

I CONCURSO DE ARTIGOS CIENTÍFICOS DO CPJ/AMB
PRÊMIO MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO

PRÊMIO MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO

INTEGRIDADE, ESTABILIDADE E COERÊNCIA: A MAGISTRATURA BRASILEIRA E
A CONSOLIDAÇÃO DE UMA CULTURA DE PRECEDENTES

RESUMO

A partir de pesquisa promovida pela Associação dos Magistrados Brasileiros, identificou-se a preocupante percepção dos membros do Poder Judiciário de que um sistema de precedentes obrigatórios representaria um elemento de ameaça à autonomia e independência da função jurisdicional. Assim, o objetivo deste artigo é compreender a aparente incompatibilidade entre o novo paradigma decisório desejado pelo Legislativo e a tradição institucional da magistratura brasileira.

Palavras-chave: Poder Judiciário. Precedentes. Jurisprudência.

ABSTRACT

Recent research by Brazilian Magistrates Associations concluded that most members of the Judicial Branch see a system of binding precedents as a threat to their autonomy and independence on the exercise of the jurisdiction. This paper broaches this apparent contradiction between the recent legal changes and the legal tradition of Brazilian Judicial Branch.

Keywords: Judicial Branch. Precedents. Jurisprudence.

SUMÁRIO. 1. Introdução 2. A construção legislativa do sistema de precedentes no Brasil. 3. Diagnosticando o problema: a magistratura e a necessidade de amadurecimento de uma cultura de precedentes. 4. A afirmação da independência judicial como elemento identitário da magistratura e a compatibilidade com um sistema de precedentes. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Como decidir com isonomia (teses iguais para casos iguais), segurança jurídica (previsibilidade e estabilidade da jurisprudência) e em tempo razoável (em uma sociedade de

conflitos de massa)? Responder tal questionamento é um desafio que ocupou – e ainda ocupa – as mentes mais brilhantes de cada geração de membros da magistratura. No distante ano de 1964, o Ministro Victor Nunes Leal, criador da *súmula da jurisprudência dominante*, associava o volume de processos oriundos de temas repetitivos no Supremo Tribunal Federal a um “fardo asfíxiante”, e “a uma fábrica montada para fazer dos juízes estivadores”¹. Quase seis décadas depois, a existência de institutos inovadores para a uniformização de padrões decisórios cresceu de forma vertiginosa, a exemplo da Súmula Vinculante, recursos repetitivos, incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência.

Contudo, mesmo depois dessas seis décadas, o problema permanece. Em 27 de maio de 2019, Ministros da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça apontaram que uma das maiores causas do excesso de processos e demora na prestação jurisdicional seria a resistência de membros do Poder Judiciário sem adotar teses consolidadas por órgãos com competência para rever suas decisões. Para o Ministro Rogério Schietti Cruz, “Em cada etapa do procedimento, haverá uma possibilidade de êxito ou fracasso daquela demanda a depender de quem vai julgar”². Da mesma forma, não se pode negar a percepção de que há dificuldade em adoção da jurisprudência consolidada *dentro do mesmo órgão jurisdicional*, conforme se percebe das mudanças de orientação constantes em temas sensíveis no âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal.

Diante desse estado de coisas, o Legislativo propõe no art. 926 do Código de Processo Civil que “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Da mesma forma, prevê o art. 927 do Código que “Os juízes e os tribunais observarão” diversos precedentes de órgãos com competência para pacificar a compreensão do sentido e alcance de determinadas normas jurídicas: Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional, Superior Tribunal de Justiça acerca da interpretação da legislação federal e o plenário ou órgão especial dos Tribunais a que os julgadores estiverem vinculados.

Se os institutos jurídico-processuais de padronização decisória existem, mas a promessa de maior integridade, estabilidade e coerência ainda não foi cumprida, pergunta-se o seguinte. Quais são os obstáculos para tanto? A hipótese deste artigo é que a criação de uma Magistratura mais deferente a uma *cultura de precedentes* constitui uma resposta possível. A hipótese se constrói a partir da recente pesquisa “Quem Somos – A Magistratura que

¹ LEAL, Victor Nunes. Atualidade do Supremo Tribunal Federal, **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 61, v. 208, out./dez. 1964, p. 16, *apud* LEITE, Glauco Salomão. **Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 50.

² VALENTE, Fernanda. **Tribunais ainda resistem a aplicar precedentes do STJ, dizem ministros**. Revista Consultor Jurídico de 28 de maio de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-28/tribunais-resistem-aplicar-precedentes-stj-dizem-ministros>>. Acesso em: 30 de julho de 2020.

Queremos”, de autoria de Luiz Werneck Vianna, Maria Alice Rezende de Carvalho e Marcelo Baumann Burgos, promovida pela Associação dos Magistrados Brasileiros. Na pesquisa, percebeu-se que “*Entre os magistrados de 1º grau, quase 52% entendem que o juiz não deve se pautar por jurisprudências*”, e, ainda, que “*o sistema de súmulas e precedentes vinculantes afeta a independência do(a) magistrado(a) em sua interpretação das leis e em sua aplicação (...) Os juízes de 2º grau apresentam um padrão de resposta muito semelhante*”³.

Assim, este breve artigo parte da premissa de que um sistema de fundamentação de decisões judiciais com integridade, estabilidade e coerência é uma qualidade desejável ao Poder Judiciário, e da hipótese de que para alcançar tal objetivo a construção de um perfil institucional na Magistratura é um fator tão importante (talvez *ainda mais importante*) do que o aperfeiçoamento reformas legislativas.

Para tanto, o debate será empreendido em 3 (três) capítulos. No primeiro, serão apresentados as premissas e o perfil do sistema de precedentes que se tem construído no Brasil nas últimas décadas, atentando-se para a necessária síntese exigida pela limitação de espaço e objeto deste artigo. No capítulo seguinte, o problema institucional do desapego aos precedentes na tradição judicial brasileira será apresentado diagnosticado a partir das recentes pesquisas sobre a identidade da magistratura brasileira e da percepção da sociedade sobre o sistema de justiça. Por fim, no capítulo final, será debatida e desconstruída a percepção da magistratura de aparente contradição entre a independência judicial e um sistema de precedentes a ser seguido de forma mais rigorosa pelos órgãos do Poder Judiciário.

2. A CONSTRUÇÃO LEGISLATIVA DE SISTEMA DE PRECEDENTES NO BRASIL.

Ao contrário do que o senso comum poderia sugerir, o reconhecimento do papel da jurisprudência como fonte do direito constitui elemento comum a maioria dos ordenamentos jurídicos. O que varia é a primazia que lhe é dada em relação a outras fontes do direito, sua eficácia e forma de aplicação. Nesse sentido, costuma-se apontar que os países do modelo conhecido como *common law* reconhecem nas decisões judiciais o principal modelo de

³ VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; BURGOS, Marcelo Baumann. Quem Somos – A Magistratura que Queremos. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <www.amb.com.br>. Acesso em: 30 de julho de 2020, p. 77.

normatividade do sistema, a partir das soluções anteriores e eventual aplicação, distinção e superação a casos posteriores. Trata-se de raciocínio indutivo, na medida em que o grande papel da jurisdição é o de identificar regras aplicáveis a situações análogas. Já nos países de inspiração romano-germânica, o papel da jurisdição se apresentaria a partir de um raciocínio predominantemente dedutivo, identificando uma premissa maior – as leis (em sentido amplo), e premissas menores – situações de fato que autorizariam a incidência das leis⁴.

Contudo, tal raciocínio é reducionista e ignora que tais sistemas não se desenvolveram de forma estanque ou incomunicável, com inequívocas influências recíprocas. Fatores como o envelhecimento dos códigos e sua incapacidade de lidar com a complexidade e variedade de situações em uma sociedade complexa; o desenvolvimento de teorias hermenêuticas que realçam o papel diferenciado do Poder Judiciário e o desenvolvimento da jurisdição constitucional tornam superada e criticável qualquer tentativa de distinção muito rigorosa⁵.

No Brasil, em especial, duas expressões são costumeiramente lembradas em debates acerca das razões que levaram à função jurisdicional ao recente protagonismo das últimas décadas: (i) a *judicialização da política e das relações sociais*; e (ii) o *ativismo judicial*.

A judicialização decorre de circunstâncias fáticas, sociais, jurídicas e políticas, que resultam na participação cada vez maior do Poder Judiciário na solução de problemas cuja decisão não era tradicionalmente tomada na esfera jurisdicional. A provocação do Judiciário para intervir de forma mais frequente e intensa no ambiente contratual, nas omissões administrativas ou legislativas relativas a direitos sociais. Como se percebe, a judicialização diz respeito a uma circunstância, um fato que decorre de circunstâncias sociais e do modelo constitucional adotado – e não de qualquer tipo de comportamento ou ideologia judicial. Fatores como maior acesso à justiça integral e gratuito para proteção de direitos individuais; a constitucionalização do direito, retirando a deliberação sobre determinados temas das mãos de maiorias ocasionais; ou, ainda, a frustração das promessas do Estado Social resulta em maior provocação do Poder Judiciário para solução de tais questões.

Para Luiz Werneck Vianna, Marcelo Baumann Burgos e Paula Martins Sales:

"É da cena contemporânea de cultura democrática a projeção do papel do juiz em quase todos os aspectos da vida social. Mas essa projeção não tem derivado, como em certas avaliações apressadas, de pretensões de ativismo judiciário. O fato de que, especialmente a partir dos anos de 1970, os juízes – inclusive os do sistema da civil

⁴ MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes. O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 11-13.

⁵ MELLO, Patrícia Perrone Campos. Op. Cit, p. 316.

law, contrariando uma pesada tradição – cada vez mais ocupem lugares tradicionalmente reservados às instituições especializadas da política e às de auto-regulação societária, longe de significar ambições de poder por parte do judiciário, aponta para processos mais complexos e permanentes. (...) Esses processos procedem de múltiplas instâncias e resultam das profundas transformações que, desde o segundo pós-guerra, afetaram as sociedades ocidentais. Em primeiro lugar, a própria guerra, com o Tribunal de Nuremberg, convocado para o julgamento de crimes contra a humanidade praticados pelos dirigentes nazistas, abrindo caminho para a penalização de agentes estatais que violem os Direitos Humanos, como institucionalizado nas últimas décadas do século XX, e superpondo ao poder soberano nacional um direito de foro internacional. (...) O chamado constitucionalismo democrático reclamava, portanto, um judiciário dotado da capacidade de exercer jurisdição sobre a legislação produzida pelo poder soberano. E, na esteira da guerra, o Welfare State, com suas ambições de organizar o capitalismo e introduzir relações de harmonia entre as classes sociais, com suas fortes repercussões no sentido de trazer o direito para o centro da vida social. (...) Nesse contexto, em que o direito e o Poder Judiciário já tinham ampliado sua presença na sociedade e na política, é que vai instalar-se, ao longo dos anos de 1970, a crise do Welfare State, cuja resposta radical se manifestou na emergência do neoliberalismo e suas intervenções no sentido de desregulamentar o mercado e recriar a economia como dimensão autônoma. As reformas neoliberais afrouxam, quando não retiram de cena, as escoras que asseguravam direitos a amplos setores sociais, ao mesmo tempo em que provocam, inclusive pela reestruturação do sistema produtivo, o retraimento da vida sindical e da vida associativa em geral. Ao mundo da utopia do capitalismo organizado e do que deveria ser da harmonia entre as classes sociais, induzida pela política e pelo direito, sucede uma sociedade fragmentada entregue às oscilações do mercado, onde o cimento das ideologias e da religião, mesmo o dos laços da família tradicional, perde força coesiva. Sem Estado, sem fé, sem partidos e sindicatos, suas expectativas de direitos deslizam para o interior do Poder Judiciário, o muro das lamentações do mundo moderno, na forte frase de A. Garapon.”⁶

De fato, não decorreu de qualquer comportamento do Poder Judiciário a (boa) opção por um modelo de assistência judiciária integral e gratuita (art. 5º, LXXIV da Constituição Federal); a previsão de um Mandado de Injunção e de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão para sindicar omissões legislativas inconstitucionais; ou, ainda, significativos catálogos de direitos fundamentais ou princípios contratuais que

⁶ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Maumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo Social, revista de sociologia da USP**, v. 19, n. 2, p. 1.

fundamentam pretensões legítimas das partes em juízo. Contudo, todos esses elementos ampliam as possibilidades de judicialização de conflitos sociais.

Assim, não se pode atribuir ao Judiciário disfunções do sistema que tornam o acesso à justiça mais fácil do que o acesso à política. Percebe-se, por exemplo, que acesso ao controle abstrato de constitucionalidade por meio da criação de uma entidade de classe de âmbito nacional (art. 103, IX da Constituição Federal) é consideravelmente mais fácil que o exercício da iniciativa popular perante o Parlamento (art. 61, § 2º da Constituição Federal).

A segunda expressão, o ativismo judicial, decorre de um *comportamento judicial* específico. Da mesma forma que a judicialização é um fato que independe do comportamento dos integrantes do Judiciário, pode-se dizer que existem *juízes mais ativistas* ou *juízes menos ativistas*. O ativismo judicial consiste em um modo proativo e criativo de interpretar a Constituição, concebendo-a de forma finalística para solucionar situações não descritas em seu texto – ou mesmo contrárias ao seu elemento literal. Apesar da discussão acadêmica fervorosa quanto aos aspectos favoráveis e desfavoráveis do ativismo, este trabalho não se aprofundará sobre a controvérsia, por não ser seu objeto central.

Pode-se mencionar como exemplos de comportamento ativista do Supremo Tribunal Federal: (i) proibição de financiamento de campanhas eleitorais por pessoas jurídicas⁷; (ii) vedação da figura do “prefeito itinerante”, proibindo o exercício de um terceiro mandato em município vizinho⁸; (iii) Perda do cargo parlamentar por infidelidade partidária⁹; (iv) união estável homoafetiva e casamento homoafetivo.¹⁰ (ADI 4.277 e ADPF 132, rel. min. Ayres Britto, j. 5-5-2011, P, DJE de 14-10-2011.); (v) Decisões com efeitos erga omnes em Mandados de Injunção, a exemplo da omissão inconstitucional quanto ao direito de greve dos servidores públicos, previsto no art. 37, VII da Constituição¹¹.

Seja como for e seja qual a percepção subjetiva de cada um sobre o fenômeno, não há como negar o maior protagonismo do Poder Judiciário na vigência da atual Constituição. Consequentemente, aumentam as expectativas dos atores políticos e jurídicos em uma jurisdição previsível, que contribua como elemento de pacificação de controvérsias e

⁷ BRASIL. STF. ADI 4650, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-034 DIVULG 23-02-2016 PUBLIC 24-02-2016).

⁸ BRASIL. STF. RE 637485, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-095 DIVULG 20-05-2013 PUBLIC 21-05-2013.

⁹ Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604 – STF; e Resolução 22.610 do TSE. Mais recentemente, BRASIL. STF. ADI 5081, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 27/05/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-162 DIVULG 18-08-2015 PUBLIC 19-08-2015.

¹⁰ BRASIL. STF. ADI 4.277 e ADPF 132, rel. min. Ayres Britto, j. 5-5-2011, P, DJE de 14-10-2011

¹¹ Mandados de Injunção nº 670, 708, 712.

segurança jurídica. Por este motivo, o art. 926 do atual Código de Processo Civil prevê que “*Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente*”. De modo a melhor compreender o que se espera do Poder Judiciário quanto aos seus padrões decisórios, parece imprescindível compreender o sentido e alcance das expressões escolhidas pelo intérprete – certamente não de forma aleatória.

A menção a *tribunais* foi feita de forma abrangente, sem que dela se excepcionasse qualquer órgão jurisdicional. Assim, há expectativas legítimas dos jurisdicionados que o Supremo Tribunal Federal seja íntegro, estável e coerente na interpretação da Constituição Federal; que o Superior Tribunal de Justiça assim procedam quanto ao sentido e alcance da legislação federal; que os Tribunais de Justiça façam o mesmo na hermenêutica quanto ao direito local e Constituição Estadual e daí por diante.

O sentido mais comum da expressão jurisprudência, por sua vez, é o de “*conjunto de decisões proferidas por tribunais a respeito de determinada matéria, de forma uniforme, constante e coerente*”¹². Não se confunde com o conceito de *precedente*, que se refere a um único caso anterior ao caso em julgamento, cuja solução pode ser aplicada a casos análogos, cujas razões de decidir sejam as mesmas. Assim, é possível que exista um precedente de determinado órgão jurisdicional que contrarie sua jurisprudência dominante, por exemplo. O debate pode ser aprofundado com distinções conceituais mais profundas, notadamente acerca da eficácia e obrigatoriedade dos precedentes, o que exigiria aprofundamento além dos limites propostos para este breve artigo¹³.

A *estabilidade* esperada dos Tribunais significa que a jurisprudência não deve ser alterada de forma frequente, casuística ou de modo a surpreender aqueles que, de alguma forma, depositaram expectativas legítimas em entendimento consolidado. De forma bastante específica, os § 2º, 3º e 4º do art. 927 do atual Código de Processo Civil traz diretrizes claras e pedagógicas para a estabilidade da jurisprudência. O § 2º prevê que a alteração da tese jurídica adotada em enunciados de súmula ou no julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e entidades representativas. O § 3º, por sua vez, trata da possibilidade de modulação de efeitos da alteração jurisprudencial em questão. O § 4º, por sua

¹² CÂMARA, Alexandre Freitas. Levando os padrões decisórios a sério. Formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula. São Paulo: Atlas, 2018, p. 129.

¹³ Confira-se CÂMARA, Alexandre Freitas. Levando os padrões decisórios a sério. Formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula. São Paulo: Atlas, 2018, p. 177-286; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes. O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 61-112.

vez, exige que a alteração da tese jurídica observe a segurança jurídica, proteção da confiança e isonomia em sua fundamentação.

Da mesma forma, há coerência se “*se os mesmos preceitos e princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos (...) A coerência assegura a igualdade, isto é, que os diver-sos casos terão a igual consideração por parte do Poder Judiciário*”¹⁴. Não há dúvidas de que há uma percepção de injustiça considerável do jurisdicionado que recebe soluções distintas para casos idênticos, por vezes do mesmo órgão julgador.

Por fim, em *integridade*, deve-se compreender um conjunto de posturas do tribunal ao decidir, como a conformidade com o Direito e suas fontes (constitucionais, legais, administrativas, negociais – vedando-se, por exemplo, juízos de mera equidade ou direito alternativo); vedação a decisões arbitrárias e a compreensão do direito em sua dimensão de sistema.¹⁵

Não há dúvidas de que constitui um estado de coisas desejável na nossa tradição constitucional que os órgãos jurisdicionais promovam a estabilidade, integridade e coerência quanto aos seus precedentes e na aplicação dos precedentes de órgãos jurisdicionais dos tribunais com a autoridade de rever seus julgados. Assim, não são recentes as tentativas de uniformizar e racionalizar a atividade jurisdicional por meio de institutos legislativos e jurisprudenciais. Cada época procurou, por isso, dar a sua contribuição, de modo a simplificar as idéias centrais que guiaram a jurisprudência para que esta fosse mais facilmente operada pelos juristas e advogados, tornando-se mais racional e isonômica quando aplicada aos jurisdicionados.

Através do breve resgate histórico a seguir, pretende-se demonstrar como tais ideias não são novas. Ao contrário, não se pode dizer que faltaram contribuições conceituais ou legislativas a ideia de que teses firmadas por determinados Tribunais deveriam orientar a aplicação do direito pelos demais órgãos do Poder Judiciário.

Uma ideia de uniformização vista no Brasil colonial surgiu com os chamados *Assentos das Casas de Suplicação*. Eram elementos balizadores da jurisprudência brasileira, onde o próprio Supremo Tribunal de Justiça editava “leis” para as instâncias inferiores. Os assentos,

¹⁴ STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdiacao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc>>. Acesso em: 30 de julho de 2020.

¹⁵ DIDIER, Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. In: DIDIER, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues; MACEDO, Lucas Buril. Precedentes. Coleção grandes temas do novo CPC. 2ª edição. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 395-397.

já consolidados na cultura portuguesa, estavam previstos nas Ordenações Filipinas¹⁶ e na Lei da Boa Razão de 1769, nos artigos 4º e 5º.¹⁷ Caberia aos magistrados de instâncias inferiores observar os dispositivos dos tribunais portugueses como leis a serem cumpridas, sem qualquer tipo de papel hermenêutico na aplicação dos precedentes.

Na fase republicana, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal teve a sua importância reafirmada. Já conhecido como Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência deparou-se havia um instituto assemelhado às súmulas sem força vinculante: era o chamado prejudgado, previsto no artigo 861 do Código de Processo Civil de 1939.¹⁸ Apenas na década de 60, porém, mais precisamente no ano de 1963, observou-se, pela primeira vez, o formato de uniformização por meio da Súmula¹⁹, provavelmente por influência dos trabalhos da Comissão de Jurisprudência, composta por Victor Nunes Leal, Gonçalves de Oliveira e Pedro Chaves²⁰.

A ideia de uniformização da jurisprudência também não foi estranha ao Código de Processo Civil de 1973, tratando da uniformização da jurisprudência nos artigos 476 a 479. O Código de Processo Civil de 1973, com a modificação promovida pela Lei n.º 9.756/98, passou a prescrever no art. 557 que “a negação, por parte do relator, de dar seguimento ao recurso manifestamente improcedente, inadmissível, prejudicado ou em confronto com a jurisprudência predominante nos Tribunais Superiores”.

¹⁶ Livro 1, título V §5: “E havemos por bem, que quando os Desembargadores, que forem no despacho de algum feito, todos ou algum delles tiverem alguma dúvida em alguma nossa Ordenação do entendimento della, vão com a dúvida ao Regedor; o qual a Mesa grande com os Desembargadores, que lhe bem parecer, a determinará, e segundo ahi for determinado, se porá a sentença. E a determinação, que sobre o entendimento da dita Ordenação se tomar, mandará o Regedor screver no livro da Relação, para depois vir em dúvida.(1) (1) Desta disposição resulta a força dos Ass. Da Casa da Suplicação, o que foi positivamente declarada por DD. de 4 de Fevereiro de 1684(...)”

¹⁷ Lei da Boa Razão de 1769: “(...) E que os Assentos já estabelecidos, que tenho determinado, que sejam publicados, e os que se estabelecerem daqui em diante sobre as interpretações das Leis, constituirão Leis inalteráveis para sempre se observarem como tais debaixo das penas abaixo estabelecidas.” “(...) Mando que as interpretações ou transgressões dos estilos da Casa de Suplicação nele estabelecidos por Assentos tomados na forma, que para eles está determinada sejam da mesma sorte observados como Leis(...)” [grifos nossos]

¹⁸ **CPC/ 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.”

¹⁹ Segundo José Afonso da Silva, ““Foram criadas primeiramente pelo STF por influência do Min. Victor Nunes Leal, e adotadas pelos tribunais superiores, inclusive pelo TCU. Tais súmulas constituem um repositório extremamente importante para se conhecer a orientação do tribunal a respeito de determinadas matérias, mas não são de observância obrigatória, não são impositivas, ainda que o tribunal que as produziu tenda a decidir em sua conformidade”. SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 7ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 572.

²⁰ LEAL, Victor Nunes. **Passado e futuro da ‘Súmula do STF’**. Revista dos Tribunais 553: 1981, p. 287: “Quero mencionar a ‘Súmula’ como método de trabalho, instituído pelo STF, por emenda ao Regimento, publicada em 30.8.63. Entrou a vigorar a ‘Súmula’ no início do ano judiciário de 1964, com as suas primeiras 370 ementas, aprovadas na sessão plenária de 13 de dezembro do ano anterior” E, mais adiante, p. 296: “Daí, surgiu a ideia da ‘Súmula’, que os colegas mais experientes – em especial os companheiros da Comissão de Jurisprudência, Min. Gonçalves de Oliveira e Pedro Chaves- tanto estimularam.”

Com o advento da Constituição de 1988, atribui-se ao STF, ao STJ, ao TSE, ao TST e ao STM, cada uma em sua órbita de competência, o dever de pacificar a jurisprudência nacional. Houve também ampliação das decisões com efeito vinculante, notadamente as relacionadas ao controle abstrato de constitucionalidade. A Emenda Constitucional 3 inseriu o art. 102, §2º, estendendo o efeito vinculante às decisões definitivas de mérito tanto as que confirmam e as que negam a constitucionalidade em sede de Ação Declaratória de Constitucionalidade. Não demorou para a discussão alcançar a necessidade de reforçar os efeitos da súmula, com a introdução do art. 103-A pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

Assim, pergunta-se. Se não estamos diante de uma percepção tão inovadora na noção de uniformização e aplicação de teses jurídicas firmadas por Tribunais, por quais razões as novidades legislativas ainda parecem insuficientes para que suas potencialidades sejam alcançadas? Inovações legislativas seriam capazes de solucionar o problema?

É o que se pretende debater a seguir.

3. DIAGNOSTICANDO O PROBLEMA: A MAGISTRATURA E A NECESSIDADE DE AMADURECIMENTO DE UMA CULTURA DE PRECEDENTES.

A exposição empreendida no capítulo anterior, apesar de não ter se pretendido exaustiva, parece suficiente para demonstrar que há mais de um século busca-se tornar a jurisdição mais previsível, isonômica e eficiente a partir da aplicação de entendimentos consolidados. Assim, não há outra conclusão senão a de que a previsão de institutos processuais formais ataca somente parte do fenômeno. Nota-se que nos sistemas da tradição *Common Law*, a cultura de respeito aos precedentes é fruto de uma longa tradição histórica, construída por gerações de juristas que se dedicaram ao seu aperfeiçoamento. Não é coerente esperar que a construção verticalizada desse sistema no Brasil seja vista com o mesmo entusiasmo por um Judiciário construído a partir de tradição diversa. Não se pode negar, ainda, que a construção da identidade da magistratura brasileira nas últimas três décadas foi pautada de forma bastante significativa pela necessidade de afirmar a independência judicial diante de intervenções autoritárias, seja no âmbito do próprio Judiciário, seja diante de atuações do Legislativo e Executivo.

Na pesquisa “Quem Somos? A Magistratura que queremos”, de autoria de Luiz Werneck Vianna, chegou-se ao preocupante diagnóstico:

“Busca-se identificar nesta seção como os magistrados lidam com diferentes aspectos relacionados à fundamentação de suas decisões. Para isso, foi elaborada uma primeira bateria de questões sobre o grau de concordância dos magistrados acerca da regulação de suas decisões pelos Tribunais Superiores, mediante o sistema de súmulas e precedentes vinculantes. Entre os magistrados de 1º grau, quase 52% entendem que o juiz não deve se pautar por jurisprudências (Questão 54) e que “o sistema de súmulas e precedentes vinculantes afeta a independência do(a) magistrado(a) em sua interpretação das leis e em sua aplicação” (Questão 55). Os juízes de 2º grau apresentam um padrão de resposta muito semelhante. Ainda no âmbito dessa Questão, importa observar que o juiz estadual de 1º grau parece ser bem mais sensível à natureza limitante das súmulas e precedentes do que o juiz federal, pois, entre esses, apenas 34,5% consideram que tais expedientes afetam a independência do juiz. Apesar de se dividirem quanto aos efeitos da jurisprudência sobre sua autonomia decisória, a esmagadora maioria de juízes concorda pouco ou muito 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).”

Assim, a maior parte do Poder Judiciário (com a variação entre ramos da justiça, a exemplo da distinção entre os Juízes de Direito e Juízes Federais) entende que sua compreensão do direito aplicável ao caso concreto deveria prevalecer diante de tese jurídica consolidada por órgãos com competência recursal para rever suas próprias decisões. O que parece ainda mais surpreendente é que a mesma tendência é observável entre os Desembargadores, magistrados integrantes de órgão que, a um só tempo, deve garantir a autoridade de *seus próprios precedentes* e observar os precedentes oriundos dos Tribunais Superiores de cada ramo da Justiça Comum ou Especializada.

Em evento no ano de 2018, o Ministro Rogério Schietti Cruz (e os demais Ministros integrantes da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça) demonstrou de forma franca sua preocupação com tal estado de coisas, ao afirmar que “Em cada etapa do procedimento, haverá uma possibilidade de êxito ou fracasso daquela demanda a depender de quem vai julgar”²¹. A situação parece não ter evoluído em 2020, tendo o magistrado afirmado em seminário virtual do Instituto Brasiliense de Direito Público que mais da metade de processos criminais julgados pelo Superior Tribunal de Justiça são oriundos do mesmo Tribunal, e que

²¹ VALENTE, Fernanda. Tribunais ainda resistem a aplicar precedentes do STJ, dizem ministros. Revista Consultor Jurídico de 28 de maio de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-28/tribunais-resistem-aplicar-precedentes-stj-dizem-ministros>>. Acesso em: 30 de julho de 2020.

60% (sessenta por cento) dos pedidos de habeas corpus contra o referido órgão são concedidos²².

Tal postura tem o ponto positivo (talvez o único) de reafirmar a independência do órgão que decide, livre de pressões ou constrangimentos que interfiram no mérito do ato decisório. Contudo, é possível identificar como pontos negativos (i) maior tempo de duração do processo (já que mais instâncias serão percorridas para obtenção de resultado que, invariavelmente, será o mesmo que seria obtido pela observância da jurisprudência); (ii) maior custo de acesso à Justiça (necessidade de interposição de recursos para a obtenção do mesmo resultado prático); (iii) maior custo da máquina judiciária e uso pouco racional de recursos públicos (na medida em que a previsão de órgãos com competência para pacificar a interpretação de determinada matéria possui custos elevados); (iv) insegurança jurídica, tornando os resultados de um processo judicial aleatórios (estimulando aventuras temerárias, litigância de massa e o uso predatório da máquina judiciária por determinados agentes); (v) percepção de que o Poder Judiciário atua com seletividade e falta isonomia.

Quanto a esta última consequência negativa, o “Estudo da Imagem do Judiciário Brasileiro”, promovido pela AMB, FGV e IPESPE, concluiu que a igualdade de tratamento a casos diversos pelo Poder Judiciário é uma das características mais desejáveis para o sistema de justiça nacional:

“Investigados os atributos que representariam, em síntese, um Sistema de Justiça “ideal”, dentre um conjunto de características previamente apresentado, os entrevistados do segmento da sociedade expressaram o desejo por um Judiciário “confiável” (41%), “imparcial/igual para todos” (35%) e “transparente” (34%). As demandas dos advogados também remetem a três atributos principais: imparcialidade (44%), eficiência (31%) e rapidez (30%). Já entre os defensores públicos há uma maior fragmentação de atributos desejáveis – “confiável” (28%), “rápido” (28%), “imparcial/igual para todos” (27%), “transparente” (27%) e “acessível a todos” (26%).”²³

Também se percebe a dificuldade de aplicação coerente de entendimentos *dentro do mesmo órgão jurisdicional*, especialmente em temas sensíveis e objeto de intenso desacordo

²² Revista Consultor Jurídico. “Ministro Schietti critica ‘medição de forças’ do TJ-SP com tribunais superiores”. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-17/ministro-critica-medicao-forcas-tj-sp-tribunais-superiores>>. Acesso em: 30 de julho de 2020.

²³ Estudo da Imagem do Judiciário Brasileiro, p. 21. Disponível em: <https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2020/04/ESTUDO_DA_IMAGEM_.pdf>. Acesso em: 30 de julho de 2020.

moral. No âmbito do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, o tema da execução provisória da pena foi objeto de inúmeras revisões, muitas das quais em um intervalo extremamente curto de tempo e em placar bastante apertado. Não há como negar que cada julgador parte das premissas que lhe parecem juridicamente mais densas a partir de sua percepção do direito. Contudo, tal padrão decisório acaba por fragilizar a própria autoridade da Corte perante os demais órgãos do Poder Judiciário que deveriam seguir seus precedentes, gerando como consequência prática trabalho maior para a própria corte, que terá de reformar ou cassar decisões de cortes inferiores. Parece ter sido essa a percepção louvável da Ministra Rosa Weber no julgamento de Habeas Corpus no qual relativizou seu próprio entendimento a respeito da matéria, de modo a prestigiar entendimento consolidado pelo plenário do Supremo Tribunal Federal²⁴.

Curiosamente, verifica-se que ao mesmo tempo em que os magistrados compreendem o ato de não aplicar precedentes como um ato de afirmação de sua independência, mostram-se conservadores e deferentes ao Poder Legislativo. Ao mesmo tempo em que demonstram um perfil mais ativista diante de temas constitucionais e em relação aos quais ainda não há opção legislativa expressa, os magistrados brasileiros demonstraram não concordar com a ideia de atuar com poder criativo ou inovador em temas de intenso desacordo moral ou político. Confira-se:

"Outro conjunto de assertivas é apresentado com o objetivo de avaliar o grau de concordância do magistrado com a aplicação de princípios constitucionais em decisões judiciais (Questões 57 à 61). A assertiva que propõe que “o(a) magistrado(a) deve aplicar os princípios constitucionais para fundamentar decisões a respeito de temas sobre os quais não há legislação específica” contou com 96,7% de concordância entre os magistrados de 1º grau. E a que afirma que é “legítimo ao magistrado(a) se basear em princípios constitucionais para compelir os demais poderes a assegurar a efetividade de direitos, em especial quanto à saúde, educação e segurança” obteve 89,4% de adesões. Interessante, porém, é constatar que diante da proposição de que o Judiciário pode exercer um papel criativo na produção de normas acerca de “temas sensíveis para a sociedade sobre os quais não

²⁴ “A individualidade dentro do tribunal, no processo decisório, tem um momento delimitado, a partir do qual cede espaço para a razão institucional revelada no voto majoritário da Corte”, explicou. Para a ministra, o entendimento prevaletente atualmente no Supremo é o de que a execução provisória da pena após a confirmação da condenação em segunda instância não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência. Nesse sentido, não se pode considerar ilegal a decisão do Superior Tribunal de Justiça que, com base nessa compreensão, rejeita a ordem de habeas corpus, “independentemente da minha posição pessoal quanto ao tema de fundo e devidamente ressaltado meu ponto de vista.” Notícia disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374729>>. Acesso em: 30 de julho de 2020.

se constitui uma maioria parlamentar”, apenas 17% dos juízes de 1º grau concordam muito. Entre os juízes de 2º grau, os percentuais de concordância são maiores. Aqui desponta, como já indicado na INTRODUÇÃO, a prudência do magistrado quanto ao papel institucional Judiciário”

Tudo parece indicar que os magistrados brasileiros são extremamente coerentes na crença da supremacia da Constituição; na aplicabilidade imediata de direitos fundamentais; na vedação de que o magistrado deixe de decidir quanto a tais direitos por lacuna no ordenamento jurídico; na confiança do princípio da legalidade em detrimento de suas próprias convicções políticas individuais. Pouco esforço argumentativo é necessário para demonstrar que a percepção do Judiciário quanto ao seu papel institucional é compatível com a Constituição e com o conjunto de princípios e regras processuais em vigor. Contudo, a mesma magistratura entende que sua independência é comprometida pela existência de precedentes obrigatórios. Como compreender tal divergência?

O apreço à lei e ao direito positivo é bastante natural a uma tradição romano-germânica. A deferência às opções políticas majoritárias (desde que constitucionais) pouco surpreende. Também surpreende muito pouco que o mesmo entusiasmo não exista diante da introdução verticalizada de um sistema de precedentes, cujo papel enquanto fonte do direito não teve o mesmo período de amadurecimento que tiveram países como Estados Unidos e Reino Unido. Toda a literatura comparada a respeito de tais países (e na qual a doutrina brasileira frequentemente se baseia para descrever temas como *overruling*, *distinguish* e outros) descreve processos de amadurecimento ocorridos através de séculos, enquanto mal se pode falar em décadas na magistratura brasileira.

Mais do que com a aplicação sistemática de precedentes, a Magistratura brasileira ainda se preocupa de forma permanente com a construção da sua independência. Na pesquisa promovida pela AMB quanto ao perfil dos membros do Judiciário, a pergunta que se colocou acerca da aplicação dos precedentes contrapôs sua obrigatoriedade e a independência do julgador. Assim, parece essencial *compreender a noção de independência*, sua relevância institucional e como ela contribuiu para a autopercepção da função jurisdicional pelos magistrados. Somente assim é possível analisar se a independência e um sistema de precedentes com graus variados de obrigatoriedade realmente são noções antagônicas e, caso sejam, como atenuar a tensão entre elas.

4. A AFIRMAÇÃO DA INDEPENDÊNCIA JUDICIAL COMO ELEMENTO IDENTITÁRIO DA MAGISTRATURA E A COMPATIBILIDADE COM UM SISTEMA DE PRECEDENTES.

Em Estados Democráticos de Direito, a independência judicial é tão ou mais importante para a eficácia dos direitos fundamentais do que o próprio catálogo de direitos de uma Constituição²⁵. Por este motivo, não é incomum que a fórmula de limitação de poder por meio de Constituições escritas seja acompanhada de garantias que resguardecam os magistrados de contingências políticas capazes de comprometer a proteção dos direitos fundamentais.

A desconstrução ou enfraquecimento do Poder Judiciário é uma das marcas dos regimes autoritários, ditatoriais ou oligárquicos no Brasil e na América Latina. Ao tempo da Constituição de 1824, garantia-se “independência” aos magistrados, e, paradoxalmente, concedia-se ao Imperador a autoridade discricionária para suspendê-los por queixas recebidas²⁶. Sob a égide da Constituição de 1891, a inexistência da Justiça Eleitoral permitia que os representantes das oligarquias fiscalizassem e manipulassem o processo eleitoral²⁷, ao mesmo tempo em que a ausência de garantias de independência dos magistrados estaduais os vulnerava diante de pressões oriundas das elites locais²⁸. Em 1937, as competências e prerrogativas dos juízes não eram mais do que argumentos de retórica no texto, eis que o Presidente poderia submeter decisões do Supremo ao Parlamento para que fossem revistas (art. 96, parágrafo único), e a garantia de vitaliciedade nada representava diante da possibilidade de aposentadoria imotivada e compulsória (art. 177).

Essa tendência restou evidente de forma mais marcante nas diversas aposentadorias compulsórias de Ministros do Supremo, ocorridas em 1969. Foram aposentados Antônio Carlos Lafayette de Andrada. Antônio Gonçalves de Oliveira, Victor Nunes Leal, Hermes Lima e Evandro Lins e Silva. A vaga não foi preenchida, pois o Ato Institucional nº 6/69

²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lênio Luiz. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira, STRECK, Lênio Luiz (Orgs). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Coimbra: Almedina, 2013, p. 1329.

²⁶ SARMENTO, Daniel. A Trajetória Constitucional Brasileira. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Por um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, p. 10.

²⁷ SILVA, José Afonso da. **O Constitucionalismo Brasileiro (evolução institucional)**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 59.

²⁸ Segundo Victor Nunes, ao definir as garantias dos juízes, a Constituição de 1891 só teria feito referência aos magistrados federais. Alguns Estados, interpretando restritivamente a norma, estabeleceram limitações aos direitos de seus juízes, ou cometeram diversos abusos e violências contra a carreira. O STF, no entanto, declarou por reiteradas vezes como aplicáveis aos magistrados estaduais as mesmas normas previstas para os federais. A partir de 1926, o entendimento passou a constar expressamente na Constituição. LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, Enxada e Voto**. Rio de Janeiro: Edição Revista Forense, 1948, p. 202.

reduziu de 16 para 11 o número de Ministros, que permanece o número atual de integrantes da Corte.

Por meio da atual Constituição, conferiu-se autonomia administrativa e financeira ao Judiciário. Do ponto de vista funcional, independência dos magistrados por meio de garantias como a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios, bem como vedações a condutas incompatíveis ao exercício da jurisdição. De fato, percebe-se que a despeito da significativa ampliação dos meios de acesso à justiça no direito brasileiro, não há como sequer debater os obstáculos para a obtenção de decisões justas sem ter como pressuposto a independência dos órgãos judiciais e seus agentes.

O art. 95 da Constituição de 1988 enumera as três garantias centrais aos membros do Poder Judiciário, a saber: (i) a vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; (ii) a inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do que dispõe o art. 93, VIII da Constituição; e, por fim, (iii) a irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto em artigos que estabelecem determinadas exceções, nos termos dos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I da Constituição.

Os cargos vitalícios são aqueles que garantem a maior proteção possível aos agentes públicos efetivos, exigindo-se que a perda do cargo decorra de decisão judicial transitada em julgado. A Constituição reservou a vitaliciedade para os cargos que demandam um grau mais elevado de proteção de seus titulares diante de eventuais ingerências políticas. Além dos magistrados, membros do Ministério Público e Ministros dos Tribunais de Contas.

No caso dos membros do Poder Judiciário, destaca-se que a exigência de dois anos de efetivo exercício para aquisição da vitaliciedade restringe-se aos magistrados que ingressam na carreira no primeiro grau de jurisdição. Ou seja, ultrapassados os dois anos, serão vitalícios os Juízes de Direito, Juízes Federais, Juízes do Trabalho e Juízes Militares. O ingresso na magistratura pelo modelo do quinto constitucional, conforme o art. 94 da Constituição, ou pela nomeação para Tribunais Superiores dispensa a exigência de dois anos para a aquisição da garantia. Vale ressaltar, por fim, que esse prazo de dois anos não se confunde com a estabilidade adquirida pelos servidores públicos, depois de três anos no cargo, conforme prevê o art. 41 da Constituição de 1988²⁹.

²⁹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodvum, 2016.

Há uma tendência de se reproduzir a crítica de que a vitaliciedade configuraria privilégio odioso, tendente a promover a impunidade dos agentes públicos por atos incompatíveis com o cargo. Ainda que nenhuma instituição republicana seja imune ao crivo da opinião pública, a afirmação em questão é, no mínimo, imprecisa. A vitaliciedade não é óbice para a responsabilização criminal, que não conta com qualquer imunidade material ou formal além da garantia do foro por prerrogativa de função. Também não é óbice à responsabilização civil em casos de dolo ou culpa grave, sempre na via regressiva, na forma do art. 143 do CPC de 2015. Também não há que se falar em vitaliciedade como limite para a responsabilização administrativa dos magistrados, na forma do art. 42 da Lei Orgânica da Magistratura.

A **vitaliciedade** veda tão somente a aplicação da pena de demissão em sede administrativa por meio de processo administrativo disciplinar conduzido perante o órgão com atribuição correccional. A garantia assegura que a destituição do cargo deve se submeter à reserva de jurisdição onde são asseguradas de forma mais robusta as garantias constitucionais do processo, como o devido processo legal e a ampla defesa, tendo em vista tanto o intenso grau de restrição operado nesta hipótese, quando os riscos de se utilizar a responsabilização como pressão política contra os magistrados.

A **inamovibilidade**, por sua vez, impede a remoção compulsória dos magistrados para outro órgão jurisdicional, salvo em casos de relevante interesse público. Se a garantia constitucional do juiz natural (art. 5º, LIII) é incompatível com a possibilidade de se escolher previamente quem será o julgador, com mais razão deve impedir que as partes possam valer-se de meios escusos para o afastamento de determinado magistrado cujo posicionamento não coincida com seus interesses.

Ao contrário da garantia da vitaliciedade, a Constituição não condicionou a aquisição da inamovibilidade ao exercício da função por um prazo mínimo. A questão chegou a ser debatida na jurisprudência no que diz respeito aos Juízes Substitutos, cargo inicial da carreira. O STF entendeu que a garantia da inamovibilidade pertence a toda magistratura, ou seja, é uma prerrogativa, tanto dos juízes titulares, como dos juízes substitutos. Apenas por designação para responder por certa Vara ou Comarca, bem como para prestar auxílio, com o seu consentimento ou se o interesse público o exigir, nos termos do art. 93, VIII, é que o magistrado poderá ser deslocado. De qualquer forma, no caso em questão, o Relator, Min. Lewandowski, destacou que a garantia não impede que o juiz substituto seja designado para substituir ou auxiliar em comarca, embora sem ser removido, nos termos da Lei de Organização Judiciária local. Destacou, nessa linha e com essas ressalvas, que o relator

entendeu que o juiz que não for titular não pode designado de uma comarca para outra subordinando-se ao “hierarcas judiciais a que estejam funcionalmente vinculados”, razão pela qual anulou a portaria do TJMS e a decisão do CNJ de remover o juiz substituto ³⁰.

Por fim, a **irredutibilidade dos subsídios** constitui garantia antes restrita aos membros da magistratura e MP, mas que hoje alcança os vencimentos dos servidores públicos em geral (art. 37, XV da Constituição, com redação dada pela EC 19/98). Assegura-se a manutenção do valor nominal dos subsídios, observados os limites do teto constitucional (art. 37, XI da Constituição) e fixado na forma do regime de subsídios (art. 39, § 4º da Constituição). A intenção do constituinte foi garantir o exercício independente da função sem que ameaças de redução de vencimentos pelo Legislativo ou Executivo pudessem coagir os membros do Judiciário.

Ao lado das garantias constitucionais da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade, são acrescentadas pela legislação algumas prerrogativas pontuais para a magistratura. O art. 33 da LOMAN, por exemplo, prevê o direito do magistrado não ser preso senão por ordem escrita de Tribunal ou órgão especial ou a possibilidade de portar arma para defesa pessoal.

Para que o Judiciário realize com sucesso sua atividade fim – a função *jurisdicional* – é indispensável que a função *administrativa* dos Tribunais possibilite os meios necessários para tanto. Sem servidores públicos capacitados e adequadamente distribuídos de acordo com as necessidades dos órgãos jurisdicionais, mesmo o mais simples ato ordinatório pode se transformar em um obstáculo ao acesso à justiça. Sem competência para exercer a atividade correicional sobre os órgãos jurisdicionais e administrativos, um Tribunal seria incapaz de responder adequadamente ao desafio de uma justiça eficiente. Sem autonomia administrativa e financeira, o Judiciário se converteria em um instrumento de barganha do jogo político do momento.

As garantias institucionais do Poder Judiciário são destinadas a garantir o funcionamento regular e independente da instituição, conforme é possível extrair de uma interpretação sistemática de artigos como 96, 99 e 168 da Constituição Federal. O inciso I do art. 96, por exemplo, garante a autonomia do respectivo Tribunal para o exercício de atividades administrativas como a elaboração de seus regimentos internos, o preenchimento de cargos de magistrados e servidores, bem como o exercício da atividade correicional. No inciso II, por outro lado, garante-se aos Tribunais a iniciativa reservada para deflagrar o

³⁰ BRASIL. STF, MS 27.958, rel. min. Ricardo Lewandowski, J. 17.5.2012, Plenário, DJE de 29.8.2012.

processo legislativo quanto a diversos relevantes para o exercício da atividade jurisdicional. Ao mesmo tempo, o art. 99 do texto constitucional garante autonomia para que o Judiciário encaminhe sua própria proposta orçamentária. Uma vez que o orçamento do Judiciário tenha sido aprovado pelo Legislativo, o repasse dos duodécimos devidos torna-se matéria além da discricionariedade do Poder Executivo, nos termos do art. 168 da Constituição³¹.

Um órgão relativamente recente na estrutura orgânica do Poder Judiciário nacional gerou um acalorado debate quanto aos limites da autonomia dos Tribunais: o Conselho Nacional de Justiça (CNJ). A E.C. n. 45/2004 introduziu o CNJ nos artigos 92, I-A e 103-B da Constituição como um órgão do Judiciário de caráter não jurisdicional, a ele competindo o controle administrativo e financeiro do Judiciário, bem como a fiscalização da atuação dos magistrados quanto aos deveres funcionais da magistratura.

A criação do CNJ levou o Supremo Tribunal Federal a enfrentar diversos argumentos quanto à sua constitucionalidade, consignando que (i) não há violação da separação de poderes, por constituir órgão de controle interno na estrutura do Judiciário (arts. 70, 74 e 92, I-A da Constituição); (ii) ausência de ofensa ao princípio federativo, considerando o caráter nacional do Poder Judiciário; e (iii) que fora preservada a autonomia garantida aos Tribunais pelo art. 96 da Constituição, não tendo sido subtraída quaisquer das competências ali previstas³².

Pois bem. Desenhado este quadro geral, percebe-se que não há uma contradição evidente entre as prerrogativas acima desenhadas e um sistema de precedentes. Passa-se, então, a enumerar razões para uma convivência mais harmoniosa entre ambos.

O primeiro argumento é que não há – e nem poderá haver em qualquer contexto – punições a magistrados tão somente pela formação de entendimentos divergentes da jurisprudência dominante. É incompatível com o modelo de magistratura desejado que se sancione magistrados mais ou menos garantistas, mais ou menos rigorosos, mais ou menos legalistas, mais ou menos formalistas.

Além disso, todos os órgãos jurisdicionais possuem competências em relação as quais não há espaço tão significativo para recursos a órgãos superiores. Tal constatação decorre da própria limitação inerente ao sistema de recursos. A irrecorribilidade de decisões interlocutórias no microssistema dos Juizados Especiais Cíveis, por exemplo, demonstra a

³¹ O Supremo Tribunal Federal ressaltou o dever dos repasses do Executivo estadual, mesmo diante da grave crise financeira do Rio de Janeiro. Autorizou-se, contudo, que os duodécimos fossem repassados ao Judiciário com desconto proporcional à frustração da receita inicialmente estimada para o período. (BRASIL. STF, MS 34489-MC/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, J. 22.11.2016).

³² BRASIL, STF, ADI 3367, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, J. 13.04.2005, DJ 17.03.2006.

relevância da valoração feita pelo julgador de primeiro grau quanto aos fatos e requisitos para a tutela provisória de urgência. Juiz de Direito ou Juiz Federal que, na condição de Presidente do Tribunal do Júri, reconheça nulidade que justifique a dissolução do conselho de sentença e encerramento da sessão não é passível de qualquer controle judicial, na medida em que sua decisão será aplicável de imediato e não será possível a retomada dos trabalhos com o mesmo corpo de jurados. Em matéria de interpretação da legislação estadual, municipal e Constituição Estadual, os Tribunais de Justiça só possuem dever de coerência somente quanto a sua própria jurisprudência, na medida em que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal não possuem competência recursais que lhes permita formar teses sobre tais matérias (ressalvada aplicação por simetria de normas da Constituição Federal). Juízes Eleitorais possuem competências bastante significativas no exercício do poder de polícia nas eleições, com competência para proferir decisões aplicáveis de imediato e com significativos reflexos no equilíbrio, regularidade e legitimidade das eleições.

Também não se pode ignorar que o sistema de precedentes em vigor possui instrumentos que valorizam e prestigiam a efetividade de decisões judiciais de primeiro grau. Percebe-se que a aplicação de determinados precedentes autoriza aos órgãos de primeiro grau a atuar de forma mais efetiva. Por exemplo, (i) dispensa-se o julgador do respeito a qualquer ordem cronológica para o julgamento de processos em bloco para aplicação de tese jurídica firmada em julgamento de casos repetitivos (art. 12, § 2º, II do Código de Processo Civil); (ii) autoriza a concessão de tutela de evidência na hipótese de tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante (art. 311, II do Código de Processo Civil); (iii) permite-se o julgamento de improcedência liminar do pedido quando este contrariar súmula ou acórdão repetitivo do STF ou STJ, entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas, assunção de competência ou súmula de TJ sobre direito local (art. 332, I, II, III e IV); (iv) permite a dispensa de reexame necessário (art. 496, § 4º do Código de Processo Civil); (v) permite ao relator de forma monocrática negar provimento a recurso ou dar provimento a recurso (art. 932, IV e V do Código de Processo Civil).

Acrescente-se, ainda, que não importa quão denso seja o catálogo de precedentes dos mais variados graus de obrigatoriedade, a capacidade dos Tribunais em mantê-lo atualizado é muito menor do que a capacidade de surgimento de novas controvérsias, dado o dinamismo da realidade social e inovações legislativas. O posicionamento dos membros de todo o Poder Judiciário é necessário para amadurecimento do tema e soluções mais adequadas para casos concretos até que o órgão competente forme uma tese aplicável de maneira uniforme. Com alguma frequência, exige-se que Juízes e Desembargadores se posicionem em controvérsias

criminais que dividem 5ª e 6ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça e 1ª e 2ª Turmas do Supremo Tribunal Federal.

Além disso, a possibilidade de superação de decisões do Poder Judiciário pelo Poder Legislativo também acaba por resultar que os juízes de primeiro grau fundamentem a não aplicação de determinado precedente ao caso concreto, por entendê-lo desatualizado e em desacordo com as premissas que justificaram as razões de decidir do precedente original. Exige-se, porém, o adequado ônus argumentativo na aplicação da distinção, não podendo decorrer de mero voluntarismo ou discricionariedade, nos termos do art. 489, § 1º, V e VI do Código de Processo Civil. Dispõe o artigo que “*Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que (...)deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento*”. Assim, a não aplicação de determinado precedente pode ser desejável pelo ordenamento jurídico. Considera-se incoerente tanto a não aplicação de um precedente a casos análogos como também sua aplicação a casos que não o sejam. Em ambas as hipóteses, viola-se a isonomia. E são os órgãos do Poder Judiciário mais próximo da análise dos fatos aqueles que, por excelência, possuem a capacidade institucional de realizar esse filtro. A única exigência é, evidentemente, o adequado ônus argumentativo da fundamentação de decisões judiciais.

5. CONCLUSÕES.

A recente pesquisa promovida pela AMB quanto ao perfil da magistratura brasileira confirmou aquilo que já se identificara no Superior Tribunal de Justiça: há uma percepção negativa de Juízes e Tribunais acerca da aplicação de precedentes obrigatórios no Brasil. Contudo, a mesma pesquisa revela uma magistratura técnica, crente na supremacia da Constituição, na efetivação de direitos fundamentais e deferente às opções políticas majoritárias.

A ideia de um sistema de formação e aplicação de precedentes que promova a estabilidade, coerência e integridade da jurisprudência não é nova no Brasil, tampouco carece de dispositivos legais que o regulamentem. Assim, a única explicação coerente para a dificuldade de sua consolidação no país é a de que não há, por hora, uma cultura tão enraizada de aplicação de precedentes no Brasil. Não há como esperar o mesmo grau de amadurecimento institucional que têm os países da *Common Law* a esse respeito, já que a

ideia de jurisprudência enquanto fonte do direito teve séculos para consolidar-se naquelas tradições constitucionais.

No Brasil, por outro lado, introduziu-se tais conceitos de forma mais verticalizada (a partir da legislação e da prática de Tribunais Superiores) sem que se tenha alcançado o mesmo grau de maturidade. No Brasil, o grande debate e centro de preocupações da Magistratura tem sido – e ainda é – a garantia da autonomia e independência dos Juízes e Tribunais, permitindo-se que a função jurisdicional seja exercida sem qualquer tipo de constrangimento interno ou externo ao Poder Judiciário. Não só o perfil constitucional da magistratura foi profundamente influenciado pelo contexto de redemocratização, como a necessidade de constante autoproteção institucional gera comportamento mais defensivo do Judiciário contra qualquer inovação que soe capaz de tolher sua autonomia.

Assim, conclui-se que o caminho para o amadurecimento de uma cultura de precedentes depende da reafirmação da independência dos julgadores e, ao mesmo tempo, da demonstração de que a aplicação de teses consolidadas pelos órgãos competentes não representa redução de tal autonomia. Não há punição ou constrangimento de ordem administrativa ou disciplinar para pensamentos minoritários no Judiciário. Todo órgão jurisdicional possui competências nas quais há pouco espaço para consolidação de precedentes obrigatórios por Tribunais Superiores. A própria legislação processual traz instrumentos capazes de garantir maior efetividade para decisões de primeiro e segundo grau proferidas com fundamento em teses consolidadas. Além disso, jamais se poderá prescindir da hermenêutica dos órgãos de primeiro grau para identificar hipóteses que justificam a aplicação ou distinção na aplicação de precedentes. Por fim, não importa quão denso seja o catálogo de precedentes dos mais variados graus de obrigatoriedade, a capacidade dos Tribunais em mantê-lo atualizado é muito menor do que a capacidade de surgimento de novas controvérsias, dado o dinamismo da realidade social e inovações legislativas.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMB. Estudo da Imagem do Judiciário Brasileiro, p. 21. Disponível em:
<https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2020/04/ESTUDO_DA_IMAGEM_.pdf>.
Acesso em: 30 de julho de 2020.

BRASIL. STF. ADI 4650, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-034 DIVULG 23-02-2016 PUBLIC 24-02-2016).

BRASIL. STF. RE 637485, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-095 DIVULG 20-05-2013 PUBLIC 21-05-2013.

BRASIL. STF. ADI 5081, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 27/05/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-162 DIVULG 18-08-2015 PUBLIC 19-08-2015.

BRASIL. STF. ADI 4.277 e ADPF 132, rel. min. Ayres Britto, j. 5-5-2011, P, DJE de 14-10-2011.

BRASIL, STF, ADI 3367, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, J. 13.04.2005, DJ 17.03.2006.

BRASIL. STF, MS 27.958, rel. min. Ricardo Lewandowski, J. 17.5.2012, Plenário, DJE de 29.8.2012.

BRASIL. STF, MS 34489-MC/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, J. 22.11.2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério. Formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula.** São Paulo: Atlas, 2018.

DIDIER, Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. In: DIDIER, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues; MACEDO, Lucas Buril. **Precedentes.** Coleção grandes temas do novo CPC. 2ª edição. Salvador: JusPodivm, 2016

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. Salvador: JusPodvum, 2016.

FERNANDES, Eric Baracho Dore. **A Corte Victor Nunes Leal.** In: Edson Alvisi Neves, Gilvan Luiz Hansen, Siddharta Legale Ferreira. (Org.). A Corte Victor Nunes Leal. 1ed.Niterói: Light, 2013.

FERNANDES, Eric Baracho Dore. **A Contribuição do Ministro Victor Nunes Leal na Construção de uma Corte Suprema Democrática.** In: Vladmir Passos de Freitas. (Org.). Juízes e Judiciário: Histórias, Casos, Vidas. 1ªed.Curitiba: Edição por Demanda, 2012, v. 1, p. 221-229.

FERREIRA, Siddharta Legale; FERNANDES, Eric Baracho Dore. **O STF NAS ?CORTES? VICTOR NUNES LEAL, MOREIRA ALVES E GILMAR MENDES.** Revista Direito GV, v. 9, p. 23-46, 2013

LEITE, Glauco Salomão. **Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira.** Rio de Janeiro: Forense, 2007

MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lênio Luiz. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira, STRECK, Lênio Luiz (Orgs). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Coimbra: Almedina, 2013.

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

SARMENTO, Daniel. **A Trajetória Constitucional Brasileira**. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Por um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris.

SILVA, José Afonso da. **O Constitucionalismo Brasileiro (evolução institucional)**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 59.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 7ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC. Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdicao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc>>. Acesso em: 30 de julho de 2020.

VALENTE, Fernanda. **Tribunais ainda resistem a aplicar precedentes do STJ, dizem ministros. Revista Consultor Jurídico de 28 de maio de 2019**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-28/tribunais-resistem-aplicar-precedentes-stj-dizem-ministros>>. Acesso em: 30 de julho de 2020.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; BURGOS, Marcelo Baumann. **Quem Somos – A Magistratura que Queremos**. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <www.amb.com.br>. Acesso em: 30 de julho de 2020

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. **Dezessete anos de judicialização da política. Tempo Social, revista de sociologia da USP**, v. 19, n. 2.