

QUEM SOMOS E OS PRECEDENTES QUE QUEREMOS: EM BUSCA DE COERÊNCIA, SEGURANÇA JURÍDICA E FORTALECIMENTO DAS INSTITUIÇÕES SOB A ÓTICA DE NEIL MACCORMICK

RESUMO: A partir dos resultados da pesquisa “Quem somos. A Magistratura que queremos” constatou-se que parte dos Magistrados que participaram da pesquisa, de primeiro e segundo graus, identifica alguma incompatibilidade entre sua independência funcional e a vinculação a precedentes. Justamente essa suposta incompatibilidade é o objeto deste trabalho que, a partir da teoria de Neil MacCormick, busca demonstrar que um sistema que respeita precedentes, em verdade, em nada ameaça a independência do Magistrado, mas, sim, a promove ao posicioná-lo como parte da instituição judiciária, que deve zelar por integridade, estabilidade e coerência. O artigo apresenta rápida diferenciação entre os termos “súmula”, “precedente” e “teses vinculantes” e, em seguida, apresenta alguns pontos relevantes da teoria de MacCormick, ao que salta aos olhos a relevância da aplicação dos precedentes para a formulação de uma boa decisão. Caminhando para a conclusão, fica claro como o funcionamento de um sistema de precedentes contribui não só para a higidez do sistema judicial, mas também para a aproximação e compreensão da sociedade sobre seus direitos, duas das preocupações externadas pela Magistratura na pesquisa mencionada.

PALAVRAS-CHAVE: Precedente; independência judicial; segurança; coerência; previsibilidade.

ABSTRACT: From the results of the research “Who we are. The Judiciary we want”, we see that part of the Magistrates who participated in the research, of first and second degrees, identifies some incompatibility between their functional independence and the precedents. It is precisely this supposed incompatibility that is the object of this work, which, based on Neil MacCormick's theory, seeks to demonstrate that a system that respects precedents, in truth, in no way threatens the magistrate's independence, but rather promotes it by positioning it as part of the judicial institution, which must ensure integrity, stability and coherence. The article presents a quick differentiation between the terms "summary", "precedent" and "binding theses" and then presents some relevant points of MacCormick's theory, which highlights the relevance of applying precedents for the formulation of a good decision. Moving towards the conclusion, it is clear how the functioning of a precedent system contributes not only to the soundness of the judicial system, but also to the approach and understanding of society about its rights, two of the concerns raised by the Judiciary in the mentioned research.

KEYWORDS: Precedent; judicial independence; safety; coherence; predictability.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Apresentação do problema a partir do resultado da pesquisa. 3. A independência do juiz no sistema de precedentes. 4. Uma ressalva necessária: precedentes, súmulas e teses vinculantes. 5. A responsabilidade dos Tribunais com os precedentes e a força normativa do artigo 926 CPC. 6. A proposta de Neil MacCormick: coerência, segurança jurídica

e fortalecimento das instituições. 7. Precedentes e aperfeiçoamento institucional: a Magistratura que queremos. 8. Conclusão. 9. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Não há dúvidas sobre o movimento feito pelo Código de Processo Civil em direção ao estabelecimento de um sistema de respeito aos precedentes – ainda que com diferenças em relação àquele concebido em países de *common law* -, mas há dúvidas sobre a lógica de seu funcionamento e, por isso, sobre seu espaço no processo brasileiro. A formulação de questões na pesquisa “Quem somos. A Magistratura que queremos” voltadas ao impacto na atividade jurisdicional das súmulas e precedentes vinculantes é indicativo de que, mesmo sendo parte da estrutura da lei processual, a tomada de decisão a partir de precedentes ainda é tema objeto de discussão. As respostas dadas àquelas questões reforçam esta percepção.

Este artigo pretende tratar dessa preocupação trazida à tona pela pesquisa, com reflexões importantes sobre a compatibilidade entre independência do Magistrado e a importância do respeito ao precedente, não só a partir da necessidade de observar a jurisprudência consolidada dos tribunais, mas também de saber observá-la e de trabalhar para consolidá-la. O respeito aos precedentes pelos Magistrado, da primeira à última instância, garante a coerência do sistema judicial, que passa pela construção e afirmação de uma moral institucional em todos os âmbitos do Poder Judiciário, bem como pelo respeito aos princípios constitucionais da igualdade, celeridade e segurança jurídica, imprescindíveis à função judicial.

O trabalho que se apresenta aborda, em linhas gerais, o funcionamento do sistema de precedentes – assim considerados os legalmente vinculantes e os não-vinculantes – com a atenção voltada à participação dos Magistrados de primeiro e segundo graus neste sistema, para, ao final, a partir da teoria de Neil MacCormick, demonstrar que a consolidação de uma cultura de precedentes, como afirmativa de uma unidade institucional, é o caminho para solucionar questões que ainda se fazem presentes no Poder Judiciário e que foram abordados pela pesquisa “Quem somos. A Magistratura que queremos”.

Por conseguinte, este artigo, tendo como marco teórico o jusfilósofo escocês Neil MacCormick, busca esclarecer a importância de um sistema de precedentes para a construção de um Direito coerente, universal e consequencialista, respeitando a independência funcional, para que se possa dar mais um passo na consolidação de uma Magistratura institucionalmente fortalecida e coerente, a Magistratura que queremos.

2. APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA A PARTIR DO RESULTADO DA PESQUISA

A pesquisa “Quem somos. A Magistratura que queremos”, no que toca à fundamentação das decisões judiciais, buscou aferir o grau de concordância dos Magistrados sobre o impacto em suas decisões do sistema de súmulas e precedentes vinculantes dos Tribunais Superiores¹. A questão 54 apresentou o seguinte enunciado: “O(a) magistrado(a) deveria poder decidir sem se pautar necessariamente pelo sistema de súmulas e precedentes vinculantes”, enquanto a questão 55 indagou se “O sistema de súmulas e precedentes vinculantes afeta a independência do(a) magistrado(a) em sua interpretação das leis e em sua aplicação”.

Percebe-se um equilíbrio nas respostas dadas às duas questões. Na questão 54, entre todos os ramos da Justiça, 48,2% dos Magistrados de primeiro grau e 48,7% dos Magistrados de segundo grau discordam muito ou pouco a respeito da necessidade de liberdade de decidir sem se pautar pelo sistema de enunciados vinculantes, enquanto 51,8% dos Magistrados de primeiro grau e 51,3% dos Magistrados de segundo grau concordam muito ou pouco com a necessidade de garantir aquela liberdade. No que diz respeito à questão 55, 48,4% dos Magistrados de primeiro grau e 43,6% dos Magistrados de segundo grau discordam muito ou pouco da afirmação de que o sistema de enunciados vinculantes afeta a independência do Magistrado em sua atuação, diante de 51,5% dos Magistrados de primeiro grau e 56,5% dos Magistrados de segundo grau que concordam muito ou pouco.

Chama atenção a circunstância de praticamente a metade dos Magistrados que responderam à pesquisa sustentar certa desconfiança do sistema de precedentes e afirmar a necessidade de uma liberdade de decidir sem observar os parâmetros fixados pelos Tribunais (sobretudo os superiores) como forma de garantia à independência do julgador, valor tão caro para os juízes e que, em essência, consubstancia-se em garantia do próprio jurisdicionado.

Este cenário pode sugerir desde o estranhamento sobre o funcionamento de um sistema de precedentes, passando pela não consideração das implicações de um sistema judicial que se pretende uno, até a falta de prática com um sistema em que as Cortes fixam orientações vinculantes sobre o que é o Direito. Pode indicar, também, alguma incompreensão sobre os

¹ VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; BURGOS, Marcelo Baumann. **Quem somos. A magistratura que queremos.** Associação dos Magistrados Brasileiros. Disponível em: <https://www.amb.com.br/pesquisa/2019/docs/Pesquisa_Quem_Somos_AMB_v-digital.pdf> Acesso em 14 jul. 2020. p. 76

contornos da independência do Magistrado e de seu papel, tão importante quanto o das Cortes de vértice, na construção da jurisprudência.

O curioso é observar que aquela mesma pesquisa, a partir de outros questionamentos aos Magistrados, revelou que estes identificam o bom exercício da sua atividade com a permanente preservação da dimensão institucional do Poder Judiciário, dela dependendo a boa prestação do serviço jurisdicional, deixando como última opção, dentre as oferecidas pela pesquisa, aquela que apontava para o desprendimento em relação à dimensão institucional como forma de preservar a autonomia funcional (Questão 46)². Nessa questão fica claro um dos pontos defendidos nesse artigo, qual seja, a necessidade de fortalecimento da instituição e da percepção do Magistrado como parte importante e integrante do Poder Judiciário.

Ainda, mesmo com a resistência oferecida ao sistema de precedentes e súmulas vinculantes, a ampla maioria da Magistratura (86,7% da Magistratura de primeiro grau e 91,1% da Magistratura de segundo grau) concorda pouco ou muito com a afirmação de que o sistema de súmulas e precedentes vinculantes garante maior velocidade e segurança jurídica à atividade jurisdicional e, portanto, maior racionalização do Judiciário (Questão 56)³.

Vê-se, também, que os Magistrados consideraram como iniciativas prioritárias para aproximar a população dos serviços do Judiciário a promoção de campanhas educativas que familiarizem a população com os seus direitos e com os procedimentos legais e o favorecimento à conciliação prévia extrajudicial (Questão 48)⁴, que, como se pretenderá demonstrar, têm evidente ligação com um sistema que dá o devido respeito aos precedentes.

A análise desse quadro faz surgir a necessidade de reflexão sobre os pontos abordados neste artigo, em especial sobre a demonstração de que a maneira adequada de se promover o respeito aos precedentes não só não viola a independência funcional, como se revela a chave para a promoção de maior confiança no Poder Judiciário; a implementação da segurança jurídica; a racionalização da atividade jurisdicional; a aproximação da população a partir do conhecimento e segurança no reconhecimento jurisprudencial de seus direitos e deveres; e o fortalecimento da instituição, a partir de sua coerência e unicidade.

A partir disso, as seguintes hipóteses serão trabalhadas neste artigo: 1) a independência do Magistrado, notadamente de primeiro grau de jurisdição, não é suprimida em um sistema judicial que dá o devido peso aos precedentes, desde que se sustente uma compreensão adequada daquela independência e da própria teoria dos precedentes; 2) os Magistrados de

² VIANNA, Luiz Werneck *et al.* *Op. Cit.* 2020. p. 59.

³ VIANNA, Luiz Werneck *et al.* *Op. Cit.* 2020. p. 79.

⁴ *Ibidem.* p. 64.

segundo grau, assim como aqueles que judicam nos Tribunais Superiores, exercem papel fundamental não só quando observam precedentes, mas quando sustentam uma jurisprudência estável, íntegra e coerente, pois com isso afirmam uma moralidade institucional que garante estabilidade e confiança na instituição judiciária; 3) a importância de um sistema de precedentes vai além do funcionamento interno do Poder Judiciário porque é capaz de irradiar efeitos no cotidiano da população, garantindo-lhe norte para a compreensão de seus direitos e a construção, por si, de solução para suas controvérsias sem demandar a intervenção judicial.

3. A INDEPENDÊNCIA DO JUIZ NO SISTEMA DE PRECEDENTES

Como dito anteriormente, mais da metade dos Magistrados que participaram da pesquisa “Quem somos. A Magistratura que queremos” concordam com a afirmação de que um sistema de precedentes afeta a independência do juiz na solução do caso em julgamento.

A primeira leitura que deve ser feita deste resultado é o reconhecimento do grau de importância conferido à independência do juiz que, bem vistas as coisas, é peça basilar do Estado Democrático do Direito. Não se concebe um Estado de Direito hígido sem a presença de juízes independentes, que não se subordinam a mais nada além do império da lei e do Direito. Como bem colocado pelo jurista uruguaio Eduardo Couture, no dia em que os juízes tiverem medo, a sociedade não poderá dormir tranquila⁵.

Não se pode perder de vista, aliás, que a independência do juiz, mais do que garantia funcional, é garantia fundamental do próprio cidadão. Sem contar com um juiz independente, premissa de sua imparcialidade, o cidadão não terá meios de efetivar direitos seus ameaçados ou violados. É contando com a independência do juiz que o mais simples cidadão pode se insurgir contra os desmandos dos detentores do poder⁶.

Sem embargo, àquela primeira leitura deve agregar-se a lembrança de que o juiz não é ator que age sozinho, mas é representante de um dos Poderes do Estado. A independência indispensável ao juiz é aquela que lhe protege de qualquer sujeição a arbítrios ou desmandos

⁵ COUTURE, Eduardo Juan. **Introducción al estudio del proceso civil**. Buenos Aires: Depalma, 1988. p. 75.

⁶ Quando se fala em independência do juiz e sua importância para o jurisdicionado, sempre vem à mente o conto “o moleiro de Sans-Souci”, de Andrieux. Segundo a narrativa, Frederico, “o Grande”, decidiu edificar um palácio de verão na região de Berlim, próximo a uma colina onde havia um moinho de vento, conhecido como o moinho de Sans-Souci. Ao resolver ampliar as instalações do palácio, Frederico, “o Grande”, decidiu adquirir o moinho, que naquele momento impedia a desejada ampliação das instalações reais, mas foi desacreditado em seu propósito pelo moleiro, que mantinha relação afetiva e familiar com o local. Diante da resistência do moleiro, Frederico insinuou àquele cidadão, em tom de ameaça, que tinha poderes para confiscar o moinho, mesmo sem indenização, ao que o corajoso moleiro retrucou: “como se não houvesse juízes em Berlim!”, levando o déspota a recuar e desistir de seu intento.

das mais diversas naturezas, não querendo significar insubmissão ao sistema processual que integra. O juiz é independente na análise dos enunciados de fato constantes dos autos, na valoração das provas produzidas para lhes darem sustentação e na ponderação entre aqueles enunciados e o Direito aplicável à hipótese, tudo a partir do que se consolidou como sendo o Direito, diante de critérios dotados de racionalidade⁷.

Com efeito, o Estado de Direito (*Rule of law*) é construído como o governo das leis, e não dos homens, de modo que carece de sustentação qualquer construção tendente a justificar que a vontade de um só agente, ainda que investido de autoridade, possa preponderar sobre o arranjo normativo derivado do funcionamento das funções do Estado, por mais nobres que sejam suas intenções.

Jeremy Waldron aponta que a lei apresenta por vezes conceitos fluidos e que sua aplicação é reclamada a partir das idiossincrasias de cada pessoa nela interessada, de modo que o sentido da lei acaba sendo determinado pelo próprio Estado em sua atuação judicial. A lei, portanto, torna-se objeto de argumentação e é reconstruída a partir dela, de modo que, mais do que assegurar o respeito à lei formal, o Estado de Direito deve prestigiar o processo de argumentação que forja o sentido da lei⁸.

A importância que deve ser dada ao processo judicial está em que é também por intermédio dele que o Estado dita o Direito, esclarece e dá conteúdo às normas jurídicas, que no seu momento de nascimento nas Casas Legislativas não passam pelo teste de validação (e concretização) que só as situações da vida são capazes de oferecer. Se o processo é instrumento estatal em que o Direito é aprimorado, não há espaços para subjetivismos do julgador diante das deliberações dos Tribunais, máxime das Cortes de vértice.

Se os Poderes Legislativo e Judiciário trabalham, cada um a seu tempo, na consolidação das normas jurídicas, a estabilidade do Direito só é alcançada quando os juízes resolvem a lide por meio de uma razão de decidir universal (ou universalizável), apta a ser replicada em casos semelhantes⁹, que se revelará, na teoria de MacCormick¹⁰, essencial parte da decisão jurídica, situação que será abordada nos próximos tópicos. É neste contexto que o

⁷ Vide, a respeito de racionalidade na atividade judicial: ABELLAN, Marina Gascon. **Los hechos en el derecho.** Bases argumentales de la prueba. 3. Ed. Marcial Pons: Madri, 2010.

⁸ WALDRON, Jeremy. The rule of law and the importance of procedure. In. FELMING, J. **Getting to the rule of law.** New York: New York U. Press, Nomos, 2011. p. 18-20.

⁹ ARENHART, Sérgio Cruz; PEREIRA, Paula Pessoa. **Precedentes e casos repetitivos:** por que não se pode confundir precedentes com as técnicas do CPC para solução da litigância de massa? Revista de Processo Comparado. vol. 10, jul. - dez. 2019. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2019. p. 2

¹⁰ MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito.** Tradução de Conrado Hubner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

juiz deve apreender a importância de atuar em respeito a um sistema estável de deliberações sobre o que é o Direito, para o que deve sopesar sua independência e seu simultâneo pertencimento ao Poder Judiciário, como parte de uma instituição uma e coerente. Se o Direito nasce do texto legal e amadurece nas decisões das Cortes, o juiz não pode se dizer só vinculado à lei (entendida como texto legislativo), mas também deve se dizer vinculado aos precedentes das Cortes¹¹ e, como se defende neste trabalho, a uma moral institucional, como forma de enfatizar o aspecto institucional das decisões judiciais.

A lição de Earl Maltz é pertinente para este momento:

Um dos valores mais amplamente compartilhados no sistema político americano é que os princípios que governam a sociedade devem ser 'regras de direito e não meramente as opiniões de um pequeno grupo de homens que ocupam temporariamente altos cargos'. A doutrina do *stare decisis* reforça esse valor de duas maneiras. Primeiro, ao promover a aparência de certeza e imparcialidade, fornecendo uma fonte aparentemente neutra de autoridade à qual os juízes podem apelar para justificar suas decisões. Segundo, ao usar a influência dos precedentes para limitar o impacto real que qualquer juiz (ou pequeno grupo de juízes) tem sobre o sentido da lei¹².

É nesta linha, de atuação judicial em respeito aos precedentes, que o Código de Processo Civil de 2015 traz ônus argumentativo ao juiz em relação à jurisprudência pertinente à matéria submetida à sua apreciação. A lei processual toma por nula a decisão, por carência de fundamentação, quando esta deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte sem demonstrar a distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento, assim como quando se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos (artigo 489, §1º, V e VI do CPC). No mesmo passo, a lei processual estabelece dever aos juízes e Tribunais de observar as decisões dos Tribunais Superiores, além do dever do juiz observar também as decisões do Tribunal a que estiver vinculado (artigo 927 do CPC).

No exercício de sua atividade jurisdicional, o juiz, com a independência que lhe é garantida, precisa esmiuçar o caso concreto, fazer análise aprofundada das razões de fato e de

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**. Justificativa do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 92-94.

¹² Tradução livre de: "One of the most widely shared values in the American political system is that principles governing society should be 'rules of law and not merely the opinions of a small group of men who temporarily occupy high office.' The doctrine of *stare decisis* reinforces this value in two ways. First, it fosters the appearance of certainty and impartiality by providing a seemingly neutral source of authority to which judges can appeal in order to justify their decisions. Second, the influence of precedent works to limit the actual impact which any single judge (or small group of judges) has on the shape of the law". MALTZ, Earl. **The nature of precedent**. North Carolina Law Review: 1988. p. 369.

direito expostas pelas partes em vista das provas produzidas, para, assim como já faz com as normas jurídicas, analisar as razões do precedente eventualmente invocado para aferir sua adequação ao caso concreto. A construção da argumentação jurídica a partir de precedentes não tem por escopo automatizar ou tornar irrelevante a atividade do juiz, mas sim lhe impor mais uma etapa na formação de seu convencimento sobre a justiça do caso, já que ele não pode ignorar o que os Tribunais dizem a respeito de determinada matéria jurídica¹³.

É pertinente ressaltar que ao juiz de primeiro grau também é reservado papel importante na construção da jurisprudência e dos precedentes.

Primeiro, porque ao juiz é dado, no exercício da jurisdição, participar do debate de construção do Direito e formação da jurisprudência, sendo, via de regra, quem dá a primeira resposta jurisdicional às partes. A cada decisão sobre um caso novo, sobre o qual não há jurisprudência consolidada, e por vezes nem mesmo pronunciamentos anteriores dos Tribunais, o juiz contribui para a afirmação do que é o Direito, não sendo raros os casos em que os Tribunais, mesmo os Superiores, acolhem as razões de decidir do juiz de primeiro grau para a afirmação sobre o Direito aplicável.

Segundo, porque as técnicas da teoria dos precedentes, notadamente o *distinguishing*¹⁴, permitem que o juiz atue no aprimoramento da jurisprudência, afinal, como adverte Patrícia Perrone Campos de Mello, a razão de decidir de um julgado “pode ser elaborada em termos excessivamente genéricos, pode abranger indevidamente hipóteses que não foram antevistas quando de sua formulação, ou entrar em choque em situações específicas, com outras súmulas ou com outros julgados”¹⁵. Assim, no caso sob sua apreciação, inicialmente ligado a um

¹³ Neste sentido, Robert Alexy, com foco no princípio da universalidade, sustenta que o ônus de uma maior argumentação recai sobre aqueles que pretende se afastar da aplicação do precedente. Para aquele jurista, um precedente invocado para sustentar uma determinada decisão deve ser seguido, em linha de princípio, de modo que aquele que pretende se afastar dele tem o ônus da justificação. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. p. 259-261.

¹⁴ A técnica do *distinguishing* corresponde ao meio pelo qual o juiz deixa de aplicar determinado precedente ao caso em apreciação por não haver enquadramento preciso entre este e os fundamentos que sustentam aquele precedente. Com efeito, o mandamento da teoria do *stare decisis* de manter uma decisão e não se alterar o que foi decidido pressupõe, por evidente, que o caso em julgamento reúna elementos que o igualem ou o aproximem do caso que deu origem ao precedente. Não basta haver ligeira semelhança entre o caso presente e o caso passado. É necessário, ao revés, que os dois casos compartilhem de um conteúdo mínimo. Nesse passo, se no *iter* da formação de seu convencimento o julgador for instado a aplicar um precedente, deve ele aferir se o caso em julgamento se aproxima de tal forma daquele precedente a ponto deste ser aplicável para dar a melhor e mais justa solução à controvérsia. Do contrário, o magistrado deve fundamentadamente demonstrar que o caso em julgamento e o precedente possuem contornos diversos, promovendo, assim, a distinção entre os casos, o *distinguish*, o que, no campo legal, encontra ressonância no artigo 489, §1º, VI, CPC.

¹⁵ MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes**. O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 20-22.

precedente, pode o juiz abrir caminho para o aprimoramento de tal precedente, ou o surgimento de um novo, com contornos mais bem definidos, aclarando o sentido do Direito.

Convém ressaltar que alguns institutos previstos no Código de Processo Civil, ainda que aparentemente com roupagem de precedentes, veiculam regras de natureza distinta, e que a despeito de também vincularem a atividade argumentativa do juiz, o fazem por outras razões.

4. UMA RESSALVA NECESSÁRIA: PRECEDENTES, SÚMULAS E TESES VINCULANTES.

As questões 54 e 55 da pesquisa “Quem somos. A Magistratura que queremos” utilizam as expressões “súmulas” e “precedentes vinculantes” para veicular indagações a respeito da maneira pela qual os Magistrados enxergam a correlação do conteúdo da fundamentação de suas decisões com o entendimento consolidado pelos Tribunais, notadamente os Superiores. A forma com que as respostas foram analisadas e consolidadas no texto que apresenta a pesquisa deixa claro que a intenção dos pesquisadores foi colher dados sobre a relação dos juízes com o sistema de precedentes, assim considerado de forma ampla, sem se ater a aspectos conceituais a respeito do que propriamente podem ser considerados precedentes, e sua diferenciação com súmulas e teses vinculantes. A bem dizer, nem mesmo haveria lugar na pesquisa para preocupações a respeito de tal precisão técnica.

Não obstante, para que não escape a precisão conceitual que se espera de um artigo científico, imperioso fazer, ainda que brevemente, a diferenciação entre o que se deve entender por “precedente”, “súmula” e “teses vinculantes” derivadas do julgamento de recursos repetitivos (assim entendidos os recursos extraordinário, especial e incidente de resolução de demandas repetitivas). Além de precisão conceitual, a diferenciação também é importante porque revela outro motivo de vinculação dos juízes com o que decidido pelos Tribunais quando se trata das “teses vinculantes” da lei processual civil.

Mesmo nos países de tradição jurídica de *common law* o conceito de precedente não é pacífico, e há mesmo dificuldades em definir qual parte da decisão que “precede” tem o caráter de revelar o Direito e vincular os demais juízes. Sem embargo, pode-se identificar o precedente com a razão que justifica determinada resposta jurisdicional. Na lição de Arenhart e Pereira:

[...] é lugar comum na doutrina contemporânea que o precedente identifica-se com a razão que justifica, de forma racional, determinada resposta jurisdicional. Quer isso dizer que o precedente não se equivale ao conceito de decisão judicial nem ao de fundamentação, que é um dos elementos decisórios. Na sua essência, o precedente, na

abordagem da sua vinculatividade, corresponde à razão necessária e suficiente pela qual um resultado jurídico é adotado na solução do problema¹⁶.

A lógica do precedente remonta à posição do Poder Judiciário de não só ser o órgão responsável pela solução dos litígios concretos, mas também de contribuir para o aprimoramento e estabilização do Direito. A ideia de precedente, pois, vai além da “decisão anterior que resolveu um caso determinado semelhante ao atual”, alcançando a percepção da atuação do Poder Judiciário como o Estado zelando pela segurança jurídica, igualdade, racionalidade e estabilidade da ordem jurídica. Trata-se de postulado inerente à decisão judicial no seu papel de construção do Direito, a qual afrontaria a racionalidade, a imparcialidade e a igualdade ao ignorar o que o próprio Poder Judiciário disse ser o Direito, ainda que não atendendo aos anseios subjetivos de todos os atores do processo.

De sua vez, a súmula representa a síntese de teses jurídicas consagradas pelos Tribunais, a partir do julgamento de uma série de casos juridicamente idênticos, com a pretensão de que tais teses sejam observadas em casos futuros que envolvam o mesmo contexto normativo daqueles que embasaram a sua edição. Não há propriamente na súmula a intenção de depurar o Direito a partir da relação da norma com determinado contexto fático, apresentando a racionalidade que sustenta o discurso judicial voltado àquela depuração, tal como se vê no precedente. Há, isto sim, intenção de dar uma resposta sintética a uma indagação jurídica reiterada em diversos processos¹⁷.

Já as súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal - regulamentadas pela Lei Federal n. 11417/2006 e com força para vincular os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal - pressupõem reiteradas decisões sobre matéria constitucional e têm por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e multiplicação de processos sobre idêntica questão.

No que é pertinente às teses extraídas do julgamento de recursos repetitivos (recursos extraordinário, especial e incidente de resolução de demandas repetitivas), estas são resultados de técnica de resolução de casos idênticos a partir de um “*leading case*”. Diante da

¹⁶ ARENHART, Sérgio Cruz; PEREIRA, Paula Pessoa. *Op. Cit.* 2019. p. 3

¹⁷ Newton Ramos aponta que mesmo sendo técnica importante para a gestão de processos nos tribunais, na condição de “norma sobre norma”, a súmula funciona mais como “pontos de partida” do que como “ponto de chegada”, já que também demanda processo de interpretação quando de sua aplicação ao caso concreto. Sustenta o autor que as súmulas mais se aproximam da lei do que dos *binding precedents* (que exigem exaustiva individualização da *ratio decidendi*), o que reforça o argumento de que elas estão sujeitas a um eterno processo hermenêutico quando de sua aplicação a casos concretos. RAMOS, Newton. **Poderes do juiz no processo civil e sua conformação constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 211.

multiplicidade de casos sobre determinada questão jurídica, um ou alguns deles, que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida (artigo 1.036, §6º, CPC), são destacados como “processo-modelo”, com eventual suspensão dos demais, no aguardo de que o Tribunal competente resolva o imbróglio jurídico que se repete em cada um deles pela formulação de uma tese, a ser aplicada aos demais casos idênticos. Ao contrário dos precedentes, a fixação de tese a partir da técnica de julgamento de recursos repetitivos pressupõe que não haja discussão sobre fatos, referindo-se unicamente às questões de direito (material ou processual).

A necessária vinculação da fundamentação das decisões dos juízes com aquelas teses diz respeito mais propriamente ao anseio da lei processual de encontrar mecanismos para solução das chamadas “ações de massa” ou que vinculam um mesmo problema jurídico, diante de seus impactos deletérios no funcionamento do Poder Judiciário (assoberbamento da pauta, morosidade, decisões conflitantes etc.), do que estabelecer um sistema de precedentes tal como se vê em países de *common law*, ainda que se reconheça haver certa similaridade da base principiológica de ambos.

Bem vistas as coisas, o mecanismo concebido pela lei processual, com certa feição de técnica de coletivização da tutela de direitos individuais¹⁸, promove a cisão da competência para o julgamento dos casos repetitivos ao atribuir a uma determinada Corte a competência para examinar a questão de direito recorrente e ao juiz a análise do restante da controvérsia¹⁹, configurando, na parte relativa à questão de direito, segundo importante setor da doutrina, verdadeira coisa julgada²⁰.

¹⁸ Vide, a propósito de técnicas de coletivização, ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais**. Para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

¹⁹ ARENHART, Sérgio Cruz; PEREIRA, Paula Pessoa. *Op. Cit.* 2019. p. 7

²⁰ “Como se vê, o art. 927, III, atribuiu à decisão proferida no incidente de resolução de demandas repetitivas a eficácia de precedente. Lembre-se de que, diante da admissão do incidente, são suspensos “os processos pendentes, individuais ou coletivos” (art. 982, I, CPC (LGL\2015\1656)), devendo a questão de direito passar a ser discutida unicamente entre as partes do processo que abriu oportunidade para a instauração do incidente, restando excluídos da participação todos os demais litigantes, partes nas ações repetitivas. Como é evidente, o legislador, ciente de que a decisão do incidente pode prejudicar pessoas que não participam do processo, tentou resolver o problema da exclusão da participação mediante o recado de que “os juízes e tribunais observarão” (art. 927, III, do CPC (LGL\2015\1656)) a decisão proferida no incidente de resolução de demandas repetitivas, como se esta fosse um mero precedente e não, antes de tudo, uma decisão que produz coisa julgada erga omnes. Não há como atribuir força obrigatória a uma decisão, saltando-se o problema da coisa julgada. Antes de se afirmar que uma decisão pode regular outros casos, há de se definir para quem a decisão se torna imutável ou, mais precisamente, quem são aqueles que ficam proibidos de rediscutir a questão decidida. De forma risível, o art. 985 do Código de Processo Civil (LGL\2015\1656) finge esquecer que a decisão que proíbe os membros de um grupo (em regra, os autores das demandas repetitivas) de rediscutir questão decidida constitui coisa julgada erga omnes, atribuindo-lhe o nome mágico de “tese” e a qualidade de vincular todos os juízes. Se as partes dos processos suspensos e dos eventuais processos futuros ficam proibidas de relitigar a questão decidida no incidente de resolução, o que as sanciona apenas pode ser a coisa julgada [...]”. MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada sobre questão em favor de**

A partir disso, com os olhos voltados aos resultados da pesquisa “Quem somos. A Magistratura que queremos”, é preciso ressaltar que não há verdadeiramente espaço para se concordar ou discordar da vinculação dos juízes às teses extraídas dos recursos repetitivos e de seu impacto na independência judicial, já que em relação a elas a técnica processual gira em torno da divisão de atribuições para tratamento das ações de massa e extensão de efeitos da coisa julgada, a partir de dada política legislativa, não guardando qualquer semelhança com o sistema de vinculação próprio dos precedentes²¹.

É importante ficar claro, todavia, que independentemente de se tratar de súmula, precedente ou tese vinculante, as manifestações dos Tribunais devem prezar pela estabilidade e coerência para o adequado funcionamento do sistema de justiça, mostrando-se para a sociedade como uma unidade, com respostas jurídicas coerentes entre si, condizentes com uma unicidade institucional, permeando toda a estrutura judicial. Assim, não somente os institutos que se entendem por “precedentes qualificados”²² (súmulas e teses vinculantes), mas igualmente os chamados “precedentes persuasivos” devem ser dotados, como reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça, de eficácia mínima capaz de vincular as instâncias inferiores (eficácia vertical) e também os próprios Tribunais (eficácia horizontal).²³

terceiros e precedentes obrigatórios. Revista de Processo, vol. 284. (Out, 2018). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 120

²¹ Sobre a impossibilidade de se tratar as teses vinculantes dos recursos repetitivos como precedentes, Sérgio Cruz Arenhart e Paula Pessoa Pereira apontam que: “os instrumentos descritos no CPC (LGL\2015\1656) não têm nenhuma relação com o sistema de precedentes. Particularmente, as figuras descritas no art. 927 do código estão claramente orientadas para outra finalidade. Não objetivam dar unidade ao desenvolvimento judicial do Direito, oferecendo coerência, imparcialidade e igualdade na aplicação das normas jurídicas. Têm, sim, por finalidade, gerir a massa de demandas judiciais, evitando a disparidade de decisões em relação a casos idênticos. [...] Sem ainda ingressar na utilidade dessas técnicas, é importante frisar o quão distante essa lógica está da teoria dos precedentes genuína. Todas essas técnicas, desenhadas pelo código, trabalham com a premissa de que o Direito tem sentido unívoco, que precisa apenas ser “revelado” pelos Tribunais. O Tribunal não contribui para a construção do Direito; sua finalidade é apenas declarar ou desvelar o sentido já presente na regra a ser interpretada. Por isso, dispensa-se a análise dos fatos, já que o Direito pode ser encontrado apenas examinando “em abstrato” a(s) regra(s) e o(s) princípio(s) a ser(em) aplicado(s). Diante disso, essas técnicas preocupam-se exatamente em abstrair (e tornar irrelevantes) os fatos de cada caso, permitindo, de antemão, a criação de uma tese, a ser obrigatoriamente aplicada por todos os outros órgãos jurisdicionais. Não é necessário muito esforço para notar a distância disso com a lógica que preside o sistema de precedentes anglo-americano”. ARENHART, Sérgio Cruz; PEREIRA, Paula Pessoa. *Op. Cit.* 2019. p. 5-6.

²² Expressão usada no Regimento Interno do STJ, art. 121-A. “Os acórdãos proferidos em julgamento de incidente de assunção de competência e de recursos especiais repetitivos bem como os enunciados de súmulas do Superior Tribunal de Justiça constituem, segundo o art. 927 do Código de Processo Civil, precedentes qualificados de estrita observância pelos Juízes e Tribunais.”

²³ “(...) 2. Isto porque a existência de precedentes persuasivos autoriza, na forma do art. 927, IV, do CPC/2015 c/c a Súmula n. 568/STJ que: “O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema”. Tal a eficácia mínima dos precedentes persuasivos que vinculam horizontalmente, por seus fundamentos determinantes, os ministros relatores de determinado órgão colegiado à jurisprudência nele formada, atendendo às exigências de uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência, conforme o art. 926, do CPC/2015.”. (STJ, AgInt no AREsp 871.076/GO, DJe 19/08/2016).

5. A RESPONSABILIDADE DOS TRIBUNAIS COM OS PRECEDENTES E A FORÇA NORMATIVA DO ARTIGO 926 CPC.

A pesquisa “Quem somos. A Magistratura que queremos” também colheu as opiniões de Magistrados de segundo grau sobre a fundamentação das decisões judiciais, e também em relação a estes revelou a tensão na relação entre atividade judicial e respeito aos precedentes. Tal como se verifica entre os Magistrados de primeiro grau, é maior a parcela de Magistrados de segundo grau que mostra resistência a um sistema que dá o devido peso aos precedentes na construção das decisões.

A análise deste panorama, quando se pensa em segundo grau de jurisdição, é pertinente não só sobre o que já se falou sobre a adequada concepção de independência judicial, mas principalmente quando se lembra que o segundo grau de jurisdição também tem papel de destaque na manutenção de um sistema judicial coerente e que pretende funcionar a partir de precedentes.

O artigo 926 do Código de Processo Civil exige dos Tribunais que estes uniformizem sua jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente, e tal comando legal - cuja força normativa ilustra a estreita relação que o Código de Processo Civil busca manter com a Constituição Federal²⁴ - só se realiza se os integrantes das Cortes compreenderem a feição institucional de suas decisões.

²⁴ A exposição de motivos do Código de Processo Civil apresenta como o primeiro de seus objetivos “estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal” e, como um dos meios para tanto, a Comissão de Juristas responsável pela elaboração do projeto do Código expôs que ele exige dos Tribunais esforço concentrado para manter a estabilidade e coerência de suas decisões como reflexos dos princípios da igualdade e da segurança jurídica: “Por outro lado, haver, indefinidamente, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos. Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade. Prestigiou-se [...] tendência a criar estímulos para que a jurisprudência se uniformize, à luz do que venham a decidir tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize. Essa é a função e a razão de ser dos tribunais superiores: proferir decisões que moldem o ordenamento jurídico, objetivamente considerado. A função paradigmática que devem desempenhar é inerente ao sistema. Por isso é que esses princípios foram expressamente formulados [...] Evidentemente, porém, para que tenha eficácia a recomendação no sentido de que seja a jurisprudência do STF e dos Tribunais superiores, efetivamente, norte para os demais órgãos integrantes do Poder Judiciário, é necessário que aqueles Tribunais mantenham jurisprudência razoavelmente estável. A segurança jurídica fica comprometida com a brusca e integral alteração do entendimento dos tribunais sobre questões de direito. Encampou-se, por isso, expressamente princípio no sentido de que, uma vez firmada jurisprudência em certo sentido, esta deve, como norma, ser mantida, salvo se houver relevantes razões recomendando sua alteração. Trata-se, na verdade, de um outro viés do princípio da segurança jurídica, que recomendaria que a jurisprudência, uma vez pacificada ou sumulada, tendesse a ser mais estável. [...] Mas talvez as alterações mais expressivas do sistema processual ligadas ao objetivo de harmonizá-lo com o espírito da Constituição Federal, sejam as que dizem respeito a regras que induzem à uniformidade e à estabilidade da jurisprudência. O novo Código prestigia o princípio da segurança jurídica, obviamente de índole constitucional, pois que se hospeda nas dobras do Estado Democrático de Direito e visa a proteger e a preservar as justas expectativas das pessoas. [...] Se, por um lado, o princípio do livre convencimento motivado é garantia de

É importante que se reconheça a força normativa do artigo 926 do Código de Processo Civil, que não trata apenas de um padrão almejado para a jurisprudência dos Tribunais, mas estabelece verdadeira missão institucional às Cortes e seus Magistrados. Mencionado dispositivo estabelece como *dever* dos tribunais a uniformização de sua jurisprudência, assim como aponta como *dever* sua manutenção de forma estável, íntegra e coerente.

A posição topográfica do dispositivo legal em comento diz muito a seu respeito e sobre sua importância para o sistema processual. Ele inaugura o Livro III do Código de Processo Civil, tratando-se, pois, do primeiro artigo pertinente aos processos nos Tribunais, mais especificamente sobre a ordem destes processos. Não é possível falar sobre o funcionamento dos Tribunais e disciplinar sua rotina procedimental sem tomar como ponto de partida a manutenção de uma jurisprudência estável, íntegra e coerente. Antes de tratar dos pormenores do processamento de recursos das mais diversas espécies, e antes de lembrar aos juízes de seu dever de observância de precedentes vinculantes ou persuasivos (artigo 927), o Código de Processo Civil assenta no artigo 926 verdadeira premissa para se pensar os Tribunais.

Conforme aponta William Soares Pugliese, baseado na doutrina de Neil MacCormick, a jurisprudência guarda coerência não só quando apresenta construção coerente da narrativa dos fatos que ensejam a decisão, mas também quando possui coerência normativa, relacionada à estruturação dos argumentos jurídicos da decisão. A coerência exige que a decisão faça sentido, que seja calcada no Direito como ele é, tanto a partir de regras, quanto de princípios. A coerência também entre as decisões judiciais é indispensável para o próprio Estado de Direito, uma vez que tem o condão de impedir a discricionariedade ampla do julgador ao exigir que este demonstre que seus argumentos têm raízes no ordenamento jurídico em vigor²⁵.

A integridade da jurisprudência diz respeito à manutenção das decisões do Tribunal edificadas entre as diversas possibilidades de solução dos casos franqueadas pela ordem jurídica, evitando que as manifestações da Corte sejam preteridas ou superadas sem a devida robustez na argumentação. As leis devem ser vistas como coerentes, devendo o Magistrado construir seus argumentos considerando o conjunto do Direito e tendo em conta a unidade institucional, refutando decisões arbitrárias ou não-condizentes com o posicionamento do Poder Judiciário como Instituição, pois isso gera insegurança e descrédito. A integridade, ainda, exige

juízos independentes e justos, e neste sentido mereceu ser prestigiado pelo novo Código, por outro, compreendido em seu mais estendido alcance, acaba por conduzir a distorções do princípio da legalidade e à própria ideia, antes mencionada, de Estado Democrático de Direito”. BRASIL, **Código de processo civil e normas correlatas**. 7. Ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>> Acesso em: 01 jul. 2020.

²⁵ PUGLIESE, William Soares. **Princípios da jurisprudência**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. p. 147.

que as decisões sejam compatíveis entre si, em uma harmonia que revela a comunidade de princípios que reflete o pensamento jurídico e os valores da comunidade, o que MacCormick chama de moral institucional.²⁶

Por fim, a pretendida estabilidade da jurisprudência é reflexo de uma dimensão objetiva da segurança jurídica, da imperiosidade de que as manifestações das Cortes mantenham certa perenidade para solidificar a visão que a sociedade tem de sua ordem jurídica, podendo, assim, orientar suas escolhas e atitudes, havendo previsibilidade na vida em comunidade. Na lição de Luiz Guilherme Marinoni, a ordem jurídica “deve ter um mínimo de continuidade, até mesmo para que o Estado de Direito não seja Estado provisório, incapaz de se impor enquanto ordem jurídica dotada de eficácia e potencialidade diante dos cidadãos”²⁷.

A preocupação em se alcançar jurisprudência coerente, íntegra e estável é justificada no impacto que ela deve ter na rotina forense. É a jurisprudência dos Tribunais que guiará a atividade interpretativa do juiz, conforme dito anteriormente no tópico 3, assim como é ela que permitirá com que os jurisdicionados possam pautar sua linha de conduta dentro e fora do processo.

A gravidade da construção de uma jurisprudência coerente, íntegra e estável para o Estado de Direito impõe que os Magistrados de segundo grau, tanto quanto os de primeira instância, refinem sua percepção a respeito do reflexo institucional de suas manifestações e do impacto de suas decisões para além dos limites do caso concreto em julgamento. O exercício independente de suas funções, em um contexto de unidade do Poder Judiciário, é exteriorizado a partir da jurisprudência, cujos efeitos de aprimoramento do Direito e revelação de seu significado para a sociedade são por demais relevantes para sustentar decisões contraditórias.

6. A PROPOSTA DE NEIL MACCORMICK: COERÊNCIA, SEGURANÇA JURÍDICA E FORTALECIMENTO DAS INSTITUIÇÕES

Como se buscou demonstrar nos tópicos anteriores, a independência do Magistrado não é suprimida em um sistema judicial que dá o devido peso aos precedentes e toda a Magistratura exerce papel fundamental não só quando pauta sua linha de atuação observando precedentes, mas também quando sustenta uma jurisprudência estável, íntegra e coerente.

²⁶ *Ibidem*, p. 95 e seguintes.

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 130.

O panorama apresentado pela pesquisa “Quem somos. A Magistratura que queremos” - desconfiança na utilização de precedentes ao tempo em que se preza pelo fortalecimento das instituições e aproximação e confiança da população no Poder Judiciário – recomenda a adoção de um marco teórico adequado para sua análise e que seja capaz de superar esta aparente tensão.

No presente trabalho, adota-se a teoria de Neil MacCormick como marco para se proceder a essa importante análise. A teoria argumentativa do renomado jusfilósofo está entre a teoria de Dworkin (tese da única resposta correta) e a de Alf Ross (as decisões jurídicas são arbitrárias, são um produto da vontade, não da razão). Segundo Stefano Berthea, MacCormick é “o elo faltante entre o positivismo de Hart e o não positivismo de Dworkin”.²⁸ Diante disso, a teoria de MacCormick torna-se especialmente relevante, pois se mostra como um estágio intermediário na progressiva transição entre uma abordagem positivista legalista para uma abordagem baseada na argumentação.

Por isso a escolha do autor no contexto desse artigo, dado que a pesquisa revela a existência de um aparente conflito entre o princípio da independência do Magistrado e a ideia de aplicação dos precedentes. Afinal, a argumentação jurídica não só é o caminho por meio do qual o juiz realiza a submissão do fato à norma, como, notadamente, é o local em que o caráter interpretativo do direito vem à tona, revelando com maior evidência o espaço de liberdade do Magistrado.

Entretanto, na obra de MacCormick, verifica-se a existência de um conceito anterior à argumentação jurídica que, de certa forma, lhe dá sentido e direciona. O jusfilósofo escocês defende que o positivismo é capaz de compreender a profundidade constitucional, formulando o conceito de moralidade institucional. A moralidade institucional é a moralidade das instituições político-jurídicas de uma determinada sociedade civil ou seja: “é o conjunto de doutrinas morais e princípios que melhor se encaixam às instituições existentes com o menor sacrifício de uma visão moral ideal ou histórica de como a vida em uma sociedade organizada deveria ser para os indivíduos”²⁹.

O reconhecimento e a reafirmação dessa moral institucional é o que, por exemplo, dá segurança ao direito britânico, apesar da inexistência de constituição escrita.

²⁸ Tradução livre de: “the missing link between Herbert Hart’s legal positivism and Ronald Dworkin’s non-positivist research programme”. BERTEA, Stefano. MacCormick’s Latest Views of Legal Reasoning and the Positivist Concept of Law, *In* MENÉDEZ, Augustín José; FOSSUM, John Erik. **The Post-Sovereign Constellation Law and Democracy in Neil D. MacCormick’s Legal and Political Theory**. ARENA Report n. 4/08. Oslo: ARENA Centre for European Studies, 2008. p. 88.

²⁹ Tradução livre de: “(..) it is the set of moral doctrines and principles which best fits actual existing institutions at the least sacrifice t an ideal or background moral view of how life is an organized society ought to be for individuals.” MACCORMICK, Neil; WEINBERGER, Ota. **An Intitutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism**. Ed. Kluwer: Dordrecht, 1986. p. 180

Nesse contexto, a replicação dos precedentes – coerentes entre si – trazendo unicidade às decisões judiciais desde a primeira até a última instância, é um instrumento apto a suprir o anseio por uma concepção institucional da Justiça, reforçando a estabilidade, segurança jurídica e a fortalecendo o Poder Judiciário, enquanto instituição.

Fato é que, com a abertura do Direito aos princípios e à constitucionalização, especialmente pós Constituição de 1988, a transição entre a ideia do Magistrado que apenas replicava a lei para o Magistrado que argumenta e constrói o direito em conformidade aos preceitos constitucionais criou um espaço que faz emergir a necessidade de uma moral institucional, a fim de uniformizar o posicionamento do Poder Judiciário como um órgão coerente e como unidade.

Note-se que a estrutura judiciária – de recursos, tribunais superiores e decisões colegiadas – é concebida a partir da noção que, por mais bem-intencionados que sejam, juízes são falíveis, e isso não faz com que suas decisões não tenham validade jurídica. Por isso, é tão importante o direcionamento institucional. O fato de os juízes não serem aplicadores mecânicos de normas jurídicas não os exime de diversos limites, dentre os quais estão os precedentes, que se revelam estruturais e necessários para a manutenção da coerência do sistema, a segurança jurídica e especialmente a confiança nas instituições.

Um sistema judicial que dá o devido peso aos precedentes materializa e densifica princípios constitucionais como a igualdade, a segurança jurídica e a eficiência do Poder Judiciário. Ao tornar consequência lógica do sistema judicial que uma decisão proferida pelo Tribunal competente ressoará para casos idênticos, em vista dos princípios mencionados, a lógica dos precedentes acaba por dar o devido peso àquilo que os Magistrados participantes da pesquisa “Quem somos. A Magistratura que queremos” consideram o mais relevante para o bom exercício da sua atividade: a preservação da dimensão institucional do Poder Judiciário.

MacCormick é um defensor da lógica formal, da consistência e da coerência. E, para que tais ideais se concretizem, têm especial significado os princípios jurídicos do consequentialismo e a força dos precedentes, além da relação entre regras e princípios universais e casos particulares. O autor revela a maneira de combinar esses elementos de forma impessoal, racional e universalizável³⁰.

Para Bustamante, ainda que MacCormick sustente que sua teoria do Direito não tem como escopo solucionar problemas práticos particulares, ela provê para a categoria prática do Direito uma compreensão que pressupõe que se reconstrua racionalmente as instituições

³⁰ MENDES; MICHELON; VERÍSSIMO, *In* MACCORMICK, Neil. *Op. Cit.* 2008. p. xxii.

jurídicas, buscando uma consideração crítica das regras centrais, sob a ótica dos princípios e valores que a elas se subordinam³¹. Essa consideração crítica poderia indicar futuras interpretações do Direito que retificarão anomalias no entendimento corrente, incluindo a prática judicial.

Para MacCormick, a lei, como fonte de normas prospectivas, possui capacidade limitada de regular casos futuros, dando azo a um processo controverso de interpretação e argumentação entre a fonte de direito e a norma geral e abstrata e entre a norma e o fato concreto que desperta um pedido de aplicação dessa norma, havendo uma tensão entre os ideais do caráter argumentativo do Direito e a sua promessa de certeza e segurança³².

A construção de uma moral institucional que se firma e se coloca por meio dos precedentes permite que o Judiciário se autocompreenda como uma instituição una, com bases sólidas, e coerente em todas as instâncias, o que é capaz de reduzir a tensão percebida na pesquisa entre a independência do Magistrado e a necessidade de fortalecimento da instituição.

Acredita-se ser possível combinar o ideal do Estado de Direito com uma teoria da argumentação que não gera absoluta certeza, isto é, que não se deixa seduzir pela certeza fácil e arbitrária do personalismo. Haveria, portanto, uma coexistência saudável da liberdade e independência do Magistrado e da coerência do Poder Judiciário como instituição uniforme formada por juízes que compartilham uma diretiva e, porque não dizer, uma moral institucional³³.

A autoridade das decisões dos Tribunais tem um papel relevante, pois a atribuição por parte deles de um significado específico a um termo torna ele verdadeiro, ao menos para Tribunais de instâncias inferiores, podendo-se dizer que determinada premissa é uma verdadeira proposição do Direito.

Ao proferir uma sentença, o juiz desempenha um ato e cumpre ou não um dever. Ocorre que os atos são determinados pelas escolhas dos agentes e por alguma ou qualquer coisa que determine essas escolhas, não pela lógica. Dessa maneira, defende MacCormick que, ainda que a lógica não estabeleça o ato, a qualidade normativa de um ato realizado ou planejado por um agente, ou seja, se o ato é certo, errado, bom ou ruim, justificado ou injustificado, pode ser

³¹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Sobre o caráter argumentativo do direito: uma defesa do pós-positivismo de MacCormick** In: Revista Brasileira de Estudos Políticos. n. 106, jan./jun. 2013. Belo Horizonte: 2013. p. 270.

³² MACCORMICK, Neil. *Op. Cit.* 2008. p. XVI.

³³ Sobre o tema, recomenda-se a leitura da obra *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*, de Neil MacCormick e Ota Weinberger, publicada pela Ed. Kluwer, Dordrecht, Holland, 1986.

estabelecida em termos lógicos, mediante premissas normativas adequadas, como por exemplo, proposições do Direito tal como ele foi apresentado anteriormente (isto é, o precedente)³⁴.

Muito embora haja a consciência de que o elemento subjetivo está sempre presente na justificação das decisões jurídicas, seja ele em maior ou menor extensão nas atividades de interpretação e aplicação do Direito³⁵, e que até certo ponto ele seja necessário para sua boa aplicação e para a análise das particularidades do caso, a limitação desse elemento subjetivo, ao mesmo tempo que se revela necessária, deve ser promovida de forma cuidadosa, a fim de não ferir a autoridade e a independência funcional.

A coerência normativa é um mecanismo de justificação e pressupõe a ideia de que o Direito é um empreendimento racional. Essa coerência não deve se limitar à decisão, mas sim a todo contexto de decisões do Magistrado, dos Tribunais e do Judiciário como um todo. Note-se que, para MacCormick, a coerência é tão importante que é dela que decorrem os princípios, pois os princípios e as analogias são necessários para dar coerência à norma, completando um sistema (que em princípio poderia aparentar incompletude), a partir de sua moral institucional. A analogia e a coerência juntas ajudam “a formar alguma compreensão dos limites do que é considerado legítimo na criação de lei por parte do Judiciário”³⁶. O requisito da coerência é tido por ele “como um delimitador do campo dentro do qual tem legitimidade a fixação de jurisprudência”³⁷.

Quanto à coesão, MacCormick indica um mandamento judicial fundamental: “não contradirás normas de direito estabelecidas e vinculantes”³⁸. Esse mandamento é essencial para que a tese da validade surta seus efeitos. A decisão não deve apenas ser justificada por bons argumentos a partir de consequências, princípios ou analogias, mas também é preciso demonstrar que ela não é incompatível com normas estabelecidas, dentre as quais, é possível incluir os precedentes.

No modelo de justificação criado por MacCormick, justificar uma decisão em um caso difícil consiste em: 1) cumprir com o requisito da universalidade; 2) que a decisão tenha sentido com relação ao sistema jurídico como um todo (deve cumprir os requisitos de consistência e coerência); 3) que a decisão tenha sentido com relação ao mundo (neste ponto entram em jogo os argumentos consequencialistas).

³⁴ MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. Trad. Waldéa Barcelos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 41-42.

³⁵ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Op. Cit.* 2013. p. 270.

³⁶ MACCORMICK, Neil. *Op. Cit.* 2009.p. 194-195.

³⁷ *Ibidem*, p. 199.

³⁸ *Ibidem*, p. 252-253.

A universalidade, para ele, é a exigência de que o termo médio seja ao menos uma vez universal; possui um alcance em relação ao passado e ao futuro, e isso, em regra é levado em conta na criação de um precedente, servindo para solucionar casos similares, gerando segurança.

O requisito da universalidade detém grande relevância, pois ele é que garante a igualdade entre os cidadãos submetidos a processos judiciais e, nesse ponto, os precedentes detém papel importante, não só porque são firmados a partir da análise do seu universalismo, mas porque eles mesmo universalizam a postura do Judiciário.

A questão da consistência e coerência, para MacCormick, também é um ponto essencial. A consistência se verifica quando uma decisão é coerente, isto é, quando se baseia em premissas normativas que não entram em contradição com normas validamente estabelecidas; enquanto a coerência possui relação com princípios e valores socialmente aceitáveis, revelando-se como mecanismo de justificação. Nesse ponto é que as decisões podem ser construídas revelando o direito de maneira uniforme, com coerência interna e externa da decisão, a partir da moralidade institucional que reiteradamente é impressa nos posicionamentos do Poder Judiciário.

A exigência de coerência e consistência está intrinsecamente relacionada ao fato de o Direito ser um sistema. No Brasil, esse requisito precisa urgentemente ser aperfeiçoado para que não haja situações a gerar desconfiança institucional e insegurança jurídica. Atenta a tais problemas, defende Paula Pessoa Pereira³⁹ a utilização da teoria de MacCormick, em especial o princípio da universalidade, o que seria essencial para que o Superior Tribunal de Justiça se firmasse como corte de precedentes, gerando maior segurança jurídica e fortalecendo o Estado de Direito.

Por consequência, dessa rápida explanação – dado que não há como esgotar o tema neste espaço - tem-se que a moralidade institucional, a universalidade e a coerência, tal como apresentadas por MacCormick, se mostram como ferramentas para o aprimoramento das decisões e a *praxis* jurídica no Brasil, evidenciando a importância da observação dos precedentes como um dos passos a ser observados na estrutura da decisão.

Assim, a lógica do precedente remonta à posição do Poder Judiciário de não só ser o órgão responsável pela solução dos litígios concretos, mas também de contribuir para o aprimoramento e estabilização do Direito.

³⁹ PEREIRA, Paula Pessoa. **Legitimidade dos precedentes**: universalidade das decisões do STJ. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

Não há qualquer dúvida de que um sistema processual que confere a importância devida aos precedentes fortalece a visão institucional do Poder Judiciário. O juiz reforça sua posição de importante engrenagem no mecanismo da Justiça quando reverbera e respeita as posições manifestadas pelo Poder de que faz parte, sem que isso represente qualquer deslustramento à sua independência funcional. Trata-se, antes de tudo, de reconhecer as diversas atribuições e competências de cada órgão que compõe o Poder Judiciário, zelando para que todos funcionem em harmonia.

7. PRECEDENTES E APERFEIÇOAMENTO INSTITUCIONAL: A MAGISTRATURA QUE QUEREMOS

No capítulo da pesquisa “Quem somos. A Magistratura que queremos” atinente ao “Poder Judiciário e prestação jurisdicional” foram apresentadas questões relativas à organização institucional do Judiciário e ao serviço público de prestação jurisdicional. Neste tópico, os Magistrados, em sua maioria (69,7%), apontaram que “o exercício da Magistratura exige a permanente preservação da dimensão institucional do Judiciário, pois dela depende a boa prestação do serviço jurisdicional”. Como última alternativa eleita, com apenas 5,8% dos entrevistados, indicou-se que “o exercício da Magistratura pressupõe desprendimento em relação à dimensão institucional, como forma de preservar a autonomia funcional”⁴⁰.

Este cenário evidencia a importância de se refletir e buscar uma unicidade com coerência institucional, tal qual proposta por MacCormick, para que o Judiciário se posicione como órgão uno que é em cada instância que lhe compõe, replicando e reafirmando seus posicionamentos e os valores que lhe permeiam. Este fortalecimento do aspecto institucional passa pela necessidade de se atentar ao mandamento posto como fundamental para MacCormick, qual seja: o de não contradizer normas de direito estabelecidas e vinculantes, ou seja, entre outras coisas, o de respeitar os precedentes.

Tal como registrado no tópico 3 deste trabalho, o sentido da lei é determinado pelo próprio Estado em sua atuação judicial, por meio de processo de argumentação. A compreensão de que interpretação da lei e o aperfeiçoamento do Direito ocorrem ao longo de todo o processo, e não só quando a questão alcança os Tribunais Superiores, deve fazer lembrar a todos os

⁴⁰ VIANNA, Luiz Werneck *et al.* *Op. Cit.* 2020. p. 59

Magistrados, da primeira à última instância, a racionalidade representada pelo compartilhamento do exercício da jurisdição⁴¹.

No mesmo sentido do que se defende neste artigo, Luiz Guilherme Marinoni entende o “fortalecimento institucional” como justificativa de um sistema de precedentes, nos seguintes termos:

Ao se ter presente que, na estrutura do Poder Judiciário, Juízes, Tribunais e Cortes Supremas têm funções distintas, sem que qualquer deles interfira na outra, torna-se natural e racional o respeito de um órgão judicial pelas funções dos outros. Como é óbvio, não há motivo para os Tribunais de Justiça, por exemplo, sentirem-se sem autoridade ou liberdade para julgar, por terem que observar um precedente do STJ, quando têm consciência de que não lhes cabe atribuir sentido ao direito, mas apenas resolver os casos conflitivos de acordo com o direito, inclusive com o direito pronunciado pelas Cortes Supremas. Do mesmo modo, nenhum juiz de primeiro grau, ainda que premido por um ambiente diverso, deixará de observar precedentes ao ter claro que a legitimidade do exercício da sua função pressupõe o respeito às funções das Cortes Supremas. Lembre-se, aliás, que as Cortes Supremas e os Tribunais de Justiça e Regionais Federais também devem respeito às funções dos juízes, não podendo nelas imiscuírem-se. Enfim, a compreensão de que as Cortes Supremas têm funções de definição da interpretação e da validade das leis gera aos tribunais e aos juízes o sentimento de que, ao aplicarem precedentes, estão compartilhando funções para o exercício da jurisdição.⁴²

A resistência dos juízes à vinculação ao precedentes e súmulas vinculantes manifestada na pesquisa perde razão de ser quando a própria Magistratura enxerga como necessária a preservação da institucionalidade do Poder Judiciário. O sistema de precedentes pavimenta o caminho para tanto, assim como contribui para enfrentar outros problemas sempre lembrados, tal como a morosidade, altos custos e a existência de um grande número de recursos⁴³; afinal, se se tem por certo que manifestações anteriores do Poder Judiciário serão observadas em casos idênticos, as partes têm pouco ou nenhum estímulo para insistir, na via recursal, em teses a elas contrárias, reduzindo o tempo e o custo do processo. Além disso, os precedentes asseguram previsibilidade, segurança jurídica e a prévia avaliação do consequencialismo e universalidade (análise difícil e necessária, conforme a estrutura de MacCormick) realizada pelo Tribunal Superior.

Ainda, mesmo com a resistência oferecida ao sistema de precedentes e súmula vinculantes, a ampla maioria da Magistratura (86,7% da Magistratura de primeiro grau e 91,1% da Magistratura de segundo grau) concorda pouco ou muito com a afirmação de que o sistema

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. Cit.* 2014. p. 107.

⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. Cit.* 2014. p. 107-108.

⁴³ Lembre-se que na questão 47 da pesquisa “Quem somos. A Magistratura que queremos” a limitação aos recursos judiciais foi apontada como importante alternativa para tornar o funcionamento dos tribunais mais eficiente. VIANNA, Luiz Werneck *et al.* *Op. Cit.* 2020. p. 61.

de súmulas e precedentes vinculantes garante maior velocidade e segurança jurídica à atividade jurisdicional e, portanto, maior racionalização do Judiciário (Questão 56).

Se a duração razoável do processo é direito fundamental previsto no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, sendo a todos assegurados meios que garantam a celeridade de sua tramitação, e se a segurança jurídica é resultado sempre esperado da atuação estatal, um sistema processual baseado também no respeito aos precedentes não pode ser visto com desconfiança, mas como solução para se alcançar tais desideratos.

Como assevera Neil MacCormick, "(...) se uma certa decisão pode ser adequadamente dada para um certo caso, então, materialmente, essa mesma decisão tem que ser a correta em qualquer caso materialmente similar"⁴⁴, reforçando a importância da universalidade. Por força da segurança jurídica e da necessária racionalização do Judiciário, este deve garantir ao jurisdicionado ciência a respeito das consequências jurídicas de determinada conduta e os parâmetros jurisprudenciais aplicáveis na espécie.

Aliás, esta preocupação com os impactos da construção jurisprudencial na vida do jurisdicionado faz perceber que a importância de um sistema de precedentes vai além do funcionamento interno do Poder Judiciário porque é capaz de irradiar efeitos no cotidiano da população, garantindo-lhe norte para a compreensão de seus direitos e a construção, por si, de solução para suas controvérsias sem demandar a intervenção judicial.

A construção da jurisprudência é voltada sobretudo aos jurisdicionados como forma de lhes conceder segurança para o regramento de suas condutas e para que possam pautar suas escolhas na vida em sociedade, no que MacCormick, citado por Marinoni, chama de “ética do legalismo”:

De acordo com a “ética do legalismo”, há valores morais e sociais específicos que dependem da manutenção e suporte de uma ordem normativa institucional, para o bem da paz e da previsibilidade entre os seres humanos, e como condição (mas não garantia) para manter-se a justiça entre eles [...] A previsibilidade das decisões, vista como legalismo, constitui valor moral imprescindível para o homem, de forma livre e autônoma, poder se desenvolver, e, portanto, estar em um Estado de Direito, ou seja, em um Estado que assegure a estabilidade do significado do Direito⁴⁵.

A autodeterminação do indivíduo e o exercício pleno de suas liberdades passam necessariamente pela segurança de conhecer o que é tido por certo e errado, o que está dentro e fora da ordem jurídica. Trata-se de viabilizar a responsabilidade pessoal do indivíduo, oferecer-

⁴⁴ MACCORMICK, Neil. **Natural law and the separation of law and morals**. In: GEORG, Robert (Coord.). *Natural Law Theories: Contemporary Essays*. Oxford: Clarendon Press, 1992. p. 120-121.

⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. Cit.* 2010. p. 129-130.

lhe instrumentos para que pautar sua conduta de acordo com a ética e o Direito. Não é possível imaginar um cenário de paz social quando o órgão estatal responsável por dizer o que é o Direito se arvora em dar definições distintas a seu respeito pelo tão só fato de veicular suas decisões por agentes distintos⁴⁶, ainda que revestidos da mesma autoridade.

Os Tribunais devem ser capazes de comunicar com clareza aos jurisdicionados o sentido do Direito⁴⁷. A este respeito, José Rogério Cruz e Tucci, em visita às conclusões apresentadas por Giovanni Orrù, aponta:

A jurisprudência consolidada garante a certeza e a previsibilidade do direito e, portanto, evita posteriores oscilações e discussões no que se refere à interpretação da lei. Os cidadãos baseiam as suas opções não apenas nos textos legais vigentes, mas, também, na tendência dos *precedentes* dos tribunais, que proporcionam àqueles, na medida do possível, o conhecimento de seus respectivos direitos. A uniformidade da jurisprudência integra o cálculo de natureza econômica, sendo a previsibilidade que daquela decorre um pressuposto inafastável para o seguro desenvolvimento do tráfico jurídico-comercial: uma mudança abrupta e não suficientemente justificada da orientação pretoriana solapa a estabilidade dos negócios⁴⁸.

Estas considerações são importantes para ressaltar o grau de apoio que um sistema judicial que leve os precedentes a sério confere ao que os Magistrados participantes da pesquisa “Quem somos. A Magistratura que queremos” consideraram como iniciativas prioritárias para aproximar a população dos serviços do Judiciário. A pesquisa assentou como importantes ferramentas de tal aproximação a promoção de campanhas educativas que familiarizem a

⁴⁶ Brian Tamanaha sustenta que mesmo os defensores de determinada vertente do realismo jurídico, capitaneados por Morris Cohen, acreditavam e defendiam que as decisões judiciais não devem ser somente resultado de pontos de vista dos juízes, refutando por parte destes um uso meramente instrumental do Direito: “The realist reminder that judges are subject to subconscious influences was meant to help them be vigilant toward and overcome these influences; it was not a call to surrender to their inevitability. The Realists believed and advocated that judicial decisions should not be entirely the products of judges’ personal views and ideology, and they did not consider this a hopeless demand”. TAMANAHA, Brian Z. **How an instrumental view of law corrodes the rule of law**. vol. 56. DePaul Law Review: 2007, p. 41.

⁴⁷ Não é demais afirmar que a comunicação clara dos Tribunais com os jurisdicionados não só viabiliza o comportamento social adequado ao Direito como impõe a eles o dever de comportamento processual adequado à jurisprudência. É que a função “disciplinadora” da jurisprudência alcança não só as Cortes e os juízes, mas também as partes litigantes. Se o Poder Judiciário aclara o sentido da lei, dando conteúdo ao Direito, cabe aos jurisdicionados, em juízo, formular pretensões de acordo com as manifestações do Poder Judiciário, em respeito aos precedentes. Pedidos e causa de pedir devem necessariamente estar fundados em eventuais precedentes existentes sobre a matéria pertinente, assim como eventuais distinções devem ser levadas a efeito com a carga de argumentação que se espera para superar ou ressaltar um precedente. Os limites deste trabalho não permitem maior aprofundamento neste debate, mas basta pensar que a advocacia, pública e privada, o Ministério Público e a Defensoria Pública, como funções essenciais à Justiça, não podem pautar sua atuação de modo distinto dos princípios que regem o seu funcionamento. Além disso, algumas disposições do Código de Processo Civil, como aquelas pertinentes aos deveres das partes (artigos 5º, 6º e 77, II, do CPC), compreendidas a partir da lógica dos precedentes, impõem que as pretensões sejam adequadas a um sistema judicial que funciona a partir de precedentes.

⁴⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 296.

população com os seus direitos e com os procedimentos legais e o favorecimento à conciliação prévia extrajudicial (Questão 48).

Se os Poderes Legislativo e Judiciário trabalham, cada um a seu tempo, na consolidação das normas jurídicas, a compreensão a respeito das leis e dos direitos da população só é efetivada se existir coerência e previsibilidade nas decisões judiciais. A conscientização da população e sua aproximação com o Poder Judiciário não podem ignorar que o texto legal ganha sentido completo nas decisões das Cortes.

Como fazer um cidadão entender que uma determinada pretensão lhe foi negada enquanto que a do seu vizinho, diante de uma mesma situação de fato e de Direito, foi acolhida? Não há campanha educativa que dê sentido a este mal funcionamento de um sistema que, antes de tudo, deveria assegurar o tratamento uniforme perante a lei. Filosoficamente, essa incoerência também se revela inaceitável, ao que se poderia concluir se tratar de um sistema com necessidade de reparos.

A conclusão a que se chega a partir disto é que um sistema judicial que funcione baseado no respeito aos precedentes, observando os requisitos para a construção de decisões coerentes e universalizáveis, tal como proposto pelo modelo de MacCormick, surge como fator indispensável à ciência e educação dos jurisdicionados a respeito de seus direitos e das expectativas que podem nutrir em relação às respostas do Poder Judiciário. E, ao receberem a resposta segura e esperada do Poder Judiciário, crescem a confiança e a estabilidade, fortalecendo tal poder no cenário institucional.

A relação entre a conscientização de seus direitos pelo cidadão, o conhecimento a respeito dos entendimentos do Poder Judiciário e o favorecimento à composição dos conflitos por meios alternativos é evidente. Se os olhos da Magistratura se voltam para técnicas de solução de controvérsias na via extrajudicial como mecanismos essenciais à racionalização do serviço, a manutenção de um sistema de precedentes tem muito a colaborar.

Um sistema de justiça que funciona a partir do respeito a precedentes, com estabilidade, integridade e coerência em suas decisões, com responsabilidade quanto ao consequencialismo, deixa claro aos jurisdicionados se sua pretensão jurídica é mesmo acolhida pelo Direito e quais são as suas chances de êxito. Tal cenário é capaz de evitar o ajuizamento de demandas carentes de embasamento jurídico, aprimorar as relações jurídicas e refinar os debates entre os atores processuais, que poderão se limitar ao ponto de controvérsia ainda não aclarado pela jurisprudência, contribuindo, inclusive, para seu aperfeiçoamento.

8. CONCLUSÃO

A sistemática apresentada pelo Código de Processo Civil de 2015, diversas manifestações dos Tribunais Superiores e as mais renomadas vozes do processo civil brasileiro de há muito já destacaram a importância de um sistema legal que prestigie o respeito aos precedentes, apresentando o tema sob os mais diversos enfoques. Não obstante, o resultado da pesquisa “Quem somos. A Magistratura que queremos”, na parte relativa à fundamentação das decisões judiciais, indica que ainda é necessário que se insista no tema e se aprimore a visão que juízes e Tribunais têm sobre precedentes.

Foi com este intuito que o presente artigo pretendeu lançar luzes sobre a matéria, não só repisando conceitos da teoria dos precedentes, mas trazendo uma justificativa filosófica para o respeito a precedentes e uma análise calcada na teoria de MacCormick, ao se destacar a necessidade de unicidade para o fortalecimento institucional a partir da afirmação de que toda a Magistratura, e não só os Tribunais Superiores, tem papel relevante na construção, consolidação e estabilização da jurisprudência. Os Magistrados de primeiro grau, na recepção de casos novos e na tarefa de construir argumentos que contribuirão para a formação do precedente, além de, a partir do *distinguishing*, aprimorar e aclarar os contornos dos precedentes já existentes, sempre ancorados em sua independência funcional, que de forma alguma é incompatível com o sistema de precedente, que apenas é decorrência do pertencimento do Magistrado a uma instituição que precisa apresentar-se coerente e afirmar-se a partir de seus valores-base, reflexos da moral da sociedade. Os Magistrados de segundo grau, também na consolidação da jurisprudência, mantendo-a íntegra, coerente e estável, e para tanto, esse papel necessariamente deve ser dividido com os Magistrados dos Tribunais Superiores.

O Magistrado – de primeiro e segundo graus – é responsável não apenas pela atenção ao precedente, mas também pela sua criação, dado que os casos são heterogêneos e precisam de respostas diferentes. Há uma redução do gasto de energia em casos repetitivos, permitindo maior gasto energético na fundamentação de casos difíceis, que servirão para a criação de nova jurisprudência, partindo-se de um trabalho de construção da decisão, como mostra o modelo de MacCormick, em que a universalidade, o consequencialismo, a coesão e a coerência são especialmente relevantes.

Buscou-se demonstrar, também, que um sistema judicial que funciona a partir do respeito aos precedentes e demais decisões vinculantes garante que não só os membros do Poder Judiciário, mas também os jurisdicionados vislumbrem este poder em sua perspectiva

institucional, como deve ser, já que a Constituição Federal concebeu o Poder Judiciário como uno a despeito da distribuição de competências e atribuições entre os seus órgãos. Sustentou-se que o respeito aos precedentes garante, também, espaço para formulação de políticas públicas de orientação dos jurisdicionados a respeito de seus direitos e de prevenção de litígios, duas prioridades eleitas pela Magistratura na pesquisa “Quem somos. A Magistratura que queremos” para aproximação dos jurisdicionados com o Poder Judiciário.

A pesquisa objeto de análise deste artigo revelou, como se esperava, uma Magistratura preocupada com valores constitucionais, dentre os quais a independência do juiz, além de atenta à necessidade de aprimoramento dos serviços judiciários e de sua aproximação com a população. O adequado tratamento a todas estas questões, como se pretendeu demonstrar, passa pela observância do sistema de precedentes implementado pela lei processual, promovendo a universalidade e a coerência das decisões enquanto emitidas pela mesma instituição, afirmando a preservação da unidade e do aspecto institucional do Poder Judiciário e o aprimoramento da Magistratura que queremos.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELLAN, Marina Gascon. **Los hechos en el derecho**. Bases argumentales de la prueba. 3. Ed. Marcial Pons: Madri, 2010.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais**. Para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____; PEREIRA, Paula Pessoa. **Precedentes e casos repetitivos: por que não se pode confundir precedentes com as técnicas do CPC para solução da litigância de massa?** Revista de Processo Comparado. vol. 10, jul. - dez. 2019. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2019.

BERTEA, Stefano. MacCormick’s Latest Views of Legal Reasoning and the Positivist Concept of Law, *In* MENÉDEZ, Agustín José; FOSSUM, John Erik. **The Post-Sovereign Constellation Law and Democracy in Neil D. MacCormick’s Legal and Political Theory**. ARENA Report n. 4/08. Oslo: ARENA Centre for European Studies, 2008.

BRASIL. **Código de processo civil e normas correlatas**. 7. Ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>> Acesso em: 01 jul. 2020.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Sobre o caráter argumentativo do direito: uma defesa do pós-positivismo de MacCormick** In: Revista Brasileira de Estudos Políticos. n. 106, jan./jun. 2013. Belo Horizonte: 2013.

COUTURE, Eduardo Juan. **Introducion al estudio del proceso civil**. Buenos Aires: Depalma, 1988.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. Trad. Waldéa Barcelos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

_____. Natural law and the separation of law and morals. In: GEORG, Robert (Coord.). **Natural Law Theories: Contemporary Essays**. Oxford: Clarendon Press, 1992.

_____. **Retórica e Estado de Direito**. Tradução de Conrado Hubner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

_____; WEINBERGER, Ota. **An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism**”, Dordrecht: Ed. Kluwer, 1986.

MALTZ, Earl. **The nature of precedent**. North Carolina Law Review. jan. 1988. p. 368-394.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**. Justificativa do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Coisa julgada sobre questão em favor de terceiros e precedentes obrigatórios**. Revista de Processo, vol. 284, out. 2018. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

_____. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PEREIRA, Paula Pessoa. **Legitimidade dos precedentes: universabilidade das decisões do STJ**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PUGLIESE, William Soares. **Princípios da jurisprudência**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

RAMOS, Newton. **Poderes do juiz no processo civil e sua conformação constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2019.

TAMANAHHA, Brian Z. **How an instrumental view of law corrodes the rule of law**. vol. 56. DePaul Law Review: 2007.

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

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; BURGOS, Marcelo Baumann. **Quem somos. A magistratura que queremos**. Associação dos Magistrados

Brasileiros.

Disponível

em:

<https://www.amb.com.br/pesquisa/2019/docs/Pesquisa_Quem_Somos_AMB__v-digital.pdf> Acesso em 14 jul. 2020.

WALDRON, Jeremy. The rule of law and the importance of procedure. In. FELMING, J. **Getting to the rule of law**. New York: New York U. Press, Nomos, 2011.