um sistema unitário de mera coerência e coesão normativa abstrata. Se os assentos e a súmula vinculante tivessem optado pela aceção material da intenção de isonomia e não intencionassem a axiologia de segurança que se oferece em alternativa à justiça, eles tenderiam à manifestação da juridicidade jurisprudencial que se preocupa com a materialidade histórica.

Assim, objetivados em prescrições universais para conferir segurança ao direito e igualdade na sua aplicação, destaca-se que, na base da finalidade de uniformizar a jurisprudência para dizer a “interpretação correta”, encontra-se a ideia de “segurança do direito” que orienta o lograr da paz e ordem através da confecção de regulamentação genérica e tendencialmente formal. Isso porque a crença de ser natural a formulação de juízos jurídicos abstratos para estabilizar a ordem jurídica é determinante para realizar a previsibilidade do direito por meio da planificação normativa.

Contudo, em razão de essa noção de previsibilidade do direito estabilizar controvérsias interpretativas distante da concretude, constata-se que se formulou, em Portugal e Brasil, o pensamento jurídico de índole normativista, que visa atender o sentido do direito que se contenta com a apresentação do jurídico num sistema unitário de mera coerência e coesão normativa lógico-abstrata. Manifestação esta facilmente passível de crítica, já que se opõe à evidência kelseniana¹⁹⁶ de impossibilidade de apreensão integral do jurídico no plano abstrato, por inexorável abertura interpretativa das definições normativas.

Dito isso, faz-se necessário observar a relação dos assentos e da súmula vinculante com a função dos Tribunais Superiores, porque a explicação para que eles tenham pensado o direito radicado no autonomismo abstrato respaldou-se na pretensão de

particularizar a fonte jurisprudencial, conferindo-lhe validade normativa específica – cujo escopo é assegurar a estabilização da interpretação jurídica no âmbito judiciário, compatibilizando essa estabilidade com a dinâmica histórica da realização do direito. Já aquele outro caráter “para o futuro” opera com desenvolvimento metodológico que inobserva o modo de vinculação por prejuízo, o qual é responsável por particularizar a fonte jurisprudencial e conferir-lhe validade normativa específica.

Os juristas coimbrenses ensinam que, no caso dos assentos o seu *modus* de vinculação consistiu em anômala presunção de autoridade-*potestas* – o que ora se estende à súmula vinculante. Cf. LINHARES; GAUDÊNCIO, 2015, p.199.

¹⁹⁶ KELSEN, 2006, p.388-391.

uniformidade de jurisprudência determinada pela concepção daqueles órgãos, notadamente pela formulação dos Tribunais Superiores enquanto Corte de Cassação.

Conforme a abordagem de Luiz Guilherme Marinoni, o objetivo de uniformidade jurisprudencial não esteve na primeira formulação do Tribunal de Cassação¹⁹⁷. A Cassação foi inicialmente entendida como órgão especial e autônomo – que sequer merecia o rótulo de tribunal – cuja atribuição era controlar as interpretações resultantes da aplicação da lei, uma vez que apenas devia tutelar a lei em face do Judiciário.

Devido à impossibilidade prática na proibição de interpretar a lei quando o juiz fosse aplicá-la, essa concepção originária não se sustentou. Transformou-se a função de controle em defesa formal da lei, de modo que se atribuiu à Cassação a competência de dizer a “interpretação correta”. É nessa segunda formulação do Tribunal de Cassação que se consagrou o objetivo de uniformidade jurisprudencial, pensando-o para interpretação das leis, e visando – pela atividade jurisdicional que apenas era o conhecimento judicial das prescrições da lei – a determinação da “interpretação correta” limitada ao entendimento que a norma legislativa admite em geral, ou seja, independentemente do caso concreto e da decisão pressuposta¹⁹⁸.

Entretanto, por restringir a ‘interpretação correta’ ao tratamento abstrato da lei, conflitando com o exercício jurídico-interpretativo quando da prolação da decisão concreta, não tardou a ocorrência de terceira fase dos Tribunais Superiores. Esta fase se compreende como aquela que aceita a interpretação integrando a atividade de aplicação jurídica (ato de julgar os casos concretos)¹⁹⁹, ao invés de afirmar o direito todo aprioristicamente – ou seja, como algo contido na lei positiva em um sistema unívoco, completo e coerente. E daí que se verifique a reformulação da finalidade de uniformização jurisprudencial para, embora reconhecendo a interpretação além de um ato de

¹⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**: recompreensão do Sistema Processual da Corte Suprema. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.35-52.

¹⁹⁸ NEVES, Antônio Castanheira. **O instituto...** 1983, p.83

¹⁹⁹ Inclusive, Thomas da Rosa Bustamante, ao contar sobre o entendimento da jurisprudência em França, descreveu esta fase como a situação atual da Corte Superior francesa, pois esta trabalha reconhecendo que a interpretação da lei é essencialmente uma atividade de criação, de modo que a Corte de Cassação encontra-se aberta para o exercício criativo do direito. Cf. BUSTAMANTE, 2012, p.22-31.

conhecimento, dizer a “interpretação correta” com fulcro de evitar decisões judiciais, em concreto, de interpretações conflitantes.

Conforme ensina Antônio Castanheira Neves²⁰⁰, sob o pálio desta segunda compreensão acerca da uniformidade da jurisprudência se entendeu ser devido um controle efetivo na decisão concreta – precisamente, um controle no sentido normativo imputado à lei pela decisão judicial-concreta, e não mais no sentido normativo decorrente do exame abstrato da demanda. Porém, para que fosse preservada a função de defesa formal da lei imputada ao Tribunal Superior, pensou-se em duas maneiras de controle. A primeira, através da constância de uma jurisprudência, no qual decisões judiciais se impõem casuisticamente como padrão normativo. A segunda, por meio da revelação daquilo que for generalizável (de alcance universal) em uma decisão, de modo que, em virtude da transcendência à individualidade da decisão jurídica, impõe-se como critério geral de direito e critério formal da atuação uniforme da jurisprudência.

Decerto, os assentos e a súmula vinculante optaram pela segunda maneira de controle, em decorrência das suas manifestações em forma de prescrições universais para atingir o objetivo de uniformização de jurisprudência. Só que, também em razão dessa manifestação, não se pode falar que os institutos propiciam o desenvolvimento próprio do direito judicial-jurisdicional, pois a propositura de enunciados que visam solucionar casos que ainda não foram objeto de decisões jurídicas viola o conhecimento latente de que a jurisprudência exprime-se casuisticamente²⁰¹.

Com efeito, a índole individual-concreta é o elemento específico da normatividade jurisprudencial; mas, constatado que os institutos cometem a falta de não desenvolver a juridicidade através do válido modo de constituição jurisprudencial, é preciso trazer à tona o motivo para a desconsideração da individualidade-concreta.

²⁰⁰ NEVES, Antônio Castanheira, op. cit., p.85-91.

²⁰¹ Fala-se em conhecimento latente na contemporaneidade, porque o entendimento de que a jurisprudência é fonte jurídica determinada perante casos concretos não é encontrado apenas em juristas adeptos ao paradigma fenomenológico-normativo, mas também em juristas filiados à teoria clássica das fontes. É o caso de Miguel Reale que, mesmo compreendendo a jurisprudência enquanto a forma do direito que se processa através do exercício do Poder Judiciário, reconhece a criação do direito judicial mediante o ato do julgador de solucionar um conflito jurídico – ainda que a criação seja para preenchimento das ditas “lacunas”. Cf. REALE, 2002, p.167.

No caso dos assentos, Antônio Castanheira Neves ensina que esses desconsideraram a individualidade que emerge da casualidade das decisões judiciais, porque eles preservaram o pensamento jurídico que compreende o concreto da individualidade tão só como correlato ao abstrato²⁰². Portanto, entende-se que também a súmula vinculante não labore com o individual-concreto para manifestar a normatividade jurisprudencial proveniente da atividade do Tribunal Superior, em virtude de o instituto sumular vislumbrar o concreto como plano de realização do abstrato e vislumbrar o abstrato como qualquer coisa geral, de modo que a individualidade apenas é como que uma coisa isolada que realizou o abstrato-geral.

Nesse sentido, insta evidenciar dois pontos do regime jurídico dos institutos que expressam o pensamento jurídico que compreende o concreto da individualidade tão só como correlato ao abstrato. O primeiro consiste na hipótese de existir decisões judiciais conflitantes para que seja proferido assento ou súmula vinculante, pois pressupõe que os objetos decisórios estabeleçam mesma relação gênero-espécie (a coisa geral abstrata ser igual), mas não cumpram a esperada correlação quando da manifestação concreta. E o segundo é o anúncio da “interpretação correta” a partir da relação gênero-espécie entre as decisões, pois se formula no intuito de oferecer aquilo que há de geral e que serve como uma solução jurídica válida para casos concretos similares e futuros.

Assim, percebe-se que a escolha pelo recurso da generalidade, para dizer o sentido normativo imputado à lei pela decisão judicial-concreta, consiste no passo decisivo para que os institutos em análise tenham cometido o embaraço de assumir a forma legal de prescrições gerais e abstratas almejando promover o objetivo de uniformização da jurisprudência, o qual deveria possuir a índole concreta característica da fonte jurídica-jurisprudencial.

Embaraço este que se explica pela fidelidade à intencionalidade jurídica geral-abstrata que orienta a funcionalidade dos Tribunais Superiores. Afinal, a opção pelo controle efetivo na decisão concreta através da revelação daquilo que for generalizável (de alcance universal) na decisão judicial não admite a historicidade-concreta ínsita ao direito enquanto fenômeno humano, desconsiderando, conseqüentemente, a materialidade ligada à manifestação do critério jurisprudencial em seu sentido próprio.

²⁰² NEVES, Antônio Castanheira. **O instituto...** 1983 p.43-44.

Nesse diapasão, salienta-se que os assentos e a súmula vinculante, sob o pálio da intenção de uniformidade jurisprudencial, buscaram alcançar o direito concebido em forma de projeto puramente normativo (uma totalidade organizada em normas geral-abstratas). E, por via de consequência, esses institutos confeccionaram um direito judicial identificado com a normatividade geral-abstrata e vislumbraram o Tribunal Superior com a função de conferir unidade interpretativa da lei – ou seja, unidade da interpretação do direito que ocorre à medida que a juridicidade está integralmente manifestada na positividade normativa geral-abstrata.

Portanto, nota-se que os assentos e a súmula vinculante duplicaram o sistema formal lógico-dedutivo de normas, a fim de estar de acordo com o pensamento jurídico que identifica a juridicidade com a sua positividade, e que elege a norma geral-abstrata como a forma válida de manifestação desta positividade. Pois, assim, restaria garantida a previsibilidade do direito, como condição indefectível à estabilidade e ordenação social.

Diante disso, elucidam-se duas críticas a esta maneira de pensar no que diz respeito à funcionalidade dos Tribunais Superiores. A primeira é que, ao se valer de tal pensamento jurídico, o funcionamento das cortes concebe-se afastado da noção de jurisprudência em sentido próprio de decisão-exemplo, não reconhecendo à fonte jurisprudencial a autonomia normativa para enriquecer o direito em seu sentido próprio; mas, ao revés, o funcionamento das cortes suscita a redução do papel da atividade judicial-jurisprudencial à mera aplicação jurídica, afastando a determinação da normatividade judicial pela concretude do caso *decidendo*²⁰³. A segunda crítica é que, ao orientar o funcionamento dos Tribunais Superiores por tal pensamento jurídico, o direito é restringido à condição de mecanismo coercitivo de cobertura e defesa que se despreocupa das ingerências da materialidade no mundo jurídico. E, deste modo, o ordenamento jurídico é formulado sem que haja óbice à sua apresentação em contradição à intenção de justiça material, contrariando a atual tendência dos modelos de Estado de Direito comprometidos com a efetividade jurídica.

²⁰³ No máximo, pode-se falar de reconhecimento de autonomia criativa à jurisprudência que é colocada como reflexo da função de uniformidade jurisprudencial traduzida na busca da unidade da interpretação da lei. Por este pensamento jurídico, almejando a consecução do projeto de direito em uma integral coerência normativa legal (com fins de promover um só tratamento jurídico aos casos de mesma matéria e consequente extirpação do quadro de insegurança jurídica no âmbito da aplicação), apenas se consegue desenvolver a atividade judicial de enriquecer o *ius* como que duplicando o corpo jurídico legislativo.

Neste ponto, compulsada a historicidade dos institutos, cumpre destacar um fator de diferenciação entre os assentos e a súmula vinculante: no cenário de implantação do instituto brasileiro, além das intenções de segurança e isonomia jurídica, existe a invocação à intenção de eficiência.

Trata-se de diferença que não afasta as detectadas proximidades entre os assentos e o mecanismo brasileiro; no entanto, importa compreender intenção de eficiência, porque esta intenção, quando postulada pela súmula vinculante, não exprimiu a ideia de efetividade da tutela jurídica-jurisdicional com exigências de cariz econômico e democrático (“eficiência jurídica”), alinhando-se àquela tendência dos modelos de Estado de Direito comprometidos com a efetividade jurídica. A intenção de eficiência do contexto brasileiro foi traduzida como o imperativo de agilidade ao exercício da tarefa judicial-jurisdicional. E o sentido dessa tradução corroborou para que a súmula vinculante aceitasse o modelo metodológico do normativismo, implicando em juridicidade que se intenciona para objetivar o direito exclusivamente como um dado-pressuposto sistema de normas.

Para uma compreensão mais minuciosa deste fator de diferenciação, passe-se a desvelar a intenção de eficiência, observando como o seu significado de imprimir velocidade contribuiu para conceber o Supremo Tribunal brasileiro com a função de conferir unidade interpretativa ao direito em contradição com o modelo de Estado de Direito comprometido com uma realização jurídica material-efetiva.

4.1 DA CONTRIBUIÇÃO DA INTENÇÃO DE EFICIÊNCIA PARA A OBJETIVAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE

Sabendo que a súmula vinculante também contou com a intenção de eficiência como intencionalidade fundamentante, faz-se necessário conhecer o papel que esta desempenhou especificamente no contexto brasileiro, já que a referida axiologia não existiu no contexto português em que os assentos vigoraram.

Desta feita, começa-se apresentando a abordagem de Júlio César Marcellino Júnior de que a ideia de eficiência encontrou-se no Brasil desde a década de 70, mas o seu domínio, sob o pensamento jurídico brasileiro, ocorreu com a sua positivação na forma do

princípio da eficiência da administração pública^{204,205} – momento em que se venceram os setores legalistas para aceitar como legítima as práticas jurídicas pautadas pela lógica econômica de custo-benefício, conforme o paradigma de “ação eficiente”²⁰⁶, categoria central do capitalismo-neoliberal.

Devido à ideologia individualista que está na base do paradigma de “ação eficiente”, o referido autor²⁰⁷ conta que o princípio de eficiência da administração pública – ao contrário do esperado²⁰⁸ – acabou apontando para um modelo de Estado Mínimo²⁰⁹,

²⁰⁴ MARCELLINO JÚNIOR, Júlio César. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**: (des)encontros entre economia e direito. Florianópolis: Habitus, 2006, p.139-145.

²⁰⁵ O princípio da eficiência da administração pública foi inscrito no bojo do artigo 37, da Constituição Federal brasileira de 1988, por meio da Emenda Constitucional de nº19/1998.

²⁰⁶ “A ação eficiente foi erigida à condição de código lógico linguístico e ofereceu sentido e legitimidade ideológica a todo arcabouço teórico desenvolvido para o projeto neoliberal. A partir de então, a relação entre meios e fins passou a ser redimensionada e, até certo ponto, potencializada no âmbito ético. A eficiência representa muito mais que um simples significante para a lógica economicista. A expressão eficiência, tal qual a expressão liberdade, tem sido utilizada, há muito tempo, como meio de persuasão por aqueles que creem que a sociedade deva ser pautada pelas diretrizes da economia. A eficiência chegou a um grau de parâmetro ético-vinculador em sociedade, atravessando não somente o pensamento jurídico, mas também outras áreas do saber.” MARCELLINO JUNIOR, Júlio Cesar. **O direito de acesso à justiça e análise econômica da litigância**: a maximização do acesso na busca pela efetividade. Tese (doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências jurídicas, 2014, p. 52.

²⁰⁷ *Idem*, op. cit., p.147.

²⁰⁸ Conforme literatura jurídico-administrativista brasileira, a axiologia de eficiência foi introduzida para expressar a própria efetividade estatal no sentido de efetividade social, melhorando a qualidade dos serviços públicos. É que se pode perceber das palavras de Alexandre de Moraes que, à época, dispôs o princípio da eficiência dirigido à razão e fim maior do Estado, a prestação dos serviços públicos sociais essenciais à população, visando à adoção de todos os meios legais e morais para a satisfação do bem comum. Cf. MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 1999, p.294.

José dos Santos Carvalho Filho também lembra ter sido atribuída ao princípio da eficiência a denominação de “qualidade dos serviços prestados” no projeto de Emenda Constitucional nº19/98, a fim de que este possibilitasse o exercício real da cidadania contra as falhas e omissões do Estado”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 20ª Ed. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008, p.25.

²⁰⁹ Segundo Robert Nozick, o Estado Mínimo, também denominado de Estado Guarda-noturno pela doutrina liberal clássica, é aquele que detém o monopólio da força, e limita-se à função de proteger seus cidadãos (contra violência, roubo, fraude) e à função de fiscalização do cumprimento dos contratos. Isto porque o Estado é apresentado como um mal necessário, sendo uma livre associação entre os indivíduos que estão num mesmo território, com o objetivo de proteger os direitos individuais de todos os membros do grupo, impedindo que estes façam justiça com as próprias mãos. Cf. NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Tradução: Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Zahar, 1991, p.42.

Deste modo, o significado da expressão Estado Mínimo propõe que as ingerências estatais sejam ilegítimas no âmbito dos interesses individuais, pois, aos indivíduos, cabe a determinação de seus interesses e promover a sua própria riqueza. E, conforme Noberto Bobbio ressalta, trata-se de concepção que representa o ponto extremo da tradição autêntica do liberalismo, que antagoniza com o Estado de Bem-estar (Estado máximo paternalista e assistencialista), no que toca a proposta de exercício estatal que cumpra a função de justiça social, dentre outras. Cf. BOBBIO, **Liberalismo e democracia**. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 6ªEd (4ª impressão), 2000, p.90.

que entendeu as atividades estatais, inclusive a tarefa judicial-jurisdicional, como um serviço público despreocupado do seu fim. Por isso, compreende-se que a axiologia de eficiência adentrou no ordenamento jurídico brasileiro com o propósito de manifestar o projeto de autonomia do mercado, alinhando o Brasil ao neoliberalismo^{210,211}.

Diante, então, do cenário no qual a ideia de eficiência reflete a implantação da ideologia neoliberal, vislumbra-se que o papel da intenção de eficiência – para determinar o sentido da súmula vinculante como instrumento de uniformização jurisprudencial – denota a própria influência ideológica no pensamento jurídico brasileiro. E daí que, a partir desse ponto, esta pesquisa debruçar-se-á sobre o neoliberalismo, entendendo a sua importância para que a súmula vinculante tenha se referido à intenção eficiência apenas para exprimir uma noção de velocidade, o que corroborou com o objetivo de uniformização jurisprudencial através de enunciados geral-abstratos.

Nesse diapasão, valendo do quanto dito por Antoine Garapon²¹², destaca-se que o neoliberalismo consiste em fenômeno que, além de econômico²¹³, é político, uma vez que ele expande o paradigma econômico a todas as demandas da sociedade em escala mundial.

Acompanhando este movimento global de ajustes estruturais, Alexandre Moraes da Rosa ensina que a adaptação dos sistemas jurídicos aos ditames do mercado foi de ordem legislativa e normativa executiva, sob o discurso de o direito ser um meio para

²¹⁰ O neoliberalismo pode ser definido como o movimento de reação ao Estado de Bem-estar que ganhou terreno mundial a partir da década de 70. ANDERSON, 2003, p.9-10.

²¹¹ No mesmo sentido Jânia Maria Lopes Saldanha e Sergio Rocha, ao elucidarem que as últimas reformas processuais no Brasil foram fomentadas, principalmente, pelo Banco Mundial, através do seu Documento Técnico 319S (1996) e Relatório 32789-BR (30.12.2014). Isso porque ambos os documentos impuseram valores neoliberais, tais como a pretensão de aprimoramento da prestação jurisdicional, direcionando o Poder judiciário para ser uma instituição que maximiza sua capacidade de resolver demandas, bem como a pretensão de reduzir custos e aumentar a riqueza, protegendo o investidor e o proprietário. Cf. SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **A influência do neoliberalismo sobre a jurisdição: a difícil sintonia entre eficiência e efetividade.** In *Jurisdição e Processo: Estudos em homenagem ao Prof. Ovídio Baptista da Silva*. Vol. III/ Jeferson Dytz Marin (Coord). Curitiba: Juruá, 2009, p.55-60 e ROCHA, S., 2006, p.500-516

²¹² Cf. GARAPON, 2008, p.98.

²¹³ “O neoliberalismo econômico constitui, nos dias atuais, a doutrina que diante de certo fracasso do liberalismo clássico e da necessidade de reformar alguns de seus modos de proceder, admite uma certa intervenção do Estado na economia, mas sem questionar os princípios da concorrência e da livre empresa” JAPIASSU, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário básico de filosofia**. 4ª. ed. Rio de Janeiro (RJ): J. Zahar, 2006, p.119.

atender o propósito de crescimento econômico mundial²¹⁴. Alterou-se o conteúdo legislativo, a fim de permitir o desenvolvimento de uma ordem de mercado livre, e se modificou a atuação judiciária para realizá-la mediante a planificação das decisões judiciais, tem em vista a sua condição de ferramenta para assegurar a maneira pela qual as diretrizes econômicas legalmente cristalizadas são executadas²¹⁵.

Decerto, tais mudanças foram operadas no sentido de caber ao Estado, via direito, tão só o papel de tencionar e eliminar as externalidades, a fim de viabilizar a dinâmica mercadológica de transações voluntárias. Portanto, destaca-se que a onda neoliberal reduziu a atuação do Poder Judiciário para função de garante – inclusive punindo, caso haja violação da ordem –, de modo a caber, ao sistema judicial, apenas a atribuição de preservar o desenho dos direitos patrimoniais, as regras de trocas, e as manifestações de vontades particulares com o menor custo econômico possível.

Para o referido jurista²¹⁶, tal redução consiste na funcionalização do sistema judicial para manutenção dos dogmas neoliberais. E daí que se compreenda o recurso à técnica de uniformização jurisprudencial como um expoente dessa funcionalização, o qual se mostra relevante à medida que cumpre o fim de impedir os desvios de interpretação capazes de afastar – ou, ao menos, abalar – o conteúdo legal de sentido favorável à economia de mercado.

Nessa esteira, destaca-se que a intenção da súmula vinculante de dizer qual a maneira correta de interpretar a lei – através de enunciado geral-abstrato – possui outro significado além da hipótese de “interpretação autêntica” em nome da segurança jurídica. A intenção também traduz um sentido neoliberal, que compreende a emissão de enunciado geral-abstrato para dizer a “interpretação jurídica correta” como o atendimento do desejo de unidade do conteúdo legal, pois atuações jurídico-executivas contrárias às diretrizes econômicas cristalizadas obstam a consecução da ordem mercadológica legalmente instituída. Na lei restam contempladas as condições mínimas do mercado, e, se este se desenvolve voluntariamente, deve-se assegurar apenas o legislativamente previsto.

²¹⁴ Cf. ROSA; LINHARES, 2009, p.51.

²¹⁵ *Ibidem*, p.77-78.

²¹⁶ *Ibidem*, p.77-78.

Em relação ao sentido neoliberal e ao objetivo de uniformidade jurisprudencial imputado ao Tribunal Superior, ainda convém apresentar a seguinte explicação de Antoine Garapon: o recurso à técnica de uniformização jurisprudencial de caráter universal ocorreu por adoção da estratégia de gestão administrativa de um sistema judicial que está preocupado com a efetiva evacuação do fluxo de demandas judicial-jurispcionais e que não foi pensado para prolação de justas decisões. Isso porque esse modo de gerenciar justificou a aceitação da universalização da justiça no âmbito jurídico-jurisprudencial, concebendo a atividade judicial a partir de *baremas*²¹⁷.

Assim, toma-se nota que o fenômeno da *baremetrização* aceitou a universalização da justiça – no âmbito jurídico-jurisprudencial – sob o fundamento de considerá-la apta a tornar o serviço de justiça compatível à atividade humana processável em tempo real, uma vez que desse fundamento percebe-se esta exigência de compatibilidade como o fator determinante da gestão administrativa para esvaziamento das demandas judiciais acumuladas. Isso significa dizer que a necessidade de transações velozes se impôs ao modo de prestação jurisprudencial de tal maneira que a jurisdição passou a operar mediante a lógica de solução imediata dos litígios, tornando possível entender as prescrições geral-abstratas (de caráter universal) como recursos válidos à sistematicidade judicial.

Nesse diapasão, salienta-se que o entendimento do ato decisório a partir de *baremas* encontra paralelo no ensinamento de Alexandre Morais da Rosa de que a expansão do econômico sob o jurídico teve o condão de definir como critério de eficiência do sistema judicial a capacidade de suprir demandas de julgamento²¹⁸. Afinal, no cenário de efetividade estatal numérica e estatística é que se verifica o movimento de transformar as unidades jurisprudenciais em mecanismos articulados para dar rapidez às demandas. E, da transformação, percebe-se a abertura para o objetivo de uniformização jurisprudencial que corrobora com a ideia de decisões judiciais proferidas em caráter instantâneo.

Segundo o jurista brasileiro, a modificação do *modus* de aferição da confiança no sistema jurídico para critérios quantitativos se deu sob o fundamento de a elevada

²¹⁷ GARAPON, 2008, p.99-100.

²¹⁸ ROSA; LINHARES, 2009, p.71-76.

duração dos processos e seus custos diminuir a credibilidade da justiça²¹⁹. Dado isso, a súmula vinculante encaixa-se no contexto de efetividade estatal numérica e estatística, uma vez que o entendimento deste instituto como “trabalho hermenêutico já realizado” demonstra que se acredita na despolitização da decisão judicial, a qual dispensa a construção de verdade intersubjetiva mediante processo judicial, ante os custos de tempo e dinheiro serem incompatíveis com a dinâmica do mercado²²⁰.

Ainda, elucida-se que a crença na despolitização da decisão judicial propicia a retomada da realização jurídica por meio da atividade de mera aplicação, porque, ao fazer valer a imposição de “interpretação correta”, esta crença admite a possibilidade de demitir a interpretação jurídica, e, em consequência, ratifica pensar a realização da atividade jurídico-decisória reduzida ao exercício de reprodução do normativamente constituído.

Assim, evidencia-se ser para o fenômeno da *barametrização* que as intenções de segurança, de isonomia, e de eficiência – formuladas pela súmula vinculante – tornam-se convergentes. Tal convergência, decerto, é relativa ao modelo jurídico-metodológico, pois as pretensões de segurança e a isonomia jurídica, por consequência de intencionarem a juridicidade *a priori* em um sistema unitário de coerência e coesão normativa abstrata, também implicaram no paradigma da aplicação, requerendo que o exercício jurídico-jurisprudencial seja uma mera reprodução de comandos normativos previamente constituídos.

Contudo, apesar de desvelada a conexão entre as intenções justificadoras da súmula vinculante e exposta quais as razões neoliberais para promover a unidade da interpretação/conteúdo da lei – que revelam a contribuição da intenção de eficiência referenciada pelo instituto brasileiro para atribuir do seu sentido como veículo de uniformização jurisprudencial –, elucida-se, por fim, que a intromissão do econômico ao jurídico configura em um mal.

Conforme lecionam Alexandre Morais da Rosa e José Manuel Aroso Linhares^{221, 222}, a influência neoliberal ao direito é manifestamente ideológica, e se trata de

²¹⁹ *Ibidem*, p.74.

²²⁰ ROSA, 2008, p.37.

²²¹ ROSA; LINHARES, 2009, p.73 *et seq.*, e p.199 *et seq.*

ideologia prejudicial à juridicidade, em virtude de ter o condão de retirar o sentido específico da última. O neoliberalismo como “centro vazio absoluto” – ou seja, como *locus* que não assume a condição de uma autoridade central, única e racional – instrumentaliza tudo que toca, de maneira que submete todos à sua lógica de mercado.

Nesta linha, é válido destacar o trabalho de autoria de Alexandre Morais da Rosa, intitulado “Súmula como se Imagem fosse”²²³, uma vez que configura proposta à ideia de instrumentalização do mecanismo brasileiro aos ditames mercadológicos.

Conforme se depreende deste ensaio, o sentido atribuído à súmula vinculante é de um bem de consumo, o qual implica em nova forma de compreender e decidir no campo jurídico relegitimante da filosofia da consciência²²⁴. E, segundo o autor brasileiro²²⁵, a

²²² Insta fazer a observação de que a obra em referência consiste em um excuro de duas partes, sendo que cada parte é de autoria de um dos juristas. A primeira parte, que compreende as páginas 5-140, foi redigida por Alexandre Morais da Rosa. A segunda parte, que compreende as páginas 145-275, foi redigida por José Manuel Aroso Linhares.

²²³ A tese da “Súmula como se Imagem fosse” parte do ponto que, embora o intérprete jurídico seja atento às manipulações discursivas textuais, ele não se previne das manipulações de veículos linguísticos visuais – que também possuem natureza textual –, de maneira que é seduzido por artimanhas da ideologia neoliberal que utilizam esses meios. No entanto, a sedução somente ocorre devido à acomodação do interprete na sensação de possuir a certeza do descoberto proveniente da hermenêutica do conforto – forma de compreender a realidade por meio da cognição sujeito-objeto, que é apegada à ideia de que existam verdades eternas, pré-linguísticas tal qual a postura hermenêutica do sujeito clássico, titular absoluto da consciência.

Na base da hermenêutica do conforto, então, encontram-se dois pilares: (1) a crença de que é possível findar o trabalho hermenêutico, e (2) a crença de que não se faz necessário revisar a suposta verdade absoluta encontrada. Com efeito, a ausência da revisão da verdade descoberta justifica-se por tratar-se de verdade legítima, adquirida por meio do emprego correto dos métodos; e estagnação da atividade interpretativa justifica-se em razão da imagem não padecer das impropriedades do texto jurídico-legislativo.

Noutro giro, como o *slogan* da ideologia neoliberal é o desejo de uma “Justiça Eficiente”, a qual se orienta pelo critério do custo-benefício, explica-se a preferência pelo movimento mecânico de “copiar e colar” à medida que este método é compreendido como a forma racional mais adequada e ágil à realização do direito. E, uma vez adotado esse método de respostas prontas no campo jurídico, salienta-se que o método é retroalimentado pela hermenêutica do conforto e sua crença em ser possível estagnar o processo compreensivo hermenêutico, pois isso justifica que se conceba a súmula vinculante como depositária da verdade eterna jurídica – ou seja, que a súmula vinculante configure nova embalagem ao manequim jurídico de haver mecanismo que encerre em si a aquisição de uma verdade universal decorrente de legítimo procedimento racional. Cf. ROSA, 2008, p.32-38.

²²⁴ A filosofia da consciência congrega uma série de correntes filosóficas que vai de Descartes a Husserl, dos objetivistas aos idealistas, passando pelo historicismo de Hegel até a fenomenologia de Husserl, à medida que toda cognição se dava mediante a estrutura sujeito-objeto e à medida que o ser era visto como resultado dessa operação cognitiva subjetivada. Cf. STRECK, Lênio Luiz; **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 6ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

Desta feita, o modelo decisório da filosofia da consciência baseia-se no sujeito solipsista (racionalista-subjetivista), e o ato de decisão judicial consiste em um produto advindo de um conjunto de valorações subjetivas extraídas de qualquer critério reconhecível. Cf. STRECK, Lênio Luiz, **O que é isto – decido conforme minha consciência?** – 3ªEd. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p.33-57.

ferramenta sumular verter-se-ia em imagem, porque, ao constatar a naturalização dos efeitos das imagens para operá-las como algo dado, é possível esconder o que há por detrás da mensagem visual, e, assim, aceitar a apresentação da súmula vinculante como proposição (negativa ou positiva) de como decidir no futuro.

Entendida enquanto dado normativo, tal proposição sugere o pensamento jurídico crente em verdades pré-linguísticas, que tende ao paradigma jurídico-metodológico da aplicação. Daí que se endosse a referida proposta, ressaltando que tal pensamento para instrumentalização da súmula vinculante também tem capacidade para conferir nova roupagem à pretensão de dizer a “interpretação correta” através do anúncio de comandos jurídico-normativos que exprimem verdades atemporais.

Isso significa dizer que a “Súmula como se Imagem fosse” contribui para que o contexto jurídico brasileiro seja pensado para favorecer a consecução do objetivo de uniformidade jurisprudencial, pois a proposta de instrumentação não se insurge ao entendimento de ser devida a enunciação da “interpretação correta” destinada a evitar decisões judiciais fundamentadas em interpretações divergentes.

Diante disso, pode-se evidenciar que a contribuição da intenção de eficiência se trata de uma ingerência ideológica, a qual ratificou o objetivo de uniformidade jurisprudencial traduzido na unidade da interpretação da lei (do projeto normativo geral-abstrato), em virtude de pensar a existência de verdades pré-linguísticas cabíveis no bojo de proposição jurídica que enuncia a “interpretação correta”, e de aceitar que a atuação judiciária apenas seja para garantir o conteúdo da lei, reduzindo a decisão judicial ao ato de reprodução da normatividade jurídica previamente constituída. Afinal, essas razões conduzem o pensamento jurídico a intencionar a juridicidade em conformidade com a concepção do direito enquanto um arranjo normativo puramente abstrato.

²²⁵ A explicação de que as imagens aparentam ser mais naturais do que um discurso verbal-textual destinado ao mesmo fim é que as imagens se formam de modo contínuo pela linguagem, sendo um todo uniforme, sem brechas interpretativas; enquanto o texto, como uma cadeia de palavras para formar sentido, é desmembrável em partes heterogêneas, que analisáveis descontinuamente provocam a instabilidade interpretativa. ROSA, op. cit., p.33-34.

4.2 DA PROPOSTA DE ANTÔNIO CASTANHEIRA NEVES: INTENÇÃO DE UNIDADE DO DIREITO

Em consonância à diretriz de a manifestação jurisprudencial se dar em caráter concreto, expõe-se que Antônio Castanheira Neves, em sua obra “o Instituto dos Assentos e a Função jurídica dos Supremos Tribunais”, traz significativa contribuição para conceber a tarefa dos Tribunais Superiores ligada à função jurisdicional de decidir o mérito do conflito jurídico²²⁶.

No trabalho em questão, ao propor o regime de “liberdade jurisdicional justificada” – que consistiu em uma resposta ao problema da realização da função própria dos Tribunais Superiores –, o referido jurista²²⁷ sugere a substituição do objetivo de uniformidade jurisprudencial ao da unidade do direito, sob o fundamento de que o último objetivo extirpa a intencionalidade jurídica que pensa o direito manifestado em uma unidade pressuposta formal e sistemática. Intencionalidade esta que se encontra presente nos assentos e súmula vinculante, uma vez que esses institutos pretenderam uniformizar a jurisprudência para preservar o modo-de-ser do jurídico como normativo puramente abstrato – ou seja, como um projeto-pressuposto de positivas normas de caráter universal.

Ainda, o auto coimbreense²²⁸ explica que é importante a substituição do objetivo de uniformidade jurisprudencial, ante o reconhecimento do não esgotamento da dimensão jurídica da jurisprudência nas atividades de interpretação e integração da lei. Pois, do reconhecimento de que estas atividades são apenas momentos normativos do mais amplo e complexo problema jurídico-concreto²²⁹, é cediço que o desempenho do papel jurídico-normativo pelos Supremos Tribunais não se desliga da função jurisdicional em sentido estrito – ou seja, não é desconexa do exercício de propor justiça concreta a causa

²²⁶ NEVES, Antônio Castanheira. **O instituto...** 1983, p.653-667.

²²⁷ *Ibidem*, p.657.

²²⁸ *Ibidem*, p.649-655.

²²⁹ A situação problemática é a fenomenologia de realização histórica do direito, e esta preceitua que se interpreta para aplicar. Assim, em razão de admitir que sempre haja interpretação em função normativa no acontecer de um ato normativo, é certo que a decisão jurisprudencial apenas é mais um ato normativo, não sendo possível que a interpretação ou a integração da normatividade seja ato normativo de exclusividade dos Supremos Tribunais. Cf. *Idem*. **A unidade do sistema jurídico**: o seu problema e seu sentido (diálogo com Kelsen). Boletim da Faculdade de Direito, número especial. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1979, p.115-117.

sub judice. E, deste modo, a uniformidade jurisprudencial para impor um juízo linear e impedir interpretações configura em negação do processo normativo-constitutivo da realização problemático-concreta do direito.

Assim, apreendidas as razões da substituição do objetivo de uniformidade jurisprudencial ao objetivo de unidade do direito, salienta-se que esta permuta implica em mudança de paradigma. Especificamente, alteração de paradigma para excluir a ideia de unidade jurídica como coerência axiomática de uma conceitual racionalidade constituída ao nível das normas (atitude tradicional do normativismo), e, em seu lugar, formular intenção de unidade do direito que corrobora com a ideia de unidade de caráter normativo-material – a qual aceita a índole axiológica para que o direito cumpra sua função prática, e, conseqüentemente, consagra o entendimento de unidade que tem em vista a compatibilidade de realização concreta entre os valores, princípios e critérios normativos²³⁰.

No entanto, importa observar que, na determinação do sentido da intenção de unidade do direito, os princípios normativo-jurídicos²³¹ são entendidos enquanto manifestação da axiológica constituição jurídica. Isto porque, conforme depreendido dos ensinamentos de Antônio Castanheira Neves²³², se os valores e princípios normativos são pensados como previamente postulados, com limites semânticos demarcados em termos absolutos, aprisiona-se a juridicidade no passado em que foi definida. E, por consequência, a unidade não deixa de ser pressuposta formal e sistemática, embora se admita a realização

²³⁰ *Ibidem*, p.164-165.

²³¹ Em seu desenho da objetiva sistematicidade jurídica, Antônio Castanheira Neves traz que os princípios são as manifestações normativas que se beneficiam de uma presunção de validade que vincula a todos como consequência de representar o momento ontológico do sistema. Portanto, aos princípios, reserva-se a condição de fundamentos jurídicos, compreendidos como racionais justificativas da inteligibilidade de um compromisso prático.

As manifestações principiológicas do fenômeno jurídico, contudo, podem ser positivas, transpositivas ou suprapositivas. E, em relação à primeira, deve-se ter o cuidado de que, embora o princípio positivo possa servir como critério jurídico, ele não se confunde com as soluções jurídicas, pois estas somente orientam a interpretação jurídica pré-disponibilizando respostas jurídicas, a exemplo dos critérios legais e jurisprudenciais. Os princípios – em qualquer de suas três manifestações –, por estarem em posição de base, sustentam a interpretação jurídica. Cf. *Idem*. **Fontes do Direito. Contributo...** 1982, p.246-249.

²³² *Idem*. **A unidade...** 1979, p.166.

prático-normativa do direito nos modos de concretização e integração²³³ dos previamente postulados princípios normativos.

Nessa esteira, pode-se apontar que, com *status* de nota caracterizadora do objetivo de unidade de direito, está o reconhecimento de uma irreduzível autonomia constitutiva aos atos normativos, inclusive, ao ato normativo de decidir em concreto. Decerto, a referida autonomia não se confunde com o caráter constitutivo²³⁴ do ato decisório sustentado por Hans Kelsen, pois o pensamento kelseniano, estando reduzido à ideia do sistema jurídico com uma estrutura formal, entendeu a determinação da juridicidade em concreto como a mera continuidade do processo de criação jurídica – ou seja, compreendeu a decisão judicial como ato de individualização normativa²³⁵.

A autonomia jurídico-constitutiva aceita por Antônio Castanheira Neves advém da compreensão de o direito consistir em um objetivado resultado de um juízo²³⁶, de tal maneira que a realização do direito, inexoravelmente, implica em exercício de ato interpretativo de constituição normativa.

Isso significa dizer que o sentido da intenção de unidade do direito compreende-se à medida que passa pela crítica jurídico-metodológica²³⁷, recepcionando a ideia de que a constituição do direito não é mera determinação concretizadora do normativo pressuposto – tal como vislumbrado pelo normativismo. A constituição do direito ocorre através da realização prática, em processo histórico contínuo. E, a determinação do jurídico apresenta-se sempre ligada a um ato normativamente constitutivo, embora a intensidade desta ligação seja variável a depender do nível da tarefa jurídica que se realiza.

²³³ O modo de concretização corresponde à realização concreta do direito que não é limitada à mera aplicação lógica de uma norma, e admite enriquecimento normativo quando do cumprimento de uma prévia solução jurídica em consideração às circunstâncias e mérito concreto do caso *decidendo*. Já o modo de integração corresponde ao preenchimento de uma lacuna no quadro de um sistema jurídico. Cf. *Idem*. **O instituto...** 1983 p.251, notas 558 e 559.

²³⁴ O jurista austríaco admite que os atos decisórios sejam constitutivos também quando se faz necessário sair da moldura normativa. Este é caso do tribunal receber poder ou competência para produzir norma jurídica por não haver predeterminação do conteúdo da juridicidade. Esta normatividade, contudo, é válida unicamente para conflito *decidendo*, sendo a sua determinação circunscrita à esfera da discricionariedade. Cf. KELSEN, 2006, p.271-272.

²³⁵ *Ibidem*, p.263 *et seq.*

²³⁶ NEVES, Antônio Castanheira. **A unidade...** 1979, p.121.

²³⁷ Para uma explanação detalhada da crítica jurídico-metodológica Cf. LARENZ, 2014, p.163-258, e p.379-389.

Outrossim, também com *status* de nota caracterizadora do objetivo de unidade de direito, encontra-se a compreensão de que a intenção de unidade do direito de caráter normativo-material formula-se em oposição às unidades normativas *a priori* – seja a unidade de identidade ou redução lógica, bem como a unidade totalmente pressuposta por fundamentação²³⁸. Isso porque, ao aceitar a índole axiológica para que o direito cumpra sua função prática, o jurista coimbreense²³⁹ toma por certo que o formato de um sistema normativo prévio revela-se insuficiente não só por ser impossível predeterminar todos os problemas jurídicos, que são suscitados pela realidade imprevisível e dinâmica; mas sim em razão de o sistema de normas, ao pôr-se perante novas problemáticas, ter de abrir o seu objetivado arcabouço normativo para repensar os juízos positivados.

Desta feita, evidencia-se que Antônio Castanheira Neves aponta a insuficiência de conceber a totalidade jurídica em um sistema formal-pressuposto para cedê-la à intenção unitária que, além de possuir índole aberta, é de reconstrução dialética, consoante a historicidade que permeia a dinâmica jurídica²⁴⁰. Afinal, ao surgirem novas experiências problemáticas não contempladas no quadro positivo-normativo existente, as novidades normativas são ordenadas com a normatividade antiga, de modo que estas anteriores intenções normativas subsistam relativizadas às novas intenções normativas, e o direito se apresenta em uma totalidade que forma uma unidade congruente de convivência correlativa.

²³⁸ A unidade de identidade lógica é aquela que postula univocidade de conceitualização abstrata, a exigir coerência de totalidade lógica, sem contradições, plena (sem lacunas) e fechada. Trata-se, então, de unidade previamente definida (*a priori*), já que não é o resultado de uma concreta experiência problemática; bem como de unidade estática, pois ao postulado da identidade lógico-abstrata no conteúdo corresponde o postulado de univocidade lógico-significativa na sua determinação e aplicação.

A unidade por redução lógica, por sua vez, define-se por erguer-se em torno de um só fundamento, exigindo totalização sistemática abstrata. Ante o caráter abstrato, esta unidade também é pressuposta (*a priori*), mas se diferencia da anterior por reconhecer a função materialmente constitutiva da realização do direito. Função criativa que, no entanto, acaba tendo sua articulação delimitada ao quadro formal de possibilidades normativas, em razão de a totalidade sistêmica apenas conceber-se em uma estrutura que parte de um único fundamento global.

A unidade totalmente pressuposta por fundamentação define-se, ao contrário das outras duas, por ser uma totalidade material normativa, o que significa dizer que, além de reconhecer função materialmente constitutiva da realização do direito, compreende a índole axiológica do direito a cumprir-se numa função prática e concretamente constitutiva. Mas, trata-se de unidade *a priori*, uma vez que as opções axiológicas são aqui reportadas como postulados previamente assumidos, que atuam demarcando o espaço jurídico no qual os fundamentos normativos são invocados. Cf. NEVES, Antônio Castanheira. **O instituto...** 1983, p.240-251.

²³⁹ *Idem*. **A unidade...** 1979, p.167 *et seq.*

²⁴⁰ *Ibidem*, p.171.

Em outras palavras, uma vez forçada a abertura para revisão do sistema, entende-se que o sistema jurídico não cumpre a exigência de absorver os problemas ainda sem resposta através da sua integração numa totalidade de linear coerência lógica, ou de coerência dedutiva. Mas sim, entende-se que o cumprimento de tal exigência ocorre por meio de uma integração de recíprocas limitações que a realização prático-normativa mostra, na razoabilidade de um diálogo de fundamentações, os termos em que deverão ser admitidos.

Diante, então, desse processo dialógico de razoabilidade, nota-se que a ordenação do direito em uma totalização integrante consiste em uma tarefa constante. E daí que a unidade seja concebida como uma intenção axiológica, não mais cabendo restringi-la ao entendimento que a vislumbra em equivalência ao sistema normativo meramente dado.

Dito isso, salienta-se que o ensinamento de oposição às unidades normativas *a priori*²⁴¹ consiste em relevante postura para superar a situação de os assentos e a súmula vinculante terem confeccionado um direito judicial identificado com a normatividade geral-abstrata, embora tenham almejado a uniformidade da jurisprudência (fonte jurídica de índole concreta). Isso porque tal oposição insurge-se ao objetivo da uniformização jurisprudencial, o qual impõe uma linearidade à jurisprudência como meio para eliminar as divergências interpretativas e para garantir a unidade do conteúdo jurídico positivado em programa normativo-abstrato. Ademais, tal oposição contribui para apreender a metodologia jurídica enucleada na relação entre o sistema jurídico e a experiência jurídico-problemática, e, assim, realizar o direito não mais tendo de optar entre manter a coerência sistêmica ou proferir a justa decisão concreta²⁴².

Nessa esteira, entende-se que a adoção da pretensão de unidade do direito significa que cabe, aos Tribunais Superiores, intervir jurisdicionalmente para controlar e orientar a jurisprudência no seu conjunto e instâncias, colaborando com a constituição de uma totalidade jurídico-sistemática que contempla a materialidade ligada à manifestação jurisprudencial.

Tudo isso leva a perceber que a substituição do objetivo de uniformidade da jurisprudência pela intenção de unidade do direito muda para o ponto de vista teórico do

²⁴¹ *Ibidem*, p.170 *et seq.*

²⁴² *Idem*. **O instituto...** 1983, p.657.

particularismo moderado²⁴³. Pois, este determina a função da Corte Suprema pondo relevo aos fatos concretos – entendendo-os como guias da interpretação do direito – mas não exclui a ideia de que cabe, aos Tribunais Superiores, tornar previsível e controlável a interpretação jurídica.

Assim, considerando a capacidade de esta intencionalidade observar o caráter histórico-concreto para manifestar o critério jurisprudencial e permitir a atividade dos Tribunais Superiores de articular interpretações jurídicas a partir do seu poder-dever de desenvolver o direito²⁴⁴, vislumbra-se a possibilidade de incorporar tal intencionalidade ao contexto jurídico-brasileiro. Especificamente, ao cenário de utilização da súmula de efeito vinculante para uniformizar a jurisprudência do seu Supremo Tribunal Federal, uma vez que a produção normativa geral-abstrata pela atividade jurisdicional pelos Tribunais Superiores não é compatível com caráter material da experiência jurisprudencial.

Para proceder a tal incorporação, no entanto, salienta-se que, por primeiro, o pensamento jurídico brasileiro deve apreender o entendimento acerca da nota individualizante de constituição concreta da normatividade jurídica-jurisprudencial, bem como o *modus* de vinculação por prejuízo (presunção relativa de justeza) que marca a fonte jurisprudencial. Afinal, da aceitação de que é uma exigência da jurisprudência manifestar-se ligada à materialidade impõe-se a compreensão do direito como fenômeno histórico, radicado na realidade fática. E, por consequência, tornar-se-á possível deixar de buscar o objetivo da uniformização da jurisprudência que apenas postula a unidade do direito enquanto projeto normativo geral-abstrato.

²⁴³ Segundo Michele Taruffo, dois paradigmas divergentes conflitam no âmbito da determinação da função das Cortes Supremas, a saber: o universalismo jurídico e o particularismo jurídico. Pela tese universalista, o juiz estaria vinculado a decidir de modo uniforme, aplicando dedutivamente uma regra geral sem ter em conta os fatos do caso, se não para construí-los de tal modo a fazê-los corresponder à *fattispecie* abstrata definida por uma norma. Já pela perspectiva particularista, o juiz deveria decidir tendo em conta apenas os fatos particulares do caso específico, sem levar em consideração nenhuma regra geral. No entanto, salienta-se que as versões moderadas do particularismo não excluem que se possam e devam existir situações intermediárias, nas quais a atenção necessária a todos os *particulars* relevantes se conjuga com a individuação de regras tendencialmente universais, capazes de serem aplicadas também em outros casos. Esta é a situação na qual cabe, às Cortes Supremas, a tarefa de tornar relativamente previsível e controlável a interpretação das normas. Cf. TARUFFO, Michele. **As funções das cortes supremas entre a uniformidade e justiça** In I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil/ Coord. Camilo Zufelato, Giovanni Bonato, Heitor Vitor Mendonça Sica, Lia Carolina Batista Cintra – Salvador, JusPODIVM, 2015, p.45-47.

²⁴⁴ Thomas da Rosa de Bustamante, ao explicar que não cabe aos Tribunais Superiores apenas a função de decidir casos individuais – pois esta função é afoita a todos os órgãos judiciários – sustenta o poder-dever de desenvolver o direito como o elemento definidor da tarefa (função própria) dos Tribunais Superiores. Cf. BUSTAMANTE, 2012, p.434.

Essa apreensão de entendimento se sucedeu no ordenamento jurídico português, quando da declaração de inconstitucionalidade dos assentos – instituto que, assim como a súmula vinculante, definiu-se com o fim de uniformizar a jurisprudência, mas dogmaticamente concebeu-se enquanto critério legal.

Após a revogação dos assentos, o pensamento jurídico português modificou a compreensão acerca da fonte jurisprudencial para assumir a jurisprudência em seu sentido próprio²⁴⁵, e, atualmente, os Tribunais Superiores portugueses não mais cometem a perplexidade de valer-se de critério jurídico não jurisprudencial para cumprir a tarefa dessas cortes de articular interpretações jurídicas a partir do seu poder-dever de desenvolver o direito. Esses tribunais, no tocante ao exercício da sua função própria, controlam a interpretação jurídica no âmbito judiciário através de decisões judiciais com força persuasiva, que exige dos tribunais inferiores fundamentação robusta e suficientemente convincente, para pôr em causa uma interpretação jurídica uniformizada pelas instâncias superiores.

Portanto, em Portugal, os Tribunais Superiores já orientam a constituição do direito em uma totalidade jurídico-sistemática consonante a dinâmica histórica do direito e o caráter material da jurisprudência. E isso é o que também se espera para o Brasil em um futuro próximo.

²⁴⁵ LINHARES; GAUDÊNCIO, 2015, p.189-192.

5 CONCLUSÃO

Por meio do presente trabalho, objetivou-se desvelar o fenômeno brasileiro da súmula vinculante, a partir do questionamento acerca da sua forma de manifestar-se enquanto fonte jurisprudencial com o fim de uniformizar a jurisprudência. Para tanto, esta pesquisa valeu-se de uma análise comparativa com os assentos, em razão de o instituto português assumir, igualmente à súmula vinculante, a forma de preceito universal que se desconecta das particularidades do caso concreto, para estatuir norma de interpretação que impõe uniformidade à jurisprudência.

Assim, a comparação adotou, como que por premissa, a seguinte semelhança entre a súmula vinculante e os assentos: embora decorressem da atividade jurisprudencial-judiciária, e, por isso, coubesse-lhes a qualificação de jurisprudência (nos termos da dominante teoria clássica das fontes jurídicas), o instituto brasileiro e o português não guardaram relação com as soluções jurídicas decididas, como outras manifestações jurisprudenciais. Esse fato justificou compreender os enquadramentos dogmáticos dos institutos, para que fosse aprendido o sentido de ambos enquanto fontes do direito.

Concluiu-se que a súmula vinculante e os assentos se qualificaram como lei. A atribuição do sentido dogmático legal, por sua vez, deveu-se à constituição da juridicidade em forma de preceito universal, pois este é o modo-de-ser legal, conforme a perspectiva fenomenológico-normativa das fontes jurídicas.

Ademais, o sentido dogmático dos assentos e da súmula vinculante é lei, e não jurisprudência, em virtude de o critério jurídico jurisprudencial determinar-se – de acordo com a perspectiva fenomenológico-normativa das fontes jurídicas – pelo elemento específico da concretude e pelo válido modo de constituição que respeite o desenvolvimento metodológico da presunção não absoluta de justiça. Traços individualizantes da fonte jurisprudencial que restaram ausentes tanto nos assentos quanto na súmula vinculante.

Constatada a impossibilidade de a súmula vinculante e de os assentos figurarem como critérios jurídico-jurisprudenciais, a presente pesquisa investigou as intenções de segurança e igualdade jurídica enquanto alicerces fundamentantes para que

esses institutos tenham se justificado sob a pretensão de uniformização jurisprudencial que somente alcançou a unidade do direito em um projeto normativo geral-abstrato. Isto porque as preferências pelo sentido axiológico de segurança antinômico à justiça e pelo sentido formal de igualdade perante a lei trouxeram à tona que, sob o pálio do objetivo de uniformidade da jurisprudência, os institutos intencionaram a juridicidade não histórico-materialmente, mas sim geral-abstratamente. Se fossem adotadas as acepções materiais das intenções de segurança e igualdade jurídica, certo é que a manifestação do fenômeno jurídico, em Portugal e Brasil, tenderia a aceitar e observar a juridicidade jurisprudencial, cujo caráter é concreto.

Nesse contexto, mereceu destaque a relação dos assentos e da súmula vinculante com os Tribunais Superiores, no que toca à função de controle dessas cortes para dizer a “interpretação correta” e, assim, garantir a previsibilidade jurídica mediante a planificação normativa. Afinal, ao sustentar-se na crença de a estabilização da ordem jurídica ocorrer por meio de juízos jurídicos abstratos, esta relação determinou a formulação da pretensão de uniformidade de jurisprudência que compreende a “interpretação correta” a partir da relação gênero-espécie entre as decisões.

Com efeito, o oferecimento daquilo que há de geral deu-se no intuito de este servir como uma solução jurídica válida para casos concretos similares e futuros, o que se conformou a compreensão do direito como um sistema unitário de mera coerência e coesão normativa abstrata, que apenas reproduz sua existência abstrata no plano concreto. Desta maneira, concluiu-se que a desconsideração da individualidade concreta pelos assentos e súmula vinculante – que foi responsável por afastar o sentido dogmático jurisdicional – ocorreu em razão de ter vigorado, em Portugal e no Brasil, o entendimento da individualidade como uma coisa isolada que realiza o abstrato-geral.

No caso da súmula vinculante, porém, além das intenções de segurança e igualdade jurídica, a intenção de eficiência corroborou a perplexidade de o instituto brasileiro assumir a forma de prescrições gerais e abstratas para promover uniformização da jurisprudência, sem contemplar a índole material desta fonte jurídica. Isso porque, ao almejar um desenvolvimento jurisdicional-judiciário compatível com a velocidade acelerada, a intenção de eficiência postulada pela súmula vinculante ratificou o objetivo-cognitivismo jurídico e a racionalidade analítica dedutiva como forma de compreender e

decidir a juridicidade. Traços que são próprios da perspectiva do direito manifestado mediante normas, a saber, o normativismo.

Especificamente, verificou-se que, pela intenção de eficiência, o instituto sumular vinculante foi compreendido como uma tecnologia catalisadora de sentido normativo, devido a sua capacidade de acelerar o exercício judicial-jurisprudencial meramente reprodutor do direito concebido em abstrato. Mas, por ter sido suscitada a reduzida ideia de o legislador antecipar abstratamente o julgador, detectou-se que o pensamento jurídico brasileiro encontra-se adstrito ao paradigma metodológico da aplicação e ao entendimento normativista da juridicidade manifestar-se no plano abstrato.

Apreendido, então, que os institutos em comparação objetivaram-se à luz do normativismo, evidenciou-se a proposta de Antônio Castanheira Neves de unidade do direito como substituto do objetivo de uniformidade jurisprudencial, vinculado à concepção normativista.

No entanto, importa salientar que a proposta de unidade do direito demonstra um caminho para permitir a manifestação jurisprudencial da Corte Superior em caráter concreto. Isso porque se trata de proposta alinhada à ideia de os Tribunais Superiores serem intencionados com capacidade de cumprir a sua tarefa de produzir normatividade, e de desenvolver o direito em uma totalidade jurídico-sistemática que contempla o caráter dinâmico histórico-material ligado à manifestação jurisprudencial.

E daí que, vislumbrando a possibilidade de incorporar o objetivo de unidade do direito ao cenário de utilização da súmula de efeito vinculante, concluiu-se que seria adequado alterar o entendimento do pensamento jurídico brasileiro. A alteração seria feita no sentido de afastar a produção normativa geral-abstrata pela atividade dos Tribunais Superiores que somente alcança a unidade do direito em um projeto normativo geral-abstrato, e de compreender as notas individualizantes da fonte jurisprudencial, de modo a conceber a decisão judicial como autêntico critério jurídico-jurisprudencial, cuja índole é concreta e a vinculação se dá pelo esquema de presunção de justiça relativa.

Compreensão esta que já se encontra vigente em Portugal. Pois, após a exclusão dos assentos, o ordenamento jurídico português passou a entender que a decisão judicial, enquanto fonte do direito, cumpre o papel de exemplo/*praejudicium*, respeitando o caráter histórico-material da experiência jurisprudencial quando das manifestações desta

fonte jurídica, inclusive da manifestação decorrente da tarefa dos Tribunais Superiores de desenvolver o direito, que é responsável por orientar a constituição da juridicidade em uma totalidade

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS CITADAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário jurídico brasileiro Acquaviva**. 9. ed São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: a Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ANDERSON, Perry. **Balço do neoliberalismo**. In SADER, Emir; GENTILLI, Pablo. (Orgs.). Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução Torrieri Guimarães, 4ª edição, Editora Martin Claret, 2010.

BASTOS, Antônio Adonias. **A razoável duração do processo**. Salvador: JusPODIVM, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: As consequências humanas**. Tradução: Marcus Penchel. Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, 1999.

BICUDO, Hélio. **Proposta de Emenda à Constituição nº96-B, de 1992**. Diário da Câmara dos Deputados, Vol. I. Brasília, 1999.

BOBBIO, Noberto. **Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Compiladas por Nello Morra; Tradução e notas Márcio pugliesi Edson Bini, Carlos E. Rodrigues – São Paulo: Ícone, 2006.

_____. **Liberalismo e democracia**. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 6ªEd (4ª impressão), 2000.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil**. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>.

_____. Congresso Nacional. **Emenda Constitucional nº45, de 2004**: Exposição de motivos. Brasília, publicado no Diário do Congresso Nacional - Seção 1 de 01/05/1992. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/2004/emendaconstitucional-45-8-dezembro-2004-535274-exposicaodemotivos-149264-pl.html>>.

_____. **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Emenda Regimental de 28 de Agosto de 1963**. Brasília, 1963. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/biblioteca-ConsultaProdutoBibliotecaRI/anexo/1940/art_24_3agosto1963.pdf>.

- BRONZE, Fernando José. **Lições de introdução ao direito**. 2ª ed. Coimbra Editora, 2010.
- _____. **A Metodonomologia entre a semelhança e a diferença**: reflexão problematizante dos polos da radical matriz analógica do discurso jurídico. Coimbra Editora, 1994.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente judicial**: a justificação e aplicação das regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.
- BUZUID, Alfredo. **A crise do Supremo Tribunal Federal**. Aula inaugural proferida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, no dia 6 de abril de 1960.
- CABRAL, Bernardo. **Parecer n. 538, de 2002**. Diário do Senado Federal, 11 jun. 2002.
- CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. Tomo I. Coimbra: Editora Almedina, 6ª ed. 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Editora Almedina. 7ª ed (4ª reimpressão), 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988.
- CARNEIRO, Wálber Araújo. **Hermenêutica jurídica heterorreflexiva**: uma teoria dialógica do direito. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2011.
- CARVALHO, Flávio Pereira. **O histórico do processo legislativo de criação da súmula vinculante no Brasil**. Senado, Brasília, Vol. 7, nº1, 2009.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 20ª Ed. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008.
- CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à teoria geral da administração**: uma visão abrangente da moderna administração das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 7ª. Ed. 2003.
- COSTA, Mario Júlio de Almeida. **História do direito português**. Coimbra: Almedina, 5ªed. rev. e act, 2014.
- DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 8ª. ed. Vol. 2. Salvador: JudPodivm, 2013.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **O processo civil na reforma constitucional do Poder Judiciário**. In Reforma do Judiciário – Comentários a Emenda Constitucional nº45/2004. Sergio Rabello, Tamm Renault e Pierpaolo Bottini (coord.), São Paulo: Saraiva. 2005.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FIX-FIERRO, Héctor. **Courts, Justice and Efficiency: A Socio-legal Study of Economic Rationality in Adjudication.** Oxford and Portland, Oregon. Hart Publishing, 2003.

FREITAS, José Lebre de; MENDES, Armindo Ribeiro. **Código de Processo Civil anotado.** Coimbra Editora. Vol. 3, Tomo I, 2008.

GARAPON, Antoine. **Un nouveau modèle de justice: efficacité, acteur stratégique, sécurité** *in* Esprit, n° 349, 2008 (Novembre).

GERALDES, Antônio Santos Abrantes. **Recursos em processo civil: novo regime.** Coimbra: Almedina, 2007.

HEIDEGGER, Martin. **Introdução à filosofia.** Tradução: Marco Antonio Casanova; revisão de tradução Eurides Avance de Souza; revisão técnica Tito Lívio Cruz Romão. 2ª Edição, São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

HOBSBAWM, Eric J. **A Era do Capital: 1848-1875.** Tradução de Luciano Costa Neto, 3ª Edição (1982), Editora Paz e Terra, 1977.

IERMANN, Anna. **La ragionevole durata del processo nell'ordinamento europeo e italiano.** Tesi (Dottorato) – Università Degli Studi Di Salerno, Facoltà di Giurisprudenza, 2010/2011.

JAPIASSU, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário básico de filosofia.** 4ª. ed. Rio de Janeiro (RJ): J. Zahar, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução de Joao Baptista Machado. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito.** Tradução de José Lamago. 7ª ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

LEAL, Victor Nunes. **Atualidade do Supremo Tribunal Federal.** Rev. Forense, v. 208, 1964.

_____. **Passado e Futuro da Súmula do STF.** Rev. de direito Administrativo, v.1, n.145. Fundação Getúlio Vargas: Rio de Janeiro, 1981.

LINHARES, José Manuel Aroso. **Sumários desenvolvidos de Introdução ao Direito.** Coimbra: Universidade de Coimbra, [s/d-a].

_____. **Excerto dos Sumários desenvolvidos de Introdução ao Direito. A concepção jurisprudencialista do sistema:** a experiência do sistema jurídico (na sua pluridimensionalidade e na sua dinâmica) enquanto conversão da validade transsubjectiva (comunitariamente assumida) numa dogmática estabilizada. Coimbra: Universidade de Coimbra [s/d-b].

_____; GAUDÊNCIO, Ana Margarida. **The Portuguese Experience of Judge-Made Law and the Possibility of Prospective Intentions and Effects.** *In* Comparing the Prospective Effect of Judicial Ruling Across Jurisdictions, *IusComparatum – Global Studies in Comparative Law* 3. Edited by STEINER, Eva Springer. International Publishing Switzerland, 2015.

MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (eds.) **Interpreting precedentes: a comparative study.** Applied Legal philosophy, Vermont: Ashgate, 1997.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Sistema brasileiro de precedentes: natureza; eficácia; operacionalidade.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARCELLINO JUNIOR, Júlio Cesar. **O direito de acesso à justiça e análise econômica da litigância: a maximização do acesso na busca pela efetividade.** Tese (doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências jurídicas, 2014.

_____. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa: (des)encontros entre economia e direito.** Florianópolis: Habitus, 2006.

MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo. **A Legislação Pombalina: alguns aspectos fundamentais.** Coimbra: Almedina, 2006.

_____. NORONHA, Ibsen. MATHIAS, Carlos Fernando. **História do Direito Brasileiro.** Editora Forense, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Segurança dos atos jurisdicionais (princípio da -).** Processos Coletivos, Porto Alegre, 2011.

_____. **Precedentes obrigatórios.** 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do Sistema Processual da Corte Suprema.** 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MENDES, Armindo Ribeiro. **Recursos em processo civil: reforma de 2007.** Coimbra Editora, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade.** Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes, Jurisprudência e Súmulas no Novo Código de Processo Civil brasileiro.** In Revista de Processo, vol. 245. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **Do Espírito das Leis.** Tradução Miguel Morgado. Edições70, Ltda (impressão janeiro de 2015), 1748.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 5ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

NEVES, Antônio Castanheira. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais.** 1ª Ed (reimpressão2014), Coimbra editora, 1983.

_____. **Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito.** In Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Vol. 3, Coimbra editora, 2010-a.

_____. **Assentos.** *In* Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Vol. 1, Coimbra editora, 2010-b.

_____. **O problema da constitucionalidade dos assentos:** comentário ao acórdão no 810-93 do Tribunal Constitucional. Coimbra Editora, 1994.

_____. **Metodologia jurídica:** problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

_____. **Fontes do Direito. Contributo para a revisão do seu problema.** Boletim da Faculdade de Direito, vol. LVIII. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1982.

_____. **A unidade do sistema jurídico:** o seu problema e seu sentido (diálogo com Kelsen). Boletim da Faculdade de Direito, número especial. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1979.

_____. **As Fontes do Direito e o Problema da Positividade jurídica.** Boletim da Faculdade de Direito, vol. LII. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1975/1976.

_____. **Questão-de-fato – Questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica).** Livraria Almedina, Coimbra, 1967.

_____. **Teoria do Direito. Lições proferidas no ano lectivo de 1998/1999.** Coimbra: Universidade de Coimbra, [s/d-a].

_____. **Curso de Introdução ao estudo do direito, lições proferidas a um curso do 1º ano da FDUC no ano lectivo de 1971/1972.** Coimbra: Universidade de Coimbra, [s/d-b].

NOGUEIRA, Bernardo Fischer Sá. **Introdução.** *In* SANTOS, Manuel Simas; HENRIQUE, Manuel Leal. Supremo Tribunal de Justiça: assentos e jurisprudência obrigatória. Lisboa: Rei dos Livros, 1993.

NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia.** Tradução: Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Zahar, 1991.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina. **Judicial Rulings with Prospective Effect in Brazilian Law.** *In* Comparing the Prospective Effect of Judicial Ruling Across Jurisdictions, *IusComparatum – Global Studies in Comparative Law* 3. Edited by STEINER, Eva Springer. International Publishing Switzerland, 2015.

PORTUGAL. **Ordenações Manuelinas.** 1512. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ih-ti/proj/manuelinas/15p195.htm>>

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão nº810/93.** Plenário. Rel. Cons. Monteiro Diniz. Publicado em 07.12.1993. Disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19930810.html>>

PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-Tyteca. **Tratado de la argumentation.** Traducción.espanola de Julia Sevilla Munoz, Biblioteca RomanicaHispanica, Editora Gredos, S.A, Sanchez Pacheco, 81, Madrid, 1889.

- REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- REGO, Carlos Lopes do. **A uniformização da jurisprudencial no novo direito processual civil**. Lisboa, 1997.
- REIS, Jose Alberto dos. **Código de processo civil anotado**. Vol. VI. Coimbra Editora, Coimbra, 1953.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **A súmula vinculante na reforma constitucional**. Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros, nº85, 1996.
- _____. **Sobre a súmula vinculante**. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a.34, n.133, jan/mar. 1997.
- _____. **A Reforma do judiciário**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 35 n. 137 jan./mar. 1998.
- ROCHA, José Albuquerque. **Súmula Vinculante e democracia**. São Paulo: Atlas, 2009.
- ROCHA, Sérgio. **Neoliberalismo e Poder Judiciário** in Diálogos Constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Marorio Mont'Alverne Barreto Lima (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- ROSA, Alexandre Morais da. **Crítica à hermenêutica do conforto: a Súmula (vinculante) como se imagem fosse**. In Constituição e Estado Social - Os obstáculos à concretização da constituição. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- _____; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com Law & Economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- ROSSI, Júlio César. **Precedentes à Brasileira: a jurisprudência vinculante no CPC e no Novo CPC**. São Paulo: Atlas, 2015.
- SADEK, Maria Tereza Aina. **Reforma do Judiciário**. Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, Rio de Janeiro, 2010.
- SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **A influência do neoliberalismo sobre a jurisdição: a difícil sintonia entre eficiência e efetividade**. In Jurisdição e Processo: Estudos em homenagem ao Prof. Ovídio Baptista da Silva. Vol. III/ Jeferson Dytz Marin (Coord). Curitiba: Juruá, 2009.
- SIFUENTES, Mônica. **Súmula Vinculante: um Estudo Sobre o Poder Normativo dos Tribunais**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- SOUSA, Miguel Teixeira de. **Reflexões sobre a reforma dos recursos em processo civil**. In Cadernos de Direito Privado, nº20. Editor: Cejur, Braga, 2007.
- SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. 1ª ed. 5ª reimp. Curitiba: Juruá, 2011.
- STRECK, Lenio Luiz; **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** – 3ªEd. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

_____. ABBOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

SUMMERS, Robert S. **Precedents in United States (New YorkState)** *In* Interpreting precedentes: a comparative study. Edited by D. Neil MacCormick and Robert S. Summers. Applied Legal philosophy, Vermont: Ashgate, 1997.

TARUFFO, Michele. **As funções das cortes supremas entre a uniformidade e justiça** *In* I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil/ Coord. Camilo Zufelato, Giovanni Bonato, Heitor Vitor Mendonça Sica, Lia Carolina Batista Cintra – Salvador, JusPODIVM, 2015.

_____. **Precedente e jurisprudência.** Tradução de Arruda Alvim e Teresa Arruda Alvim Wambier, André Luis Monteiro. *In* Revista Forense, vol. 415. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

_____. **Precedent in Italy.** *In* Interpreting precedentes: a comparative study. Edited by D. Neil MacCormick and Robert S. Summers. Applied Legal philosophy, Vermont: Ashgate, 1997.

VALLADAO, Haroldo. **A reforma do Poder Judiciário.** Revista da Ordem dos Advogados do Brasil. Rio de Janeiro, ano 15, n 17, jan/abril 1975.

VIRILIO, Paul. **Velocidade e política.** Tradução de Celso Mauro Paciornik, prefácio de Laymert Garcia dos Santos. São Paulo: Estação Liberdade 2ª Ed, 1996.

WANDELLLI, Leonardo Viera. **A efetividade do Processo sob o Impacto das Políticas de Gestão Judiciária e do novo CPC.** *In* Novo CPC e processo do trabalho. Coord. José Affonso Dallegrave Neto e Rodrigo Goulart. São Paulo: Ltr, 2ªEd, 2016.