

DOS ASSENTOS PORTUGUESES ÀS SÚMULAS VINCULANTES BRASILEIRAS

Luís Henrique Barbante Franzé¹

INTRODUÇÃO

Um dos grandes obstáculos da ciência jurídica é a busca por mecanismos que venham a uniformizar as decisões judiciais, para que os jurisdicionados tenham maior isonomia, coerência e segurança jurídica. No entanto, conforme a cultura jurídica de cada povo, a uniformização tem sido buscada de modo diferente.

Assim, este estudo se aterá às duas culturas jurídicas que se relacionam diretamente com o tema, ou seja, a “common law”, pois é nela em que os precedentes se originaram e melhor se desenvolveram, além da “civil law”, já que foi adotada tanto por Portugal (onde os assentos se desenvolveram), quanto pelo Brasil (que usou os assentos e agora usa as súmulas vinculantes). A partir daí serão comparados os assentos portugueses em relação às súmulas vinculantes brasileiras.

Desde já vale ressaltar que – independentemente da discussão doutrinária sobre o tema -, a expressão “precedente” será usada em seu sentido amplo, para contemplar todo pronunciamento consolidado pelo judiciário, ou seja, “precedente” será o gênero, da qual são espécies os assentos e as súmulas.

No mais, esta pesquisa não tem a pretensão de esgotar o tema, mas apenas de trazer informações que instiguem o debate sobre o contexto que envolve a súmula vinculante brasileira.

I. RELAÇÃO ENTRE A *COMMON LAW* E A *CIVIL LAW*

Embora Portugal e Brasil tenham as suas origens pautadas na cultura da “civil law”, que elege a lei como fonte primária do direito, algumas vezes usam outras fontes do direito, como os assentos portugueses e as súmulas vinculantes brasileiras, quando ultrapassam as raias da mera interpretação. Daí a importância de iniciar este estudo pela

¹ Pós-Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor em Processo Civil pela PUC-SP. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Bauru. Professor no programa de mestrado da Fundação de Ensino Eurípedes Soares da Rocha em Marília (UNIVEM) e no programa de graduação da Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP). Vice-Lider do Grupo de Pesquisa Constitucionalização do Direito Processual (CODIP). Advogado. Email: lhfranze@gmail.com.

concepção inicial da “civil law” e da “common law”, bem como pela realidade atual destas culturas.

1.1. *Influência da “civil law” na cultura jurídica portuguesa e brasileira.*

Tanto Portugal quanto o Brasil adotaram a cultura jurídica da “civil law”, que teve o seu embrião no sistema romano-germânico (DAVID, 2002, p. 24).

A elaboração e desenvolvimento da “civil law” ocorreu a partir do século XII, quando as universidades européias passaram a desenvolver uma ciência jurídica comum a todos, a partir das compilações do imperador romano Justiniano (DAVID, 2002, p. 23).

Um exemplo que ilustra bem a cultura da “civil law” ocorreu logo após a revolução francesa (1789), quando o regime absolutista foi vencido pelo “povo” e consequentemente veio a preocupação com o alcance das subseqüentes decisões do judiciário, uma vez que este poder era composto - em sua grande maioria -, por juízes ligados a nobreza, quer seja por hereditariedade, quer seja por terem comprado o cargo.

A solução encontrada pelos franceses foi usar a “civil law” para obrigar que a lei fosse apenas aplicada pelo judiciário, retirando a possibilidade de interpretação. Se, ao aplicá-la, o juiz tivesse dúvida na interpretação da lei, deveria submetê-la ao poder legislativo que decidiria.

Daí porque *Montesquieu* defendia que os juízes eram apenas a boca da lei (“bouche de la loi”), de modo que, ao aplicarem a lei: “não podem moderar nem sua força nem seu rigor” (MONTESQUIEU, 1979, p. 160).

Assim, o sistema da “civil law” elege a observância da lei como forma de refletir os ideais de justiça e moral, para determinar as diversas condutas que a população deve adotar (DAVID, 2002, p. 23). Entretanto, seria ingenuidade imaginar que este sistema – que usa a observância da lei como meio para propiciar a igualdade e a segurança jurídica entre a população -, não tenha sofrido alterações e mitigações.

1.2. *Sistema da “common law”*

O sistema jurídico da “common law” - de origem anglo-saxônica -, é consuetudinário (BOBBIO, 1995, p. 33), ou seja, não é escrito, além de ser pautado pelos usos e costumes. A principal fonte de direito deste sistema é o precedente judicial que se torna parâmetro para tutelar os futuros casos análogos (MANCUSO, 2007, p. 177 ss), com o propósito de gerar igualdade e segurança jurídica aos jurisdicionados.

A “common law” sofreu grande influência advinda da conquista da Inglaterra (anglo), pelos normandos (saxões), que eram capitaneados por Guilherme o Conquistador, no ano de 1066 (DAVID, 2002, p. 358).

Entretanto – como meio para combater a grande variedade dos costumes, que variavam de local para local -, foi estabelecida a “common law” (também conhecida como “comune ley”), com a função de propiciar um direito comum sobre toda a Inglaterra. Inicialmente a “common law” passou a ser aplicada com exclusividade pelos Tribunais Reais de Justiça, que tinham o monarca no topo da hierarquia (DAVID, 2002, p. 359) e, apesar do formalismo inicial, gradativamente, as decisões passaram a ser normas substantivas, de modo que valorizavam o precedente (DAVID, 2002, p. 364).

Em suma, o principal argumento para a aceitação da “common law” foi o propósito de maior uniformização do direito mas, na realidade – e isso nem sempre é mencionado -, também se buscava um meio para o soberano conseguir ampliar os seus poderes sobre a totalidade do território, no âmbito do judiciário.

1.3. *Atualidade da “civil law”*

Como verificado até aqui, ambas as culturas buscaram estabelecer a isonomia. Entretanto, os mecanismos foram diferentes, pois a “common law” buscou critérios para que o judiciário interpretasse os casos subsequentes conforme a norma estabelecida no precedente, enquanto a “civil law” impediu que o judiciário viesse a interpretar a lei, partindo da premissa equivocada de que a lei já contemplaria a igualdade necessária e, por isso, bastaria aplicá-la cegamente.

Atualmente, a cultura da “common law” não pode ser colocada como um objeto completamente estanque da “civil law”, pois houve uma inequívoca miscigenação entre ambas.

Em outras palavras, os sistemas jurídicos estão percebendo que a lei é incapaz de contemplar todas as situações que possam ocorrer, de modo que hoje não é mais tão rígida a ideia de que a cultura da “civil law” apenas enfatiza a lei. Pode ser verificado este aproveitamento dos mecanismos da “common law” quando a “civil law” usa os precedentes para vincular os demais casos análogos, na busca pelos ideais da segurança jurídica e de isonomia entre os jurisdicionados.

Portanto, a “civil law” não poderia desprezar a experiência advinda da cultura milenar da “common law”, que sempre trabalhou com os precedentes, inclusive como fonte primária do direito.

II. ASSENTOS DA CASA DE SUPLIÇÕES

No entanto, apesar de Portugal e o Brasil adotarem originariamente a “civil law”, a atribuição de vinculação aos precedentes existe há muito, mas em razão dos limites deste estudo, serão enfocados apenas os assentos da Casa de Suplicações diante da inegável importância que o direito português teve para o brasileiro, notadamente em relação a origem, escopo e criação.

2.1 Origem dos Assentos

O sistema jurídico deixado pelos romanos foi fragmentado após os bárbaros (nome dado aos povos germânicos) terem invadido o império romano do ocidente no ano 565 d.C., dando início à idade média, também conhecida como medieval (PARÍCIO; BARREIRO, 1995, p. 27).

Diante desta ausência de unidade jurídica, foi escassa a produção de obras jurídicas entre o século VIII e o início do século XI, de modo que esta realidade gerou um: “(...) ordenamento de direito costumeiro, de aplicação local, resíduo das inúmeras experiências jurídicas que tinham atravessado o território da península” (TUCCI; AZEVEDO, 2009, p. 159).

Em outras palavras, cada local elegia o seu costume como fonte de seu direito, em detrimento dos costumes dos outros locais. Por sua vez, as regras embasadas nos costumes eram chamadas de “façanhas”, que tiveram a sua origem no direito ibérico onde eram conhecidas como “fazañas”, bem como passavam a ser paradigmas para os casos similares (TUCCI; AZEVEDO, 2009, p. 159).

Esta preocupação com a uniformização do direito, trazida pelas “façanhas”, ainda que no âmbito local, pode ser vista como o embrião que gerou os assentos da Casa de Suplicações (MANCUSO, 2007, p. 195).

2.2 Escopo dos Assentos

Assim como nas origens da “common law”, a ideia de uniformizar a interpretação do direito novamente foi usada como meio para atingir a finalidade de dar maior igualdade e segurança jurídica aos jurisdicionados. Entretanto, não se pode esquecer que o poder do monarca foi aumentando gradativamente, pois estava no topo da hierarquia e, por isso, tinha a última palavra sobre o conteúdo dos assentos.

Logo, é visível que este instrumento fortaleceu o poder do governante (executivo), que podia impor a sua vontade ao judiciário e ao legislativo, inclusive por meio da escolha do regedor, que era pessoa da confiança do rei e podia escolher os

juizadores para editar os assentos, reservando-se ainda ao monarca o poder para decidir sobre as situações de maior controvérsia, de modo isolado e supremo.

2.3 Criação dos Assentos

Neste cenário de busca pela uniformização do direito que - em tese - traria maior isonomia entre os jurisdicionados -, é que foram concebidos os assentos, por meio das Ordenações Manuelinas, promulgadas por D. Manuel I, no ano de 1521 (século XVI).

A propósito, a segunda parte do item “1” do Título LVIII do Livro 5 das Ordenações Manuelinas², em nossa adaptação livre, dispunha que:

E assim havemos por bem, que quando os Desembargadores que forem no despacho de algum feito, todos, ou alguns deles tiverem alguma dúvida em alguma nossa Ordenação do entendimento dela, vão com dita dúvida ao Regedor, o qual na Mesa grande com os Desembargadores que lhe bem parecer a determinará, e segundo o que for determinado fé porá a sentença. E se na dita Mesa forem isso mesmo em dúvida, que ao Regedor pareça que é bem de não fazer saber, para nós logo determinarmos, não fará saber, para Nós nisso Provermos.

E os que em outra maneira interpretarem Nossas Ordenações, ou derem sentenças em algum feito, tendo algum deles dúvida no entendimento da dita Ordenança, sem irem ao Regedor como dito e, serão suspensos até Nossa Merce. E a determinação que sobre o entendimento da dita Ordenança fê tomar, mandará o Regedor escrever no livrinho para depois não vir em dúvida.

Em suma, o procedimento para elaboração dos assentos era feito por meio das etapas, a saber:

- a) Se o juiz tivesse dúvida sobre a aplicação da Ordenação, deveria pedir que o regedor lhe posicionasse como agir;
- b) Por sua vez, o regedor escolhia alguns desembargadores para deliberar sobre a questão (mesa grande);
- c) Se o regedor não se contentasse com a solução dada pela mesa grande que ele próprio havia escolhido, então pedia que o rei resolvesse a questão;
- d) Estas decisões tinham caráter vinculante, de modo que a desobediência a elas implicava a suspensão do magistrado.

Vale ressaltar que a origem do nome *assento*, está no fato de que as decisões (da mesa grande ou do rei) eram escritas em um *livrinho* (que passou a ser chamado de “Livro dos Assentos”), para serem adotadas aos casos futuros (TUCCI; AZEVEDO, 2009, p. 166), embora há quem defenda que este nome decorreu do fato de os tribunais superiores não se fixarem em local certo (DEMO, 2004, p. 81).

² [<http://www.ci.uc.pt/ihiti/proj/manuelinas//15p195.htm>], acesso em 26/12/2012.

No ano de 1603 entraram em vigência as Ordenações Filipinas, que vigoraram por cerca de dois séculos e meio e mantiveram os assentos, conforme se observa em seu item “5” do Título V do Livro I³. Ainda sob a vigência das Ordenações Filipinas, a importância dos assentos foi crescendo, de modo que o parágrafo 5º da Lei da Boa Razão, de 18 de agosto de 1769, elevou o assento à condição de norma, caso fosse confirmado pelo Tribunal Português de maior hierarquia.

Como adverte *Castro Mendes*⁴, os assentos vigoraram até a criação do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, em 1832. Aliás, como ressalta *Ribeiro Mendes*, em diversas ocasiões Portugal vem buscando pela uniformização das decisões judiciais (MENDES, 2007, p. 184).

Atualmente, os assentos portugueses foram substituídos pelos acórdãos advindos da uniformização de jurisprudência.

III.SÚMULA VINCULANTE NO BRASIL

A esta altura já é possível identificar que no sistema da “common law”, o juiz pode interpretar a lei (não se limitando a repeti-la como se fosse a sua *boca*), mas encontra limites nos precedentes que, em regra, devem ser respeitados. No Brasil o poder do juiz é maior, pois também pode interpretar e, com exceção das súmulas vinculantes, não são vinculados a qualquer outro precedente. Esta realidade gera falta de isonomia e de segurança jurídica, pois aumenta a possibilidade de que duas causas semelhantes, mas com partes diferentes, possam ser julgadas diferentemente pelo judiciário.

Em suma, o problema - ainda não resolvido pelas diversas teorias sobre o tema -, reside em conseguir, como bem salienta *Teixeira de Sousa*, que seja sempre aplicada a norma correta ao fato verdadeiro (TEIXEIRA DE SOUSA, 2000, p. 27).

Para tentar amenizar esta indefinição, a Emenda Constitucional 45/2004 mitigou a “civil law”, ao trazer para o nosso direito a súmula vinculante, que será exposta, na sequência, em seus aspectos, a saber: histórico; diferenciação em relação as súmulas persuasivas e, ao final, a comparação com os assentos.

³ [<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/11p18.htm>], acesso em 26/12/2012.

⁴ CASTRO MENDES, João de. Direito Processual Civil. Atualização em preparação por Teixeira de Sousa (Setembro de 2010), § 55º; III, 1.1.1.

3.1 Principais etapas históricas da uniformização brasileira

O ordenamento jurídico brasileiro (concebido a partir da “civil law”), vem demonstrando simpatia crescente pelas tentativas de uniformizações (mais apropriadas a “common law”).

Em interessante retrospecto histórico, *Taranto* aponta 04 (quatro) fases históricas relevantes para os precedentes, que também podem ser usadas para as súmulas vinculantes (TARANTO, 2010, p. 23).

A **1ª fase** ocorreu entre os anos de 1500 e 1889, tendo sido norteadas pela influência Direito Português, uma vez que, no período do Brasil-Colônia, a lei 2.684/1875 validou os assentos da Casa de Suplicações de Portugal (LOBÃO, 1885, p. 97), para também serem aplicados no território brasileiro, inclusive quanto à sanção funcional ao juiz que deixasse de aplicar os referidos assentos.

Um aspecto interessante é a possibilidade de o judiciário ser retaliado, pois o inc. VIII do art. 15 da Constituição de 1824⁵ dava competência, em último grau, ao legislativo para interpretar as leis (e não ao judiciário), como é próprio da “civil law”, além de que – grosso modo -, as decisões do legislativo não poderiam ser impugnadas, porque não estavam sujeitas ao controle de constitucionalidade, que inexistia na ocasião.

Mas não pode ser esquecido que este aparente poder do legislativo foi mitigado pelo poder moderador atribuído ao Imperador, que tinha meios para efetivar forte pressão junto aos demais poderes, inclusive podendo dissolver ou substituir a Câmara dos Deputados, bem como suspender magistrados (Constituição de 1824, art. 101⁶). A propósito, esta fase tem forte marca da “civil law” no tocante ao enfraquecimento do judiciário, por meio da impossibilidade de o juiz interpretar leis.

A **2ª fase** se deu entre os anos de 1891 e 1963, tendo sido pautada pela pré-objetivação dos precedentes, que passaram a ser normas, no sentido de terem validade

⁵ Constituição de 1824, Art. 15: “É da atribuição da Assembléa Geral. (...) VIII. Fazer Leis, interpreta-las, suspende-las, e revoga-las.”

⁶ Constituição de 1824, Art. 101: “O Imperador exerce o Poder Moderador I. Nomeando os Senadores, na fôrma do Art. 43. II. Convocando a Assembléa Geral extraordinariamente nos intervallos das Sessões, quando assim o pede o bem do Imperio. III. Sancionando os Decretos, e Resoluções da Assembléa Geral, para que tenham força de Lei: Art. 62. IV. Approvando, e suspendendo interinamente as Resoluções dos Conselhos Provinciaes: Arts. 86, e 87. V. Prorogando, ou adiando a Assembléa Geral, e dissolvendo a Camara dos Deputados, nos casos, em que o exigir a salvação do Estado; convocando immediatamente outra, que a substitua. VI. Nomeando, e demittindo livremente os Ministros de Estado. VII. Suspendendo os Magistrados nos casos do Art. 154. VIII. Perdoando, e moderando as penas impostas e os Réos condemnados por Sentença. IX. Concedendo Amnistia em caso urgente, e que assim aconselhem a humanidade, e bem do Estado.”

para todos os jurisdicionados (“erga omnes”), indo além das partes que litigam no processo.

Basicamente, esta fase foi iniciada pela Constituição da República de 1891 que - inspirada no modelo estadunidense -, trouxe o controle de constitucionalidade difuso (“judicial review”)⁷, mas deixou de atribuir às respectivas decisões judiciais o necessário efeito vinculante.

Em paralelo, este esboço de força normativa dos precedentes sofreu um duro golpe, pois a lei passou a ter exclusividade como fonte do direito, bem como foi permitido que cada Estado legislasse sobre processo. Esta diversidade de legislações processuais civis, como não poderia deixar de ser, gerou grande gama de decisões judiciais contrárias sobre a mesma questão, ampliando a insegurança jurídica e a ofensa a isonomia dos jurisdicionados.

No intuito de restaurar a força dos precedentes, a Emenda Constitucional de 03 de setembro de 1926 atribuiu a função uniformizadora ao Supremo Tribunal Federal, ao inserir o inc. II do art. 59 da Constituição Federal de 1891⁸.

Entretanto, a Constituição de 1937 reduziu o alcance do controle de constitucionalidade difuso, ao permitir que a invalidez pudesse ser revista pelo parlamento, mediante remessa do Presidente⁹. Mas, esta mesma Constituição de 1937 também restaurou a competência da União para legislar sobre processo, acabando com a parafernália gerada pela diversidade de Códigos Processuais Estaduais e criando a figura do *prejulgado* (CPC/39, art. 861)¹⁰.

O mencionado *prejulgado* era um incidente para se buscar pela uniformização, porém sem caráter vinculante no processo civil.

⁷ Originário dos Estados Unidos da América, o controle difuso (“judicial review”) restringe às partes, o alcance da decisão proferida no processo de modo que afeta apenas obrigação discutida nos autos. Ao contrário, pelo controle concentrado (modelo originário da Europa), a decisão proferida nos autos alcança a norma (e não apenas a obrigação), valendo para todos (e não apenas para as partes).

⁸ Constituição de 1891, Art. 59: “(...) II: “julgar, em grau de recurso, as questões resolvidas pelos Juízes e Tribunais Federais, assim como as de que tratam o presente artigo, § 1º, e o art. 60;”

⁹ Constituição de 1937, Art. 96: “Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República. Parágrafo único: No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.”

¹⁰ Código de Processo Civil de 1939, Art. 861: “A requerimento de qualquer de seus juizes, a Câmara, ou turma julgadora, poderá promover o pronunciamento prévio das Câmaras reunidas sobre a interpretação de qualquer norma jurídica, se reconhecer que sobre ela ocorre, ou poderá ocorrer, divergência de interpretação entre Câmaras ou turmas.”

Esta fase terminou no dia 13 de dezembro de 1963, quando foi inovado o modo de uniformização da jurisprudência, por meio da criação das primeiras súmulas.

Por sua vez, a **3ª fase** foi estabelecida entre os anos de 1963 a 1988, tendo sido pautada pela objetivação dos precedentes que - em algumas situações -, deixaram de ser aplicados apenas aos casos concretos.

O início desta fase se deu pela introdução do controle de constitucionalidade concentrado em nosso país, por meio da Emenda Constitucional 16, de 26 de novembro de 1965, que passou a conviver ao lado do controle difuso, que já existia. Daí para frente, o modelo de controle de constitucionalidade concentrado passou a ser ampliado.

Em paralelo, o incidente de uniformização continua até os dias atuais, conforme previsto no art. 479 do atual CPC/73¹¹.

Atualmente os precedentes vivenciam a **4ª fase**, iniciada em 1988, que passa a reconhecer a condição normativa dos princípios e, inclusive, para superar dogmas tradicionais, como permitir que o judiciário atue no caso de omissões do legislador ou do executivo (ativismo judicial¹²).

Feito este breve retrospecto histórico, podem ser apontadas algumas situações atuais em que o legislador busca pela força normativa dos precedentes, tais como:

- a) A lei 8.038/90 (lei dos recursos), por meio do art. 38¹³ - no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça - outorgou poderes ao relator para negar seguimento a recurso manifestamente contrário à súmula. Aliás, posteriormente, esse entendimento foi ampliado para os demais recursos, por meio do art. 557 do CPC, com redação das leis 9.139/1995 e 9.756/1998;
- b) A emenda constitucional nº 03/1993, alterou a CF/1988, para instituir o efeito vinculante às decisões definitivas de mérito, proferidas na ação declaratória de constitucionalidade (CF, art. 102, § 2º¹⁴), no âmbito do Supremo Tribunal Federal;

¹¹ Código de Processo Civil de 1973, Art. 479: “O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência.”

¹² No Brasil, o ativismo é muito usado, por exemplo, para obrigar o poder público a cumprir a sua obrigação de entregar medicamentos vitais para o paciente.

¹³ Lei 8.038/90, Art. 38: “O relator, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, decidirá o pedido ou o recurso que haja perdido seu objeto, bem como negará seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou improcedente ou ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal.”

¹⁴ CF/88, Art. 102. (...) § 2º: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão

- c) A lei 11.276/2006 inseriu o § 1º no art. 518 do CPC, para que o juiz não receba o recurso de apelação quando a sentença estiver embasada em súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;
- d) A lei 11.672/2008 inseriu os arts. 543-B e 543-C, ambos do CPC, que permitem o julgamento por amostragem dos recursos extraordinário e especial, quando versarem sobre questão de direito que exista multiplicidade de recursos, de modo que a decisão adotada nos recursos selecionados será aplicada aos demais que versarem sobre a mesma questão.

Contudo, esta pesquisa apenas versará sobre a alteração trazida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que instituiu a súmula vinculante (CF, art. 103-A) e será melhor examinada no item subsequente.

3.2 Diferenças entre as súmulas persuasiva e vinculante

Certamente a falta de efeito vinculante é a maior diferença entre a súmula *persuasiva* -também conhecida como súmula *simples* (NERY JÚNIOR; NERY, 2006, p. 747) - e a súmula vinculante, como defendem *Mancuso* (MANCUSO, 2007, p. 374) e *Tucci* (TUCCI, 2004, p. 12).

Porém, gradativamente, o legislador tem ampliado (potencializado) os efeitos da súmula persuasiva, que pode ser usada como fundamento, inclusive, para o juiz não receber apelação (CPC/1973, art. 518, § 1º); para o relator, isoladamente, rejeitar o recurso (CPC/1973, art. 557; CPC/2015, art. 932, incs. III e IV) ou mesmo dar provimento (CPC/1973, art. 557, § 1º-A; CPC/2015, art. 932, inc. V).

Outra diferença é que as súmulas persuasivas podem ser editadas por qualquer tribunal, enquanto as vinculantes competem apenas ao Supremo Tribunal Federal.

3.3 Comparação entre a súmula vinculante e os assentos

Para melhor demonstrar a influência dos assentos, inicialmente será verificado o processo de criação das súmulas vinculantes, para que após possa ser efetivado o contraste entre os institutos.

3.3.1 Legitimidade

Conforme verificado no item 3.1, a criação dos assentos era iniciada notadamente pelos Desembargadores, de modo que a legitimidade era restrita.

Com relação a legitimidade para postularem pela criação, revisão (modificação) ou cancelamento (revogação) da súmula vinculante, foi tipificada exemplificativamente

eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.”

pelo “caput” e § 2º do art. 103-A da CF/1988 (com redação trazida pela emenda 45/2004) e, posteriormente, ampliado pelo art. 3º da Lei 11.417/2006¹⁵. A propósito, quanto ao município, o § 1º do art. 3º da Lei 11.417/2006 condiciona a sua legitimidade à existência de um processo em que o mesmo seja parte¹⁶.

Portanto, embora o rol de legitimados da súmula esteja bem ampliado em relação aos assentos, ainda há certa restrição. Ocorre que - de um lado -, o caráter normativo da súmula vinculante exige a participação popular. Mas - por outro lado -, se todos os cidadãos pudessem postular por estas súmulas inviabilizaria a atuação do Supremo Tribunal Federal.

Assim, os assentos já permitiam (e as súmulas vinculantes continuam permitindo) que os juízes do tribunal venham a pedir pela edição das mesmas. Ademais, adequando a situação a nossa realidade, é correta a ampliação da legitimação para os tribunais (locais e superiores), pois são eles que *sentem* diretamente os problemas da aplicação da lei.

Da mesma forma, é salutar a legitimação das entidades de classe e dos partidos políticos, pois tem grande representatividade popular.

3.3.2 Objeto

Como exposto no item 3.2, o objeto dos assentos residia na existência de dúvida do Desembargador sobre a aplicação da Ordenação.

Atualmente, o objeto da súmula vinculante reside na matéria de natureza constitucional, que for alvo de reiteradas decisões (CF/1988, art. 103-A, “caput”)¹⁷.

Logo, para viabilizar a entrega da tutela jurisdicional, tanto os assentos, quanto as súmulas vinculantes, tiveram o seu objeto limitado.

3.3.3 Aprovação

¹⁵ Lei 11.417/06, Art. 3º: “São legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - o Procurador-Geral da República; V - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VI - o Defensor Público-Geral da União; VII - partido político com representação no Congresso Nacional; VIII - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional; IX - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; X - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; XI - os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares.”

¹⁶ Lei 11.417/06, Art. 3º § 1º: “O Município poderá propor, incidentalmente ao curso de processo em que seja parte, a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante, o que não autoriza a suspensão do processo.”

¹⁷ CF/88, 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.”

A aprovação dos assentos (item 3.3 desta pesquisa) dependia da aprovação pelos desembargadores escolhidos pelo próprio regedor e se, mesmo assim, o regedor não se desse por satisfeito, poderia submeter a questão ao rei.

Já, a aprovação da súmula vinculante, depende do voto da maioria qualificada¹⁸ de 2/3. Desta forma, existindo onze ministros no Supremo Tribunal Federal, é necessário o mínimo de oito votos para a sua aprovação (CF/1988, art. 103-A, “caput”).

Como se observa, havia uma preocupação em dar legitimidade aos assentos por meio do julgamento por um grupo de juízes. Contudo, na prática, a interpretação dos assentos era definida pelo rei. Ora, o regedor era um cargo da confiança do rei e, por isso, defendia os interesses do mesmo, sem as garantias da vitaliciedade ou inamovibilidade. Portanto, havendo uma questão de interesse do rei, ele buscava nomear desembargadores afinados com o seu pensamento. E, mesmo se isso não fosse suficiente, poderia legislar sobre a questão.

Atualmente, a súmula vinculante apresenta problema parecido sobre a interferência do executivo no judiciário. É que a decisão sobre as referidas súmulas é tomada pelos ministros do Supremo Tribunal Federal e estes ministros são nomeados pelo Presidente da República, que possui alta discricionariedade para escolher quem ele preferir.

É certo que a Constituição impõe alguns critérios de nomeação em seu art. 101¹⁹, mas com exceção da idade, os outros (*ilibada reputação e notável saber jurídico*) agregam elevada carga de subjetividade.

E nem se diga que a eventual nomeação equivocada possa ser rejeitada pelo Senado, porque os parlamentares, que foram a base de apoio do Presidente, geralmente são maioria, de modo que não existem grandes dificuldades para a aprovação do indicado. Aliás, a única nomeação rejeitada pelo Senado foi de Cândido Barata Ribeiro.

¹⁸ Relevante registrar que o legislador adotou o sistema mais rigoroso da maioria qualificada de 2/3 para a súmula vinculante e, por conseguinte, continuou a maioria absoluta para as demais súmulas (não vinculantes). Aliás, vale esclarecer que - de modo geral - existem três formas de auferir o quorum, a saber: a) Maioria simples é auferida pelo primeiro número inteiro acima da metade dos presentes. Logo se existem 11 ministros, e apenas 7 comparecem, a maioria simples será 4 votos; b) Maioria absoluta é auferida pelo primeiro número inteiro acima da metade dos membros (e não dos presentes) do respectivo órgão. Logo se existem 11 ministros, e apenas 7 comparecem, a maioria absoluta será 6 votos; c) Maioria qualificada é auferida pelo primeiro número inteiro acima da fração indicada (geralmente é de 2/3), dos membros do respectivo órgão. Logo se existem 11 ministros, e apenas 7 comparecem, a maioria qualificada de 2/3 será 8 votos.

¹⁹ CF/88, Art. 101: “O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.”

A referida nomeação ocorreu por meio de Decreto de 23 de outubro de 1893, mas foi rejeitada na sessão de 24 de setembro de 1894 do Senado, por faltar o requisito do “notável saber jurídico”, pois o mesmo era médico²⁰.

3.3.4 Penalidades para a inobservância

Como trazido no item 3.3, o descumprimento das ordenações ou mesmo a interpretação de matéria polêmica sem levá-la ao conhecimento do regedor, implicava a suspensão do juiz por prazo indeterminado.

Em paralelo, a súmula vinculante também possui penalidades para o seu descumprimento, tais como:

- a) O interessado poderá interpor reclamação diretamente ao Supremo Tribunal Federal para reclamar pelo descumprimento da súmula, para cassar/anular o ato (CF/1988, art. 103-A, § 3º)²¹;
- b) O infrator da súmula será responsabilizado nas esferas civil, administrativa e penal (Lei 9.784/1999, art. 64-B)²².

De fato, de nada adiantaria o efeito vinculante se não houvesse uma forma de coerção, assim como existia nos assentos e continuam a existir em relação as súmulas vinculantes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tanto o Brasil como Portugal são países que tiveram as suas respectivas culturas jurídicas embasadas na “civil law”, de modo que poderia ser imaginado que a fonte originária do direito sempre foi a lei. Entretanto, a história mostra que, há muito, têm sido usados mecanismos que são próprios da “common law”.

Foi o que ocorreu no ano 1521, quando as Ordenações Manuelinas contemplaram a observância dos precedentes, por meio da criação dos assentos, cujo conteúdo deveria ser obedecido pelos juízes.

²⁰ [<http://www.stf.jus.br/portal/ministro/verMinistro.asp?periodo=stf&id=217>], acesso em 31/12/2012.

²¹ CF/88, Art. 103-A, § 3º: “Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.”

²² Lei 9.784/1999, Art. 64-B: “Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal.”

Aliás, para impor a normatividade dos precedentes, era usado o “marketing” de que este mecanismo levaria a isonomia aos jurisdicionados, bem como traria segurança jurídica advinda da maior previsibilidade das decisões judiciais. Mas, nada era dito sobre o grave problema de que, na prática, o poder era centralizado nas mãos do executivo, pois era o rei que tinha a última palavra sobre o conteúdo dos precedentes, inclusive nomeava o regedor de sua confiança.

Atualmente – e guardadas as devidas proporções - no Brasil, grosso modo, os assentos foram restaurados por meio da emenda constitucional nº 45/2004, que criou a súmula vinculante, mas remanesce a questão da concentração de poderes do executivo. Ora, se é verdade que foi atribuído poder ao Supremo Tribunal Federal para editar as súmulas vinculantes, também é verdade que os seus ministros são escolhidos pelo chefe do executivo sem maiores critérios, permitindo que - em tese -, possa ocorrer a odiosa troca de favores.

Uma proposta de solução para amenizar esta situação, seria que a escolha do presidente fosse limitada por meio de uma lista tríplice e, para melhor legitimar a escolha, esta lista poderia ser votada de modo alternado por órgãos que representem a magistratura, o ministério público e a advocacia.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Trad. por Carlos Rodrigues, Márcio Pugliesi e Edson Bini. 1ª ed. São Paulo: Ícone. 1995.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**, Trad. em português por Hermínio A. Carvalho. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2002.

DEMO, Roberto Luís Luchi. **O resgate da súmula pelo Supremo Tribunal Federal**, Brasília: Revista CEJ nº 24, jan./mar. 2004, p. 81

LOBÃO, Manoel de Almeida e Souza. **Segundas linhas sobre o processo civil**. Lisboa: Imprensa Nacional, 1885. v. II.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

MENDES, Armindo Ribeiro. **Recursos em Processo Civil. Reforma de 2007**. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Do espírito das leis**. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural. 1979.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006

PARÍCIO, Javier; BARREIRO A. Fernandez. **Historia del derecho romano y su recepcion europea**. 1ª ed. 1995.

SOUSA, Miguel Teixeira de. **Introdução ao processual civil**. 2. ed. Lisboa: Lex, 2000.

TARANTO, Caio Márcio Guterres. **Precedente judicial**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte de direito**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil Lusitano**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.