



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ARTHUR VINICIUS BEZERRA GARCIA

**PRECEDENTES SOB A PERSPECTIVA DAS TEORIAS DA
ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE NEIL MACCORMICK E ROBERT
ALEXY: da inteligibilidade dos deveres de coerência e integridade do Código de
Processo Civil à análise de julgados do Supremo Tribunal Federal**

Belém - PA
2017

ARTHUR VINICIUS BEZERRA GARCIA

**PRECEDENTES SOB A PERSPECTIVA DAS TEORIAS DA
ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE NEIL MACCORMICK E ROBERT
ALEXY: da inteligibilidade dos deveres de coerência e integridade do Código de
Processo Civil à análise de julgados do Supremo Tribunal Federal**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará para obtenção do título de Mestre em Direito, sob orientação da prof. Dra. Rosalina Moitta Pinto da Costa.

Belém – PA
2017

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Sistema de Bibliotecas da Universidade Federal do Pará
Gerada automaticamente pelo módulo Ficat, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

G216p Garcia, Arthur Vinicius Bezerra

Precedentes sob a perspectiva das teorias da argumentação jurídica de Neil MacCormick e Robert Alexy : da inteligibilidade dos deveres de coerência e integridade do Código de Processo Civil à análise de julgados do Supremo Tribunal Federal / Arthur Vinicius Bezerra Garcia. - 2018.
109 f.

Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-graduação em Direito (PPGD), Instituto de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Pará, Belém, 2018.
Orientação: Profa. Dra. Rosalina Moitta Pinto da Costa

1. Precedentes. 2. Neil MacCormick. 3. Robert Alexy. 4. Argumentação jurídica.
I. Costa, Rosalina Moitta Pinto da , *orient.* II. Título

CDD 340

Arthur Vinicius Bezerra Garcia

**PRECEDENTES SOB A PERSPECTIVA DAS TEORIAS DA
ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE NEIL MACCORMICK E ROBERT**

ALEXÝ: da inteligibilidade dos deveres de coerência e integridade do Código de

Processo Civil à análise de julgados do Supremo Tribunal Federal

Dissertação apresentada como requisito parcial de avaliação final para obtenção do grau de Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará, sob orientação da prof. Dra. Rosalina Moitta Pinto da Costa.

Linha de Pesquisa: Constitucionalismo, Democracia e Direitos Humanos.

BANCA EXAMINADORA:

Dra. Rosalina Moitta Pinto da Costa

Orientadora

Membro da Banca

Membro da Banca

Belém – PA

2017

(...) since few people can know much of the detail of the law, they are more likely to find it intelligible in its effects and predictable in its application if it does instantiate a reasonably small range of general principles that can be regarded as part of the common sense of the community.

Neil MacCormick

AGRADECIMENTOS

Registro aqui os meus sinceros agradecimentos a todos aqueles que contribuíram direta e indiretamente na realização deste trabalho. À minha família pelo apoio, em especial aos meus pais que desde sempre deram-me suporte incondicional em toda minha trajetória. Aos professores do PPGD da UFPA pelos debates e disciplinas ministradas que inspiraram e contribuíram bastante no referencial teórico, em especial aos professores Antonio Maués e Breno Magalhães, participantes da banca de qualificação, pelas sugestões apresentadas. À minha orientadora, Dra. Rosalina Moitta, pela orientação que possibilitou a concretização deste trabalho.

RESUMO

O trabalho faz a apresentação de uma teoria de precedentes, com base nos teóricos da argumentação jurídica Neil MacCormick e Robert Alexy, com objetivo de defender sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro a partir da análise de dispositivos do Código de Processo Civil e decisões do Supremo Tribunal Federal. No campo legal, sustenta-se a interpretação dos dispositivos voltados ao uso de precedentes sob a perspectiva da teoria proposta, com destaque aos conceitos de coerência e integridade. No plano prático, apesar da existência de uma concepção distinta da defendida por parte dos ministros do Supremo Tribunal Federal sobre o uso de precedentes, defendemos a mudança desta visão.

Palavras-chave: Precedentes; Neil MacCormick; Robert Alexy; Argumentação Jurídica.

ABSTRACT

The work exhibits one precedents theory, based on the theoreticals of legal reasoning Neil MacCormick and Robert Alexy, with the objective of defending its application in the Brazilian legal order from the analysis of devices of the Code of Civil Procedure and the Supremo Tribunal Federal decisions. In the legal field, it is sustained the interpretation of devices to the use of precedents under the perspective of the proposed theory, highlighting the concepts of coherence and integrity. In the practical field, despite the existence of a different conception from the Supremo Tribunal Federal's ministers about the use of precedents, the change of this vision is defended.

Keywords: Precedents, Neil MacCormick; Robert Alexy; Legal Reasoning.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. DECIDINDO COM BASE EM PRECEDENTES A PARTIR DAS TEORIAS DA ARGUMENTAÇÃO DE NEIL MACCORMICK E ROBERT ALEXY	13
2.2. SEGURANÇA JURÍDICA E O CARÁTER ARGUMENTATIVO DO DIREITO	13
2.3. A TESE DO DIREITO COMO CASO ESPECIAL DO DISCURSO PRÁTICO GERAL EM MACCORMICK E ALEXY	16
2.4. A JUSTIFICATIVA PARA O USO DE PRECEDENTES	19
2.5. ARQUÉTIPO TEÓRICO PRECEDENTALISTA	23
2.5.2 O que se entende por precedente	23
2.5.3. Trabalhando com precedentes, do particular ao universal	27
2.5.4. Os limites da representatividade do caso concreto para formação de normas universais	29
2.5.5. O ceticismo em relação à obrigatoriedade de seguir precedentes	33
2.5.6. Argumentação central e periférica nos precedentes	37
2.5.6.2. <i>Ratio decidendi</i>	38
2.5.6.3. <i>A pluralidade de argumentos em decisões colegiadas e a existência de mais de uma ratio</i>	43
2.5.6.4. <i>Obiter dictum</i>	45
2.5.6.5. <i>Efeito horizontal e vertical</i>	47
2.6. PRECEDENTES JUDICIAIS E A COERÊNCIA NO DIREITO	49
2.6.2. Coerência normativa e as justificativas interna e externa	49
2.6.3. A contribuição de uma argumentação com precedentes na (re)construção de um sistema jurídico coerente	52
2.7. UMA TEORIA PARA O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO?	56
3. A APLICABILIDADE DA TEORIA PRECEDENTALISTA DE MACCORMICK E ALEXY NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	61
3.2. O IMPULSO DA REFORMA PROCESSUAL NAS MUDANÇAS DA PRAXE FORENSE	61
3.2.2. Estabilidade	67
3.2.3. Coerência e integridade	70

4. DO IDEAL AO REAL: A INCOMPATIBILIDADE DA TEORIA DE PRECEDENTES DE MACCORMICK E ALEXY COM O USO DE PRECEDENTES PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	76
4.2. ARGUMENTAÇÃO COM PRECEDENTES NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	76
4.2.2. Tese como <i>ratio decidendi</i> para o Supremo Tribunal Federal	86
4.2.3. O Supremo Tribunal Federal como espaço para o debate	89
4.3. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ADOTA A TEORIA PROPOSTA?	93
5. MOTIVOS PARA A ADOÇÃO DA TEORIA PRECEDENTALISTA DE MACCORMICK E ALEXY	99
CONSIDERAÇÕES FINAIS	104
REFERÊNCIAS	106

1. INTRODUÇÃO

A salutar atenção do legislador infraconstitucional à reiterada queixa social de morosidade na prestação da tutela jurisdicional, fez despontar uma reforma processual com aberta intenção de tornar o processo cível mais célere. Com este objetivo, diversas modificações mostraram-se necessárias e presentes no texto do vigente Código de Processo Civil, bem como inovações.

Das mais conhecidas estão a possibilidade de celebração de negócios jurídicos endoprocessuais, incidentes com escopo de gerir uma existente ou potencial pluralidade de demandas repetitivas, exigência de profissionais capacitados a mediar e conciliar e a previsão de obrigatoriedade de se levar em consideração determinadas decisões judiciais na tomada de decisões posteriores.

Sob influência de uma metamorfose sentida no plano internacional, o legislador pátrio decidiu instituir uma prática processual precedentalista na reforma processual recente, dando origem ao artigo 927 do vigente Código de Processo Civil. Todavia, o sistema precedentalista brasileiro não se encerra em um único dispositivo do código, mas estende-se a outros que lhe dão inteligibilidade e garantem sua eficácia.

Dentre estes dispositivos, um em particular mostra-se central à nossa prática precedentalista, o *caput* do artigo 926. Os deveres de estabilidade, coerência e integridade, por si só já seriam capazes de instituir uma prática de obediência a precedentes judiciais. Além disso, sua presença estipula como os precedentes judiciais pátrios devem ser aplicados.

Em virtude de sua importância e pelo emprego de conceitos indeterminados no enunciado normativo supramencionado, coube a doutrina apresentar argumentos para tornar inteligível a prática precedentalista pátria. Porém, com base em qual teoria de precedentes e com qual racionalidade?

Buscar-se-á discutir uma interpretação do *caput* do artigo 926 do Código de Processo Civil de 2015 e a apresentação de uma teoria de precedentes que se segue desta inteligibilidade, com base nas teorias da argumentação jurídica de Neil MacCormick e Robert Alexy.

Os mencionados jusfilósofos, que apresentam teorias da argumentação jurídica substancialmente próximas, possibilitam, a partir de seus escritos, a elaboração de uma teoria de precedentes que coloca o campo processual em uma perspectiva de debate. Uma

abordagem que coaduna com a principiologia do vigente código que visa instituir um processo cível dialógico.

Por conseguinte, discutir-se-á a viabilidade de suas teorias a partir da análise de dispositivos do Código de Processo Civil de 2015, com escopo, de além de arguir a possibilidade de aplicação de suas teorias, de interpretá-los, ofertando inteligibilidade aos conceitos presentes nos artigos destinados à aplicação dos precedentes judiciais brasileiros, com especial destaque ao *caput* do artigo 926.

A análise se estenderá à forma como o Judiciário brasileiro concebe e argumenta com precedentes em suas decisões judiciais. Neste diapasão, as decisões do Supremo Tribunal Federal serão tomadas como representativos de nossa praxe argumentativa com precedentes. Levar-se-á em consideração a posição hierárquica e tarefa constitucional do Supremo em ser o intérprete oficial do texto constitucional, para tomar a postura dos ministros como representativa da atuação dos demais magistrados em nosso ordenamento quando decidem.

Analisando a legislação processual e o uso de precedentes pelo Supremo Tribunal Federal, é que se pretenderá discutir a possibilidade de aplicação das teorias de Neil MacCormick e Robert Alexy em nosso ordenamento jurídico. A justificativa de nossa pretensão reside na intenção de uniformização da interpretação da legislação processual referente a aplicação de precedentes, através de suporte teórico uníssono.

Não obstante, a análise da praxe processual, representada pela argumentação jurídica do Supremo Tribunal Federal, tem como escopo observar a concepção teórica que os ministros possuem sobre o tema, refletido em seus julgados, para, a partir de uma razoável exposição desta concepção, discutir a sustentabilidade da teoria precedentalista com base nos jusfilósofos supramencionados, que colocam o uso de precedentes em uma perspectiva dialética.

2. DECIDINDO COM BASE EM PRECEDENTES A PARTIR DAS TEORIAS DA ARGUMENTAÇÃO DE NEIL MACCORMICK E ROBERT ALEXY

2.2. SEGURANÇA JURÍDICA E O CARÁTER ARGUMENTATIVO DO DIREITO

Contemporaneamente, as sociedades partilham de um ponto em comum: a submissão de seus governos ao que pode ser denominado de Estado de Direito (*rule of law*)¹, elemento conquistado e estruturado a – dentre outras possibilidades – ordenar a atuação do Estado e dos demais particulares. Uma das suas virtudes é a *segurança jurídica* que, dentre as suas várias facetas, oferta *cognoscibilidade* sobre os direitos e obrigações dos cidadãos².

As normas jurídicas permitem aos particulares e ao Estado pautarem seus negócios e, de forma mais ampla, suas vidas, com um mínimo de confiança acerca do conhecimento do que seja lícito e ilícito, de que suas ações não serão alvo de processos cíveis ou criminais. Porém de onde advém esta segurança jurídica, de um corpo de regras positivadas ou do reconhecimento institucional de costumes que fazem parte de nossa forma de pensar e agir?

A complexidade deste questionamento se intensifica com o passar do tempo, vez que na teoria do direito é observada uma crítica direcionada às premissas do que podemos chamar de positivismo clássico, que acreditava numa visão predefinida do direito e numa atividade hermenêutica acessória, voltada unicamente a dirimir problemas semânticos e à descoberta da intencionalidade do autor (legislador). Começa a florescer a visão da *indeterminabilidade do direito*³.

A produção legislativa começa a ser questionada como apta a produzir comandos normativos apriorísticos idôneos a prever e reger toda a vida humana. A atividade interpretativa começa a ganhar mais destaque, saindo da periferia e chegando à centralidade do debate jurídico. Na obra *Teoria Pura do Direito* é destacada a importância

¹ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law.: a theory of legal reasoning*. New York: Oxford University Press, 2010. p. 12.

² MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 24.

³ MITIDIERO, Daniel. Op. Cit. p. 53-57.

da interpretação no direito, revelando-se como atividade indissociável da prática judicante, decorrente da *dupla equivocidade* do direito⁴.

Todavia, não concordamos com as premissas kelsenianas de que o controle desta atividade hermenêutica não diga respeito à ciência jurídica, mas tão somente à política⁵. Entendemos que o controle da atividade judicante é um ponto que diga respeito à ciência jurídica, de modo similar pensam MacCormick e Alexy⁶.

Floresce, portanto, a compreensão da característica do direito como disciplina argumentativa ou interpretativa⁷. O regramento jurídico passa a ter caráter pré-interpretativo, sendo o que MacCormick denomina de *direito bruto* (*raw law*) que deve passar por um processo argumentativo para ganhar sua devida inteligibilidade⁸. A vinculação em ordenamentos jurídicos não existe em relação aos enunciados normativos (*raw law*), mas em relação à sua interpretação⁹.

O fato do direito ser essencialmente argumentativo, não inviabiliza a segurança jurídica que o mesmo ainda tende a ofertar, para tanto, torna-se necessária uma nova abordagem para concebê-la.

Razão pela qual entendemos ser importante estudos voltados à teoria da argumentação, pois permitem a estruturação da argumentação jurídica de forma racional, ofertando inteligibilidade da mesma e suporte teórico para justificar decisões judiciais. Afinal, acreditamos que decisões judiciais podem ser racionalmente justificadas, no sentido de existir uma razão para se decidir de determinada maneira e não de outra, vez que não aceitamos que decisões judiciais sejam frutos do puro arbítrio do julgador, algo intolerável em sociedades civilizadas modernas.

Se defendemos a premissa de que decisões judiciais não surgem – e não devam surgir – de arbítrios, precisamos saber como argumentar e interpretar no direito. A hermenêutica jurídica não pode ser um trunfo jurídico para legitimar uma criação

⁴ Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 245-247.

⁵ Kelsen, Hans. Op. Cit. p. 249.

⁶ O controle da atividade judicante justifica-se como interesse do plano jurídico pela rejeição que ambos os autores fazem da visão irracionalista do direito e a necessidade de seu conteúdo estar em sintonia com os valores do ordenamento jurídico. Ambos negam que os magistrados possam ser excessivamente livres em seus pronunciamentos, devendo, por justiça, ser coerentes com o sistema jurídico em seus julgados e sendo este dever um ponto de controle interno do próprio direito em rechaçar decisões incoerentes e absurdas. Estes pontos ficarão mais claros no decorrer deste capítulo quando forem introduzidas as visões sobre coerência dos autores e suas formas de distinguir texto de norma.

⁷ Mitidiero, Daniel. Op. Cit. p. 53-65.

⁸ MacCormick, Neil. Op. Cit. p. 23.

⁹ É sob esta distinção entre texto e norma que Alexy cita um pensamento do qual concorda: “*en la práctica, la Ley Fundamental vale tal como la interpreta el Tribunal Constitucional Federal*”. Alexy, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 535.

emotivista do direito, legitimando o que pode ser chamado de *regras do ministro*¹⁰, ao revés, deve-se possuir um vetor coerentista com o sistema. O próprio sistema oferta uma axiologia que não pode ser ignorada pelos intérpretes do direito.

Por conseguinte, argumentar com base em precedentes (interpretações prévias) torna-se importante quando o direito é compreendido como uma disciplina argumentativa, pois se o direito é um material a ser interpretado e o seu resultado deve possuir um mínimo de estabilidade, não obstante, se o processo interpretativo é tão crucial, o mesmo deve ser ordenado de forma a garantir racionalidade, igualdade e ausência de qualquer coerção, assim como acesso a todos àqueles que queiram e possam participar como falantes.

Sendo o direito, para os jurisdicionados, mais conhecido pelos resultados que produz do que pelas suas minúcias¹¹, então precisamos saber como interpretar e argumentar no direito para produzirmos decisões racionais e coerentes com o sistema para qual decidimos. Por conseguinte, o capítulo que segue tem como intento apresentar uma teoria precedentalista presente nas teorias da argumentação de Neil MacCormick e Robert Alexy.

Apesar de não serem processualistas¹², ambos os supramencionados jusfilósofos apresentam em seus escritos o que pode ser chamado de teoria ou doutrina de precedentes, abarcando não só elementos descritivos como prescritivos¹³. Ambos ofertam

¹⁰ A expressão é empregada por Georges Abboud em artigo destinado a destacar a importância da vinculação a precedentes como controle do caráter democrático de um ordenamento, para salvaguardar o que chama de *regras do jogo*, o regramento aplicável a todo e qualquer cidadão, em sua aplicação imparcial. Em contrapartida ao que denomina de *regras do ministro*, uma faceta antidemocrática da jurisdição, que consiste na desconstrução do regramento geral a partir de decisões que afrontam a segurança jurídica, criando, ironicamente, uma espécie de regramento paralelo ao estatal. Apesar de discordamos da visão sobre aplicação de precedentes do autor, seu artigo guarda o mérito de apresentar relação impar sobre prática precedentalista e Estado democrático. ABOUD, Georges. **Jogo democrático e processo: as razões pelas quais o processo civil deve ser um jogo limpo**. In: STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; e LEITE, George Salomão (coords.). **Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil: coerência e integridade**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 125-134.

¹¹ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. Op. Cit. p. 201.

¹² Este ponto é interessante de ser esclarecido: por que não fazemos uma abordagem sobre precedentes a partir de processualistas? Ora, a resposta parte da visão que partilhamos com Marinoni, Arenhart e Mitidiero, no sentido de que a temática de precedentes é relativa a teoria do direito e não ínsita ao processo, apesar de nele desaguar os seus efeitos e lidar com a prática precedentalista, logo, desponta sua necessidade de esclarecimento do que venha a ser um precedente, *ratio decidendi*, *obiter dictum* e etc. MARINONI, Luiz ARENHART, Sérgio; e MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**. Vol. 1. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 145.

¹³ Em especial destacamos o interesse de MacCormick em expressar uma teoria ou doutrina de precedentes enfrentando pontos centrais deste tema, como: *ratio decidendi* e *obiter dictum*. MACCORMICK, Neil. Op. Cit. p. 143-161. Enquanto Alexy se recusa em fazer um enfrentamento mais direto destes assuntos centrais no tema de precedentes, ainda assim é possível extrair de seus escritos uma teoria acerca da argumentação com base em precedentes. Uma visão teórica que em muito se assemelha a de MacCormick.

inteligibilidade ao uso de precedentes na argumentação jurídica, sendo seus argumentos não vinculados ao contexto em que habitam.

E é esta justificativa, não ancorada a fatores culturais para o uso de precedentes como fundamentais no discurso jurídico, que faz despertar o interesse no estudo destas teorias, principalmente em virtude de nosso país adotar, a partir de reforma processual, o uso de precedentes vinculantes previstos em dispositivos legais. Restando saber – o que será tarefa da segunda parte deste trabalho – até que ponto a teoria aqui exposta está ou pode ser aplicada a partir da reforma processual.

2.3. A TESE DO DIREITO COMO CASO ESPECIAL DO DISCURSO PRÁTICO GERAL EM MACCORMICK E ALEXY

Apesar de inexistir uma uniforme teoria da argumentação¹⁴, sendo mais adequado falar em ‘teorias da argumentação’, Neil MacCormick e Robert Alexy apresentam grandes proximidades em suas teorias, de forma que ambos aderem a *tese do direito como caso especial* de uma estrutura discursiva maior, que lhe garante racionalidade em sua prática argumentativa¹⁵. Todavia, suas construções teóricas partem de pontos de partida opostos, enquanto MacCormick parte da análise da argumentação jurídica empregada em ordenamentos jurídicos concretos para chegar à racionalidade prática, Alexy tem como ponto inicial em sua teoria a estruturação analítica da racionalidade prática para então relacioná-la ao discurso jurídico, de forma a interligá-los¹⁶.

Ambos possuem preocupações similares na construção de suas teorias, como a possibilidade de fundamentarem racionalmente decisões judiciais, de forma que estas não sejam construções retóricas ocas – em um sentido puro de convencimento –, que apenas buscam legitimar – por meio do poder institucional – as concepções subjetivas do julgador sobre aquilo que julga. Por conseguinte, de forma alguma sustentam uma premissa única

¹⁴ É por isto que Atienza menciona que o correto é falar no plural, teorias da argumentação. ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 1.

¹⁵ A grande aproximação entre os autores é destacada por Atienza. ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 106 e 149. Não obstante, o próprio Neil MacCormick afirma aderir a tese do direito como caso especial do discurso prático geral que é sugerida por Robert Alexy em: MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. Op. Cit. p. 17.

¹⁶ ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 149.

e absoluta para soluções de casos concretos, ou seja, rejeitam a ideia de *uma única resposta correta a casos concretos*.

De forma didática, entre dois extremos, MacCormick e Alexy se posicionam em um meio termo, entre o irracionalismo e o ultrarracionalismo. Assim como não defendem que decisões judiciais sejam frutos de arbítrios dos seus julgadores, sem que pudessem possuir qualquer justificativa racional para seu conteúdo, também não corroboram o extremo oposto, da existência de uma única justificativa racional¹⁷, seja pelo fato de estruturarem suas teorias dentro do direito¹⁸ e pela consequência que a tese de uma única resposta promove, uma *infinita regressão teórica* para o aplicador do direito¹⁹.

Neste diapasão, os supramencionados jusfilósofos sustentam que o direito levanta uma *pretensão de correção* que liga o *plano real* (jurídico) com o *plano ideal* (justiça). Esta pretensão liga o direito à realização da justiça, na forma como é construído e aplicado, portanto, tanto uma decisão judicial quanto uma Constituição têm intenções de serem justas, de serem corretas, ainda que digam que não são, hipótese em que incorrerão em uma *contradição performativa*²⁰. Porém isto não liga o direito necessariamente em um plano jusnaturalista, que busca a ideia do correto fora do plano jurídico, ao contrário, MacCormick e Alexy sustentam que a verdade a ser buscada é a verdade dentro do direito²¹.

Porém daí não implica dizer que suas teorias estão restritas ao direito positivado (redação legal), reproduzindo uma atuação interpretativa tão somente acessória destinada à solução de problemas de compreensão e alcance dos dispositivos legais. Ambos sustentam uma atuação dos aplicadores do direito destinada a reconstrução do material jurídico posto (redação), de forma a torná-lo coerente com o sistema jurídico em que laboram e esta atividade não se resume a uma mera atuação voltada à solução de

¹⁷ MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 345-347. e ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Op. Cit. p. 360-361.

¹⁸ Como sendo um ponto partilhado por ambos, MacCormick destaca que a verdade a ser buscada pelo direito é algo interno, o que seja verdadeiro dentro do ordenamento jurídico. MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. Op. Cit. p. 15. Para Alexy este é o ponto que faz do direito um caso especial do discurso prático geral, o fato de não buscar uma verdade meta-jurídica, mas aquilo que é verdadeiro dentro do direito. ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 128.

¹⁹ MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Op. Cit. p. 350-351.

²⁰ ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Op. Cit. p. 303-306.

²¹ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. Op. Cit. p. 15. e ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Op. Cit. p. 128.

problemas semânticos na redação legal²². É esta postura, coerentista, que apresenta uma das justificativas para a adoção de precedentes na argumentação jurídica.

Apesar das semelhanças em suas teorias, MacCormick e Alexy apresentam diferenças, vez que são pessoas distintas com formações e experiências divergentes, porém nada que os faça serem teóricos opostos. Primeiramente, enquanto Robert Alexy apresenta uma teoria discursiva do direito extensamente analítica, com tentativas tão drásticas de redução da discricionariedade no discurso jurídico, ao ponto de tentar aproximar a linguagem jurídica da linguagem matemática, criando fórmulas para a argumentação jurídica²³. Este rigor não é encontrado nos escritos de MacCormick, que, apesar dos formalismos, entende que existam e que são razoáveis certos espaços de discricionariedade no direito, afinal não se trata de uma disciplina extada e sim argumentativa²⁴.

Da postura analítica de Alexy tem-se obras voltada a estruturar o discurso jurídico e prático geral de forma extensa em regras, cujo fôlego não é encontrado nos escritos de MacCormick, a quem afirma possuir uma teoria um tanto mais “restrita” na sua construção²⁵.

Por conseguinte, alguns elementos da teoria de um não se encontram presentes na teoria do outro, o que acaba refletindo na construção de uma teoria de precedentes com base em seus escritos. Enquanto MacCormick apresenta preocupação com o uso de argumentos consequentialistas no direito, este ponto mostra-se ausente nas obras de Alexy, um fator que impacta para a aplicação do direito, vez que a preocupação com a consequência das decisões judiciais revela-se como um elemento a ser sopesado pelos julgadores, principalmente em virtude da universalização de seus argumentos tendentes a produzir uma norma a ser usada na argumentação de casos jurídicos posteriores.

²² MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. Op. Cit. p. 29. Este é o ponto que conecta a pretensão de correção levantada por aqueles que aplicam o direito com a distinção entre enunciados normativos e normas. Se a pretensão de correção aduz que a interpretação (aplicação) do direito feita pelos julgadores-intérpretes é correta e se enunciados normativos apenas explicitam algo que é antecedente, no caso a norma, a atuação do magistrado ao interpretar o direito, em sua aplicação, só pode ser reconstrutora desta ordem positivada, razão pela qual o próprio Alexy apresenta duas ordens de justificativa, a interna e a externa, ambas, de certa forma, voltadas a garantir a correção da argumentação jurídica empregada em uma decisão. ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Op. Cit. p. 303-306; ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Op. Cit. p. 50-55; e ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001. p. 218-226.

²³ Toda a estruturação do que chama de discurso prático geral é formulada em diversos grupos, cada qual possuindo várias regras que devem ser cumpridas para a realização de um procedimento racional e pelo fato do direito ser um caso especial deste discurso maior, acaba a ele se submetendo com algumas particularidades. Neste sentido, ver: ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Op. Cit. p. 77-90.

²⁴ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. Op. Cit. p. 14-15.

²⁵ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. Op. Cit. p. 17.

Por sua vez, Alexy apresenta em suas regras salutar preocupação com a pluralidade participativa e a devida participação dos envolvidos nos processos decisórios, um campo que não é enfrentado, pelo menos não com a mesma explicitude do referido professor alemão, por MacCormick. Não obstante, sobre o uso – e o devido uso – de precedentes, que mais interessa a este trabalho, Alexy não apresenta o mesmo zelo que MacCormick tem em dimensionar o que venha a ser a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*²⁶.

Longe de querer apresentar pontos inconciliáveis entre os referidos jusfilósofos, nossa intenção é tão somente destacar que apesar das semelhanças entre suas teorias, elas não guardam uma conexão exata, possuindo pontos distintivos, porém, como afirmado acima, que não são suficientes torná-los opostos nas formas mais gerais de pensar sobre o direito e sua devida aplicação.

A exposição que se segue está voltada a apresentar uma teoria de precedentes oriunda dos escritos de ambos os autores que se destinam não só a dar inteligibilidade à prática de precedentes, mas também em justificá-la e racionalizá-la. Por último, buscar-se-á sustentar sua aplicabilidade transnacional, em virtude de suas bases não serem manietadas a nenhum sistema jurídico em particular, podendo sê-la reproduzida em ordenamentos jurídicos distintos dos seus idealizadores (Escócia e Alemanha).

2.4. A JUSTIFICATIVA PARA O USO DE PRECEDENTES

Se a forma como precedentes são apresentados e dimensionados pelos autores aqui abordados pode revelar algumas distinções, a razão do porquê precedentes devem ser adotados na argumentação jurídica revela-se uníssona. Tanto MacCormick quanto Alexy partilham da visão de que a possibilidade de justificativa racional e mitigação da discricionariedade dos processos decisórios opera pela universalização da argumentação

²⁶ Tentar distinguir *ratio decidendi* de *obiter dictum* está presente nas duas obras que dimensionam a teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick. MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Op. Cit. p. 281-282 e 288-290. e MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. Op. Cit. p. 152-161. Por sua vez, Robert Alexy tem uma abordagem mais ampla sobre precedentes, destacando a discussão teórica envolvendo a distinção dos conceitos mencionados, porém sem nela adentrar. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Op. Cit. p. 261-262.

empregada²⁷. Ambos os autores partilham de uma visão similar: de que juízos particulares, para serem racionais, levantam uma *pretensão de universalidade*.

Mesmo juízos particulares, em que as decisões judiciais se enquadram, para serem racionais devem levantar uma pretensão de universalidade, como forma de justificar que a resposta particular ofertada não é fruto de arbítrios. Com base em Hare, MacCormick afirma que uma questão particular antes de ser resolvida, deve antes enfrentar um questionamento mais amplo que está presente implicitamente no problema a ser enfrentado, destacando que uma questão particular não é necessariamente algo privado, que diga respeito apenas aos envolvidos²⁸.

O supramencionado autor escocês usa o julgamento do caso *Donogue vs. Stevenson* para ilustrar esta questão. Apesar do caso envolver disputa judicial da sra. Donogue, que havia sofrido abalo por consumir uma cerveja com corpo de um caracol morto dentro, contra o sr. Stevenson. Não só MacCormick como também alguns julgadores do caso, afirmam que existe uma questão mais ampla e séria a ser decidida e sopesada no julgamento do caso concreto, a existência ou não de obrigatoriedade dos fabricantes em zelar pelos produtos que colocam regularmente no mercado, para que não apresentem nenhum risco aos consumidores. Se o caso for decidido em favor da sra. Donogue, este questionamento será, portanto, previamente decidido no caso e de forma positiva – pela existência de referida obrigação dos fabricantes –, de forma que qualquer pessoa que se encontrar em situação parecida posteriormente poderá arguir este direito²⁹.

A universalização da argumentação empregada em juízos particulares permite a proteção da isonomia de tratamento, a partir da conhecida premissa de *tratar os iguais de forma igual*³⁰.

Para Alexy a universalização da argumentação em processos decisórios se traduz na seguinte regra: “Todo falante que emprega um predicado F a um objeto A deve estar preparado para empregar F a todo objeto que se assemelha a A em todos os aspectos relevantes”³¹. Neste diapasão, MacCormick aduz que todo julgador ao decidir um caso

²⁷ MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Op. Cit. p. 96-98. e ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Op. Cit. p. 77-79.

²⁸ MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Op. Cit. p. 97.

²⁹ MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Op. Cit. p. 102-103.

³⁰ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. Op. Cit. p. 143. e MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Op. Cit. p. 96.

³¹ ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Op. Cit. p. 77.

deve empregar argumentação que esteja disposto a seguir quando caso similar surgir no futuro³².

Todavia, nem sempre esta *resposta à questão ampla contida numa questão particular* estará presente na argumentação (redação da decisão) empregada por um magistrado ao decidir um caso judicial, sua presença até pode ocorrer – como aconteceu no caso *Donogue vs. Stevenson* descrito por MacCormick –, mas isto é mais raro. Portanto, a elucidação do conteúdo desta universalização, contida no juízo, passa a ser fruto de argumentação.

Por ser um ponto argumentativo, a universalização da argumentação empregada pode ser passível de variação, no sentido de que diferentes pessoas poderão apresentar diferentes interpretações sobre o que venha a ser esta *resposta mais ampla*. É aqui que o precedente vai apresentar um papel importantíssimo para argumentação jurídica.

Se a ideia de universalização da argumentação empregada em juízos particulares garante a racionalidade da decisão e protege a isonomia de tratamento daqueles que são submetidos a julgamento, o teor universal não pode, por conseguinte, ser constantemente modificado, deve-se ter relativa *estabilidade*. É por isto que Alexy relaciona a ideia do precedente no direito com o *princípio da inércia* de Perelman, que afirma que “uma vez que uma concepção ou uma prática tenha sido aceita, ela não pode ser recusada sem motivo”³³. A partir do próximo tópico esta correlação ficará mais clara com o dimensionamento de uma teoria de precedentes com base na teoria de Alexy e MacCormick.

Esta necessidade de estabilização é consumada pela adoção de uma argumentação com base em precedentes, nas palavras de Alexy:

Do ponto de vista da teoria do discurso a mais importante razão para a racionalidade da doutrina do precedente que se conforme aos princípios da universalizabilidade e da inércia é oferecido pelos limites aos quais o argumento geral prático está sujeito. Como foi explicado acima, as regras do discurso nem sempre nos permitem achar uma resposta correta. Muitas vezes resta uma ampla área de possibilidade discursiva. Preencher essa lacuna com soluções inconsistentes e mutáveis estaria em contradição com o requerimento da consistência estabelecido pelo princípio de universalizabilidade.³⁴

³² MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Op. Cit. p. 96.

³³ ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Op. Cit. p. 81.

³⁴ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Op. Cit. p. 260.

A inexistência de um padrão, com o qual podemos nos pautar e confiar, é nocivo a todos nós, de igual forma – ou até mais – ofensivo é a sua alternância desarrazoada. A argumentação com base em precedentes permite a razoável estabilização deste “padrão” no direito, ofertando cognoscibilidade aos jurisdicionados sobre o próprio teor dos seus direitos.

Neste diapasão, MacCormick afirma que o uso de precedentes permite a consumação da *justiça formal* e da *imparcialidade* nos julgamentos, estando ambos ligados. Se o julgamento apresentado é feito com base em argumentos que seriam empregados independente das pessoas envolvidas no caso, portanto, fundado em premissas universalizáveis, o magistrado demonstra a sua imparcialidade no caso, por conseguinte, ao ser imparcial no julgamento, julgando com base em premissas que usaria para julgar qualquer caso similar, independente das pessoas a serem julgadas, o julgador também realiza a justiça formal em seus julgados, pois respeita o tratamento igualitário que todos devem possuir *prima facie*³⁵.

A dimensão da própria universalização da argumentação também será abordada nos tópicos posteriores. Por enquanto basta termos em mente que a justificativa racional para a adoção de precedentes no processo decisório está fundada na pretensão de universalidade constante nos juízos particulares.

Durante esta sucinta – porém espera-se que não perfunctória – exposição das justificativas à adoção de precedentes no discurso jurídico, algo implícito ficou presente e como não queremos que isto fique obscuro ou não percebido iremos expor. O porquê de o discurso jurídico usar precedentes não é de forma alguma uma questão cultural que apenas específicos ordenamentos jurídicos, que possuem alguma característica em comum, possam se valer.

Ao contrário disto, a justificativa aqui exposta se sustenta em premissas que podem ser sustentadas em qualquer ordenamento jurídico, desde claro que este ordenamento preze por no mínimo um tratamento coerente para os seus jurisdicionados. Sem querer ser redundante ou antecipar o que se irá sustentar no final desta primeira parte, apenas queremos deixar as coisas menos obscuras.

Com a devida justificativa do uso de precedentes para o discurso jurídico, resta apresentar a sua estrutura teórica com base nas teorias da argumentação jurídica de

³⁵ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. Op. Cit. p 143.

MacCormick e Alexy. A teoria que será exposta concebe a argumentação central do precedente como uma norma.

2.5. ARQUÉTIPO TEÓRICO PRECEDENTALISTA

2.5.2 O que se entende por precedente

Na introdução da obra *interpreting precedents*, Neil MacCormick e Robert Summers apresentam um conceito bem amplo sobre o que seja um precedente. Afirmam que um precedente é “uma decisão pretérita que serve como modelo para casos posteriores”³⁶. Apesar de amplo, o conceito é bem sofisticado e merece melhores esclarecimentos sobre as escolhas de palavras pelos autores. Primeiramente, é dito – ou relaciona-se – que precedente é uma decisão judicial. Decisões judiciais têm aptidão de se tornarem precedentes no futuro, porém precedente é sinônimo de decisão judicial? Toda decisão judicial é precedente?

A primeira coisa a se ter em mente é que nem toda decisão judicial tem aptidões para vir a ser considerada como um precedente em seu sistema jurídico. A ideia usada e difundida sobre a existência de casos fáceis (*easy cases*) e difíceis (*hard cases*) nos ajudará a esclarecer isto. Usaremos a explicação dada por MacCormick sobre estas duas possibilidades de casos concretos que um magistrado pode enfrentar.

A linha que distingue um caso fácil para um difícil é bem tênue. De forma que um caso difícil não consiste naquele em que inexistem regras jurídicas previamente formuladas em um código para regulá-lo. É crível a existência de casos difíceis envolvendo aplicação e interpretação de regras escritas, de forma que isto é um ponto que MacCormick aduz para sustentar que casos difíceis não se resumem àqueles que são solucionados pela aplicação de princípios³⁷.

Casos difíceis serão aqueles que demandarem uma atuação interpretativa do julgador mais elaborada, mesmo que regras escritas existam regulando a temática, pois como discutido no início desta parte, o direito é uma disciplina argumentativa, cuja interpretação torna-se indissociável de sua aplicação.

³⁶ MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S.; e GOODHART, Arthur L.. *Interpreting precedents: a comparative study*. New York: Routledge, 2016. p. 1.

³⁷ MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Op. Cit. p. 258-259

Assim como existem casos difíceis, casos fáceis são possíveis de serem enfrentados no dia-a-dia de um magistrado. Fácil será o caso que não demandar qualquer interpretação engenhosa do julgador, poderíamos suscitar um caso cuja citação a uma regra ou ainda a um precedente bastasse para ser solucionado. Sociedades de massa poderiam nos ofertar alguns exemplos de casos que não demandassem tanta atividade intelectual do julgador, pela existência de precedentes sobre o assunto e inexistência de qualquer elemento distintivo nos casos enfrentados que justificassem uma decisão diferente do caso-precedente ou a superação do pensamento outrora formulado no sistema³⁸.

O alerta de Hermes Zaneti Jr. para que não façamos uma equivocada associação entre decisão judicial e precedentes, de forma que decisões judiciais que não apresentem nenhum acréscimo a vigente interpretação das normas jurídicas, se assemelha ao ponto que aqui queremos esboçar. Casos concretos que apenas demandem citações à lei ou a precedentes não serão considerados como precedentes, pois a autoridade emanará do dispositivo normativo (lei) ou então do caso-precedente que fora citado³⁹.

Casos difíceis, que envolveram tanto argumentação com base em regras ou em princípios, serão destinados a se tornarem precedentes em um dado ordenamento, cuja argumentação empregada deverá ser universalizada pelas justificativas esboçadas no tópico anterior.

Continuando a análise do conceito apresentado supra, os autores mencionados usam a palavra *modelo* para descrever a forma como o precedente será encarado. O que significa dizer que determinada decisão é um modelo? A palavra *modelo* não é estranha ao nosso imaginário jurídico, afinal quem nunca ouviu as expressões “modelo de petição” ou (o que é pior) “modelo de decisão”. Modelos em nosso imaginário representam formas pré-concebidas que precisam ser preenchidas posteriormente com dados advindos de casos concretos. Mas é isto que precedente representa, um modelo neste sentido usado em nossa praxe?

Por acaso o precedente é um modelo a ser reproduzido e alterado em alguns pormenores, como nome das partes, possuindo uma linguagem genérica para poder abarcar inúmeras situações prévias?

³⁸ A economia de tempo que o magistrado pode possuir quando labora a partir de uma argumentação com precedentes é uma das razões para seguir a prática precedentalista, conforme aponta MacCormick. MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. Op. Cit. p. 143.

³⁹ ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 307-310.

Definitivamente não é esta imagem de modelo que MacCormick e Summers tinham em mente. A noção de modelo empregada pelos autores é associada à ideia de uma referência que deve ser seguida e não copiada, logo, o precedente passa a ser um ponto a ser observado como *starting point* para se começar a decidir o caso concreto. Esta peculiaridade é característica da metodologia dos precedentes, que não são decisões genéricas e abstratas a contemplarem uma infinidade de possibilidades posteriores, mas uma decisão a resolver um caso concreto, cuja decisão tem em seu centro uma norma a ser usada em questões ulteriores análogas, denominada de *ratio decidendi*. Esta característica da dinâmica de precedentes será analisada de forma apartada, quando discutirmos a ideia de *ratio decidendi* a partir das teorias da argumentação de MacCormick e Alexy.

É desta ideia de *modelo* como ponto de referência argumentativo da argumentação posterior, que Alexy sustenta que a vinculação a precedentes opera em um caráter *prima facie* ou como princípio, no sentido de que inexistente uma vinculação rigorosa à argumentação elaborada no caso anterior⁴⁰.

O precedente – ou melhor sua *ratio decidendi* – é vista como uma norma que guia o julgamento de casos posteriores análogos, sem que isto implique em um determinismo do resultado da decisão seguinte, vez que a adesão ao precedente opera como norte na argumentação do julgador posterior, que se quiser dela se distanciar terá que ofertar robustos argumentos para tanto, no sentido que o princípio da inércia de Perelman sustenta⁴¹.

Tanto Alexy quanto MacCormick apresentam uma visão formal sobre precedentes, no sentido de que deles se possa extrair uma norma para guiar a argumentação de casos posteriores similares, sendo a vinculação desta norma na argumentação posterior uma questão *prima facie* e flexível, vez que não só pode ser rejeitada como modificada⁴². Maiores explicações sobre a visão de *ratio decidendi* como norma serão ofertadas mais abaixo.

⁴⁰ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Op. Cit. p. 259.

⁴¹ Conforme argumenta Robert Alexy, mesmo casos idênticos não conduzem a decisão idênticas, é perfeitamente possível que casos rigorosamente iguais tenham decisões distintas, vez que a interpretação das circunstâncias relevantes entre os casos pode mudar no transcorrer de tempo entre o caso-precedente e o caso-presente, o que pode justificar um resultado distinto. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Op. Cit. p. 259-260.

⁴² “Such a formalistic view of the ratio does not necessitate adherence to or advocacy of a strict or strong doctrine of binding precedent. For reasons which will also appear, it seems wise to me to treat precedents, and especially single precedents, as revisable rather than fixed and binding for all purposes. Case law ought to be somewhat flexible and open-ended over time. So precedents are best treated as more or less

Se de uma decisão judicial existe uma norma para guiar a argumentação de casos futuros similares, podemos perceber o caso que deu origem ao precedente como um caso representante de uma determinada temática a ser enfrentada pelo Judiciário, que deverá manter um mínimo de estabilidade sobre o seu posicionamento.

Infelizmente, a estrutura teórica que se segue possuirá elementos que serão mais enfrentados por MacCormick do que por Alexy, como a distinção de *ratio decidendi* e *obiter dictum* mencionada anteriormente. Isto decorre pela própria postura de Robert Alexy sobre o tema de precedentes ser pouco detalhista, refletindo-se na criação de duas regras gerais sobre a aplicação de precedentes: 1) “se um precedente pode ser citado a favor ou contra uma decisão, ele deve ser citado” e 2) “quem quiser afastar-se de um precedente, fica com o encargo da argumentação”⁴³.

Apesar das regras supramencionadas colocarem a temática em uma perspectiva discursiva, peca por não ser acompanhada de maiores esclarecimentos sobre a argumentação central e periférica do caso-precedente, afinal, para podermos mencionar e nos afastar de um precedente, precisamos saber do que ele trata. A justificativa para isto decorre da postura de Alexy em não querer ofertar nenhuma teoria de precedentes – o que não impede que uma possa ser extraída de seus escritos –, mas em criar uma teoria de argumentação jurídica racional, pautada no que chama de “racionalidade procedimental universalista” de origem kantiana⁴⁴.

Por esta razão optamos em fazer uma única exposição teórica sobre precedentes pautada tanto em Alexy e MacCormick, pois apesar das distinções – como destacado inicialmente – estas não são fortes o bastante a torná-los opostos. Por esta razão, acreditamos que o que será exposto, por exemplo, sobre *ratio decidendi* dificilmente seria substancialmente discordado por Alexy.

highly persuasive rather than absolutely binding”. MACCORMICK, Neil. *Rhetori and the rule of law*. Op. cit. p. 146.

⁴³ Inicialmente criados em: ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Op. Cit. p. 261. Lembrados em: ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Op. Cit. p. 537.

⁴⁴ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. 2ª ed. Barcelona: Gedisa Editorial, 2004. p. 136-138.

2.5.3. Trabalhando com precedentes, do particular ao universal

Apesar de nem todas as decisões judiciais transformarem-se em precedentes, algumas delas se tornam. O processo não é um espaço de discussões filosóficas e muito menos se confunde com sessões de debates políticos do campo do Poder Legislativo. O processo é espaço de solução de algum conflito materializado em uma demanda judicial. Trata-se, por conseguinte, da solução de uma questão particular que, como discutido em tópicos acima, não se confunde com uma questão privada. O argumento usado para a solução do caso concreto, por questão de isonomia, deve ser universalizado (por questão de racionalização do processo decisório) para ser usado em questão similar posteriormente.

Dito isto, algumas implicações práticas surgem. Primeiro, a universalização da argumentação do caso particular é o mesmo que generalização? Segundo, a norma que possa ser extraída do caso particular demanda, para sua aplicação, iteração do material fático-jurídico?

Do ponto de vista técnico, é equivocado falar que a norma oriunda do caso-precedente, a ser usada para argumentos posteriores, é uma norma geral, o correto é dizer que se trata de uma norma universal, o destaque é feito por MacCormick. Geral e universal são questões distintas, enquanto o primeiro diz respeito a um aspecto do conteúdo, o segundo é referente ao seu alcance.

Consoante MacCormick, no campo da lógica o oposto de particular será o universal, enquanto que aquilo que é contrário de geral será o específico. Portanto regras e princípios são universais – aplicam-se a todos –, podendo ser mais gerais ou específicos no seu conteúdo. Razão pela qual a norma que pode ser extraída da decisão de um caso particular é uma norma universal, pois aplica-se a todos aqueles que se encontrarem em situação similar⁴⁵.

Além da questão do alcance, existe outro ponto que desponta da conscientização supra, o teor da norma. A norma do precedente não é e nem pode ser interpretada de forma geral, pois se o caso-precedente se destinou a solucionar um determinado caso concreto, sua argumentação de forma alguma é geral, pelo contrário, só pode ser específica, referente aos elementos constantes no caso.

⁴⁵ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. Op. Cit. p. 94-95. e MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Op. Cit. p. 99-100.

O fato da norma do precedente surgir da solução de um caso particular faz com que sua norma tenha um conteúdo específico, cujos contornos foram delimitados pelos elementos fático e jurídicos presentes no paradigma, de forma que o contexto do caso serve como *suporte interpretativo* que dá inteligibilidade à própria norma que acaba criando. Se a norma fosse geral, a necessidade de “retorno” aos elementos do caso-precedente seria dispensada, bastando sua externalização de forma abstrata e genérica tal como a redação de uma lei, porém *precedente não é lei*.

A norma do precedente tem conteúdo específico dimensionado pelo contexto do caso concreto que desponta, sendo o contexto do caso revisitado para dar inteligibilidade à própria norma, compreendendo melhor o seu alcance. Sendo uma norma específica isto implica em uma maior restrição na sua aplicação, de forma que só possa ser aplicada a casos que apresentarem o mesmo contexto fático e jurídico do caso-paradigma?

Este ponto demanda um retorno a uma diferenciação filosófica entre *identidade* e *igualdade*. A pergunta “quantas vezes você pode se banhar nas águas do mesmo rio” de Heráclito transparece esta dicotomia⁴⁶. Enquanto a *identidade* se funda em um rigor de exatidão/repetição, a *igualdade* comporta no seu bojo diferenças de somenos.

Para que casos sejam *idênticos* será necessária a exata similitude, as mesmas características, enquanto que para serem *iguais* podem possuir pequenas diferenças que ainda permitem persistir semelhanças⁴⁷. Como forma de ilustrar esta diferença crucial para a prática de precedentes, vamos imaginar que eu tenha uma caneta da marca X, esta minha caneta será, portanto, *idêntica apenas a ela mesma*, pois não existirá nenhuma outra caneta no mundo que seja idêntica a caneta que possuo. Sempre será possível imaginar algo, ainda que diminuto, que possa afastar a relação de identidade da minha caneta com qualquer outra, como, por exemplo, um risco ou sujo em seu corpo ou ainda a força com que a tinta sai.

Porém, esta minha caneta poderá ser considerada como igual a qualquer outra caneta, ainda que não pertencente a mesma marca, vez que ainda assim ambas ainda serão canetas. Desta forma, a igualdade passa a ser uma questão argumentativa, de forma que

⁴⁶ Como muito bem lembra Maurício Ramires. RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 68.

⁴⁷ Neste sentido Maurício Ramires. RAMIRES, Maurício. Op. Cit. p. 68 e Luiz Volpe Camargo. CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. **A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 564-568.

deveremos argumentar, e muito bem, quando algo deixará ou será igual a outra coisa, pois ser igual não implica em ser *idêntico*⁴⁸.

Precedentes operam numa relação de igualdade e não de identidade e isto torna-se agora, de certa forma, até óbvio do porquê. Se precedentes tivessem que ser aplicados num rigor excessivo de similitude entre casos, a dinâmica precedentalista seria, como conclui Luiz Volpe Camargo, inviabilizada, vez que nunca encontraríamos casos idênticos a outros, sempre se arguiria alguma questão a torná-los diferentes⁴⁹.

Ademais, Robert Alexy destaca uma outra perspectiva sobre o assunto em comento. Ainda que existissem dois casos idênticos, no sentido esboçado acima, isto não implicaria que ambos teriam o mesmo resultado, pois apesar de guardarem rigorosa similitude das circunstâncias fáticas, a compreensão sobre estas circunstâncias pode ter mudado com o transcurso do tempo entre os casos, de forma a justificar o distinto resultado que casos idênticos possam ter⁵⁰.

Diante do que fora aqui apresentado, sobre o que venha a ser a norma oriunda da universalização da argumentação do caso paradigma, um questionamento surge: e se o caso paradigma for subestimado quanto à sua capacidade representativa para a formulação de uma norma? Este questionamento será enfrentado no tópico seguinte.

2.5.4. Os limites da representatividade do caso concreto para formação de normas universais

No *common law* as decisões dos casos concretos são universalizadas e servem como referências futuras em casos similares. As questões de fato e de direito presente no caso concreto dimensionam a norma a ser criada. O primeiro caso a ser julgado (*leading case*) funciona como representante dos casos posteriores que forem parecidos.

⁴⁸ Neste sentido, Arthur Kaufmann destaca que a premissa tratar os iguais de forma igual, não aduz nada sobre um conceito de igualdade e isto decorre pelo ato da igualdade ser uma questão comparativa. Só podemos saber o que é igual e desigual quando compararmos duas coisas. E esta resposta advém de uma *decisão de poder* que atua por meio de analogia. KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 230-232.

⁴⁹ CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. Op. Cit. p. 564-568.

⁵⁰ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Op. Cit. p. 259-260.

É por isto que precedentes não dizem respeito a grupos ou classe de indivíduos, mas a grupo de particulares que se agrupam por preencherem certas características que os tornam próximos⁵¹. A primeira demanda se torna representativa das demais, cuja decisão transforma-se em precedente.

Porém e se a representatividade do caso concreto for subestimada para traçar uma norma jurídica sobre o tema em julgamento? Dito de outra forma: e se o caso não ofertar elementos fáticos e jurídicos capazes de traçar uma norma para reger todos os casos posteriores similares?

Se a partir do julgamento de um caso particular existe, como condicionante da resposta particular, a necessidade de se responder uma questão mais ampla, mas e se o caso particular não ofertar elementos capazes de traçar uma resposta ampla à temática envolta do caso, sendo constatado em caso (ou casos) posterior, isto implica na revogação da norma oriunda da primeira decisão? Imagine a decisão no caso C, a primeiro em determinada temática, e depois o surgimento do caso C1, parecido com o caso C, e, posteriormente, o caso C2 cujo contexto apresenta elementos não previstos na época de decisão dos casos C e C1, isto implica na revogação da norma até então regente na temática destes casos?

O fato de poder inexistir um caso concreto que oferte todos os elementos aptos a traçar uma norma jurídica perfeita, no sentido de possuir todos os elementos fático-jurídicos para disciplinar determinado tema, não implica em um problema insolúvel ou uma crítica à prática de precedentes vinculantes, mas a conscientização da própria metodologia deste sistema.

Primeiramente, inexistente a visão de uma norma perfeita oriunda de um caso concreto, tendo todos contornos e pormenores que ofertam a compreensão de determinado tema de direito. Como discutido no tópico anterior, o conteúdo da norma oriunda do precedente é específico, sendo o contexto do caso concreto o seu delineador.

Logo, casos futuros podem ofertar elementos fáticos ou jurídicos inexistentes no precedente ou sequer pensados à época e isto é natural. Mas daí não surge a necessidade de revogação da norma inicialmente traçada, pode ser que ocorra o contrário, a manutenção da mesma com o acréscimo dos elementos trazidos pelo caso posterior, de forma que ao invés de termos uma única decisão como referência sobre determinado

⁵¹ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. Op. Cit. p. 83.

tema, passemos a ter mais de uma, como sendo uma *cadeia de decisões*. Claro que também poderemos ter a revogação da norma inicialmente pensada.

Do fato da teoria aqui esboçada defender a possibilidade de extração de norma jurídica oriunda da solução de casos particulares, não implica que a norma interpretada não possa ser flexível ou que não possa ser fruto de um constante processo de aperfeiçoamento do seu conteúdo.

Neste diapasão, tanto MacCormick quanto Alexy sustentam a possibilidade do conteúdo da norma oriunda do precedente ser modificado com o tempo, sofrendo processos de acréscimos e restrições a partir da solução de novos casos concretos que, ao ofertarem material fático e jurídico inexistente ou não imaginável na época da solução do caso-paradigma, somam-se ao caso-precedente formando uma cadeia de casos (precedentes) que dão inteligibilidade a norma^{52 53}.

Para ilustrar a plausibilidade do que estamos expondo, vamos nos valer da análise feita por Neil MacCormick daquilo que poderia ser a evolução da norma jurídica oriunda do mais icônico julgamento da tradição judaico-cristã, o julgamento do rei Salomão. No antigo testamento, no primeiro livro dos reis, é narrado o julgamento feito pelo rei Salomão sobre um caso em que duas mulheres se declaravam mãe da mesma criança. Para dirimir a questão, rei Salomão pediu que um dos guardas cortasse a criança ao meio e desse uma metade para cada uma, de forma a satisfazer ambas. Um blefe que fez com que uma das mulheres desejasse não ficar mais com a criança, pois preferia vê-la viva, ainda que com outra. Enquanto isto, a segunda mulher, pretendente a mãe da criança, ficou silente. O rei então conclui dizendo que a verdadeira mãe só poderia ser a primeira, por ter tido a reação que só uma mãe teria⁵⁴.

⁵² MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Op. Cit. p. 282-285 e

⁵³ Este processo não é algo estranho a nós, talvez apenas não consciente. Podemos usar a ampliação do âmbito de aplicação do instituto do *habeas corpus* em nosso ordenamento como forma de ilustrar a plausível possibilidade da interpretação sobre alcance de determinada regras escrita ser ampliada a partir da solução de casos concretos. Inicialmente o instituto tinha aplicação restrita a restrições do direito de liberdade de locomoção e atualmente já goza de aplicabilidade em questões laborais destinadas a alguma forma de restrição da liberdade (não locomotora) do empregado, conforme pode ser explicitado no caso do jogador Oscar, descrito de forma crítica por Lenio Streck em: STRECK, Lenio e ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 113-116. Apesar de não concordamos com a crítica apresentada pelo referido jurista, por não comportar os elementos da flexibilidade da teoria que adotamos aqui sobre *ratio decidendi* – Lenio Streck possui uma visão muito rígida sobre a interpretação de precedentes, manietando sua inteligibilidade aos elementos fáticos do caso concreto –, fica o registrado do caso como ilustração da ampliação do instituto do *habeas corpus*.

⁵⁴ MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the rule of law**. Op. Cit. p. 79.

Deste julgamento é possível extrair a seguinte norma conforme MacCormick: de que cada mãe tem o dever de cuidado e de nutrir cada filho seu⁵⁵. Mas até que ponto esta norma e a representatividade deste caso persistiriam com o tempo? O referido autor escocês começa então a apresentar elementos e circunstâncias inexistentes no contexto bíblico do caso, como, por exemplo, a metamorfose operada no plano internacional sobre o direito das crianças e adolescentes. No contexto do rei Salomão, possivelmente a ideia existente é que as questões de guarda deveriam seguir o melhor interesse dos pais, enquanto que atualmente a ideia é diversa, segue-se o melhor interesse da criança⁵⁶.

Mais adiante, apresentam-se algumas possibilidades não refletidas no caso bíblico discutido. Primeiro, a ideia de *barriga de aluguel (the surrogacy case)*. O segundo sobre *troca não detectada de bebês na maternidade (the undetected switching case)*, o terceiro a respeito do *vício da mãe em drogas (the maternal deficiency case)* e o último sobre *relutância à maternidade (the relectutant mother case)*⁵⁷. Cada uma destas possibilidades não presentes à época do julgamento do rei, demonstram como uma questão inicialmente pensada pode ser modificada com o surgimento de elementos posteriores não presentes na sua formulação original⁵⁸.

Como conclui MacCormick, a decisão do rei Salomão, apesar de icônica e marcá-lo como o detentor da sabedoria de Deus, não sobreviveria atualmente. Seja por ser inconcebível hodiernamente que um julgador ameace cortar com uma espada a criança objeto de disputa de guarda ou pela modificação legal e axiomática do próprio direito de guarda em si⁵⁹. Por conseguinte, as quatro possibilidades modernas apresentadas ilustram como a questão inicialmente pensada pode sofrer alterações a partir de elementos surgidos da própria modificação do contexto social, como a possibilidade de troca de bebês em maternidades grandes, por exemplo.

Mas a metamorfose da norma não pode ser considerada como uma crítica à argumentação com base em precedentes e sim como a salvaguarda da própria evolução do direito em correspondência às mudanças político-sociais. As modificações à norma

⁵⁵ No original: “[...] every mother ought to have the care and nurture of every child of hers[...]”. MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. Op. Cit. p. 88-89.

⁵⁶ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. Op. Cit. p. 89.

⁵⁷ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. Op. Cit. p. 81-82.

⁵⁸ Neste sentido também é o pensamento de Robert Alexy, que ao analisar as decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão, observa modificações, como ampliações, esclarecimentos e restrições, acerca de uma norma inicialmente formulada em um caso concreto virtude de novos casos concretos que guardem similitude com o caso-precedente. ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Op. Cit. p. 537-539.

⁵⁹ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. Op. Cit. p. 79.

oriunda do julgamento do rei Salomão refletem a própria alteração da sociedade ao longo do tempo que o direito não pode ignorar. Por sua vez, o surgimento de novas questões, em casos posteriores, permite a *sofisticação* da norma inicialmente formulada, tornando-a mais abrangente ou permitindo a formulação de novas normas a partir de casos futuros cujas especificidades não são abarcadas pela norma original.

Desta forma dois caminhos se abrem: a) a norma inicialmente formulada a partir de um caso concreto se expande, com o novo elemento trazido no caso posterior, não presente na formulação original; ou b) uma nova norma é formulada a partir de caso posterior, tendo como sua justificativa de criação a especificidade do caso posterior como ponto distintivo do caso precedente.

Portanto, a impossibilidade de um único caso particular ofertar todos os elementos capazes de produzir uma norma jurídica apta a gerir toda uma temática não conduz à inviabilidade do sistema de precedentes, ao contrário, serve como conscientização de como as coisas verdadeiramente são. A norma é uma produção interpretativa intimamente ligada ao campo fático, concreto, de forma a ser restringida, ampliada ou revogada por casos concretos posteriores. Afinal, se o processo é conduzido por um método dialético, o seu resultado não pode ser absoluto, a viger para todo o sempre, vez que é ínsito ao método dialético a sua temporalidade, no sentido de ter um resultado oriundo dos elementos constantes na sua época de formulação, de forma a poder ser alterado no futuro com o surgimento de novos fatores inexistentes ou não pensados a princípio.

2.5.5. O ceticismo em relação à obrigatoriedade de seguir precedentes

Gostaríamos de tratar neste tópico o que pode ser chamado de “ceticismo” sobre a argumentação com base em precedentes, em razão do que tal adoção na argumentação jurídica pode provocar. A partir do que até então foi apresentado sobre precedentes com base nas teorias de Robert Alexy e MacCormick, pretendemos fazer um enfrentamento de alguns questionamentos apresentados sobre o seu uso, com escopo secundário de tornar mais precisa a teoria aqui apresentada.

Durante os anos de 1980 a 1990, MacCormick e Alexy fizeram parte de um grupo que se intitulava *Bielefelder Kreis*, que além dos mencionados autores contava com a participação de inúmeros outros de distintos países. O grupo tinha como proposta um

estudo comparativo de interpretação jurídica abarcando vários sistemas jurídicos distintos, sendo a maior parte compostos por países do velho continente, este projeto teve como resultado a criação de duas obras coletivas, *Interpreting statutes* e *Interpreting precedents*⁶⁰.

Apesar do estudo comparativo constatar uma convergência sobre o uso de precedentes em distintos sistemas jurídicos, é ainda observado relativo ceticismo sobre o que pode ser chamado de uma “vinculação a precedentes” na argumentação jurídica. No que pese serem destacados quatro formas de argumentos céticos ao uso de precedentes, todos gravitam sobre o problema de equilibrar coerência jurídica com desenvolvimento social e tecnológico e a possibilidade de coexistência de coerência com injustiças em casos concretos⁶¹.

Se argumentar com base em precedentes tem ligação com uma coerência de posicionamentos adotados no passado quando novamente enfrentados no presente, é possível que daí surjam problemas referentes à forma como esta coerência é concebida pelo ordenamento. Uma adoção rígida à um padrão de coerência jurídica pode confrontar com mudanças sociais e tecnológicas inexistentes na época da criação de regras e soluções de casos que viriam a se tornar precedentes. Não obstante, ficar vinculado ao passado pode promover decisões injustas no presente, revelando um atrito entre justiça formal e justiça substancial.

Como contra-argumento a este ceticismo na argumentação com base em precedentes, MacCormick apresenta uma visão não tão rígida sobre precedentes, que chama de *stare decisis limitado*⁶². Aderir a uma prática argumentativa com base em precedentes não implica em concretizar a coerência pela coerência, mas ter uma postura coerentista que sopesa outros valores a serem concretizados pelo direito, como consequência e justiça substancial⁶³.

⁶⁰ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. Op. cit. p. 124.

⁶¹ MACCORMICK, Neil; BANKOWSKI, Zenon; MORAWSKI, Lech; e MIGUEL, Alfonso. *Rationales for precedent*. In: MACCORMICK, Neil; SUMEMRS, Robert; e GOODHART, Arthur. *Interpreting precedents: a comparative study*. New York: Routledge, 2016. p. 490-491.

⁶² MACCORMICK, Neil; BANKOWSKI, Zenon; MORAWSKI, Lech; e MIGUEL, Alfonso. Op. Cit. p. 494

⁶³ Esta forma de conceber uma argumentação com base em precedentes está presente tanto em MacCormick quanto Alexy. MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. Op. Cit. p. 146. Para Alexy o emprego rigoroso do precedente se tornaria contraditório com a pretensão de correção do sistema, que permite modificação na interpretação outrora apresentada no caso-precedente. É por isto que se torna possível o *overruling* na prática precedentalista. ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Op. Cit. p. 259-262.

O supramencionado jusfilósofo escocês menciona que a visão do *stare decisis limitado* foi explicitamente manifestada por países como Espanha e Polônia quando passaram por processos de ruptura política, saindo de uma legislação “velha” que, respectivamente refletia uma ditadura franquista e comunista, para uma nova política democrática⁶⁴, demandando que a coerência jurídica fosse então rompida em virtude de modificações sócio-políticas nesses países.

Não obstante, também é mencionado o posicionamento firmado pela *House of Lords* em 1966 de não aderir a uma rígida adoção aos precedentes^{65 66}. O mencionado autor em seu estudo comparativo afirma que os países analisados apresentam uma convergência na adoção desta visão limitada sobre *stare decisis*, que revela-se como uma visão dialética sobre coerência.

A ideia de nos valermos dos argumentos apresentados no passado quando decidimos casos similares no presente apresenta vantagens à argumentação jurídica, como maior certeza e previsibilidade, de forma que sejamos capazes de prever minimamente o que um magistrado decidirá quando enfrentar um caso que já tenha sido enfrentado na história da judicatura. Mas os valores que esta prática argumentativa oferta rivaliza-se com outros valores que contra ela podem ser levantados, o que desponta a necessidade de uma espécie de ponderação na prática de precedentes.

O que queremos dizer é que ao decidir um caso com base em precedentes ou os levando em consideração, o julgador deve observar outros valores que pesam pela não manutenção deste padrão argumentativo ofertado pelo uso de precedentes, como a modificação das práticas sociais. A mudança social como justificativa para o afastamento de precedentes foi, de certa forma, destacado quando usamos o exemplo do julgamento do rei Salomão, nossa sociedade hodiernamente presa por valores e passou por mudanças

⁶⁴ MACCORMICK, Neil; BANKOWSKI, Zenon; MORAWSKI, Lech; e MIGUEL, Alfonso. Op. Cit. p. 491-492

⁶⁵ MACCORMICK, Neil; BANKOWSKI, Zenon; MORAWSKI, Lech; e MIGUEL, Alfonso. Op. Cit. p. 494

⁶⁶ Por meio de *Practice Statement* em 1966: “*Their Lordships regard the use of precedent as an indispensable foundation upon which to decide what is the law and its application to individual cases. It provides at least some degree of certainty upon which individuals can rely in the conduct of their affairs, as well as a basis for orderly development of legal rules. Their Lordships nevertheless recognize that too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law. They propose, therefore, to modify their present practice and, while treating former decisions of this House as normally binding, to depart from a previous decision when it appears right to do so. In this connection they will bear in mind the danger of disturbing retrospectively the basis on which contracts, settlements of property and fiscal arrangements have been entered into and also the especial need for certainty as to criminal law. This announcement is not intended to affect the use of precedent elsewhere than in this House*”, em nota de rodapé na obra: MITIDIÉRO, Daniel. Op. Cit. p. 41.

sociais e tecnológicas que impactariam numa rejeição da norma oriunda daquele caso, justamente por possuir questões inexistentes naquela época.

Os questionamentos aqui apresentados de nenhuma forma apresentam pontos insolúveis pela teoria de precedentes oriunda de MacCormick e Alexy, ao contrário, são pontos por ela abarcados. A norma do precedente que até então vem sendo apresentada possui como característica primordial a sua flexibilidade, portanto jamais poderia fomentar uma vinculação rigorosa com o passado.

Neste diapasão, Alexy esclarece que a razão da adoção de precedentes na argumentação jurídica não se resume a pretensão de universalização de juízos particulares, pois se assim fossem não seria vislumbrada a possibilidade de modificação acerca da compreensão sobre as circunstâncias relevantes entre os caso-precedente e o caso-presente que permitisse, por exemplo, decisão distinta, como apresentado em linhas acima. Consoante o mencionado jusfilósofo alemão:

Se fôssemos aderir unicamente ao princípio da universalizabilidade, essa decisão seria impossível. Portanto, excluir qualquer mudança de mente é, entretanto, inconsistente com a exigência de correção implícita em cada ato de decisão. Por outro lado, satisfazer a exigência de correção envolve precisamente satisfazer o princípio da universalizabilidade. Por certo se trata de apenas uma condição. Uma condição geral é a justificabilidade pelo argumento.⁶⁷

É por isto que a adesão à norma do precedente opera em caráter *prima facie* por razões de proteção da confiança, isonomia e justiça formal, por exemplo. A possibilidade de se afastar do precedente ainda será permitida, todavia, demandar-se-á argumentos robustos para tanto, podendo ser modificações sócio-políticas, tecnológicas e distinções entre os casos que devem ser atentadas sob pena de promoção de injustiças.

Por conseguinte, a característica de flexibilidade da norma não lhe torna algo contingente, no sentido de ser passível de constantes alterações, vez que duas coisas devem ser ressaltadas. Primeiro, a norma oriunda do precedente deve gozar de estabilidade e ela é formulada com esta intenção, ainda que não seja com excessivo rigor como aqui vem sendo esclarecido, porém deve usufruir de um mínimo de estabilidade pelas justificativas apresentadas em tópicos acima. Segundo, não são quaisquer argumentos capazes de modificar o conteúdo da norma, mas aqueles que se mostrarem

⁶⁷ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Op. Cit. p. 259.

robustos e apresentarem um “peso” maior que os argumentos em favor da manutenção do *status quo*.

A forma como é concebida a norma do precedente por MacCormick e Alexy de forma alguma permite que o direito se enclausure em seu discurso ficando alienado de modificações sociais, políticas, tecnológicas ou quaisquer outras possíveis que impactem ou que demandem a sua atuação. Não obstante, esta “abertura ao mundo” não é desprovida de um mínimo de estabilidade da própria norma, que não pode ser quebrada sem a apresentação de argumentos convincentes, em suma, fecha-se uma estrutura de formação e modificação da própria norma, que opera num processo dialético interminável através da sua própria aplicação, pois aplicar o direito implica em interpretá-lo.

Passemos a discutir um outro ponto referente a norma jurídica do precedente, destinado a saber quais argumentos do caso concreto são universalizáveis e quais não são. Passaremos a discutir o que pode ser considerado como o centro da teoria de precedentes, a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*.

2.5.6. Argumentação central e periférica nos precedentes

A evolução da prática e teoria precedentalista inglesa girou através do aperfeiçoamento teórico sobre identificação do que venha a ser a *ratio decidendi* de uma decisão jurídica e sua distinção daquilo que não foi central à solução do conflito – *obiter dictum*⁶⁸.

Indubitavelmente, não é toda argumentação empregada em uma decisão judicial que é relevante para sua decisão, existirão passagens no texto da decisão que são consideradas como desnecessárias à solução do conflito, como exemplos criados pelo julgador para ilustrar algum argumento empregado ou ainda pontos que são enfrentados que em nada coadunam com o objeto litigioso.

Saber o que vem a ser a *ratio decidendi* de um caso é fundamental para uma argumentação com base em precedentes, pois somente com a sua compreensão é que desponta todo o processo decisório subsequente com base em precedentes. Adiantamos

⁶⁸ BERMAN, Harold J.. *Law and revolution II: the impact of the protestant reformations on the western legal tradition*. Massachusetts: Harvard University Press, 2003. p. 273-275.

que a apresentação a seguir não possuirá uma distinção muito rigorosa do que venha a ser *ratio decidendi* e *obiter dictum*.

2.5.6.2. *Ratio decidendi*

Como antecipado, o conteúdo obrigatório do precedente que deve ser considerado em decisões posteriores semelhantes é chamado de *ratio decidendi*, que contrasta com o teor não vinculante que é denominado de *obiter dictum*. Várias são as teorias voltadas à identificação do que seja *ratio decidendi* em um precedente, as mais conhecidas talvez sejam de Wambaugh, Oliphant e Goodhart. Cada qual possuindo críticas sobre seus métodos de identificação. Das teorias mencionadas a que apresenta uma visão mais razoável para identificação do que seja a *ratio decidendi* é de Arthur Goodhart, pois não só engloba a possibilidade de uma decisão ser sustentada por mais de uma *ratio*, hipótese altamente crível e que constitui crítica do método de Wambaugh, como também apresenta a união ente elementos jurídicos e fáticos para sua compreensão⁶⁹.

A teoria de Goodhart consiste em levar em consideração as questões fáticas do caso, buscar saber quais questões fáticas o magistrado do caso entendeu como relevantes e tentar entender qual a compreensão que o magistrado as imprimiu. Para MacCormick um dos problemas com essa técnica é o fato de não prever a possibilidade do conteúdo a ser universalizado não estar expresso na redação da decisão, mas implícito⁷⁰, ou seja, a resposta à questão geral, que conduz a resposta do caso concreto, não consta na decisão em si, pois não está dita nas palavras do julgador e sim implícita, sendo algo que o magistrado resolveu mentalmente.

A compreensão deste problema perpassa pela forma como precedentes trabalham. A resposta geral que está presente na resposta do caso particular, pode não estar

⁶⁹ Sobre uma visão sucinta e satisfatória de todas as teorias mencionadas ver: MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 223-229; RAMIRES, Mauricio. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 69 e SOUZA, Marcelo Alves Dias. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 126-133. Acerca da menção sobre a teoria de Arthur Goodhart apresentar uma satisfatória possibilidade de identificação da *ratio decidendi* de um caso, comentário positivo é feito por MacCormick em: MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Op. Cit. p. 107-108. Por conseguinte, a teoria de Goodhart apresenta significativa importância para a visão de MacCormick acerca da forma como se deve interpretar precedentes. MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the rule of law**. Op. Cit. p. 159.

⁷⁰ MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Op. Cit. p. 103.

necessariamente contida na decisão, mas apenas implícita e é isto que a técnica de Goodhart não prevê.

Esta complexidade ocorre porque *ratio decidendi* não é uma regra, mas uma norma que exsurge da decisão judicial de determinado caso. Neste diapasão MacCormick chega a traçar uma diferença na interpretação de regras e de precedentes. Por um dever de respeito à democracia e à separação de poderes a interpretação de regras deve respeitar o campo semântico das palavras contidas no texto da redação legal, é aí que o referido autor menciona que se deve partir, a *priori*, das interpretações óbvias destas palavras⁷¹.

Todavia, como a palavra, sendo a menor unidade de significado, possui uma pluralidade semântica, é possível que existam interpretações não-obvias do texto legal, portanto, deve-se sempre partir em primeiro plano das interpretações mais óbvias dos textos legais. Para seguir interpretações não-óbvias o intérprete trará para si o ônus argumentativo. De forma diametralmente oposta é a interpretação de precedentes⁷².

Aqui o intérprete posterior não precisa respeitar o campo semântico das palavras escolhidas pelo julgador do *leading case*, ao contrário, o intérprete (julgador posterior) não fica manietado a isto, tendo ampla liberdade para *reexprimir* o teor vinculante, escolhendo as palavras que achar apropriadas para tanto. Isto ocorre pelo fato do teor vinculante do precedente não ser exatamente a argumentação jurídica contida na decisão, mas a proposição jurídica que dela deve ser extraída⁷³.

De igual forma é o pensamento de Alexy, precedentes não são regras, tanto a forma de interpretação e aplicação são distintas. Enquanto enunciado normativos (regras) possuem redações com teor genérico e abstrato, precedentes, como discutido acima, possuem conteúdo mais específico, conectado, em certa medida, com o caso que lhe deu origem. Por conseguinte, regras possuem enunciados estáticos, enquanto que os precedentes possuem uma norma externalizada de forma mais dinâmica, cujos contornos vão se tornando mais precisos com a solução de casos posteriores.

Mesmo com a possibilidade de alteração da interpretação do enunciado normativo sem modificação de seu texto, provocada por questionamentos de algum caso concreto, a inalterabilidade da redação legal constitui ponto distintivo com o precedente, cuja externalização goza de relativa flexibilidade, como esboçado alhures.

⁷¹ MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Op. Cit. p. 269-270 e 288-290.

⁷² MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Op. Cit. p. 269-270.

⁷³ MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Op. Cit. p. 108.

É no precedente (decisão judicial do caso paradigma) que estará presente a explicitação da correta interpretação de princípios e regras⁷⁴ por parte do julgador ao solucionar o caso, cuja interpretação não pode ser constantemente modificada na solução de casos futuros. A interpretação deve possuir um mínimo de estabilidade.

Sendo a *ratio decidendi* uma norma jurídica flexível, que deve ser reexpressa pelo julgador posterior, cuja liberdade para fazê-lo garante a própria ampliação ou restrição do seu alcance. Esta ampliação ou restrição no alcance da *ratio decidendi* ocorre através da analogia que permite que circunstâncias não presentes ou levantadas no *leading case*, mas constantes no caso posterior sejam incorporados à *ratio*. A aplicação do método analógico no sistema de precedentes é possível em virtude da prática precedentalista não se apoiar na busca de identidade entre casos, mas na igualdade para atuar. Para a aplicação dos precedentes não precisa existir uma identidade fática entre os casos, pois isto inviabilizaria toda a sistemática, como defendemos alhures.

É neste sentido que MacCormick aponta a aplicação analógica entre dois casos totalmente distintos em seus contextos fáticos, um envolvendo a separação de gêmeas siamesas e outro sobre naufrágio de um navio. Ambos os casos tratam de elementos fáticos drasticamente diferentes, porém a proposição jurídica existente na decisão de um aplica-se ao outro e isto ocorre através da analogia.

Conforme aponta o supramencionado autor, um caso envolvendo a separação de gêmeas siamesas foi considerada como inédito, porém, posteriormente a decisão do caso pela *House of Lords*, foi sustentado que existia um outro caso que poderia ter sido usado como referência a este, mesmo inexistindo qualquer similitude fática, o caso era sobre o naufrágio de uma embarcação em que uma das vítimas atrapalhava a saída de várias

⁷⁴ É por esta razão que Robert Alexy aduz que em países de tradição romano-germânica serão mais comuns os precedentes-interpretativos (*interpretative precedents*), destinados a dar inteligibilidade a alguma lei escrita, em comparação aos precedentes que atuam em total ausência de qualquer regulação sobre o tema (*precedents substituting statutory law*), ou seja, na ausência de regras escritas. ALEXY, Robert e DREIER, Ralf. *Precedent in the Federal Republic of Germany*. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert; e GOODHART, Arthur. *Interpreting precedents: a comparative study*. New York: Routledge, 2016. p. 24. Neste diapasão, MacCormick aduz que na hipótese de aplicação de uma regra escrita para a solução de um caso concreto, mas que nela opera alguma atividade interpretativa que venha a solucionar alguma dúvida, como, por exemplo, voltada ao seu conteúdo ou alcance, a *ratio decidendi* do caso jamais poderá ser entendida como sendo a regra escrita e sim a interpretação do magistrado sobre o enunciado normativo. MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. Op. Cit. p. 158. Acrescente-se ainda, a visão que Alexy possui sobre um sistema jurídico completo. Para o jusfilósofo alemão, um sistema possuirá dois lados, um passivo, que comporta regras e princípios, e outro ativo, voltado à aplicação do passivo, pois tanto regras quanto princípios nada dizem sobre sua aplicação. Desta forma, justifica-se um terceiro nível aos já dois existentes – de regras e princípios –, o nível do procedimento destinado à aplicação do direito, que, por operar através de atividade interpretativa, demanda uma estabilidade desta atuação interpretativa, momento em que os precedentes desempenham seu papel de *estabilização* da argumentação. ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. 2ª ed. Barcelona: Gedisa Editorial, 2004. p. 172-174.

peças de um compartimento confinado, este indivíduo paralisado, pelo medo ou pelo que fosse, foi removido do local para que outras pessoas pudessem sair, porém jamais foi visto novamente.⁷⁵

No que pese a falta de correspondência entre os elementos fáticos de um caso com outro, existem entre eles um elemento que os une, a resposta a questão geral. A proposição jurídica constante na decisão de um caso pode – e deve, por questão de isonomia – ser usada como referência argumentativa no outro. Nas palavras do mencionado autor:

Na aparência, há pouco, se é que há alguma, semelhança entre os passageiros que se acumulam ao pé de uma escada de corda de um barco que afunda, e dois gêmeos siameses, um dos quais é totalmente dependente do outro para o fornecimento de sangue e oxigênio. O alpinista que segurou seu companheiro caído numa corda por mais de uma hora, sem ter sido capaz de colocá-lo em segurança, e que corta a corda antes que sua força falhe pode também, aparentemente, não indicar nenhuma semelhança remota com qualquer dos casos anteriores. As coisas mudam, contudo, uma vez que se percebe que todos os casos envolvem situações em que uma pessoa aparentemente ‘escolhida’ para uma morte prematura e inevitável se torna a causa potencial da morte de alguém que não precisa morrer da mesma calamidade.⁷⁶

O que os une não é a correspondência fática, mas um elemento interpretativo que permite ser o sustentáculo para as decisões particulares em cada um destes casos.

É por isto que *ratio decidendi* não se confunde com enunciados normativos (texto), o seu teor é oriundo de processo interpretativo tanto de regras preexistente quanto de regras escritas inexistentes sobre o caso enfrentado pelo Judiciário em conformidade com os valores do sistema jurídico. Aqui opera uma visão importantíssima que tanto MacCormick e Alexy concordam, o que vincula em um determinado sistema jurídico não são textos, mas a interpretação dos mesmos, pois é esta interpretação que alcança as normas jurídicas. Os textos são apenas formas de externalização das normas jurídicas.

⁷⁵ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. Op. Cit. p. 205-206.

⁷⁶ No original: *On the face of it, there is little if any resemblance between shipwrecked ferry passengers crowding round the foot of a blocked rope ladder and two conjoined twins one of whom is wholly dependent on the other for her supply of oxygenated blood. The mountaineer who has held his fallen companion on a rope for over an hour without being able to pull him to safety and who cuts the rope just before his strength fails may also seem only very remotely to resemble either of these. But once you see that all involve situations where a person apparently designated for early and inevitable death has become a potential cause of death to somebody who need not die in the same calamity, things change.* MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. Op. Cit. p. 210.

De acordo com o esclarecimento supra, MacCormick demonstra aproximação com o posicionamento de Rupert Cross e J. W. Harris⁷⁷ acerca da desnecessidade de enunciação da *ratio decidendi*, por razões expostas acima quando falamos sobre como o autor escocês entende ser a interpretação da *ratio*, desta forma, torna-se inútil qualquer tentativa de enunciação da mesma, vez que não vinculará o julgador posterior que goza de *relativa liberdade* para reexpressar a norma⁷⁸.

Falamos em *relativa liberdade*, pois o julgador posterior não pode atribuir interpretações absurdas sobre o que seja a norma de determinado precedente, afinal o intérprete neste caso já parte de um específico contexto jurídico a ser sopesado em sua interpretação, ou seja, não pode ignorar os elementos fáticos constantes no caso-paradigma. É aqui que MacCormick revela o uso e importância das considerações feitas por Arthur Goodhart, com sua teoria sobre identificação da *ratio decidendi* que engloba a interpretação que o magistrado atribuiu aos elementos fáticos do caso⁷⁹.

É esta influência de Rupert Cross, J. W. Harris e Arthur Goodhart que fazem com que MacCormick afirme que a *ratio decidendi* não é “qualquer norma” como constante no conceito formulado por Rupert Cross e J. W. Harris⁸⁰, mas a norma oriunda da interpretação do magistrado do caso que estará presente em seu pronunciamento, não obstante, os elementos fáticos e jurídicos (narrativa) do caso-paradigma impactam substancialmente na interpretação desta norma, dando-lhe os seus contornos⁸¹.

Em suma, apesar da *ratio decidendi* não ficar manietada aos fatos do caso-precendente que lhe dão origem, ela não é totalmente livre desta narrativa, pois é dela que desponta a sua inteligibilidade e intencionalidade. MacCormick ainda acrescenta que a *ratio decidendi* só pode surgir dos argumentos apresentados pelas partes do caso e só pode, conseqüentemente, ser oriunda do objeto do processo⁸². Argumentos que não forem levantados pelas partes ou assuntos mencionados que em nada se correlacionam com o objeto litigioso do processo, não constituirão *ratio decidendi*.

⁷⁷ CROSS, Rupert e HARRIS, J. W.. *Precedent in english law*. 4ª ed. New York: Oxford University Press, 2004. p. 42.

⁷⁸ MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Op. Cit. p. 108.

⁷⁹ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. Op. Cit. p. 159.

⁸⁰ “The *ratio decidendi* of a case is any rule of law expressly or impliedly treated by the judge as necessary step in reaching his conclusion, having regard to the line of reasoning adopted by him, or a necessary part of his direction to the jury”. CROSS, Rupert e HARRIS, J. W.. Op. Cit. p. 72.

⁸¹ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. Op. Cit. p. 159.

⁸² MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. Op. Cit. p. 154.

Mas o que aqui foi exposto advém de uma argumentação jurídica altamente consistente em suas premissas, porém nem a realidade escocesa é assim. A dificuldade na identificação da *ratio decidendi* de uma decisão judicial se intensifica a medida que o processo judicial começa a transitar em instâncias mais elevadas, em virtude da pluralidade dos julgadores envolvidos no caso. O problema que passaremos a destacar no próximo tópico não se encontra desenvolvido por Alexy, mas apresenta razoável enfrentamento por parte de MacCormick, a possibilidade de existência de mais de uma *ratio*.

2.5.6.3. *A pluralidade de argumentos em decisões colegiadas e a existência de mais de uma ratio*

Diferentemente do contexto germânico, as decisões colegiadas britânicas apresentam todos os votos dos julgadores envolvidos⁸³, de forma que é possível consultar a integralidade da discussão travada e saber com maior precisão os argumentos apresentados por cada julgador, o que permite observar que nem sempre os magistrados possuem uma homogeneidade argumentativa.

A visão de que uma decisão judicial possuirá apenas um argumento necessário para sua solução só pode revelar uma pobreza argumentativa ou então simplicidade do caso enfrentado. Não obstante, como discutido na *parte in fine* do tópico anterior, os argumentos apresentados pelas partes do caso devem ser enfrentados pelo julgador e estes argumentos, assim como objeto litigioso, traçarão a direção para a interpretação da *ratio decidendi* do caso.

Como um fator comprovador e agravante da possibilidade de uma multiplicidade de argumentos constantes em uma decisão judicial, existe a possibilidade de um caso concreto ser solucionado por vários julgadores, isto ocorre nos tribunais que possuem *decisões colegiadas*. A presença de vários julgadores intensifica a probabilidade de existência de uma pluralidade de argumentos a serem apresentados para a solução da controvérsia jurídica.

⁸³ Sobre o voto dos julgadores ingleses serem apresentados separadamente: ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 108. Sobre os votos na Alemanha gozarem de maior impessoalidade, Alexy destaca a inexistência de assinaturas dos julgadores na decisão judicial apresentada, como óbice à adoção do prestígio do julgador como ponto a imbuir o julgado de alguma autoridade persuasiva para os julgadores posteriores, afinal não se sabe quem fez o pronunciamento judicial. ALEXY, Robert e DREIER, Ralf. Op. Cit. p. 34.

Mais do que uma riqueza na argumentação, a existência de múltiplos argumentos pode dificultar a identificação de uma única norma jurídica. É por isto que se torna crível a existência de uma pluralidade de *rationes* em uma decisão judicial, pois a mesma pode estar apoiada em argumentos de ordens distintas.

Conforme MacCormick, existe uma pluralidade de situações possíveis em um órgão judicial colegiado. É possível que diversos julgadores apresentem argumentos convergentes, é possível que diversos julgadores apresentem argumentos que, apesar de distintos – como se abordassem perspectivas diferentes sobre o mesmo caso –, permitem a identificação de uma única norma, porém é perfeitamente crível que diversos julgadores se valendo de abordagens argumentativas distintas impossibilitem a identificação de uma única *ratio*⁸⁴.

Quando a última situação mencionada acima ocorrer é possível sustentar que existem mais de uma *ratio* em determinado precedente, pois ele é sustentado por múltiplos pontos argumentativos que repercutem em múltiplas externalizações de normas⁸⁵. Ou seja, um precedente acaba possuindo mais de uma *ratio decidendi*, já que apresenta perspectivas diferentes para solucionar o caso.

A existência deste tipo de precedente – com mais de uma *ratio decidendi* – dá origem a um processo interessante no Reino Unido, a convergência para uma unicidade na *ratio decidendi*⁸⁶. A praxe no Reino Unido é tendente a criar uma proporção de uma *ratio decidendi* para um precedente, de forma a simplificar a cognoscibilidade jurídica e a aplicação do direito. Este processo opera a partir da argumentação com precedentes feita pelos julgadores posteriores que se valerem deste tipo de precedente.

Os julgadores posteriores apresentarão uma tendência em seguir mais um argumento do que outro quando constatarem que os casos posteriores apresentam elementos fático e jurídicos tendentes a reforçar a sua “escolha” por um dos múltiplos argumentos do caso-precedente, como se os casos posteriores e a prática da argumentação com base no precedente fosse revelando um peso maior em seguir um dos argumentos em comparação com os demais.

Os outros argumentos, que outrora ganhavam o *status* de *ratio decidendi*, passarão a serem classificados como *obiter dictum*, aqueles argumentos que foram “acessórios” para a solução do caso concreto. Porém estes argumentos de nenhuma forma se

⁸⁴ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. Op. Cit. p. 153-154.

⁸⁵ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. Op. Cit. p. 153.

⁸⁶ CROSS, Rupert e HARRIS, J. W.. Op. Cit. p. 84.

mostraram periféricos à solução do caso, ao contrário, serviram de robusto suporte à solução apresentada, só não ganharam a “rotulação” de *ratio decidendi* por uma questão de tendência em não serem seguidos na praxe de argumentação com base naquele específico precedente que pertenciam.

Este questionamento não é ignorado por MacCormick, sendo comportado pela forma como referido autor concebe a ideia do que venha a ser classificado como *obiter dictum*, cuja exposição seguirá no tópico seguinte.

2.5.6.4. *Obiter dictum*

Como vinha sendo discutido nos dois tópicos anteriores, que são conexos com o presente, nem toda a argumentação jurídica empregada na solução de determinado caso concreto foi necessária para a sua solução. Desta necessária partilha entre argumentos centrais e periféricos surgem conceitos e múltiplas teorias destinadas a apresentar esclarecimento do que venham a ser *ratio decidendi* e *obiter dictum*.

A difundida explicação de que *obiter dictum* são argumentos passageiros que em nada somaram para a solução do caso-precedente e que, portanto, não constituem em argumentos a serem levados em consideração na solução de casos posteriores similares, não encontra eco na teoria de precedentes aqui exposta.

Uma rígida distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*, de forma a traçar argumentos que serão usados e aqueles que serão descartados por julgadores posteriores que fizerem referência a um precedente, não é defendida por MacCormick, que advoga uma distinção mais “frágil” entre estes conceitos⁸⁷. Do fato de determinada argumentação não ter sido central na solução de determinado caso prévio não a inutiliza para o futuro, vez que ela ainda expressa a forma como magistrados no passado interpretaram regras, princípios e valores, com escopo de torná-los coerentes com seu contexto e ordenamento jurídico, logo, gozam de algum peso⁸⁸.

Não obstante, de forma alguma MacCormick apresenta qualquer justificativa para o abandono dos conceitos ora apresentados, tanto que o mesmo vem a formular – com base em formulações prévias de outros autores – um conceito do que venha ser *ratio*

⁸⁷ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. Op. Cit. p. 152-154.

⁸⁸ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. Op. Cit. p. 160.

*decidendi*⁸⁹ e maiores esclarecimentos do que seja o seu oposto, *obiter dictum*. Um indício robusto de que o autor, apesar de não defender uma forte cisão entre ambos, não os rejeite.

A ideia de que determinados argumentos classificados como *obiter dictum* terão relativo peso, de forma a serem considerados por magistrados subsequentes que usarem o precedente como ponto de partida em suas argumentações, advém dos questionamentos apresentados na parte final do tópico anterior sobre a possibilidade de determinadas decisões possuírem mais de uma *ratio*.

Conforme MacCormick sustenta em sua visão teórica sobre aplicação de precedentes, os argumentos que outrora figuravam como *rationes* e que posteriormente foram cedendo seu lugar para um único argumento a servir como *ratio decidendi*, serão doravante classificados como *obiter dicta*, porém seu peso argumentativo será diferente quando comparado com outros tipos de argumentos periféricos – como, como exemplo, hipóteses criadas pelo julgador para ilustrar seu argumento –, atuando como argumentos de suporte à *ratio decidendi* do caso, tornando-a mais robusta⁹⁰.

A inspiração para este pensamento de MacCormick advém da própria prática de precedentes no Reino Unido descrita por Rupert Cross e J. W. Harris, que, inclusive, mencionam uma diferenciação no *obiter dictum*, entre *dicta* e *dictum*. Sendo *dictum* o argumento passageiro que em nada contribui para a decisão ser de determinada maneira, de forma que seu peso é baixo, enquanto que a *dicta* será um argumento que tinha tudo para ser *ratio decidendi*, mas por alguma razão deixou de ser, de forma que seu peso é muito maior⁹¹.

Esta abordagem menos rígidas na cisão entre *ratio* e *obiter dictum* se deve a própria visão atribuída por MacCormick à vinculação de precedentes na argumentação, de forma flexível, preferindo falar não em um “vinculação”, mas em *elevada persuasão* à universalização da argumentação jurídica empregada no caso-precedente, o que impacta

⁸⁹ “A *ratio decidendi* is a ruling expressly or impliedly given by a judge which is sufficient to settle a point of law put in issue by the parties’ arguments in a case, being a point on which a ruling was necessary to his/her justification (or one of his/her alternative justifications) of the decision in the case”. Sendo *obiter dicta*, dentre a distinção promovida por Rupert Cross e J. W. Harris: “Arguments of legal principle and arguments evaluating other authorities or evaluating the consequences of the favoured ruling and its rivals will then belong to the class of *obiter dicta*”. MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. Op. Cit. p. 153. A distinção feita por Rupert Cross e J. W. Harris, consiste em distinguir um peso entre os argumentos que não constituem a *ratio decidendi* do caso. Sendo considerados *dicta* aqueles que poderiam ter sido *ratio decidendi*, mas acabaram não sendo, gozando de um peso maior que os argumentos classificados com *dictum*, que em nada contribuíram para a solução do caso concreto, sendo verdadeiros argumentos passageiros na decisão. CROSS, Rupert e HARRIS, J. W.. Op. Cit. p. 81.

⁹⁰ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. Op. Cit. p. 153.

⁹¹ CROSS, Rupert e HARRIS, J. W.. Op. Cit. p. 81.

na possibilidade de uso de argumentos, mesmo que passageiros, com algum teor de persuasão para casos posteriores, claro que de forma menor que a “persuasão” decorrente da *ratio decidendi*⁹².

2.5.6.5. Efeito horizontal e vertical

As teorias da argumentação de MacCormick e Alexy sustentam que uma argumentação com base em precedentes deve ser realizada em dois planos, vertical e horizontal. Levar em consideração argumentos usados no passado quando se enfrentar questões similares no presente, deve ser uma prática realizada tanto por aqueles que se encontrarem em uma relação hierárquica que implique alguma forma de subordinação, quanto por aqueles que se encontrarem em total ausência da relação anterior.

Magistrados que ocupam instâncias inferiores devem levar em consideração as decisões das instâncias superiores no momento de decidirem questões análogas, pois desta forma promovem coerência na aplicação do direito, previsibilidade jurídica para os jurisdicionados e justiça formal. Porém isto não conduz a uma *obediência cega* aos pronunciamentos jurisdicionais pretéritos de instâncias mais elevadas, em razão da vinculação hierárquica que os julgadores têm entre si, como se a questão pudesse ser resumida no simples destaque do poder da instância superior reformar a decisão da instância inferior.

No que pese a desnecessidade de prolongamento de litígios desnecessários, em virtude da capacidade de instâncias superiores reformarem decisões oriundas de instâncias inferiores, fazendo prevalecer o seu posicionamento firmado em decisões passadas, ser destacado por MacCormick como uma justificativa de ordem pragmática para o uso de precedentes na argumentação jurídica⁹³.

Um outro ponto pode ser levantado sobre o porquê magistrados de instâncias mais baixas devem levar em consideração as decisões das instâncias mais altas. Este argumento serve tanto para o plano vertical quanto horizontal de argumentação com base em precedentes. Antes de explicitá-lo, devemos entender que o plano horizontal consiste no

⁹² MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. Op. Cit. p. 157 e 160.

⁹³ MACCORMICK, Neil; BANKOWSKI, Zenon; MORAWSKI, Lech; e MIGUEL, Alfonso. Op. Cit. p. 490.

uso de precedentes por julgadores que carecem de qualquer pressão de ordem hierárquica em relação aos julgadores que decidiram o caso-paradigma – às vezes estamos falando dos próprios julgadores que julgaram o caso-precedente. Por quê estes julgadores devem levar em consideração as suas próprias decisões tomadas no passado ou por aqueles que os precederam na atividade judicante?

Para MacCormick a justificativa é de ordem hermenêutica. Ninguém faz interpretação em um vácuo, como se nada existisse anteriormente. A interpretação parte de algum ponto inicial, seja ele oriundo de regras escritas ou de precedentes. A interpretação dos magistrados de forma alguma é livre em um sentido de inexistência de qualquer aspecto restritivo, pois, caso contrário, poderia tender a arbitrariedades⁹⁴. A interpretação jurídica parte – e deve partir – da preexistência de regras escritas, princípios normativos e precedentes para poder ser *consistente e coerente* – termos que serão melhor expostos no próximo tópico.

Este pensamento se conecta à própria ideia que tanto MacCormick e Alexy sustentam sobre vinculação em um ordenamento jurídico. Não são textos pré-concebidos que vinculam em um ordenamento jurídico, mas a interpretação jurídica, ou seja, a norma jurídica que só pode ser inteligível a partir do processo interpretativo do sistema⁹⁵. É por isto que MacCormick afirma que sua intenção com uma teoria voltada à argumentação jurídica é desenvolver um processo reconstrutivo jurídico com produção de uma ordem jurídica coerente e que este calvário não se resumiria a processo interpretativo de ordem filológica, mas a algo mais complexo⁹⁶.

Existe, portanto, uma constrição maior que a hierarquia na atividade interpretativa dos magistrados em um dado ordenamento jurídico, por conseguinte, esta restrição não é restrita a um corpo de regras escritas, estendendo-se a outras formas de enunciação de

⁹⁴ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. Op. Cit. p. 149.

⁹⁵ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. Op. Cit. p. 23-31. e ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Op. Cit. p. 535.

⁹⁶ “I certainly stand by the methodology of ‘rational reconstruction’ as I would now describe what I was trying to accomplish in *Legal Reasoning and Legal Theory*. This approach aims to address rather than avoid (far less declared misdirected) the challenge launched by Dworkin concerning interpretivism. [...] As I would now characterize this, it is a method for dealing with the interpretation and elucidation of large bodies of data or material in the context of the humanities. A case in point is the abovementioned mass of materials available for study as ‘law’ – materials that might be called ‘raw law’. Such materials are typically at first sight confused and disorderly, and gappy in places. The task of elucidation and explanation involves selection from the unanalyzed mass and then reconstructing them in a way that makes them comprehensible because parts of a coherent and well-ordered whole. This is an intellectual process involving a new imagining and describing of the implicit order in potential disorder, based on some principles or values ascribed to the whole and its parts. It is not a literal rebuilding of something originally present that has somehow fallen apart”. MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. Op. Cit. p. 29.

normas, como princípios e precedentes. Há uma intolerância no sistema para interpretações absurdas. Existe, um dever de coerência na aplicação do direito, tanto para aqueles que estão na base da estrutura hierárquica do Judiciário quanto àqueles que ocupam o seu topo, porém coerência em relação a quê? O tópico seguinte destinar-se-á a apresentar a visão de MacCormick e Alexy sobre coerência no direito.

2.6. PRECEDENTES JUDICIAIS E A COERÊNCIA NO DIREITO

2.6.2. Coerência normativa e as justificativas interna e externa

Conforme sustenta Manuel Atienza, as teorias da argumentação jurídica de Neil MacCormick e Robert Alexy são muito próximas⁹⁷. Existem alguns campos que não são explorados por um, mas são melhores esclarecidos e aprofundados pelo outro. A esta altura já é perceptível, como ponto de semelhança, como ambos defendem a visão de que existe uma pretensão de universalidade na emissão de juízos particulares (princípio da universalizabilidade), justificando a existência de uma norma (*ratio decidendi*) na solução de um caso concreto e que deve ser usada como ponto de partida no processo decisório de casos posteriores.

Desta forma, revela-se uma das justificativas ao uso de precedentes, a ideia de coerência na aplicação e interpretação do direito. Embasando-se na própria teoria de argumentação normativa de MacCormick, Alexy aduz que coerência conecta-se à justiça, pois somente argumentos jurídicos amparados em regras e princípios do sistema jurídico e suas interpretações são capazes de prover argumentos mais racionais e tendentes a satisfazer a pretensão de correção do direito em comparação a argumentos *ad hoc*, aqueles que carecem de qualquer suporte sobre o que apresentam como justificativas⁹⁸.

A proposta deste tópico é correlacionar ambas as visões dos autores aqui apresentados, ligando os conceitos de *justificativa interna* e *externa* de Alexy com *consistência* e *coerência* de MacCormick. Para ao fim apresentar como uma

⁹⁷ ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 149.

⁹⁸ ALEXY, Robert e PECZENIK, Aleksander. *The concept of coherence and its significance for discursive rationality*. Ratio iuris. Vol. 3. no. 1., 1990. Disponível em: <https://documents.mx/documents/alexey-peczenik-the-concept-of-coherence-and-its-significance-for-discursive-rationality-1990-55b945d268653.html>. p. 143.

argumentação com precedentes permite alcançar estas visões de coerência e como o seu uso deve ser a partir delas.

A teoria de coerência normativa atua a partir de conceitos que MacCormick denomina de *consistência* e *coerência*. A consistência está ligada a questões de lógica formal, da não contradição dos argumentos apresentados, portanto, uma preocupação com a não contradição das premissas usadas. Enquanto que a coerência liga-se a algo maior, aos valores que determinado ordenamento preza como valiosos⁹⁹.

Defende MacCormick que o regramento de um país deve ser estruturado de forma inteligível e que esta inteligibilidade ocorre a partir de uma derivação, tanto regras quanto precedentes têm suas razões de ser na proteção ou concretização de um valor (também denominado pelo mesmo como virtudes¹⁰⁰) importantíssimo ao sistema¹⁰¹. Há que se compreender a *ratio iuris* das normas.

A justificativa para existência – e permanência – de determinados precedentes e regras em um sistema se deve pela sua inteligibilidade, ou seja, pela proteção ou concretização a um valor importante ao ordenamento como capaz de garantir uma *razoável forma de vida* a determinada sociedade¹⁰². Apesar do autor não pormenorizar o que entende por esta *razoável forma de vida*, entendemos que a visão do jusfilósofo escocês gravite sobre algo relativo, no sentido de que cada sistema defenda a sua forma de vida razoável, por conseguinte, os valores mais importantes oscilarão conforme analisarmos diferentes sistemas.

A derivação da qual MacCormick defende em sua teoria de coerência normativa é denominada por ele como fraca (*weak derivability*), pois tem como ponto referencial axiomático um dado sistema jurídico, inexistindo em sua teoria um referencial externo, o qual poderia ser forte (*strong derivability*)¹⁰³. É por isto que sua teoria não apresenta respostas satisfatórias a ordenamentos jurídicos que possuem *deturpação em seus valores*, como ocorrido em casos de segregação racial, discriminações negativas sobre

⁹⁹ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. Op. Cit. p. 189-190. e MACCORMICK, Neil. *Coherence in legal justification*. In: PECZENIK, Aleksander; LINDAHL, Lars; e ROERMUND, Bert Van (coords.). *Theory of legal science: proceedings of the conference on legal theory and philosophy of science, Lund, Sweden, December 11-14, 1983*. Boston: D. Reidel Publishing Company, 1984. p. 237-242.

¹⁰⁰ MACCORMICK, Neil. *Coherence in legal justification*. Op. Cit. p. 238.

¹⁰¹ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. Op. Cit. p. 190-193. e MACCORMICK, Neil. *Coherence in legal justification*. Op. Cit. p. 237-238.

¹⁰² MACCORMICK, Neil. *Coherence in legal justification*. Op. Cit. p. 238. e ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 119.

¹⁰³ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. Op. Cit. p. 201-205. e MACCORMICK, Neil. *Coherence in legal justification*. Op. Cit. p. 243-244.

gênero e supremacia racial, acontecimentos ocorridos na história humana que não poderiam ser combatidos através da teoria de coerência normativa¹⁰⁴.

O mais provável é que a teoria da coerência normativa apenas dissesse que esses sistemas jurídicos, pautados nas distorções supramencionadas, eram sistemas coerentes e não que eram pautados em valores insustentáveis ou desumanos e que não pudessem ser perquiridos.

Para MacCormick a coerência de um ordenamento pode ser constatada a partir do momento em que seu regramento está em sintonia com a proteção ou concretização de algum valor deste sistema, a quebra deste nexos, e conseqüentemente incoerência no sistema, pode refletir na modificação ou revogação da regra no ordenamento. O referido autor tenta ilustrar sua teoria a partir da criação da hipótese de uma regra que estipule limite de velocidade a automóveis a partir da cor dos veículos. Cada cor corresponde a um limite máximo de velocidade que não pode ser ultrapassado¹⁰⁵.

A existência de referida regra em um hipotético ordenamento jurídico carece de inteligibilidade, vez que não é possível saber a qual valor deste sistema ela visa atender. Portanto, a ininteligibilidade desta regra justificaria a sua revogação no sistema.

Assim como uma lei, a norma de um precedente torna-se ininteligível e passível de superação ou modificação quando perde conexão com o valor outrora defendido, seja pela mudança na sua compreensão ou extinção na sociedade. Desta forma, tanto a criação de regras e a decisão de casos, que porventura possam vir a se tornar precedentes no futuro, devem ser coerentes com os valores do sistema em que estão.

Esta teoria conecta-se com a teoria de argumentação jurídica de Robert Alexy quando este apresenta os conceitos de *justificação interna* e *externa* de um argumento. Um argumento deverá ter uma justificação interna na medida que suas premissas devam respeitar o princípio da não contradição da lógica. Por conseguinte, a justificação externa está destinada à correção da justificação interna, da correção das premissas usadas em determinado argumento que apesar de não se contradizerem, podem apresentar incompatibilidade com um plano maior do ordenamento¹⁰⁶.

A *justificativa interna* associa-se à *consistência* na teoria da coerência normativa de MacCormick, enquanto que a *justificativa externa* relaciona-se à ideia de *coerência*.

¹⁰⁴ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. Op. Cit. p. 202-203.

¹⁰⁵ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. Op. Cit. p. 191-192. e MACCORMICK, Neil. *Coherence in legal justification*. Op. Cit. p. 235-237.

¹⁰⁶ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Op. Cit. p. 218-226.

Assim, julgar deve responder a um “duplo grau de coerência”, interna (formal) quanto às suas premissas e externa (substancial) em relação ao sistema. É no ponto externo que precedentes adentram nesta estrutura de justificativas de Alexy¹⁰⁷.

Não obstante, Alexy sustenta que a coerência demanda um nível procedimental, voltado ao processo decisório racional dos seres humanos, que só pode ser racional se o próprio procedimento condutor do processo decisório em si também o for, razão pela qual o referido autor destaca a importância de teorias racionais do discurso, como a sua própria¹⁰⁸.

O processo decisório jurídico precisa ser racional e coerente com seu sistema normativo, daí que precedentes desempenham um papel de “controle” externo de segunda ordem voltado a assegurar a coerência – no sentido aplicado por MacCormick, portanto, mais amplo – no ordenamento. Este processo coerentista na aplicação do direito promove alguns impactos à argumentação jurídica, estas consequências à argumentação jurídica serão analisadas no tópico seguinte.

2.6.3. A contribuição de uma argumentação com precedentes na (re)construção de um sistema jurídico coerente

O uso de precedentes nos processos decisórios conduz a alguns impactos na argumentação jurídica, tornando-a mais rápida, racional e coerente. Para Robert Alexy três fatores podem ser levantados como consequências da adoção do uso de precedentes na argumentação, sendo eles: *estabilização, desenvolvimento e redução de encargo*¹⁰⁹.

A estabilização conecta-se ao valor da segurança jurídica que sistemas jurídicos sustentam. O uso de precedentes permite que determinados temas jurídicos uma vez enfrentados pelo Judiciário gozem de relativa estabilização – de acordo com a visão de *ratio decidendi* apresentada. O conteúdo da decisão no caso-paradigma deve se manter firme ao longo do tempo, logo, o processo decisório deve ser imbuído de robustos argumentos.

O desenvolvimento que os argumentos com precedentes permitem está ligado com a sua própria estabilização. Sendo determinado assunto estável, o seu conteúdo pode, com

¹⁰⁷ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Op. Cit. p. 225-226.

¹⁰⁸ ALEXY, Robert e PECZENIK, Aleksander. Op. Cit. p. 145-146.

¹⁰⁹ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Op. Cit. p. 260.

o passar do tempo, passar por maiores sofisticções, tornando mais extenso ou restrito, conforme o conceito de *ratio decidendi* como norma. Isto tende a contribuir para a própria força do argumento e sua estabilidade.

Por último, a argumentação com precedentes oferta uma redução de encargo na prática de argumentação jurídica, no sentido de permitir que o processo intelectual dos julgadores seja mais racional e célere, vez que se o ponto a ser julgado já o fora no passado, torna-se desnecessário o retorno a todo o processo decisório pretérito, como se nada tivesse sido dito sobre a questão controversa.

A atividade interpretativa torna-se fechada – o que não significa que fique hermeticamente fechada –, pois o caso-paradigma transforma-se no *starting point* dos argumentos a serem apresentados no caso posterior, como sendo um acréscimo na própria compreensão do magistrado acerca do assunto¹¹⁰. A discussão de determinado tema em direito gravita pelo emprego de precedentes neste debate.

Não há que se falar em suprimir, mas em racionalizar o processo hermenêutico jurídico, já que este não desponta de um nada. A interpretação e o debate, partem de algum ponto – seja ele bom ou ruim –, logo, o uso de precedentes destaca a discussão previamente enfrentada pelo Judiciário que não pode ser ignorada no enfrentamento de questões similares posteriormente. Aqui esta racionalidade no processo decisório interliga-se com a o caráter de coerência, vez que a argumentação empregada no caso posterior terá como suporte o enfrentamento prévio de questão similar no passado, não sendo, destarte, uma argumentação *ad hoc* apresentada pelo julgador no caso que enfrenta.

Para MacCormick, o emprego de precedentes na argumentação jurídica permite a concretização de *justiça formal, imparcialidade e economia*¹¹¹. Permite justiça formal, pois busca fazer com que casos iguais sejam julgados de forma igual, uma premissa que está contida em todo o processo de teorização da argumentação jurídica, a proteção da isonomia. Sem dúvida, o tratamento isonômico é um dos pilares da argumentação com base em precedentes.

Por conseguinte, o uso de precedentes garante a concretização da imparcialidade que magistrados devem possuir, como requisito condicionante, para seus julgamentos.

¹¹⁰ Interpretações de magistrados operando como fontes de inteligibilidade de regras jurídicas são destacados por MacCormick na França, com o uso de códigos comentados em que enunciados normativos são apresentados em conjunto com decisões judiciais que auxiliam sua compreensão. MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Op. Cit. p. 285.

¹¹¹ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. Op. Cit. p. 143.

Ao apresentar argumentos que podem ser universalizados, o julgador garante a racionalidade de seu julgamento, reforçando que a decisão não é produto de suas emoções e que suas justificativas não são *ad hoc*, no sentido de que seu julgamento mudaria se outras pessoas estivessem envolvidas na demanda¹¹².

Por sua vez, existe a economia que os precedentes ofertam no processo decisório. Aqui a conexão é forte com o argumento da *redução de encargo* ofertado por Alexy e apresentado alhures. Com o emprego de precedentes na argumentação jurídica, o magistrado de casos posteriores tem uma racional redução no seu processo intelectual, pois não precisará fazer um retorno a toda discussão travada e resolvida no caso-precedente, podendo – e devendo – se valer dos argumentos lá contidos, sem a necessidade de retroceder na discussão. Não obstante, como discutido anteriormente, isto não conduz a uma irracional mitigação da interpretação jurídica.

Ademais, MacCormick ainda acrescenta à argumentação com base em precedentes outro ponto referente ao seu “impacto”, mas que é em uma perspectiva distinta do que venha a sê-lo. O mencionado autor defende que as consequências das decisões judiciais devem ser sopesadas no próprio processo de decisão, ou seja, argumentos consequencialistas devem ser levantados ao decidir casos, arguindo ainda que isto ocorre na prática do contexto do *common law*¹¹³.

A preocupação com as consequências da decisão não permite que MacCormick seja classificado como utilitarista ou qualquer releitura desta corrente filosófica modernamente, como pragmatismo ou teorias econômicas. Para o referido autor, o utilitarismo ocupa um extremo oposto em que há uma supervalorização de apenas um único valor, felicidade ou prazer¹¹⁴. MacCormick sustenta um meio termo entre dois extremos, entre a supervalorização dos argumentos de consequência e da completa ausência de sua consideração¹¹⁵.

Não levar em consideração as consequências daquilo que se está decidindo é algo no mínimo *irresponsável*, conforme aponta MacCormick¹¹⁶. Todavia, os argumentos consequencialistas não atuarão como avaliadores da probabilidade de alteração dos comportamentos dos habitantes, mas como um último critério de análise por parte dos

¹¹² MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. Op. Cit. p. 143.

¹¹³ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. Op. Cit. p. 101-103.

¹¹⁴ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. Op. Cit. p. 101-102.

¹¹⁵ Idem.

¹¹⁶ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. Op. Cit. p. 102.

juizadores, como sendo uma outra perspectiva ou abordagem do dever de coerência por parte do juiz¹¹⁷.

A importância de se levar em consideração argumentos consequencialistas nos processos decisórios serve como forma de assegurar que a decisão faça *sentido em relação com o mundo*¹¹⁸, como sendo uma das implicações do dever de coerência na aplicação do direito. Trata-se de um ponto divergente na concepção de coerência entre MacCormick e Alexy.

Dito de outra forma, A possibilidade de múltiplas soluções resistirem ao teste de consistência e coerência, conduz a uma nova forma distinta de requisito a ser respeitado, o de suas consequências. As suas consequências deverão ser sopesadas e confrontadas entre si para que então o processo decisório possa apresentar uma única resposta coerente com o sistema e com o mundo para o qual julga. Isto está ligado ao efeito prospectivo que decisões judiciais produzem em um sistema jurídico. Não obstante, o argumento de consequência a ser sopesado não está voltado a qualquer forma probabilística de estimar mudanças no comportamento dos cidadãos, mas em avaliar a própria coerência dos seus impactos com a ordem jurídica, no sentido de que suas consequências não conduzirão a prováveis práticas ou efeitos incompatíveis com o ordenamento jurídico¹¹⁹.

Se por um lado, MacCormick fomenta o uso de argumentos consequencialistas nos processos decisórios e por outro aduz que estes não devem ser supervalorizados, mas sopesados com outros argumentos apresentados, concluindo ser um tipo de argumento existente no seu contexto e que demonstra susez nos julgamentos. Esta preocupação revela a forma como MacCormick compreende a prática jurídica, como sendo uma união de conhecimentos práticos e teóricos, de forma que alguém que queira alcançar padrões de excelência deve possuir conhecimentos de ambas as ordens¹²⁰.

As preocupações de múltiplas ordens de MacCormick e Alexy refletem-se em uma teoria de precedentes rica e complexa, o que faz nascer questionamentos sobre a sua implementação no “mundo real” ou em um ordenamento jurídico específico. Seria a teoria aqui estruturada capaz de ser aplicada fora dos países dos seus autores?

¹¹⁷ Os argumentos consequencialistas tem sua serventia e importância como argumentos a serem apresentados para avaliarem as soluções ofertadas no processo decisório, afinal, como inexistirá uma única resposta correta, os argumentos baseados nas consequências das soluções propostas ajudam a selecionarem, dentre as discursivamente possíveis, a que será adotada. MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. Op. Cit. p. 104.

¹¹⁸ ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 122.

¹¹⁹ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. Op. Cit. p. 104-111.

¹²⁰ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. Op. Cit. p. 14.

2.7. UMA TEORIA PARA O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO?

O legislador infraconstitucional brasileiro querendo efetivar princípios constitucionais processuais como celeridade e isonomia¹²¹ optou na reforma processual cível por inúmeras criações de institutos novos com fortes inspirações em ordenamentos jurídicos estrangeiros. Dentre as inovações existe uma tentativa de criação de uma prática precedentalista própria, por meio de previsão infraconstitucional de que determinadas decisões sejam obrigatoriamente levadas em consideração no julgamento de casos posteriores.

Por trás desta – e de outras – inovações está a salutar preocupação com o contexto brasileiro, de desordem na aplicação do direito, em que decisões desiguais são dadas a casos iguais, e lentidão nos pronunciamentos judiciais¹²². Modificar nossa prática jurídica a partir de inspirações estrangeiras pode resultar tanto em algo positivo como desastroso.

Se por um lado observa-se que em outros países determinados institutos apresentam excelentes resultados, por outro, deve-se ter em mente que o resultado apresentado por estes institutos advém do próprio contexto em que existem¹²³. Ou seja, o

¹²¹ Conforme consta na exposição de motivos do anteprojeto do Código de Processo Civil de 2015. BRASIL. **Anteprojeto do novo código de processo civil**. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em 24.04.2017.

¹²² Igualmente destacado na exposição e motivos do anteprojeto do novo Código de Processo Civil de 2015. Op. Cit.

¹²³ Em artigo datado de período de debates sobre as reformas processuais que aconteceriam com a recodificação processual, Georges Abboud criticava a forma como queria-se instituir dinâmica precedentalista similar de países do *common law* em nosso ordenamento. A partir de análise histórica do desenvolvimento da vinculação aos precedentes no contexto inglês, o referido autor concluía que a vinculação a precedentes foi uma conquista do dia-a-dia na Inglaterra, oriunda de mutações sociais e políticas da época, tanto que inexistia qualquer regra escrita sobre como aplicar e o que seja um precedente. Portanto, não tinha como nosso país, de tradição distinta, querer, através de imposição legal, mimetizar aquela dinâmica. Ademais criticava a forma como determinados dispositivos do antigo CPC de 1973 eram equiparados a precedentes, para o autor não eram *precedentes tais como no common law*. ABOUD, Georges. **Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Op. Cit. p. 509-514 e 530-541. O fato de dinâmica de precedentes vinculantes ter surgido na Inglaterra, não implica que este procedimento seja único deste país ou da tradição jurídica anglo-saxã, como acredita ou acreditou Georges Abboud. Dito de outra forma, a vinculação a precedentes não é uma questão cultural, mas racional que perpassa pelo reconhecimento da atividade judicante como fonte do direito. É neste sentido, por exemplo, que Rupert Cross e J. W. Harris apontam uma estrita conexão entre a evolução da teoria precedentalista inglesa com as modificações teóricas naquele país do velho continente sobre a natureza da atividade judicante, se criativa ou declaratória do direito. CROSS, Rupert e HARRIS, J. W. Op. Cit. p. 24-34. Não obstante, a visão de Georges Abboud restringe-se ao universo inglês, como se fosse possível conceber uma forma homogênea de prática precedentalista, o que é um engano. Como dissemos no início desta obra existe uma prática e teoria heterogêneas sobre precedentes, altamente dependente da formação jurídica que os concebe. Sobre o assunto ver: SOUZA, Marcelo Alves de Souza, Op. Cit. p. 88-92, sobre os traços distintivos da prática precedentalista inglesa e estadunidense; MAUES, Antonio Moreira. **Jogando com os precedentes: regras, analogias e princípios**. Revista Direito GV. 16.

simples fato de que certos procedimentos apresentem ótimos resultados não é garantia de que eles produzirão os mesmos resultados em outros contextos, vez que parte de sua eficiência advém daqueles que os operam.

É, neste diapasão, que, ao argumentar sobre procedimentos processuais voltados a métodos alternativos de solução de litígios, Oscar G. Chase aduz que:

Qualquer proposta que envolva o empréstimo de procedimentos de outra sociedade deveria incitar uma análise cultural. Uma razão para isso é instrumental: a abordagem tomada de empréstimo funcionará em uma nova moldura social? Processos que têm sucesso em certo lugar falharão em sociedades em que violem valores profundamente arraigados.¹²⁴

O direito é um reflexo cultural, por sua vez, consiste no modo de *ser* de determinada sociedade. O afã de querer “importar” métodos oriundos de determinados contextos sociais em países com tradição distinta e realidade cultural diversa, pode ter resultado catastrófico. Tomemos como exemplo o problema narrado por Mauro Cappelletti das *facções jurisprudenciais* vivido na Itália. Durante o período de 1948 a 1956 o ordenamento jurídico italiano adotou o método de controle difuso de constitucionalidade, o que provocou um caos jurídico naquele país do velho continente, pois sem o devido acompanhamento da autoridade dos precedentes este método, também conhecido como “americano”, tende a não ser muito bem equacionado em países de tradição romano-germânica.

Durante o período descrito na Itália, uma mesma lei acabou sendo considerada tanto constitucional como inconstitucional a partir de diferentes cortes e por vezes dentro da mesma corte, vez que juízes de primeira instância tinham uma tendência de decidirem pela inconstitucionalidade, enquanto que julgadores de segunda instância, mais conservadores e experientes, tinham maior tendência em decidir pela constitucionalidade

Ano 2012. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/jogando-com-precedentes-regras-analogias-principios>. Sobre as distintas teorias de precedentes, abordando as teorias de Frederick Schauer, Ronald Dworkin e Cass Sustain; e MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert; e GOODHART, Arthur. *Interpreting precedents: a comparative study*. New York: Routledge, 2016, sobre o uso diversificado de precedentes em diversos países europeus.

¹²⁴ CHASE, Oscar G. **Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada**. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 76.

dos dispositivos legais¹²⁵. Este caos jurídico ocorreu pela tradição jurídica italiana não ter ambiente cultural jurídico similar ao estadunidense.

A falta de correspondência desta *moldura social*, entre país importador e país exportador do procedimento, mencionada por Oscar Chase, pode promover sérios prejuízos ao ordenamento que “importa” ou se “inspira” em determinado procedimento estrangeiro. A análise de nossa “moldura social” ficará para a segunda parte deste trabalho, por enquanto gostaríamos de expor uma outra questão: a inexistência de qualquer aspecto restritivo ao alcance da teoria de precedentes aqui apresentada com base nas teorias da argumentação de MacCormick e Alexy.

Dito de outra forma, as bases que sustentam o uso e dão contornos a argumentação com precedentes dos autores supramencionados não são restritas aos contextos de seus idealizadores. Não há que se falar, por exemplo, que suas teorias só se aplicariam na Escócia e Alemanha, já que suas bases não estão manietadas a questões culturais.

Como exposto alhures, a base para que decisões particulares originem normas universais, que constituirão a argumentação jurídica posterior, advém da universalização da argumentação empregada no caso, que deve possuir uma postura consciente de seus efeitos acessórios prospectivos para o sistema, afinal, “o que é privado não é em si uma questão privada”, como recorda MacCormick¹²⁶.

Apesar do uso de decisões judiciais do Reino Unido e da Alemanha por parte de MacCormick e Alexy em seus escritos, de forma alguma isto implica que suas teorias seriam descritivas de seus contextos jurídicos, vez que ambos estruturam teorias argumentativas com escopos prescritivos, apresentando em seu bojo alguns elementos descritivos¹²⁷, sendo a forma como suas cortes mais altas estão decidindo.

Suas teorias fundam-se no caráter argumentativo do direito, que por torná-lo aberto, promovem a demanda de um processo decisório racional na aplicação do mesmo, com escopo de evitar que decisões judiciais sejam produções arbitrárias do julgador-interpretador. A racionalização perpassa pela estruturação de um processo interpretativo coerentista com o sistema, não se esgotando em dirimir problemas de ordem semântica.

Precedentes desempenham um papel importante neste processo judicante racional, que em virtude da estabilização e condicionamento da própria coerência jurídica, não fica

¹²⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 77-78.

¹²⁶ MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Op. Cit. p. 97.

¹²⁷ ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p. 150.

restrito a um contexto jurídico específico, pois coerência na aplicação do direito conecta-se intimamente, como visto anteriormente, com a justiça.

Como consta na própria introdução da obra coletiva *Interpreting precedents* feita por MacCormick e Summers, existe no plano internacional uma espécie de convergência na prática judicante, de forma que o uso de precedentes na argumentação jurídica começa a ser percebido em países que apresentam contexto cultural heterogêneo, claro que cada qual possuindo compreensão e aplicação distintas, oriunda da forma como cada formação jurídica concebe o que venha a ser um precedente. A clássica cisão ocidental entre duas grandes tradições jurídicas, entre *common law* e *civil law* começa a perder sua utilidade, no sentido de que há uma perceptível interligação entre seus procedimentos, ocasionando uma perda sensível na rigidez desta distinção¹²⁸.

Neste diapasão, o processualista Hermes Zaneti Jr. revela que a justificativa para a adoção de uma prática argumentativa baseada em precedentes não advém de uma questão cultural, mas racional. A razão para seguirmos o entendimento firmado em processos judiciais prévios quando enfrentamos novos casos, tem origem na racionalidade da universalização da argumentação jurídica¹²⁹.

Como pontuamos no início desta parte, MacCormick afirma que uma das características das sociedades civilizadas modernas é a adesão ao Estado de Direito (*rule of law*) que oferta segurança jurídica às práticas humanas, permitindo que os jurisdicionados possam pautar suas vidas com um mínimo de segurança. Porém a partir de críticas às “clássicas” teorias positivistas, desponta a característica argumentativa ou interpretativista do direito que, de forma alguma, faz cair por terra a segurança jurídica.

Ao invés de desistirmos de qualquer persecução de um mínimo de certeza jurídica, devemos modificar a forma de concebê-la. A segurança jurídica não se adquire a partir de uma forma pré-concebida do direito em enunciados normativos, em virtude do dinamismo das práticas sociais o direito deve se manter igualmente dinâmico e apto a coordená-la, sem olvidar, que a própria linguagem¹³⁰ apresenta elementos que não

¹²⁸ Como assim é destacado por Oscar G. Chase em: CHASE, Oscar G. Op. Cit. p. 83-85. Ponto em que concordam tanto MacCormick e Robert Summers na introdução da obra *Interpreting precedents: a comparative study*.

¹²⁹ ZANETI JR., Hermes. Op. Cit. p. 291.

¹³⁰ Este é um ponto destacado por Kelsen do qual já explicamos e apresentamos nossa rejeição à sua ‘pureza metodológica’. A linguagem, assim como a jurídica, pode apresentar uma dupla *equivocidade*, decorrente da intencionalidade do autor (legislador) em empregar conceitos indeterminados ou bem amplos que demandam maiores explicações dos seus alcances, tarefa esta transferida ao aplicador. Por conseguinte, a língua também pode possuir uma dubiedade oriunda da sua ínsita pluralidade semântica. Mesmo a palavra, como menor unidade de significado, possui em seu bojo variabilidade de sentidos, podendo possuir diversas

coadunam com esta forma “primária” de segurança jurídica. *Interpretar torna-se o modo de ser do direito*. Logo, um mínimo de segurança jurídica deve lidar com este processo argumentativo em que o direito opera.

O uso de precedentes permite, dentre as justificativas e impactos de seu uso, estabilidade e otimização da argumentação jurídica. Não obstante, se pudéssemos atribuir alguma condição social ou política para o emprego da teoria aqui esboçada, poderíamos mencionar a necessidade de um regime de governo democrático, em que os processos decisórios para serem considerados legítimos devam passar por alguma forma de procedimento racional e democrático. Dificilmente, poderíamos imaginar a teoria aqui apresentada em governos que não se importam com um sistema jurídico coerente e com isonomia de tratamento para seus cidadãos.

Coerência será a porta de entrada na análise da aplicabilidade da teoria aqui apresentada no novo código de processo civil. Os conceitos aqui expostos encontrariam na lei processual espaço para serem aplicados? Porém, longe de ser uma abordagem apenas legal, faremos uma observação na forma como o Supremo Tribunal Federal joga com este termo chamado precedente, com intento de saber se a teoria argumentada tem, de fato, alguma aplicabilidade ou utilidade em nosso ordenamento.

Não faremos uma análise sobre os precedentes brasileiros propriamente ditos, constantes no artigo 927 do CPC, mas do dispositivo, que em nosso entender ocupa posição central na reformulação da argumentação jurídica pátria por parte da lei, que explicita o dever dos magistrados de coerência e integridade nos seus pronunciamentos judiciais, o artigo 926, caput, do CPC.

O dispositivo em comento pode ser tanto a porta de entrada como a porta fechada à teoria aqui apresentada, a questão dependerá da forma como ele é interpretado e aplicado pelos julgadores-intérpretes. Discutir a possibilidade de recepção da teoria de precedentes de MacCormick e Alexy a partir deste artigo, será tarefa da próxima parte deste trabalho. Afinal, de nada adianta o campo positivado ter espaço fértil à adoção teórica de MacCormick e Alexy se a interpretação legal feita por parte dos magistrados (que é o que verdadeiramente conta) for distinta da teoria aqui apresentada.

formas de ser concebida. Esta pluralidade semântica abarca o que podemos chamar de significados óbvios e não-óbvios que podem ser aduzidos de determinada palavra, cuja obviedade decorre do contexto em que é empregada, porém sem descartar outras possibilidades de interpretação, que ficam, claro, a cargo de um ônus argumentativo de quem as suscitar.

3. A APLICABILIDADE DA TEORIA PRECEDENTALISTA DE MACCORMICK E ALEXY NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

3.2. O IMPULSO DA REFORMA PROCESSUAL NAS MUDANÇAS DA PRAXE FORENSE

O atual Código de Processo Civil demonstra uma visível preocupação com problemas práticos do Judiciário, dentre eles a sua morosidade e sua ineficiência em processar casos repetitivos, transparecendo soluções antagônicas para casos iguais. Em sua exposição de motivos revela-se a intencionalidade de alteração da praxe forense consoante tendência da época de maior verticalização das decisões dos tribunais superiores¹³¹, principalmente com um duplice objetivo: diminuir o número de processos em tribunais superiores – especialmente STF – e uniformizar a aplicação do direito.

Mais do que isto, os dispositivos voltados a modificar nossa praxe visam dar efetividade às inovações trazidas na reforma, uma vez que a eficiência dos novos institutos fica condicionada a mudanças em nossa prática jurídica. Analisaremos aqui um grupo de dispositivos que, em nosso entender, viabilizam o sistema precedentalista brasileiro.

Os dispositivos que serão analisados dão inteligibilidade e viabilidade à prática de precedentes prática. Portanto, analisar-se-á a aplicabilidade da teoria precedentalista exposta neste trabalho com o espectro de dispositivos abordados. No meio destes artigos está o 926, *caput*, do Código de Processo Civil, cuja viabilidade dos seus conceitos advém da consumação dos demais dispositivos. Afinal, torna-se muito difícil alcançar estabilidade no conteúdo das decisões judiciais se as mesmas passarem por um processo decisório solipsista.

Logo, a compreensão dos conceitos presentes na mencionada regra, a partir da teoria de Alexy e MacCormick, deve ser precedida pela inteligibilidade deste conjunto normativo à luz da teoria dos referidos jusfilósofos.

¹³¹ Sobre o fenômeno de verticalização das decisões dos tribunais superiores e a tentativa de reformas processuais voltadas à diminuição do fluxo de processos nos mesmos ver ARAÚJO, José Henrique Mouta. **A verticalização das decisões do STF como instrumento de diminuição do tempo do processo: uma reengenharia necessária.** Disponível em: <http://www.henriquemouta.com.br/textos.php?p=2>. Acesso em: 27 out. 2017.

Neste diapasão, algumas inovações foram trazidas pela reforma processual acompanhadas de dispositivos com intento de modificar práticas estabelecidas em nossa praxe, que o legislador infraconstitucional entendeu serem incompatíveis com o florescimento dos institutos criados e por demonstrarem, de alguma forma, ineficiência diante de uma litigância massificada hodierna pela sua metodologia individualista¹³².

A exposição começará com o artigo 10, que institucionaliza uma postura mais propícia ao debate¹³³, ao colocar o contraditório como viga do processo contemporâneo. O magistrado torna-se obrigado, ainda que em matérias que deveria conhecer de ofício, a ouvir as partes, como forma de impedir juízos solipsistas. Outrossim, o artigo 6º institui a atuação cooperativa no processo que, por sua vez, conecta-se com uma postura mais ética dos seus participantes, sejam partes ou magistrado¹³⁴.

Porém, isto de nada adiantaria se o magistrado, mesmo ouvindo as partes, as ignorar, logo, torna-se vital o mandamento do artigo 489, parágrafo 1º, IV, em que o julgador deve enfrentar os argumentos levantados pelas partes capazes de modificar a sua conclusão.

Esta postura dialógica conecta-se com o conteúdo dos precedentes pátrios, evitando que os mesmos se tornem *prematturos* e tenham curta sobrevida. Sem olvidar, que este tipo de preocupação também evita que decisões judiciais sejam produções arbitrárias dos magistrados. Preocupação que está no cerne das teorias de argumentação jurídica de MacCormick e Alexy, imprimir justificativas racionais às decisões judiciais, inclusive permitindo que estas sejam consideradas como equivocadas quando analisadas a partir de uma perspectiva sistemática, ou seja, a partir de uma argumentação com precedentes¹³⁵.

¹³² A crítica é feita por Sérgio Cruz Arenhart a partir de análise do sistema pátrio em sua abordagem personalíssima em lidar com demandas individuais homogêneas, não ofertando nenhuma dinâmica processual idônea a gerir uma litigância seriada. ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 198-206.

¹³³ A necessidade de institucionalização e a importância desta compreensão do contraditório nos processos decisórios pátrios já era destacada por Antonio do Passo Cabral desde 2009. CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade *prima facie* dos atos processuais**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, Forense, 2010. p. 106-111.

¹³⁴ Da postura cooperativa endroprocessual desponta uma ressignificação da atuação do magistrado, que, consoante Daniel Mitidiero, importam em alguns deveres a serem desempenhados na condução simétrica do processo, dentre alguns estão os deveres de auxílio, consulta e esclarecimento para com as partes. MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 71-77.

¹³⁵ A correção da justificativa externa proposta por Alexy permite sustentar que algumas decisões judiciais possam ser consideradas como equivocadas quando observadas a partir de uma perspectiva macro, pois o conteúdo das premissas usadas na decisão é incoerentes com o sistema, logo, serão passíveis de reforma. A

A mentalidade que se visa institucionalizar com a combinação dos dispositivos supramencionados é antecedente de qualquer debate. Estar disposto a legitimamente debater é um estado de espírito que condiciona o próprio debate em si, cuja inexistência o transforma em uma reunião de monólogos. Engajar com o outro na construção de uma solução, implica em ouvir e reconhecer o outro como capaz de produzir argumentos idôneos a reformular nossas próprias convicções prévias sobre o assunto que se debate. Em outras palavras, devemos nos despir dos resultados que bolamos internamente antes de adentrarmos na discussão, para que sejam mitigados os “desacordos morais razoáveis”.

Espera-se que esta seja uma ambição alcançável pelo novel código através de suas modificações da praxe forense. Modificação esta que coaduna com a teoria de precedentes aqui defendida, vez que visa institucionalizar um ambiente mais frutífero ao dialogo no processo. Por conseguinte, o artigo 489, parágrafo 1º do Código de Processo Civil, reforça esta atmosfera processual, ao apresentar visível intenção de modificar a forma como anteriormente o Judiciário fundamentava as decisões judiciais.

Os incisos I, II e III, do supramencionado comando normativo, buscam evitar o uso de conceitos jurídicos e dispositivos legais sem a devida interpretação dos mesmos, busca-se evitar o uso de argumentação genérica por parte dos julgadores, como se se valessem de decisões padronizadas que apenas são preenchidas pelos dados das partes envolvidas. Apesar da teoria aqui defendida ofertar possibilidades para gerir uma litigância massificada, ela está longe de corroborar o emprego de “modelos de decisões”¹³⁶.

Os incisos que mais nos interessam do artigo em análise são o V e VI, em razão da sintonia que eles possuem com as regras formuladas por Alexy sobre o uso de precedentes. Primeiramente o inciso V aduz que aquele que mencionar precedente ou enunciado de súmula, deve, além de explicitar seus “fundamentos determinantes”, demonstrar a similitude entre o caso-presente e o caso-precedente. A correlação pode ser feita com uma das regras mais gerais formuladas por Alexy sobre o uso de precedentes na argumentação jurídica, que afirma que aquele que desejar afastar um precedente fica

própria ideia de reforma da decisão é sustentada pela ideia de pretensão de correção que o sistema jurídico sustenta, de que as decisões sejam corretas.

¹³⁶ A possibilidade de economia no tempo da prestação da tutela jurisdicional a partir de uma argumentação com precedentes é destacada por McCormick, ao afirmar a econômica como uma das justificativas para o uso de precedentes em MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. Op. Cit. p. 143; e por CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. **A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 576-579.

com o encargo da argumentação de justificar o porquê de fazê-lo¹³⁷, a parcial conexão se deve pela existência de mesmo ônus argumentativo àquele que citar determinado precedente, em virtude do seu dever de fundamentação¹³⁸.

Quem apresenta argumentos, como a existência de um precedente que aponta para uma específica forma de solução do presente caso, deve fundamentar o porquê do precedente ser citado neste caso, em outras palavras da similitude entre o caso-presente e o precedente. Um dever oriundo do que Alexy chama de “regras da razão”, cuja justificativa tem pretensões universais, pois “ele alega ainda poder defender sua afirmação não só perante o parceiro de conversação, mas além disso perante qualquer pessoa”¹³⁹.

Porém a quem se dirige este dever? Dando interpretação conforme a teoria de precedentes aqui defendida, a todos aqueles que se fizerem como falantes no processo, logo, tanto ao magistrado do caso como às partes. Todo aquele que citar um precedente fica com o encargo de argumentar a similitude entre os casos que justifique tratamento igual.

Por conseguinte, o inciso VI considera como decisão não fundamentada aquela que ignorar citação de enunciado de súmula, jurisprudência¹⁴⁰ ou de precedente feito pela

¹³⁷ “Quem desejar se afastar de um precedente fica com o encargo do argumento”, citado em ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Op. Cit. p. 261; e ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Op. Cit. p. 537.

¹³⁸ A regra é oriunda do conjunto que Alexy denomina de “regras da razão” que aduz: “Todo falante deve fundamentar aquilo que ele afirma quando solicitado, a não ser que ele possa apresentar razões que justifiquem uma recusa de fundamentação”. ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Op. Cit. p. 79-80.

¹³⁹ ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Op. Cit. p. 80.

¹⁴⁰ Gostaríamos de aqui defender uma alternativa de interpretação do termo “jurisprudência” constante no artigo 926, *caput* do atual CPC. Por concordamos com a incompatibilidade deste tempo com qualquer teoria de precedentes possível, em virtude da dicotomia entre jurisprudência e precedente, como destaca ZANETTI JR., Hermes e COPPETI NETO, Alfredo. Op. Cit. p. 136-142. Por conseguinte, não nos filiamos ao entendimento firmado por Daniel Mitidiero em promover uma ressignificação da estrutura do Judiciário a partir de sua interpretação do referido termo, em que jurisprudência seria produzida pelo o que o autor denomina de *Cortes de Justiça*, compostas por Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, logo o comando do dispositivo em análise dirigir-se-ia a estas cortes de segunda instância, enquanto que precedentes seriam produtos apenas das *Cortes de Precedentes*, compostos por tribunais superiores, como Superior Tribunal de Justiça, por exemplo. Como expôs em MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. Op. Cit.; e MITIDIERO, Daniel. **Por uma reforma da Justiça Civil no Brasil: um diálogo entre Mauro Cappelletti, Vittorio Denti, Ovídio Baptista e Luiz Guilherme Marinoni**. Revista de Processo n. 36, vol. 199, setembro de 2011. Esta cisão com foco na estrutura hierárquica do Judiciário não se coaduna com a teoria de precedentes aqui defendida, que aborda o uso de precedente em uma perspectiva argumentativa, logo, independentemente da estrutura hierárquica, tanto tribunais de segunda como de terceira ou quarta instância teriam deveres de estabilidade, coerência e integridade, não obstante, até mesmo Tribunais de Justiça seriam capazes de produzir precedentes, basta pensarmos na hipótese de serem os primeiros a enfrentarem determinada matéria, claro que observaríamos com o tempo as decisões de instâncias superiores roubando este protagonismo em determinados assuntos, em virtude de suas posições mais elevadas na estrutura hierárquica do Judiciário. Ou seja, com o passar do tempo

parte, sem argumentar pela distinção entre os casos ou a revogação do precedente. Aqui existe parcial semelhança com a regra formulada por Alexy de que sempre quando existir um precedente ele deverá ser mencionado¹⁴¹, ou seja, a existência, mesmo que não destacada pelas partes, de precedentes obriga o seu enfrentamento, salvo se existir distinção ou revogação do precedente.

Ambas as justificativas de distinção ou revogação deverão ser fundamentadas, independente de quem as arguir, ou seja, novamente é um encargo que se aplica àqueles que as sustentarem, tanto o magistrado quanto as partes¹⁴².

Continuando a análise do artigo 489 com base na teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, o parágrafo 2º apresenta uma palavra que encontra eco na teoria do mencionado jurista alemão, o termo “ponderação”. Todavia, o uso desta palavra no texto normativo não coaduna com o pensamento teórico de Alexy.

A parte inicial do artigo aduz que no caso de colisão de normas o magistrado deve externalizar os critérios usados em sua ponderação, que justificam o afastamento de uma das normas colidentes. O uso da ponderação por Alexy está destinado a dirimir colisões entre princípios e tão somente, colisões entre regras resolvem-se pela introdução de uma exceção ou por critérios temporais ou hierárquicos, por exemplo.

Portanto, o enunciado normativo apresenta, em seu início, incompatibilidade com a teoria alexiana, ao relacionar colisão de normas com o uso de ponderação, seja pelo destaque supra e por inexistir, por parte de Alexy, qualquer menção de possibilidade ou método de solução de colisões entre normas, o mencionado autor apresenta duas possíveis colisões e métodos para solucioná-las, sendo tão somente entre regras e princípios, sendo a ponderação do campo dos princípios, em virtude da discussão ser travada sobre o seu peso ou precedência em relação a outro princípio em determinadas condições. Por sua vez, a discussão sobre regras opera no plano da validade¹⁴³.

deixaríamos de nos referir aos precedentes de Tribunais de Justiça ou Tribunais Regionais Federais, para nos referirmos a precedentes do Superior Tribunal de Justiça, vez que até uma teoria precedentalista, como a aqui defendida, deve ser colocada em uma estrutura hierárquica, dando inteligibilidade à sua autoridade nos planos horizontal e vertical. Portanto, em nosso entender o comando do artigo 926, *caput*, aplica-se a todos os níveis do Judiciário pátrio e o termo “jurisprudência”, consoante nosso entendimento, seria melhor lido como *cadeia de precedentes*, conforme expusemos na parte inicial deste trabalho sobre o que venha a ser esta ideia.

¹⁴¹ “Se um precedente pode ser citado a favor ou contra uma decisão ele deve ser citado”. ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação jurídica**. Op. Cit. p. 261; e ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Op. Cit. p. 537.

¹⁴² ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Op. Cit. p. 261-262.

¹⁴³ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Op. Cit. p. 88-90.

Desta forma, devemos ler normas, no dispositivo em comento, como sendo princípios para a teoria de Alexy, para que assim possamos nos valer da sua ideia de ponderação para solucionar a colisão entre princípios que apresentarem resultados colidentes em determinado caso concreto.

Prosseguindo, faremos, ainda, destaque do artigo 985 e incisos do vigente código, como dispositivos que podem explicitar a dinâmica de aplicação dos precedentes brasileiros. Apesar do mencionado artigo ser sobre a aplicação de “tese” do julgamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, compreende-se que sua menção aqui é em sentido analógico, de forma que o inciso I refere-se à decisão do caso particular, o seu resultado, e o inciso II à norma que aplica-se aos casos posteriores¹⁴⁴.

Consoante a teoria aqui esboçada, os juízos particulares levantam pretensões de universalidade que são compreendidas como normas que atuarão como pontos de partida na argumentação posterior de casos análogos. Consequentemente, quando o inciso II, do dispositivo em análise, refere-se à aplicação prospectiva da tese firmada em julgamento, estamos falando aqui de *ratio decidendi*, ou seja, o núcleo argumentativo que se impõe ao futuro. Destarte, seu teor deverá ser estável e flexível, nos moldes apresentados na primeira parte deste trabalho.

Isto nos conduz a duas observações. Primeiro ao uso da palavra “idêntico” em ambos os incisos, como discutido no início deste trabalho, há uma distinção entre identidade e igualdade, de forma que a imposição de questões idênticas para aplicação de precedentes nos direciona à sua inviabilidade, em virtude da utópica necessidade de iteração das circunstâncias fático-jurídicas entre as causas.

Conforme já discutido, a teoria aqui defendida se pauta em uma visão de igualdade menos rígida, em que precedentes são aplicados de forma analógica, logo, diferenças de somenos não podem ser levantadas como óbices à aplicação de precedentes. Por conseguinte, defende-se uma atecnia do legislador ao usar a palavra “idêntico” para aplicação de precedentes em ambos os incisos, o mais adequado seria o emprego de “casos similares” ou “iguais”.

¹⁴⁴ Podemos fazer uma correlação com a forma como Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira sustentam a natureza criativa da atividade judicante. Para os referidos processualistas, o magistrado em um caso concreto cria uma norma individualizada, que seria o dispositivo da decisão, em que decide uma questão particular, porém em seu bojo existirá uma norma com pretensões mais gerais, com efeitos prospectivos para casos análogos futuros, que garantirá a racionalidade e isonomia do processo decisório ulterior, a *ratio decidendi*. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 10ª ed. Salvador: Juspodvm, 2015. p. 308-311.

Não obstante, existe outro ponto que desperta interesse, a interpretação do termo “tese” e sua aplicação. Se com “tese” quisermos dizer *ratio decidendi*, então sua interpretação e aplicação ocorrerá de acordo com os contornos de *ratio* expostos na primeira parte. Desta forma, o artigo 979, parágrafo 2º que ordena a criação de um banco de dados das teses firmadas em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, transparece a intencionalidade do legislador em enunciar as *rationes* dos julgamentos. Apesar de MacCormick ter uma visão sobre *ratio decidendi* que não se coaduna com enunciados, é possível fazer uma compatibilização.

Para viabilizar esta coexistência, será imprescindível conceber estes enunciados como sendo apenas facilitadores de pesquisas nestes bancos de dados, como sendo um método de pesquisa mais sofisticado do que o usual por palavras-chave. Portanto, a enunciação não impede que novas interpretações sobre o que venha ser a *ratio decidendi* de determinado caso ocorra e nem a sua sofisticação por meio de aplicação, com restrições e acréscimos através da formação de uma *cadeia de precedentes*.

Diante do que fora discutido, inexistem incompatibilidades com os dispositivos analisados e as teorias de MacCormick e Alexy sobre aplicação de precedentes. Por conseguinte, a interpretação aqui desenvolvida abre terreno para a compreensão dos conceitos do *caput* do artigo 926 do Código de Processo Civil a partir da teoria precedentalista de Alexy e MacCormick. Mais do que contribuir na sua inteligibilidade, este tópico também teve como objetivo explorar a interpretação que os dispositivos deverão ter para conduzirem a modificação de nossa praxe forense com escopo de efetivar o sistema precedentalista pátrio.

3.2.2. Estabilidade

Consoante o artigo 926, *caput*, a uniformização da jurisprudência deverá ser estabilizada. A ideia de estabilidade encontra-se presente nas teorias de MacCormick e Alexy, tendo, inclusive, estreita conexão com suas justificativas sobre o uso de precedentes. O princípio da inércia de Perelman traduz a visão de ambos os supramencionados jusfilósofos sobre a estabilidade.

Estabilidade não pode ser confundida com estagnação. Estagnado é algo ou alguém que alcançou determinado ponto ou patamar e nele se mantém indefinidamente

sem qualquer prognose de progressão, correndo o risco de tornar-se obsoleto com o tempo. Tanto para MacCormick quanto para Alexy, a estabilização de um posicionamento jurídico não o conduz à sua estagnação. A estabilidade está conectada à ideia de *universalizabilidade*. Se se tem uma universalização de juízos particulares, como forma de garantir a racionalidade do próprio processo decisório em si, sua modificação constante viola a própria ideia de universalidade que demanda um mínimo de estabilidade.

A estabilização de uma resposta – dentre várias discursivamente possíveis – concretiza outros valores, como isonomia de tratamento, ao permitir que casos iguais recebem tratamento igual, segurança jurídica, que oferta um mínimo de conhecimento aos jurisdicionados sobre quais são seus direitos e deveres e seus respectivos alcances, e o que Robert Alexy chamou de proteção da confiança (*protection of trust*), que conecta-se com a segurança jurídica ao ofertar um mínimo de previsibilidade jurídica aos cidadãos para que possam pautar suas vidas e seus negócios¹⁴⁵.

Esta concepção nos liga a uma visão sistêmica de processo, no sentido de que as decisões judiciais não são decisões que digam respeito tão somente às partes da demanda, como se a decisão no caso A pudesse ser distinta da do caso B, mesmo que ambos guardassem nítida similitude¹⁴⁶. As decisões judiciais em casos particulares, para serem racionais, devem levantar uma pretensão de universalidade em sua argumentação, justificando uma postura prospectiva nos julgamentos do Judiciário.

Se é condição de atuação do magistrado a sua imparcialidade, sua fundamentação aplicar-se-á a todos aqueles que se encontrarem nas mesmas situações relevantes em casos posteriores e isto será de forma *prima facie*, vez que ainda se poderá arguir modificação das questões relevantes que justifique julgamento distinto, mesmo em casos similares¹⁴⁷.

Ser estável não significa que não possa haver modificações. Porém as modificações não podem ser a todo momento, sob risco de instabilidade. A mudança do conteúdo pode ocorrer e ocorrerá, consoante sustentam MacCormick e Alexy, em uma

¹⁴⁵ ALEXY, Robert e DREIER, Ralf. *Precedent in the Federal Republic of Germany*. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert; e GOODHART, Arthur. *Interpreting precedents: a comparative study*. Op. Cit. p. 30.

¹⁴⁶ Há que se conscientizar dos efeitos transindividuais das decisões individuais.

¹⁴⁷ Como destaque por Robert Alexy em ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Op. Cit. p. 258-269.

perspectiva argumentativa, sempre quando robustos argumentos puderem ser suscitados em favor da alteração de determinado posicionamento outrora consolidado¹⁴⁸.

Segue-se uma noção argumentativa de estabilidade, no sentido de que o seu produto, fruto de debate, manter-se-á até que novos argumentos, não existentes ou inimagináveis na época de sua criação, sejam infirmados para que haja uma mudança. Não obstante, a estabilidade permite a sofisticação do conteúdo. De acordo com Alexy, algo que se torna estável possibilita o seu aprimoramento, no sentido de que seus argumentos são refinados e isto só se torna possível a partir do momento que os argumentos são estabilizados, pois só se pode ter refinamento de algo que se tem um mínimo de segurança para seu conhecimento. O progresso opera a partir de um ponto de partida consolidado, ainda que este ponto não fique assim indefinidamente.

Algo que se altera constantemente não possibilita nenhuma forma de sofisticação de seu conteúdo, vez que este processo não só tornar-se-á desinteressante como efêmero. Quando começamos a compreender melhor determinado assunto, este deixa de existir para dar lugar a outro. Tornar-se vital um mínimo de resistência às tentações da mudança, em razão das virtudes que a estabilidade oferta.

Isto desperta um zelo que devemos ter com nossos processos decisórios, para que possamos viabilizar a estabilização de seu conteúdo. Precisamos dar mais atenção a pluralidade de vozes no debate, de forma a permitir o maior número de argumentos e contra-argumentos possíveis em determinado assunto. Esta diversidade produz um resultado robusto, por ter enfrentado o maior número possível de argumentos existentes, o que, por sua vez, liga-se à sua própria longevidade.

É preciso ter a cautela que Alexy tem com a participação plural no debate, permitindo o ingresso de todo aquele que puder contribuir como falante¹⁴⁹. A democratização do processo decisório repercute na força e duração do seu resultado no futuro, permitindo que a estabilização do posicionamento firmado seja o mais duradouro possível.

Neste diapasão, é a nobre preocupação de Jaldemiro Ataíde Junior com a pluralidade e publicidade das decisões judiciais tendentes a criar alguma forma de paradigma a ser seguido no futuro. A democratização destes processos permite que seus

¹⁴⁸ É esta a perspectiva do *stare decisis limitado*.

¹⁴⁹ Da qual vem a enunciar como uma regra que dispõe sobre as situações ideais do discurso, sendo uma delas para a participação. “Todo aquele que pode falar pode participar de discursos”. ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Op. Cit. p. 80.

resultados, que guiarão decisões futuras, não sejam prematuros, vindo a ser modificados ou revogados em curto espaço de tempo¹⁵⁰. Quanto maior for a publicidade e participação do maior número possível de participantes no debate¹⁵¹, mais robusto será o seu resultado.

Portanto, o conceito de estabilidade coaduna-se com a teoria precedentalista aqui defendida e sua inteligibilidade ocorre sob as considerações feitas, sendo condição *sine qua non*, para sua eficiência, a democratização do processo decisório.

3.2.3. Coerência e integridade

Chegamos a dois conceitos no artigo 926, *caput*, que irão rotular a vigente interpretação como minoritária, que irão demonstrar expressamente que a interpretação é pautada nas teorias de Alexy e MacCormick, principalmente à visão que iremos expor sobre *integridade*. Defender-se-á aqui um sentido que pode ser chamado de “não-óbvio” de integridade, principalmente se for observada a interpretação majoritária da doutrina processual sobre estes conceitos¹⁵².

A doutrina processual de forma majoritária tem feita uma ligação imediata com o termo *integridade* do dispositivo em análise com a concepção de integridade da teoria de Ronald Dworkin, em virtude do emprego de ‘palavras’ próximas, como se fosse a intenção do legislador infraconstitucional positivar a teoria do mencionado jusfilósofo estadunidense. Neste diapasão, alguns processualistas manifestaram-se contra o emprego do termo que guarda tamanha proximidade com específica teoria, justamente por entender que um Código de Processo não deve tomar este tipo de partido, pois mais do que uma

¹⁵⁰ Esta preocupação já era destacada ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973 por Jaldemiro Ataíde Júnior com seu olhar para o anteprojeto do vigente código, ao destacar a importância da publicidade e participação nos processos decisórios, em especial na época destacado para o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 129-133.

¹⁵¹ Dificil equação entre elevado número de participantes e viabilidade do próprio debate. O elevado número de falantes pode vir a prejudicar a condução do debate e até a sua iniciação em tempo razoável, o que demanda uma racionalização do ingresso de participantes, como estipulação de prazos, por exemplo, vez que o debate deve começar e se desenvolver sem tumultos.

¹⁵² ZANETI JR., Hermes e COPPETI NETO, Alfredo. **Os deveres de coerência e integridade: a mesma face da medalha? A convergência de conteúdo entre Dworkin e MacCormick na teoria dos precedentes judiciais normativos formalmente vinculantes**. In: STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; e LEITE, George Salomão. **Hermenêutica e jurisprudência no novo Código de Processo Civil: coerência e integridade**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 147-149.

simples adoção de uma metodologia de aplicação da tutela jurisdicional, a referida teoria traria em seu bojo uma teoria jurídica que não se encerraria no âmbito processual, espraiando-se, inclusive, no campo político pátrio¹⁵³.

O presente objetivo é apresentar uma outra possibilidade de interpretação dos supramencionados conceitos no dispositivo em comento. A possibilidade de interpretá-los a partir das teorias da argumentação de Neil MacCormick e Robert Alexy, conforme a visão de ambos sobre coerência na aplicação do direito, especificamente na aproximação entre coerência normativa e justificativas interna e externa¹⁵⁴.

Conforme exposto no final da primeira parte deste trabalho, há uma aproximação na concepção de coerência entre MacCormick e Alexy, de forma que existe uma ligação entre os conceitos usados pelo primeiro com o segundo, entre *consistência* e *coerência* com *justificativa interna* e *externa*. Da mesma forma que ambos defendem a existência e necessidade de níveis de “coerência” na argumentação, o mesmo pode ser feito com os conceitos de *coerência* e *integridade* do artigo 926, *caput*.

¹⁵³ O destaque é feito por MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; e MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. Op. Cit. p. 871-872 e ZANETI JR., Hermes e COPPETI NETO, Alfredo. Op. Cit. p. 148-149. Não é nossa intenção dizer que as teorias de MacCormick e Alexy sejam superiores a de Dworkin, mas expor uma alternativa teórica para inspirar o florescimento da teoria de precedentes pátria. Por conseguinte, não é nosso objetivo expor, com riqueza de detalhes, a teoria de Dworkin, mas esclarecer que sua visão sobre aplicação de precedentes, por meio do que chamou de *romance em cadeia* (*chain novel*), equiparando a atividade judicante com a elaboração de uma obra literária produzida por autores distintos – de forma tão coesa como se tivesse sido criada por um único autor –, é apenas a ilustração do autor da atividade de um magistrado pautada na sua teoria de direito como integridade (DWORKIN, Ronald. **Império do direito**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 275-279). A teoria do direito como integridade é mais ampla que a teoria de coerência normativa de MacCormick, por exemplo, vez que além de se aplicar a ordenamentos jurídicos, também estende-se à compreensão de narrativas de vidas, de forma a auxiliar a tomada de decisões no campo da Bioética, como o próprio Dworkin menciona ao proceder, com base em sua teoria, na tomada de decisão sobre recusas de pacientes a se submeterem a determinados tratamentos médicos, mesmo tendo a vida sob risco (DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 319-326). Não obstante, sua teoria ainda abarca uma maior ressignificação jurídica que rejeita “(...) o velho quadro que descreve o direito e a moral como dois sistemas separados e depois procura ou nega, infrutiferamente, interligações entre eles. Substituímo-lo por um quadro de um sistema; tratamos agora o direito como parte da moral política” (DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 414). Em que a atuação estatal guia-se por princípios de ordem Liberal (DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Op. Cit. p. 337-339), tendo o magistrado a tarefa herculiana de proferir decisões levando em consideração regras, princípios e precedentes sob a ótica desta teoria (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 165). Como se observa, a teoria dworkiniana é bem mais extensa que sua faceta sobre aplicação de precedentes, que alguns sustentam no vigente código. Reafirmamos que nosso intento não é valorar a teoria de Dworkin, mas ofertar uma alternativa à interpretação do conceito de integridade do *caput* do artigo 926 do Código de Processo Civil, como um contraste na automática associação feita por parte da doutrina processual com este conceito no código e a teoria de direito como integridade. Para saber mais sobre uma teoria de precedentes embasada na teoria de Dworkin ver: MAUÉS, Antonio Moreira. **Jogando com precedentes: regras, analogias, princípios**. Op. Cit. e RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

¹⁵⁴ De forma similar é o apontamento feito por Hermes Zaneti Jr. e Alfredo Coppeti Neto. ZANETI JR., Hermes e COPPETI NETO, Alfredo. Op. Cit. p. 135-153.

É possível compreender “coerência” no mencionado dispositivo como referente ao plano interno de uma decisão, no sentido de respeitar o princípio da lógica de não contradição com as premissas usadas. Desta forma, lida-se com conceitos de *consistência* para MacCormick e *justificativa interna* para Alexy. A importância com que o sistema jurídico pátrio tem com este nível de argumentação já mostrava-se presente antes da vigência do atual código, conforme sua existência nas hipóteses de cabimento do recurso de Embargos de Declaração, hoje presentes no artigo 1.022 e incisos do atual CPC.

Uma das hipóteses de cabimento era, e ainda é, “eliminar contradição”. Todavia, a perspectiva do legislador aqui é de uma contradição interna, das premissas da decisão judicial e não em uma perspectiva macro que engloba a decisão judicial como parte de um ordenamento jurídico que deve fazer sentido como um todo. O dever de coerência interno (não contradição) já estava presente em nosso ordenamento, implicitamente por meio de possibilidade de correção de contradições através do recurso de Embargos de Declaração.

Como dito anteriormente, o atual Código de Processo Civil não inaugurou o dever de coerência na prestação da tutela jurisdicional, este sempre esteve presente na atuação do magistrado, vez que sempre pôde ser deduzido de valores constitucionais como segurança jurídica, isonomia e devido processo legal. O vigente código apenas tornou este dever mais explícito, tanto em sua perspectiva interna quando externa.

E é pelo conceito de *íntegra* que o legislador infraconstitucional destaca o dever de coerência externa do julgador. As decisões judiciais deverão ser coerentes com o ordenamento jurídico para o qual julgam, de forma a se conectar com os direitos fundamentais e com os prévios posicionamentos firmados pelo Judiciário em questões análogas.

O conceito de integridade constante no dispositivo em análise, liga-se aos conceitos de *coerência* de MacCormick e de *justificativa externa* de Alexy. Aqui a coerência está em uma perspectiva macro, onde conecta-se o conteúdo da decisão judicial com a axiologia do ordenamento jurídico, com seus valores tido como mais importantes, constantes na Constituição¹⁵⁵.

¹⁵⁵ Aqui usamos a perspectiva abordada por Alexy para estudo de uma teoria de direitos fundamentais, que toma a Constituição de um país – em sua obra a Constituição alemã – como ponto de partida para o seu estudo. O referido jusfilósofo compreende a Constituição como sendo um diploma em que existe a posituação dos direitos e valores compreendidos por uma determinada sociedade como os mais importantes, sem excluir a possibilidade de acréscimo destes direitos por posterior adesão de um país a tratados internacionais, como ocorre com nossa Constituição na previsão do artigo 5º, parágrafo 2º. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Op. Cit. p. 27-34.

A perspectiva da integridade coloca as premissas da decisão em abordagem macro, não bastando que elas sejam logicamente corretas, mas que seu conteúdo coadune com a axiologia constitucional. Ou seja, há aqui uma preocupação substancial ou material com o teor das decisões judiciais. A perspectiva lógica é uma preocupação formal que pode ser atendida perfeitamente com o respeito de determinados procedimentos a serem seguidos, porém este zelo pode coexistir ou deixar escapar problemas de natureza mais profunda¹⁵⁶.

É aqui que a ideia de coerência e justificação externa adentram, porém sem colocar a resposta da questão em uma ordem externa ao direito, colocam-na em uma perspectiva interna do próprio ordenamento, dos valores que este preza como valiosos para o convívio de determinada sociedade, naquilo que MacCormick chamou de *razoável forma de vida*¹⁵⁷.

A interpretação jurídica tem como dever a coerência com os valores constitucionais na solução de casos concretos, que deve ser mantida com a estabilização da interpretação alcançada na aplicação de determinada regra ou princípio. A alternância do posicionamento firmado também é uma violação à *integridade*, vez que os precedentes judiciais atuam como outra fonte jurídica que não se confunde com regras e nem princípios, já que é em seu bojo que os últimos são explicitados quando aplicados.

É, neste diapasão, que MacCormick afirma que a atuação judicante não opera em um nada histórico, em que inexista posicionamentos prévios do Judiciário sobre determinada temática, como se cada demanda judicial fosse inédita¹⁵⁸. Este passado jurídico deve ser respeitado e mantido sempre quando não surgirem contra-argumentos fortes o bastante para modificá-lo, é assim que opera o *stare decisis limitado*¹⁵⁹. A prestação da tutela jurisdicional é colocada em perspectiva argumentativa, de forma que posicionamentos outrora firmados são mantidos até que novos argumentos sujam para modificá-los. Decisões judiciais são compreendidas como *partes* de um *todo*¹⁶⁰. Como

¹⁵⁶ Podemos, por exemplo, criar o seguinte silogismo correto, a partir de suas premissas lógicas, porém errado se analisado a partir de uma abordagem do seu conteúdo: Todo homem é imortal, João é homem, logo, João é imortal.

¹⁵⁷ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. Op. Cit. p. 193.

¹⁵⁸ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. Op. Cit. p. 23.

¹⁵⁹ MACCORMICK, Neil; BANKOWSKI, Zenon; MORAWSKI, Lech; e MIGUEL, Alfonso Ruiz. *Rationales for precedent*. Op. Cit. p. 494.

¹⁶⁰ A condução para uma resignificação das hipóteses de cabimento de recursos, no sentido de que decidir de forma contrária sem robustos argumentos não só viabiliza determinado recurso, como poderemos ter uma maior seletividade na admissibilidade recursal, em não aceitar determinados recursos que recorrem de posicionamento já firmado que não devem ser modificados. Afinal, se se deseja recorrer de decisão que

sustenta Alexy, a ideia é corrigir as premissas usadas na decisão judicial a partir da visão do direito como um sistema, sendo esta “correção” voltada ao conteúdo e não à forma¹⁶¹.

A consumação das noções de coerência aqui apresentadas fica condicionado a uma postura que coadune com a inteligibilidade proposta, portanto, maior participação, diálogo e publicidade nos atos judiciais, tornam-se virtudes na prática judicante por criarem um ambiente institucional fértil à teoria aqui defendida. De certa forma, como discutido no tópico anterior, o Código de Processo Civil nos conduz a uma mudança na praxe forense com estas características.

Parece que este movimento que produz um “retrocesso progressista” no Processo Civil Brasileiro na construção de um processo decisório mais dialogado, reflete uma crescente preocupação com aspectos materiais no processo civil¹⁶², que, por sua vez, faz demandar uma atenção à racionalidade da condução do próprio processo em si. Sem querer entender o procedimento pelo procedimento, mas compreender que o procedimento tem uma destinação, um sentido, é que se consegue alcançar a intenção daqueles que se preocuparam com a racionalidade na condução de processos decisórios.

A coerência como uma virtude ganha, então, seu destaque. Decidir de forma coerente com suas próprias premissas e com uma ordem preexistente à decisão, é também uma virtude a ser fomentada em um Estado Democrático de Direito, teorias da argumentação jurídica – e as teorias de Alexy e MacCormick não são exceção – promovem uma postura coerentista no direito, cuja aplicação de precedentes torna-se uma consequência.

está em sintonia com os posicionamentos pretéritos do judiciário, deve-se apresentar fortes argumentos para tanto.

¹⁶¹ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Op. Cit. p. 224-225.

¹⁶² Chamamos de “retrocesso progressista” este fenômeno no processo civil pátrio com escopo de tornar o processo mais dialético, como sendo um retorno às origens da fase metodológica chamada de *praxismo*, em que inexistia qualquer formalidade procedimental na condução da decisão, em que a mesma se desenrolava pela convenção das partes com o julgador, sendo característico desta época a elevada dialeticidade na produção da resposta. Retrocesso, portanto, no sentido de ser um retorno à marcha que a história do processo civil revela, em que o mesmo perdeu sua característica de dialeticidade para adentrar num campo de sofisticadas e complexas formalidades com escopo de tornar o processo uma disciplina autônoma, com a criação da chamada *relação jurídico processual*, cuja consequência foi um distanciamento, no campo endoprocessual, do diálogo. *Retrocesso progressista*, pois apesar de fazer este retorno à originária dialeticidade endoprocessual, não abre mão das conquistas alcançadas com suas prévias fases metodológicas que lhe oportunizaram a autonomia que tem atualmente. Há uma racionalização dos procedimentos, de forma que estes operam quando sua *ratio iuris* é inteligível, sempre permitindo que a condução processual opere com a maior capacidade dialética possível. Existe, portanto, atualmente um progresso no campo processual a partir do retorno às suas origens, a dialeticidade processual. Para uma excelente explicação da trajetória das fases metodológicas processuais até os dias de hoje ver: MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. Op. Cit. p. 29-47.

No que aqui fora analisado, o Código de Processo Civil mostra uma sensível preocupação com a coerência no ordenamento jurídico pátrio, impondo modificações a práticas consolidadas e criando um sistema precedentalista próprio como resultado. A teoria de precedentes que expomos de Alexy e MacCormick vai ao encontro desta intencionalidade do legislador infraconstitucional, vez que é capaz de ofertar inteligibilidade aos dispositivos do Código na consumação de uma prática de precedentes garantidora dos direitos fundamentais.

Todavia, regras e princípios constituem um corpo passivo em uma ordem jurídica concreta, a aplicação deste corpo em casos concretos produz também sua própria dimensão, apresentando seus alcances e significados. Desta forma, é necessária a análise da aplicação do direito em nosso ordenamento, pois de nada adianta a teoria aqui exposta ser compatível com o Código de Processo Civil, se o órgão que as interpreta e aplica possui uma concepção distinta sobre prática argumentativa de precedentes. Tornar-se necessário sair da dimensão do ideal para adentrar naquilo que é possível ser feito, na dimensão real.

4. DO IDEAL AO REAL, APLICABILIDADE POR PARTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

4.2. ARGUMENTAÇÃO COM PRECEDENTES NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Passar-se-á agora a outro patamar da discussão sobre a aplicabilidade da teoria precedentalista de MacCormick e Alexy em nosso ordenamento jurídico. Pretender-se-á agora analisar a forma como os ministros do Supremo Tribunal Federal se valem de precedentes ao fundamentarem suas decisões, analisar-se-á decisões do pleno do Supremo Tribunal Federal que foram julgadas em 2017¹⁶³.

Começaremos com o Recurso Extraordinário n. 635648/CE de relatoria do min. Edson Fachin, julgado pelo plenário em 14.06.2017 e publicado no DJe em 12.09.2017. O objeto de discussão era a constitucionalidade da restrição à recontração de servidor público temporário por virtude do artigo 9º, III da lei 8.745/1993. A lei em comento disciplina a contratação temporária de servidores públicos permitida pela Constituição, enquanto que o específico dispositivo mencionado proíbe a recontração de servidores temporários sem que haja transcorrido prazo de vinte e quatro meses do término de seu contrato.

Conforme entenderam todos os ministros que apresentaram votos, inclusive citando posicionamentos doutrinários, a possibilidade de restrições a novas contratações temporárias visa resguardar a própria excepcionalidade deste tipo de contratação e, por conseguinte, proteger o comando constitucional de admissão ao serviço público através de processo seletivo de provas ou provas e títulos¹⁶⁴.

¹⁶³ Concentrar-nos-emos nas decisões do Supremo Tribunal Federal em virtude de sua posição institucional, por ocupar a cúpula do Judiciário pátrio, e de sua função de intérprete da Constituição da República Federativa do Brasil. Não obstante, apresentar-se-ão decisões apenas a partir de 2017, por ser período em que já se percebia alterações no sítio do Supremo Tribunal Federal, em reflexo a reforma processual, outrossim, por ser período em que o atual código já se encontrava em vigência e ser, principalmente, ano em que este trabalho encontrava-se em sua fase de produção, portanto, analisou-se decisões contemporâneas à época de realização desta dissertação.

¹⁶⁴ Neste sentido trecho do voto do ministro Edson Fachin: “A lei 8.745/93, que dispõe sobre a contratação temporária, demonstra, expressamente, que as hipóteses de contratação recaem sobre atividades de caráter permanente, como, por exemplo, a contratação de professores. A previsão de vencimento do contrato afasta, como já se aduziu aqui, a exigência da temporalidade do contrato. No entanto, o fato de a necessidade ser temporária, especialmente nos casos, como o dos autos, em que a atividade é contínua, não garante, por si só, que, ao término de um determinado contrato, nova contratação se realize, caso mantida a necessidade temporária. Poder-se-ia aduzir, nesse sentido, que impossibilidade de prorrogação não impediria nova

O que nos importa não é o conteúdo do que fora decidido, mas a argumentação embasada em precedentes que alguns ministros demonstraram. Infelizmente, boa parte dos ministros apenas “acompanharam o voto do relator” neste caso, sendo apenas dois que de fato apresentaram votos fundamentados no sentido de exporem racionalmente os motivos para decidirem como decidiram – pela constitucionalidade do dispositivo legal supramencionado. Os votos que citaram precedentes foram dos ministros Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Os dois ministros mencionados tiveram uma forma similar de uso de precedentes. Ambos citaram decisões prévias do Supremo Tribunal Federal em que afirmaram terem tratado de assunto igual ao caso que estavam julgando, apresentado para tanto uma reduzida explicação do que se tratou os casos anteriores, sem, contudo, apresentarem o contexto em que tais casos estavam contidos¹⁶⁵.

Neste julgado, tanto o ministro Fachin quanto Alexandre de Moraes apresentaram precedentes como se fossem alguma espécie de suporte jurídico para tornar seus argumentos mais robustos, tão somente para corroborar suas conclusões. Neste diapasão, o “estilo” apresentado pelo ministro Edson Fachin ao citar precedentes chega a se confundir com a citação de obras doutrinárias. Neste julgamento o ministro Edson Fachin apresentou o seguinte enunciado de “tese” no final de seu voto: “É compatível com a Constituição Federal a previsão legal que exija o transcurso de 24 (vinte e quatro) meses, contados do término do contrato, antes de nova admissão de professor temporário anteriormente contratado”.

seleção a que concorressem os que já foram contratados. Tal situação traz, porém, um inegável risco: o servidor admitido sob regime temporário pode, ainda que por meio de uma nova seleção, ser mantido em função temporária, transformando-se, como assentou a ministra Cármen Lúcia, ‘em ordinário o que é, pela sua natureza, extraordinário e transitório’. O dispositivo legal cuja constitucionalidade se questiona no presente extraordinário visa, portanto, a mitigar esse risco. E o faz, sem dúvidas, com a consequência – restritiva do ponto de vista dos direitos fundamentais – de diminuir a competitividade, excluindo candidatos potenciais à seleção. Essa medida, no entanto, como tentou-se aduzir nesse voto, é necessária e adequada para preservar a impessoalidade do concurso público”. Voto do min. rel. Edson Fachin no RE 635648/CE.

¹⁶⁵ “A exigência de prazo na contratação está satisfeita com a designação de um limite temporal razoável, como o que é apregoado no art. 4º da Lei 8745/93, como esta Corte já decidiu no julgamento da ADI 890, rel. min. Maurício Corrêa, DJ de 06.02.2004, ao julgar a constitucionalidade da Lei Distrital 418/93, que dispunha sobre contratação temporária” e “A necessidade temporária, por ser de definição mais complexa, foi objeto de diversas decisões nesta Suprema Corte. No julgamento do RE 658.026, rel. min. Dias Toffoli, pleno, DJe 31.10.2014, tema 612 (...)”, todos trechos do voto do min. rel. Edson Fachin no RE 635648/CE. Com estilo similar o min. Alexandre de Moraes: “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já se debruçou sobre o tema em reiteradas ocasiões. Citem-se, por exemplificativo: ADI 3.721, rel. min. Teori Zavascki, tribunal pleno, DJe de 15/8/2016; RE 527.109, rel. min. Cármen Lúcia, tribunal pleno, DJe de 29/10/2014; RE 658.026, rel. min. Dias Toffoli, tribunal pleno, DJe de 30/10/2014; ADI 3.237, rel. min. Joaquim Barbosa, tribunal pleno, DJe de 19/8/2014; ADI 3.116, rel. min. Cármen Lúcia, tribunal pleno, DJe de 23/5/2011; entre outros (...)”, trecho do voto do ministro Alexandre de Moraes no RE 635648/CE.

No Recurso Extraordinário n. 597854/GO, de também relatoria do ministro Edson Fachin, julgado em plenário no dia 26.04.2017 e publicado no DJe em 21.09.2017, cuidou-se de tema sumulado pelo Pretório Excelso, a súmula vinculante n. 12, acerca da gratuidade do ensino público superior. O recurso foi oriundo de decisão do Tribunal Regional Federal da primeira região que entendeu ser afronta ao artigo 206, IV da Constituição a cobrança de mensalidade por curso de pós-graduação *latu sensu*.

O Supremo Tribunal Federal reformou o acórdão do Tribunal Regional Federal da primeira região, entendendo ser constitucional a cobrança de mensalidade para cursos de especialização e demais atividades desempenhadas por universidades públicas que não sejam destinadas à manutenção e desenvolvimento do ensino. Apesar de aqui haver um debate um pouco mais próximo por parte dos ministros com decisões prévias, principalmente com a decisão que deu origem ao enunciado sumulado, a forma como os ministros argumentaram ainda ficou longe de colocar as decisões passadas como parte constitutiva dos seus fundamentos¹⁶⁶.

Novamente menções a precedentes ocorreram a partir de citações do número dos recursos passados acompanhados de trechos de votos dos ministros no caso-precedente

¹⁶⁶ “O resultado desse julgamento deu origem à súmula vinculante 12 do Supremo Tribunal Federal, cujo enunciado dispõe que ‘a cobrança de taxa de matrícula nas universidades públicas viola o disposto no art. 206, IV, da Constituição Federal’. A edição da súmula vinculante permitiu que a Corte continuasse a delimitar o alcance a ser conferido ao princípio da gratuidade. Assim, no AI 748.944-AgR e RE 597.872-AgR, ambos de relatoria do e. Ministro Marco Aurélio, a primeira turma deste Tribunal reconheceu que não seria possível às universidades públicas a cobrança de taxa para inscrição de processo seletivo seriado, nem para a expedição de diploma. Em decisão monocrática, o e. Ministro Gilmar Mendes, quando do exercício da Presidência, deferiu medida liminar para suspender decisão que obrigara a Universidade Federal do Ceará a abster-se de cobrar a mensalidade para os cursos de extensão do Programa ‘Casa de Cultura Estrangeira’ (Rcl 8.596, rel. Ministro Carlos Britto, DJe 04.08.2009)”, trecho do voto do min. Edson Fachin no RE 597854/GO. “Prosseguindo, Senhora Presidente, ainda com destaque a esses aspectos que geraram a minha convicção, eu colho dessa decisão proferida à época pelo Ministro Gilmar Mendes, referência ao julgamento do RE 500.171, pelo Ministro Eros Grau e o Ministro Celso de Mello tinham trazido importantes considerações, ao julgamento daquele recurso extraordinário, para demonstrar que a exigência da gratuidade do ensino não se mostra incompatível com a cobrança de determinadas exações que subsidiem as universidades públicas, conhecedores eles que são das dificuldades por que passam essas instituições em razão da insuficiência de recursos”, trecho do voto da min. Rosa Weber no RE 597854/GO. Ao transcrever a ementa do RE 500.171, rel. min. Ricardo Lewandowski, tribunal pleno, julgado em 13.08.2008, o Ministro Luiz Fux acrescentou: “Tal precedente deu ensejo à edição da súmula vinculante 12, segundo a qual ‘a cobrança de taxa de matrícula nas universidades públicas viola o disposto no art. 206, IV, da Constituição Federal’. No entanto, em decisão da Presidência, o Ministro Gilmar Mendes reduziu o escopo da súmula ao consignar que ‘a análise dos precedentes desta Suprema Corte que motivaram a aprovação da súmula vinculante nº 12 não tratam de qualquer curso realizado pelas universidades públicas, mas apenas dos cursos de ensino superior’ (Rcl 8596, rel. min. Carlos Britto, Presidente min. Gilmar Mendes, julgado em 10/07/2009). Sendo essa a síntese dos argumentos aduzidos, passo à análise mais detida dos que fundamentam meu voto”, em seguida o mencionado Ministro começa a analisar mais detidamente o alcance do artigo 206, IV da CRFB, dando atenção ao alcance das palavras contidas no comando legal por meio de técnicas de interpretação jurídica, o mesmo intitula esta parte do seu voto como: “(i) delimitação do alcance do artigo 206, IV, da CRFB: a pós-graduação *latu sensu* não se insere na expressão ‘ensino’”. Trechos do voto do min. Luiz Fux no RE 597854/GO.

para os seus fundamentos no caso-presente. Parte da discussão de precedentes mencionados gravitou na inteligibilidade do enunciado da súmula vinculante, de forma a melhor esclarecê-la sobre o seu alcance. Neste julgamento a proposta de tese suscitada pelo Ministro Edson Fachin foi: “a garantia constitucional da gratuidade de ensino não obsta a cobrança, por universidades públicas, de mensalidade em curso de especialização”¹⁶⁷.

No Recurso Extraordinário n. 646721/RS, de relatoria do ministro Marco Aurélio, julgado em plenário no dia 10.05.2017 e publicado no DJe em 11.09.2017, o Supremo Tribunal Federal cuidou de caso, na opinião da maioria dos ministros, igual ao Recurso Extraordinário n. 878694/MG, de relatoria do ministro Luis Roberto Barroso, julgado em plenário no dia 16.04.2015 e publicado no DJe em 19.05.2015¹⁶⁸.

No recurso de origem do Rio Grande do Sul foi declarada a inconstitucionalidade incidental do artigo 1790 do Código Civil referente a sucessão na união estável, por apresentar ofensa à isonomia constitucional de tratamento com as distintas formas de núcleos familiares. No julgamento houve divergência com os ministros Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio que se posicionaram pela constitucionalidade do dispositivo civilista, por entenderem que a própria Constituição faz distinções entre as formas de concepção de família, entre união estável e casamento¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Proposta de tese acompanhada pela maioria dos ministros. De forma similar, a proposta de tese do min. Gilmar Mendes: “é constitucional a cobrança de mensalidades pelas universidades públicas nos cursos de pós-graduação *lato sensu*”.

¹⁶⁸ “Presidente, esse caso é conexo com o Recurso Extraordinário 878.694, da minha relatoria, em que se discute se é constitucionalmente legítimo desequiparar-se, para fins de sucessão hereditária, as uniões resultantes do casamento e as uniões estáveis. Eu votei no RE 878.694 – inclusive a maior parte dos ministros já votou –, em que nós pronunciamos, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. A única singularidade deste caso é que se trata de hipótese de união homoafetiva. Porém – e como bem observou o eminente Ministro-Relator –, este Supremo Tribunal Federal já equiparou juridicamente as uniões homoafetiva às uniões estáveis heteroafetivas.” Trecho da antecipação do voto do min. Luís Roberto Barroso no RE 646721/RS. Similaridade também destacada pelo min. Edson Fachin: “Trata-se de recurso extraordinário que, na mesma senda do RE 878.694, no qual se discutia a constitucionalidade do regime sucessório das uniões estáveis, nos termos em que foi regulado pelo art. 1790 do Código Civil de 2002, renova idêntico debate jurídico, agora para as uniões estáveis homoafetiva”. Trecho do voto-vogal do min. Edson Fachin no RE 646721/RS. Também destacado pela min. Rosa Weber ao externar discordância com o voto do ministro relator: “(...) ratifico a compreensão que já aqui externei quando do julgamento do Recurso Extraordinário 878.694, sob a relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, declarando *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do artigo 1790 do Código Civil (...)”, trecho do voto da ministra no RE 646721/RS.

¹⁶⁹ “Percebam haver distinção entre os institutos, admitida pelo próprio texto constitucional, tendo em vista a redação do artigo 226, § 3º (...). O comando determina ao legislador facilitar a conversão da união estável em casamento, mas em momento algum os equipara. Se o fizesse, perderia a razão de ser, o objeto, a sinalização ao estímulo à transmutação da união estável em casamento. Para que a transformação ante igualização, quanto a consequências patrimoniais? A única similitude entre os institutos é que ambos são considerados, pelo Texto Maior, entidades familiares. E para por aí, uma vez que, mesmo sendo formas de família, a Constituição Federal estabelece, de plano, inexistir espaço para equalização. Presentes as balizas constitucionais, o Código Civil, bem ou mal, disciplinou tratamentos jurídicos correspondentes, não

O posicionamento divergente e majoritário dos demais ministros partiu do ministro Luis Roberto Barroso que afirmou existir diferentes formas de estruturar uma família a partir da Constituição, porém esta distinção não conduz a nenhuma forma de hierarquização de diferentes estruturas familiares, como se existissem famílias de primeira e segunda classe, sendo a de primeira estruturadas através do casamento e a segunda por união estável¹⁷⁰.

Destarte, se é inconstitucional a distinção sucessória que produz desvantagens para uma organização familiar em comparação com a outra, como ocorre no artigo 1790 do Código Civil, esta questão também se estende a organizações familiares homoafetivas, que era o caso do recurso oriundo do Rio Grande do Sul que tratava de companheiros do mesmo sexo.

Neste julgamento dois precedentes foram mencionados por boa parte dos ministros, o RE 878694/MG e a ADPF 132. A menção ao referido Recurso Extraordinário como precedente por parte dos ministros careceu de maior fundamentação de sua similitude com o caso, apenas apresentando, por parte de alguns ministros, sucinta explicação do seu objeto e resultado, mas não justificando de forma robusta a semelhança. Por sua vez, apesar da menção da ADPF supramencionada ter sido acompanhada de sucinta explicitação de seu objeto, careceu de maiores níveis de detalhamento de sua similitude com o caso em julgamento. A principal justificativa para a citação da ADPF

cabendo ao intérprete substituir a opção do legislador para igualá-los, onde a Carta da República não o fez”, trecho do voto do min. Marco Aurélio no RE 646721/RS. Em conformidade com o min. Marco Aurélio, o min. Ricardo Lewandowski também defendeu a constitucionalidade do tratamento disforme empregado pelo Código Civil: “Eu estou acompanhando não só o voto do eminente Relator e também o parecer da Procuradoria-Geral da República, que assenta que não há irrazoabilidade nem desproporcionalidade na distinção feita pelo legislador civil. Por quê? Porque, a mim me parece que há uma clara distinção entre essas duas situações, entre esses dois institutos, melhor dizendo, que ficou consignada, a meu ver de maneira cristalina, no art. 226, § 3º, da Constituição (...)”. Trecho do voto do min. Ricardo Lewandowski no RE 646721/RS.

¹⁷⁰ “Pois bem, não há razão para aplicar ao caso de uniões estáveis homoafetiva solução diversa da que apliquei em meu voto no RE 878.694. Como afirmei naquele julgamento, inexistente fundamento constitucional para estabelecer-se diferenciação entre os múltiplos modelos de família, que, embora não constituídos pelo casamento, sejam caracterizados pelo vínculo afetivo e pelo projeto de vida em comum, incluindo-se aí as uniões entre pessoas do mesmo sexo. Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADI 4.277 e da ADPF 132, já reconheceu a ‘inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico’, aplicando-se a união estável entre pessoas do mesmo sexo as mesmas regras e mesmas consequências da união estável heteroafetiva (...). Portanto, os argumentos que utilizei no RE 878.694 aplicam-se igualmente a este caso. Em síntese, naquele julgamento, assentei que não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao discriminar a companheira (ou companheiro), dando-lhe direitos sucessórios inferiores aos conferidos aos cônjuges, entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação do retrocesso”. Trecho do voto do min. Luís Roberto Barroso no RE 646721/RS.

foi o fato do Supremo Tribunal Federal ter decidido que inexistente qualquer diferenciação jurídica ou hierárquica entre as distintas formas de concepção de família, sejam elas homoafetivas ou heteroafetivas¹⁷¹.

Mais uma vez a argumentação dos ministros não gravitou pelos precedentes citados, a referência a decisões pretéritas apenas serviu para ratificar as conclusões que os ministros apresentaram. Destacamos o voto do ministro Luís Roberto Barroso como sintomático neste sentido. O seu voto que é tripartido – feito explicitamente em três partes nominadas – apresentou na primeira parte um “delineamento da controvérsia”, na segunda parte “histórico de equiparação e desequiparação legal entre casamento e união estável em matéria sucessória” e, na última parte, apreciou a compatibilidade do artigo 1790 do Código Civil com a Constituição, ou seja, o objeto do recurso em si.

Na parte destinada à solução do problema por parte do ministro Barroso, a argumentação com base em precedentes foi totalmente ignorada, para não dizer que foi ausente a decisão do Recurso Extraordinário de Minas Gerais foi simplesmente mencionada na introdução de seu texto. Toda a fundamentação feita pelo ministro foi alicerçada no texto constitucional e na interpretação do artigo 226 a partir de distintas “técnicas” interpretativas jurídicas, como a sistemática e histórica¹⁷². Neste julgamento a tese formulada e seguida pela maioria dos ministros foi proposta pelo min Luís Roberto Barroso e teve a seguinte redação:

¹⁷¹ Neste sentido, trecho do voto do min. Luís Roberto Barroso: “(...) no julgamento conjunto da ADI 4.277 e da ADPF 132, já reconheceu a ‘inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo familiar’, aplicando-se a união estável entre pessoas do mesmo sexo as mesmas regras e mesmas consequências da união estável heteroafetiva”. Voto do min. Luís Roberto Barroso no RE 646721/RS, que é acompanhado de transcrição da ementa do acórdão da ADPF 132. Destaque também feito pelo min. Luis Fux em seu voto: “Senhora Presidente, o Supremo Tribunal Federal, na ADPF 132, estabeleceu que, ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso e discriminatório não resolúvel à luz deles próprios, faz-se necessária a utilização da técnica de interpretação conforme à Constituição, para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que há de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva”. Trecho do voto do min. Luis Fux no RE 646721/RS. Em sintonia o min. Edson Fachin: “A questão constitucional que se apresenta para a apreciação desta Suprema Corte é de todo semelhante a do RE 878.694, considerando que na esteira do assentado na ADPF 132 e ADI 4277, as uniões estáveis heteroafetivas e homoafetiva submetem-se às mesmas regras e produzem as mesmas consequências jurídicas”. Trecho do voto no RE 646721/RS.

¹⁷² “(...) há várias diferenças entre casamento e união estável, que decorrem de fatores diversos, como os modos de constituição, de comprovação e de extinção. A questão que se coloca, porém, é saber se é possível extrair do art. 226 alguma hierarquia constitucional entre as formas de constituição família, que autorize a instituição de regimes sucessórios diversos em relação a elas. Entendo que não. A ilegitimidade da hierarquização das formas de famílias pode ser demonstrada a partir de quatro elementos tradicionais de interpretação jurídica – o gramatical, o teleológico, o histórico e o sistemático”. Trecho do voto do min. Luís Roberto Barroso no RE 646721/RS.

É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002

Enquanto que as tese proposta pelo min. Marco Aurélio – parte vencida juntamente com o min. Ricardo Lewandowski – tinha o seguinte teor: “é constitucional o regime sucessório previsto no art. 1.729 do Código Civil, a reger união estável, independentemente da orientação sexual dos companheiros”.

O Recurso Extraordinário n. 612975/MT, relatoria do ministro Marco Aurélio, julgado em plenário no dia 27.04.2017 e publicado no DJe em 08.09.2017, tratou sobre a interpretação do dispositivo constitucional referente ao teto sobre a remuneração de servidores públicos quando estes cumularetem licitamente dois cargos públicos. O Pretório Excelso entendeu que o ‘teto’ da remuneração aplica-se individualmente e não à soma¹⁷³.

A argumentação com base em precedentes manteve-se igual as decisões anteriormente aqui analisadas, as menções eram acompanhadas de suscitas explicações do objeto do caso-precedente e por vezes de transcrições de ementas dos acórdãos ou então trechos de votos. Mais uma vez precedentes funcionaram como elementos de suporte a fundamentação já empregada pelos ministros a partir da interpretação do texto constitucional¹⁷⁴. A tese proposta pelo min. Marco Aurélio teve o seguinte teor:

¹⁷³ “O teto remuneratório não pode atingir, a partir de critérios introduzidos por emendas constitucionais, situações consolidadas, observadas as regras preexistentes, porque vedado o confisco de direitos regularmente incorporados ao patrimônio do servidor público ativo ou inativo – artigo 5º, XXXVI, e 37, inciso XV, da Carta da República. A óptica deve ser adotada quanto às Emendas Constitucionais nº 19/1998 e 41/2003, no que incluíram a expressão ‘percebidos cumulativamente ou não’, ao inciso XI do artigo 37 da Lei Fundamental. Cabe idêntica conclusão quanto ao artigo 40, § 11, da Carta Federal, sob pena de criar-se situação desigual entre ativos e inativos, contrariando preceitos de envergadura maior, dentre os quais isonomia, a proteção dos valores sociais do trabalho – expressamente elencada como fundamento da República –, o direito adquirido e a irredutibilidade de vencimentos. As aludidas previsões limitadoras, a serem levadas às últimas consequências, além de distantes da razoável noção de teto, no que conduz, presente acumulação autorizada pela Carta Federal, ao cotejo individualizado, fonte a fonte, conflitam com a rigidez constitucional decorrente do artigo 60, § 4º, inciso IV, nela contido. Simplesmente o Estado não pode dar com uma das mãos e tirar com a outra. Não é possível que assente admissível o exercício simultâneo e, na contramão deste, afaste a contrapartida que lhe é natural, quer no todo – quando, então, ter-se-ia prestação de serviço gratuito –, quer em parte, mitigando-se o que devido. No mesmo sentido, o artigo 9º da Emenda Constitucional nº 41/2003, porquanto pretendeu-se ressuscitar, em verdadeira virada de mesa, o artigo 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, preceito inserido em 5 de outubro de 1988, considerado o rompimento havido com a ordem constitucional pretérita. O Poder Constituinte Originário, não o de 2003, mostrou-se ilimitado. (...) A cláusula contida no inciso XI do artigo 37 da Constituição Federal – ‘percebidos cumulativamente ou não’ – diz respeito a junções remuneratórias fora das autorizadas no inciso que se segue, ou seja, o XVI, a viabilizar a simultaneidade do exercício de dois cargos de professor, a de um cargo de professor com outro técnico ou científico e a de dois cargos privativos de profissionais da saúde.” Trecho do voto do min. Marco Aurélio no RE 612975/MT.

¹⁷⁴ Conforme fez o min. Marco Aurélio: “Em relação ao argumento formulado pelo Ministério Público Federal a respeito da similitude com o objeto do recurso extraordinário nº 606.358/SP, relatora ministra Rosa Weber, esclareço que, naquele, debate-se a inclusão, após a edição da Emenda Constitucional nº

Nos casos autorizados constitucionalmente de acumulação de cargos, empregos e funções, a incidência do artigo 37, inciso XI, da Carta da República pressupõe a consideração de cada um dos vínculos formalizados, afastada a observância do teto remuneratório quanto ao somatório dos ganhos do agente público

Há aqui um ponto interessante que desde logo deve ser destacado. Todas as decisões aqui analisadas apresentam um ponto em comum, ao final dos votos dos ministros existe espécie de enunciado – chamada de *tese para efeito de repercussão geral*. Nem todos os votos são seguidos desta enunciação ao seu fim, mas a maioria, principalmente os mais longos e que buscam enfrentar vários argumentos possíveis, os possui.

Estes enunciados apresentados ao fim dos votos em muito se assemelham com as súmulas que o próprio Supremo Tribunal Federal edita, no tocante à sua redação, pois sua linguagem é bastante abstrata.

Estas propostas de teses ao fim dos votos, representam uma mudança no Supremo Tribunal Federal que é perceptível logo em seu próprio sítio eletrônico. Antigamente a forma de busca de decisões judiciais no sítio do Supremo funcionava por busca simples de palavras-chave digitadas pelo usuário, agora é possível fazer uma pesquisa mais ‘refinada’ através de uma nova opção de busca chamada “teses jurídicas”. Esta nova opção consiste em recente alteração no sítio que promove uma lista de várias “teses” formuladas em decisões do Supremo, sejam elas em processo de controle de constitucionalidade ou demais recursos interpostos.

As teses são redigidas de forma abstrata no sítio do Supremo e são acompanhadas dos seus casos que lhe deram origens, são, de certa forma, similares as súmulas, porém acompanhadas de indicativos dos casos que deram origem ao seu enunciado. Pode-se dizer que há uma inspiração oriunda do comando do artigo 926, parágrafo 2º do CPC.

Parte importante da argumentação com precedentes consiste na estabilização dos entendimentos firmados, que não podem ser alterados sem a apresentação de robustos argumentos. Tem-se com esta relativa estabilidade a concretização de previsibilidade jurídica, a possibilidade de que os cidadãos tenham ciência de seus direitos e deveres com razoável confiança de sua inalterabilidade. Como discutido na primeira parte deste

41/2003, das vantagens pessoais no teto remuneratório estadual”. Trecho do voto do min. Marco Aurélio no RE 612975/MT, posteriormente o ministro transcreve parte da ementa do acórdão da decisão que menciona, mas doravante fundamenta seu voto totalmente na interpretação dos dispositivos constitucionais.

trabalho, precedentes operam – e devem operar – num nível de *alta persuasão* – ou vinculação moderada – vertical e horizontalmente nos sistemas jurídicos.

Das decisões aqui apresentadas infelizmente não há como dizer que existe qualquer vinculação ou alta persuasão dos ministros do Supremo Tribunal Federal com seus posicionamentos outrora firmados, pois a forma como mencionam decisões passadas não transparece nenhuma autoridade dos seus precedentes.

Todavia, percebemos nítida vinculação dos ministros ao texto e aos princípios constitucionais em suas argumentações. Alguns de seus votos chegam inclusive a ignorar completamente a existência de precedentes por parte da Corte, para se aterem ao texto constitucional na solução da controvérsia.

A argumentação jurídica dos ministros não desponha de suas interpretações prévias presentes nos precedentes do Supremo, mas do texto constitucional, princípios e até de suas súmulas. A imagem ofertada a partir da forma como ministros do Supremo citam precedentes é de inexistência de qualquer autoridade nestas interpretações previamente firmadas pela Corte, vez que as breves sínteses do objeto e do resultado do caso demonstram fragilidade na relação que os ministros buscam estabelecer entre o caso presente com o precedente invocado, não obstante, a menção, por vezes, encerra-se no simples destaque de decisões prévias similares ao caso sob julgamento sem maiores esclarecimentos sobre o teor do caso mencionado como precedente.

De forma alguma os precedentes citados atuam como pontos de partida na argumentação dos ministros, que, como destacado anteriormente, desponha precipuamente do texto constitucional. Existe uma uníssona preocupação em se destacar o resultado alcançado no precedente citado do que esclarecer a existência da norma jurídica oriunda do caso concreto julgado.

Afinal, as decisões do Supremo Tribunal Federal produzem alguma norma jurídica a ser seguida em casos posteriores análogos ou não? Se existe norma oriunda de decisões judiciais, de qual parte da decisão ela advém, da fundamentação ou do dispositivo? Podemos entender que o Supremo Tribunal Federal compreende suas “teses” como sendo *ratio decidendi* de seus casos, logo, ao final de seus votos ao enunciarem as “teses para efeito de repercussão geral”, devemos compreendê-las como as *rationes* dos votos dos ministros?

Quando os ministros citam o resultado alcançado em determinados precedentes da Corte, estão nos passando a visão de que os casos pretéritos são tão somente juízos particulares, que decidiram questões específicas, e devem ser interpretados de forma

restrita, condizente com as particularidades do caso concreto. Porém, este zelo não coaduna com a citação das ementas – que alguns chegam a fazer – e muito menos com a menção do resultado alcançado, pois ambos carregam uma linguagem genérica e abstrata, que tende a não captar os pormenores daqueles casos.

Existe uma necessária necessidade de se explicitar a *ratio decidendi* e a similitude do caso-precedente com o caso-presente, todavia, esta tarefa não se traduz na exposição da ementa do julgado e muito menos do seu resultado.

A ideia do resultado nos conduz a um questionamento, a figura das “teses”. De que a figura do resultado possui os mesmos problemas das ementas, em razão de sua linguagem, isto já fora arguido. A questão se modifica quando passamos a tratar o resultado de uma decisão como o parâmetro argumentativo posterior, quando transformamos o resultado em uma “tese”. Discutiremos mais detalhadamente a figura das teses e, principalmente, como a Suprema Corte pátria as encara.

Por fim, lembramos que este tópico teve como destino tão somente uma análise descritiva da forma como os ministros julgam, não tendo nenhuma pretensão de valoração. Nos próximos tópicos será discutido ainda alguns desdobramentos da análise descritiva aqui realizada, como a forma como o Supremo concebe estas teses que formula e de sua postura em relação ao debate. Ao fim discutir-se-á a relação do Supremo Tribunal Federal com a teoria precedentalista apresentada neste trabalho.

4.2.2. Tese como *ratio decidendi* para o Supremo Tribunal Federal

Ao final de cada voto, pelo menos na maioria, é exposta uma “tese” que tem como intento expor, com maior fidelidade possível, o resultado do voto apresentado. Tomemos como exemplo a tese apresentada pelo ministro Luis Roberto Barroso no seu voto no RE 646721/RS:

É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1829 do CC/2002.

Este enunciado possui redação bem genérica, vez que não transparece as particularidades do caso concreto que lhe originou, o recurso supracitado. Naquele caso, que tratou de sucessão de companheiros do mesmo sexo, o próprio ministro Barroso admitiu que existem diferenças entre as duas formas permitidas de constituição familiar no sistema jurídico brasileiro, entre união estável e casamento, porém daí não é constitucional a criação infraconstitucional de distinções que venham a criar alguma forma de hierarquização ou dicotomias que tornem uma forma de constituição familiar mais vantajosa ou superior em relação a outra, vez que nem a própria Constituição o fizera neste sentido.

A discussão de fundo, que o próprio ministro Barroso teve que solucionar para posteriormente declarar a inconstitucionalidade do dispositivo civilista, foi no sentido de decidir se é permissível na ordem jurídica brasileira distinções entre união estável e casamento, duas formas de constituição de famílias, que importem em alguma forma de desvantagem na constituição de uma em comparação com a outra, transformando uma das modalidades em inferior.

Esta *questão ampla* está presente no voto do ministro e, inclusive, condiciona a solução ao problema particular da inconstitucionalidade do dispositivo do Código Civil, vez que a depender da forma como a resposta fosse dada à questão ampla a resposta à questão particular mudaria – se é permitido distinções neste porte a união estável e ao casamento, então o dispositivo do Código Civil é constitucional, agora se não é permitido este tipo de diferenciações entre as modalidades de família, então o dispositivo do Código Civil é inconstitucional.

As teses, portanto, confundem-se com a própria conclusão dos votos, sendo, de certa forma, seus dispositivos. Ora, se a forma, como exposta alhures, de citação a precedentes é sempre associada com o resultado obtido no caso-precedente, podemos fazer aqui a seguinte ligação: se os ministros ao mencionarem precedentes, mencionam o resultado do caso passado, e sendo as teses jurídicas dos votos a solução apresentada pelos ministros ao caso concreto sob julgamento, podemos concluir que os ministros concebem as teses jurídicas como sendo *ratio decidendi* de seus votos.

A principal ideia de se mencionar um precedente em determinado caso concreto está em arguir que existe uma similitude entre os casos, pois caso contrário seria ilógico suscitar um caso passado que é desigual ao caso sob julgamento, por aquele não ser parâmetro algum para este. Para sabermos se um caso guarda alguma similitude com

outro precisamos saber qual o seu teor central, em suma, sua *ratio decidendi*. Se no momento em que ministros citam precedentes o acompanham da explicação de seu resultado, afirmando o que foi decidido naquele caso passado, então os ministros do Supremo entendem que há uma forte aproximação (se não correspondência) entre *ratio decidendi* e o resultado do caso.

E quando os ministros enunciam teses ao fim de seus votos, sendo elas intimamente ligadas com suas conclusões (se não forem as próprias conclusões), como argumentado a partir da tese formulada pelo ministro Barroso em seu voto no caso supramencionado, podemos concluir que os ministros do Supremo Tribunal Federal enunciam aquilo que entendem como *ratio* de seus votos. Ou seja, o seu resultado.

Por conseguinte, a redação destas teses em muito nos lembra a das súmulas, o que nos permite fazer uma outra conexão. Ambas possuem teor abstrato com formulações dos resultados de algum caso concreto julgado pelo Pretório Excelso. Podemos entender que o Supremo Tribunal Federal, por meio de suas teses jurídicas, está enunciando as *rationes* de seus julgamentos, seja posteriormente ou nos votos por parte dos próprios julgadores.

Neste sentido, é o magistério do professor Luiz Guilherme Marinoni, que desde 2010 já escrevia em suas obras voltadas à temática de precedentes sobre a possibilidade de compatibilização entre súmulas e *ratio decidendi*, permitindo que aqueles figurassem como espaços de enunciação destas, principalmente quando existisse dúvidas quanto ao teor da *ratio decidendi* de determinado caso¹⁷⁵.

Por conseguinte, o supramencionado processualista em obras mais recentes ainda, de certa forma, complementa aquele entendimento destacando a importância dos julgadores enunciarem qual é a *ratio decidendi* daquilo que estão decidindo, com escopo de torná-la mais clara para os futuros magistrados e, possivelmente, dirimir futuras dúvidas e diversas interpretações que possam surgir¹⁷⁶.

A preocupação do professor Marinoni em sustentar esta compatibilização advém de sua salutar tentativa de adaptação de nosso sistema jurídico com esta metodologia típica de países de *common law*¹⁷⁷. A partir de sua constatação de que na praxe forense pátria os magistrados acabam tendo uma visão egoísta de seus cargos, não os concebendo como partes de um sistema maior, valem-se de suas pretensas autonomias e liberdades

¹⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 490-492.

¹⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas cortes supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 124-126.

¹⁷⁷ *Idem*.

para interpretarem leis e princípios da forma como entenderem ser mais adequado, desconsiderando completamente toda a prática prévia e a hierarquia em que estão submetidos¹⁷⁸.

Portanto, ter uma enunciação do conteúdo central do julgamento com a maior pretensão possível de clareza e objetividade, sem tolher necessárias e inevitáveis interpretações posteriores do próprio enunciado, é, conforme o mencionado processualista, um caminho que devemos trilhar na construção de uma prática própria de argumentação com precedentes que coaduna com nossa realidade.

Parece ser este o caminho que o Supremo Tribunal Federal transpõe estar trilhando com a forma como argumenta com precedentes e através das enunciações de suas “teses jurídicas” em seus votos e em seu sítio eletrônico, como se estivesse fazendo uma adaptação do comando do artigo 926, parágrafo 2º do CPC.

Todavia, a criação de enunciados para explicarem o conteúdo de *rationes* não coaduna com a teoria de precedentes que expomos neste trabalho, sendo, inclusive, uma prática contrária à forma de interpretação de *rationes* de MacCormick, que apresentamos no primeiro capítulo. Criar enunciados sobre o que seja determinada *ratio decidendi* tolhe a sua possibilidade de sofisticação posterior quando for aplicada e interpretada¹⁷⁹. Como expusemos, a ideia de *ratio decidendi* para MacCormick e Alexy tem um caráter argumentativo, cuja dimensão ocorre através de sua aplicação por magistrados na solução de casos futuros análogos. Enunciar a *ratio decidendi* tem como consequência a sua estagnação.

Se levarmos em consideração o histórico do uso de enunciados de ementas e súmulas em nossa praxe forense, como se fossem *standards* que trouxessem as respostas prontas e acabadas para serem acopladas a casos posteriores¹⁸⁰, corremos o risco de nos distanciarmos a passos largos da teoria aqui apresentada. Esta praxe forense tendente a desvirtuar qualquer aplicação de precedentes, foi alvo da reforma processual por meio da imposição do artigo 489, parágrafo 1º, V do Código de Processo Civil.

Uma forma de tornar compatível a postura do Supremo Tribunal Federal – de enunciar suas *rationes* – com a teoria de precedentes de Alexy e MacCormick, é encarar

¹⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. Op. Cit. p. 64-67.

¹⁷⁹ Neste sentido é o posicionamento de Rupert Cross e J. W. Harris sobre a desnecessidade e problemas de enunciação de *rationes*. Primeiro por limitar sua aplicação posterior, restringindo seu alcance àquilo que foi escrito em um enunciado, e segundo por criar um comando inútil em virtude da forma como a *ratio decidendi* deve ser interpretada, sem qualquer vinculação às palavras do magistrado do caso-precedente, por ser uma norma que subjaz ao resultado da decisão. CROSS, Rupert e HARRIS, J. W. Op. Cit. p. 42.

¹⁸⁰ RAMIRES, Maurício. Op. Cit. p. 46-54.

estes enunciados como sendo apenas facilitadores nas pesquisas dos julgados do Supremo¹⁸¹, não tomando as palavras do enunciado como dotadas de alguma autoridade, em que a interpretação gira em torno dos possíveis significados que as palavras possam comportar.

4.2.3. O Supremo Tribunal Federal como espaço para o debate

A teoria precedentalista apresentada neste trabalho advém de dois jusfilósofos que colocam o direito em uma perspectiva argumentativa, não é à toa que um deles chega, inclusive, a estruturar regras para tornar o debate racional, democrático e ausente de qualquer coação. Destarte, a teoria de precedentes oriunda de seus escritos carrega consigo esta abordagem dialética, que, por sua vez, demanda algumas posturas por parte dos encarregados de aplicar o direito.

Como já discutido a aplicabilidade das teorias da argumentação jurídica de Alexy e MacCormick nos dispositivos do Código de Processo Civil destinados à aplicação dos precedentes nacionais, resta saber, levando em conta a análise dos julgadores do Supremo Tribunal Federal em tópico anterior, se a Suprema Corte pátria mostra-se compatível com esta abordagem argumentativa de MacCormick e Alexy em relação a aplicação da tutela jurisdicional.

A postura do Supremo Tribunal Federal será discutida a partir de uma abordagem dúplice. Primeiramente, sobre a abertura do Supremo Tribunal Federal ao discurso, no sentido da possibilidade de participação nos debates que lá são travados, ou seja, na democratização da discussão, a qual será chamada de perspectiva externa. Em segundo lugar, será analisada o que chamaremos de perspectiva interna do debate, voltada à atuação dos falantes, analisando se estes dialogam entre si.

Quanto à perspectiva externa ou de participação no debate, observa-se na história do Supremo Tribunal Federal uma sensível abertura àqueles que podem contribuir nas discussões travadas, basta lembrarmos de casos cujo assunto central escapava dos

¹⁸¹ A intenção inicial para a criação das súmulas era justamente para que estas funcionassem como facilitadores de pesquisas jurisprudenciais em época que inexistia a rede mundial de computadores da forma como temos atualmente. SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 314-317.

conhecimentos esperados de alguém com formação jurídica, como o da ADIN 3510 que chegou a discutir quando é o início da vida humana para decidir se o uso de óvulos fertilizados *in vitro* usados em pesquisas de células tronco embrionárias ofenderia ou não o direito à vida.

Atualmente as discussões jurídicas adentram espaços de conhecimentos que não são do direito. Cada vez mais as discussões travadas no Judiciário envolvem assuntos que fogem do conhecimento jurídico, cada vez mais faz-se presente a figura do perito em processos judiciais para auxiliarem juízes na tomada de decisões em assuntos que não tem domínio – e nem espera-se que venham a ter.

Hodiernamente o Judiciário é acionado para decidir questões cujos temas avançam em assuntos que passam longe do que é ensinado em universidades de direito, logo a democratização do processo torna-se uma via inescapável neste cenário crescente. Este parece ser o caminho trilhado pela própria legislação infraconstitucional quando ampliou a participação do *amicus curiae* a processos desde a primeira instância, deixando de ser um instituto típico de tribunais superiores.

Este enriquecimento do debate tem consequências em uma argumentação com precedentes. Se precedentes tornar-se-ão parâmetro argumentativo para casos futuros análogos, o seu conteúdo deve possuir argumentação robusta, enfrentando diversos questionamentos possíveis na temática discutida. A presença deste tipo de argumento repercute na sobrevivência da *ratio decidendi*, no sentido de ela não ser tão cedo modificada ou revogada, por não ter sopesado determinado ponto que apenas surge em caso concreto posterior¹⁸².

Em relação ao *amicus curiae*, o Supremo Tribunal Federal já demonstrou ampla aceitabilidade na democratização que o instituto proporciona ao debate, claro que também acompanhado de racionalização no seu deferimento, com escopo de não tumultuar processos com o ingresso volumoso de entidades, ongs e especialistas que queiram participar.

No tocante a esta abertura externa ao debate, de participação daqueles que possam contribuir, o Supremo demonstra-se bem virtuoso, porém o mesmo talvez não possa ser dito no plano interno dos debates travados. Quanto a este “plano interno do debate”, queremos destacar a existência ou não de uma disposição dos ministros em debater, se

¹⁸² Preocupação já demonstrada por Jaldemiro Ataíde Júnior ao destacar os perigos de sedimentação de posicionamentos em assuntos não amadurecidos. ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Op. Cit. p. 129-133.

eles mostram-se abertos ao diálogo, de forma a ouvir os seus pares e de com eles engajar num processo dialético de decisão.

Esta análise iniciará a partir do esclarecimento feito pelo ministro Ricardo Lewandowski no RE 646721/RS, já mencionado neste trabalho, antes de apresentar seu voto. O referido ministro afirmou que não preparou nenhum voto escrito e que estava com o “espírito aberto” para ouvir as discussões travadas em plenário. No que pese a salutar disposição de espírito do ministro para o debate, o mesmo acaba fazendo um relato de uma prática que não é desconhecida em órgãos judiciais colegiados, a existência de votos previamente confeccionados ao “debate em plenário”.

Os votos dos ministros não são criados durante a sessão em plenário ou das turmas, mas são previamente a elas e tão somente expostos na condução do julgamento. As decisões dos ministros são previa e isoladamente confeccionadas, sendo tão somente apresentadas durante as sessões. Desvela-se, portanto, uma prática de inexistência de um legítimo debate na condução das sessões do Supremo, afinal as decisões já foram todas previamente criadas sem qualquer diálogo com os demais ministros.

Apesar de observamos em sessões televisionadas e até nos acórdãos transcrições de discussões entre os ministros, estes debates estão longes de serem constitutivos dos votos, em verdade apenas transparecem as defesas das decisões previamente formuladas pelos ministros quando seus argumentos entram em confronto com os argumentos dos demais.

As decisões do Supremo Tribunal Federal não seguem um processo dialético, vez que os resultados apresentados não são frutos de argumentos e contra-argumentos entre os ministros, com apresentação de um produto uníssono. A inexistência ou fraqueza deste diálogo interno conduz a apresentação de uma decisão que pode ter um resultado sustentado por múltiplos argumentos, por vezes, até opostos. Ou seja, podemos chegar a um mesmo resultado por argumentos distintos, ainda que contrários entre si.

Neste diapasão, é o relato de Luiz Guilherme Marinoni sobre a argumentação dos ministros do Supremo Tribunal Federal, sendo um processo decisório com um pretenso diálogo entre seus participantes. Votos são criados previamente e apenas lidos ou resumidos durante as sessões, sem qualquer interação com os demais julgadores¹⁸³. Em suma, não há diálogo, mas diversos monólogos. Talvez isto justifique porque os ministros se atêm muito ao resultado dos julgados do que à argumentação jurídica empregada.

¹⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas cortes supremas**. Op. Cit. p. 104-106.

Apesar da ampla publicidade e democratização do processo decisório no Supremo Tribunal Federal, esta Corte demonstra uma forte incompatibilidade com a teoria precedentalista que expomos neste trabalho, quando observamos a postura dos ministros sob uma perspectiva interna, o que, de certa forma, até diminui a contribuição da participação daqueles que ingressam no debate para enriquecê-lo.

Afinal, do que adianta uma pluralidade de argumentos levantados, se os julgadores os ignoram e ficam manietados às suas próprias conclusões levantadas antes do debate? De nada adianta maior participação ao debate se os julgadores não possuem uma postura aberta aos argumentos dos outros. Em suma, a perspectiva interna é determinante da qualidade do debate, para que a atuação dos demais participantes não se transforme em um placebo.

Infelizmente, o Supremo Tribunal Federal, sob esta perspectiva interna do debate, demonstra uma postura incompatível com a teoria precedentalista de Alexy e MacCormick, pois ainda que os ministros enfrentem os argumentos dos terceiros que participam do processo decisório, este mesmo enfrentamento mostra-se ausente com os argumentos dos demais julgadores que externam pontos de vista distintos sobre determinado assunto, o que reafirma que o processo decisório no Supremo não é dialógico, mas tão somente participativo, em relação ao ingresso de interessados.

4.3. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ADOTA A TEORIA PROPOSTA?

Diante da análise aqui feita e desdobrada em alguns tópicos, é perceptível que o Supremo Tribunal Federal não adota a teoria exposta na primeira parte deste trabalho com origem nos escritos de MacCormick e Alexy sobre argumentação com precedentes. Antes de explicarmos porque o Supremo não adota a teoria, queremos deixar claro que não estamos aqui sustentando que a Corte – e mais precisamente os ministros – rejeitem a teoria aqui apresentada, vez que há uma sensível diferença entre não adotar e rejeitar algo.

Muitos elementos apontam para a nossa antecipada conclusão de que o Supremo não adota a teoria de precedentes apresentada na primeira parte, gostaríamos de dividir em dois pontos esta exposição, a primeira referente à forma como precedentes são citados pelos ministros e a segunda sobre a compreensão do que venha a ser a *ratio decidendi* dos

casos. Apesar de que concordaríamos de que estas duas coisas estão intimamente conectadas.

A forma como precedentes são mencionados pelos ministros deixa claro que as interpretações prévias do direito, constante naquelas decisões, não constitui o ponto de partida de suas futuras decisões. A decisão de um caso no futuro não despontará da interpretação presente em um precedente por parte de um ministro do Supremo Tribunal Federal, é mais crível esperar que ela surja do texto ou dos princípios constitucionais, como muitos demonstraram nas decisões aqui analisadas.

A menção a precedentes opera mais como um elemento de suporte para os argumentos que são apresentados no caso-presente, como sendo algo que ratifique a conclusão na decisão. Neste diapasão, precedentes chegam a se assemelhar com citações doutrinárias, no sentido de que assim como certos doutrinadores demonstram grande peso retórico quando são mencionados, da mesma forma são os precedentes, como elementos que são mencionados para fortalecer determinada conclusão alcançada no voto, cujo *starting point* não foi o precedente.

Assim como a doutrina é mencionada para fortalecer a argumentação vigente no voto, precedentes são com o mesmo escopo: de fortalecer a argumentação que desponta do texto ou de princípios constitucionais. A impressão que temos após a análise das decisões supramencionadas do Supremo é que tanto precedentes quanto a doutrina são fontes escolhidas para serem citadas com intento de tornar mais robusta uma argumentação paralela, como se quisessem demonstrar uma rede de argumentos que se conecta à conclusão apresentada no voto, sendo o precedente uma dentre as variadas fontes que podem ser ali conectadas.

De forma alguma esta metodologia dos ministros do Supremo Tribunal Federal coaduna com a teoria exposta na primeira parte deste trabalho, vez que sendo os precedentes o material institucional que revela a norma jurídica em determinada temática enfrentada em caso passado, o próprio precedente ganha um significativo destaque na argumentação jurídica, o que não quer dizer que doutrinadores perdem utilidade para os julgadores. Pelo contrário, a doutrina passa a ser um campo de fortalecimento e enfraquecimento da força persuasiva do precedente.

Se o precedente é o espaço em que se apresenta uma interpretação coerente com a ordem jurídica vigente para a solução de determinado caso concreto, a argumentação jurídica posterior deve dele despontar, claro que de forma alguma isto implica em ignorar princípios e o texto legal. O que queremos dizer é que a própria inteligibilidade dos

princípios e do texto legal partirá da interpretação dos mesmos contida em precedentes judiciais, ou seja, saber o significado de determinado dispositivo legal deverá perpassar pela menção a precedentes em que o referido dispositivo teve que ser interpretado para ser aplicado, de igual forma será o dimensionamento dos princípios, para saber o alcance e evitar que princípios sejam uma válvula de escape para o arbítrio nas decisões judiciais, precedentes deverão ser mencionados¹⁸⁴.

Neste sentido, precedentes concretizam a própria segurança jurídica em um sistema, ao permitirem a cognoscibilidade jurídica de regras e princípios. Porém, apesar de a interpretação prévia de regras e princípios dever ser estabilizada quando os mesmos se apresentarem em novos casos, isto não necessariamente nos conduz a um “aprisionamento” interpretativo, no sentido de que para sempre os significados de regras e princípios será o mesmo.

Ao contrário. A manutenção da interpretação pré-estabelecida sempre demandará um enfrentamento de seus contra-argumentos, ou seja, de sua modificação. Portanto, argumentar com base em precedentes demandará uma constante ponderação com as modificações sociais, políticas e econômicas em uma determinada sociedade, daí que advém a visão de um *stare decisis moderado* de MacCormick e apresentado na primeira parte deste trabalho. Se constantemente ao mencionarmos as interpretações passadas para

¹⁸⁴ Ao explicitar as distinções entre regras e princípios e sua extensão até às formas de soluções de seus conflitos, Robert Alexy defende a existência do que chama de “lei de colisão” a partir de uma *precedência condicionada* entre princípios. No que pese inexistir qualquer hierarquia prévia entre princípios que permita dizer em abstrato que determinado princípio pode sobressair em conflito com outro, sendo apenas possível de fazê-lo através das circunstâncias de um caso concreto. Apenas no contexto de determinado caso é que será possível afirmar que determinado princípio tem prevalência sob outro. Todavia, torna-se possível aduzir que sob determinadas circunstâncias, aquelas existentes no caso concreto anterior, há a prevalência de um princípio sob outro, em virtude do resultado da técnica da proporcionalidade empregada no caso concreto pretérito. Isto permite uma ligação entre proporcionalidade e argumentação com precedentes. A ideia de prevalência condicionada é nada mais do que um precedente judicial em que no seu bojo foi realizado conflito entre princípios e determinado princípio foi considerado como tendo precedência sob outro. Robert Alexy ilustra esta ideia a partir de um caso jurídico na Alemanha em que se tratou da possibilidade de realização de audiência quando a sua própria consumação pudesse acarretar risco à saúde do acusado, em razão de seu estado de saúde débil. Em suma, um conflito entre o dever do Estado de aplicar o direito e o direito à saúde do acusado. Em razão daquelas circunstâncias ficou decidido que o direito à saúde do acusado sobressai ao do Estado de realizar a audiência com sua presença. Contudo, não quer se dizer que abstratamente o direito à saúde tem prevalência sob o direito do Estado de aplicação da lei ou da realização de audiências, mas que sob aquelas circunstâncias o direito à saúde teve prevalência, portanto, se estas circunstâncias se repetirem podemos arguir no futuro que há uma prevalência *condicionada* do direito à saúde sob o direito do Estado em realizar audiências ou aplicar a lei. Em outras palavras, está sendo afirmado a existência de um precedente em que se entendeu que sob determinadas circunstâncias fáticas o direito à saúde tem preferência. Portanto, o precedente traz em seu bojo uma precedência condicionada de determinado princípio em cotejo com outro, uma precedência que só se justifica com a consumação das circunstâncias existentes no caso anterior e tendo sido a interpretação destas circunstâncias relevantes inalterada, pois caso contrário poderemos arguir a distinção ou revogação do precedente, vez que sua incidência opera em caráter *prima facie*. ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Op. Cit. p. 90-95; e ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Op. Cit. p. 259-260.

a solução de casos futuros, devemos sopesar as próprias mudanças no tempo e de que forma elas impactam no conteúdo do precedente, devemos, então, ter alguma forma de preocupação com o impacto das decisões judiciais no mundo para o qual decidimos. É necessária uma *coerência para com o mundo*.

De forma alguma a visão supra está presente na argumentação com precedentes dos ministros do Supremo Tribunal Federal, pois além de suas fundamentações não despontarem dos precedentes, como já reiterado, a menção aos mesmos fica desacompanhada de qualquer exposição do seu contexto que dá inteligibilidade à sua norma, já que precedentes são, conforme a argumentação analisada dos ministros, equivalentes aos resultados das decisões. Aqui adentramos na segunda parte de nossa exposição do porquê o Supremo não adota a teoria apresentada na primeira parte do trabalho.

O ponto central de qualquer teoria de precedentes é a figura da *ratio decidendi* do caso. Saber como a teoria compreende a *ratio* de um caso-precedente, conduz à forma como os precedentes devem ser aplicados de acordo com a teoria. Consoante a teoria aqui exposta, *ratio decidendi* é uma norma oriunda da interpretação jurídica coerente com os valores de determinado sistema jurídico para a solução de um caso particular, cujo conteúdo é universalizável para casos posteriores análogos, não possuindo uma rigidez em sua vinculação futura, mas uma flexibilidade que melhor se traduz em uma *alta persuasão*. Não obstante, seu teor goza de elevada maleabilidade, podendo ser constantemente modificado com o intento de tornar-se mais sofisticado com o tempo, sendo este processo de eterno aperfeiçoamento dialético realizado a partir da solução de novos casos concretos posteriores que trouxerem robustos argumentos para a modificação do que até então deveria ser ilibado.

Esta visão coloca a ideia de *ratio decidendi* em uma perspectiva altamente dialética, o que se reflete em sua compreensão, aplicação e modificação. Os ministros do Supremo Tribunal Federal demonstram uma outra visão, que coloca a ideia de *ratio decidendi* com o resultado da decisão. Isto nos é revelado através da forma como os precedentes são citados, sendo sempre acompanhados do resultado do julgamento, como sendo este o teor central a ser seguido por aqueles que enfrentarem casos similares posteriormente.

Esta prática por parte dos ministros do Supremo revela que os mesmos têm uma visão restrita sobre precedentes, como sendo tão somente instrumentos destinados a promover redução de encargo na argumentação posterior. Ao citar precedentes, os

ministros demonstram que não precisam retornar a debates já encerrados, apresentando o resultado das discussões anteriormente travadas (o resultado da decisão). Isto conduz a uma racional economia de tempo e esforços na solução de casos posteriores que forem similares aos casos-precedentes.

Esta preocupação com a rapidez na prestação da tutela jurisdicional advém da infeliz realidade de morosidade do Judiciário pátrio em gerir uma litigiosidade massificada, em virtude de sua metodologia individualista de gestão de litígios¹⁸⁵. Indubitavelmente, precedentes ofertam uma capacidade de gestão de litígios seriados superior a atual forma como estes são encarados pelo nosso sistema, pois os colocam em uma perspectiva de “coletivização”, em que uma demanda judicial torna-se representante de uma coletividade de particulares que se encontram em situação similar. Não se trata de processo coletivo propriamente dito, vez que aqui não há que se falar em classes ou categorias e muito menos em representantes processuais. Fala-se em *grupos de particulares* que se conectam por possuírem algum elemento comum entre eles.

Esta capacidade revela-se muito sedutora para nossa realidade em que casos iguais são decididos de forma desigual e a prestação da tutela jurisdicional opera de forma morosa. Logo, usa-se precedentes na argumentação jurídica pela economia que estes ofertam no trabalho posterior dos julgadores, de não terem que retroceder em debates já encerrados que não devem ser ressuscitados a cada novo julgamento.

Problemático será se por trás da intenção de metamorfose de nossa metodologia processual estiver tão somente uma preocupação de gestão de litígios massificados, pois, apesar de salutar, focar tão somente neste ponto pode produzir problemas na aplicação de inovações processuais.

Outrossim, a própria visão de coerência do Supremo revela-se, em certa medida, díspar da teoria exposta, apesar dos julgados apresentados terem demonstrado uma oscilação do uso de argumentos que se assemelham com a visão de MacCormick sobre consequencialismo. No que pese os ministros demonstrarem relativa preocupação, em certos assuntos, com a realidade social e econômica do país, o zelo com a coerência do impacto de suas decisões com os valores do sistema jurídico mostrou-se esporadicamente nos votos de alguns. Quando adotamos a ideia de consequencialismo de MacCormick como sendo um último teste de coerência com as soluções propostas em um caso, sob a perspectiva dos hipotéticos resultados que poderá produzir – se serão ou não

¹⁸⁵ Como destacado em ARENHART, Sérgio Cruz. Op. Cit. p. 150-153.

incompatíveis com a ordem jurídica –, percebemos não só uma pontualidade neste tipo de argumento como seu reduzido uso.

No julgamentos sobre a constitucionalidade do dispositivo 1790 do CC/2002, alguns ministros demonstrarem esse tipo de argumentação em seus votos ao afirmarem que se o entendimento for de que é constitucional o tratamento diferente entre união estável e casamento, em especial nos moldes ofertados pelo Código Civil de 2002 em sucessões, criarão uma hierarquização nas formas de famílias possíveis de serem constituídas em nosso país, como se tivéssemos famílias de primeira categoria – constituídas por meio de casamento – e de segunda categoria – constituídas por meio de união estável. Uma hierarquização familiar desconexa com os valores constitucionais.

Em sintonia, a mesma ideia ficou presente nos julgamentos sobre possibilidade de instituição de prazos em recontrações de servidores públicos temporários e no caso que julgou a computação em separado do limite de vencimentos que um agente público pode perceber quando cumula lícitamente dois cargos públicos. No primeiro aduziu que se se entendesse inconstitucional qualquer forma de impedimento em prazo previamente estabelecido de recontração de servidores públicos temporários, cair-se-ia na convalidação do que tem por natureza ser temporário e excepcional em estável e indefinido.

No segundo caso argumentou-se inclusive na possibilidade de instituição de alguma forma paritária de trabalho escravo daqueles servidores que já percebessem o teto de suas remunerações a partir da ocupação de um único cargo, vindo a trabalhar de forma não remunerada no segundo cargo. Por conseguinte, destaca-se ainda que seria ilógico pensar que a Constituição ao permitir a cumulação de cargos públicos pudesse, em contrapartida, tolher a remuneração de um deles, sendo que previamente os havia autorizado. Logo, se este tipo de pensamento fosse tolerado haveria a aceitação de uma negação dentro de uma permissão constitucional.

Todavia, esta argumentação não se revela presente em todos os julgados analisados e nem constante em todos os votos dos ministros. Dentro do teor da teoria exposta na primeira parte, esta preocupação com as consequências daquilo que se resolve não pode ser uma atenção pontual, mas constante.

Como dito no princípio de nossa análise da argumentação com precedentes dos ministros do Supremo Tribunal Federal, estes julgadores apresentam uma forma de argumentar que transparece não adotarem a teoria de precedentes oriunda dos escritos de

MacCormick e Alexy, porém daí não queremos dizer que haja uma rejeição a ela ou, o que seria mais drástico, uma impossibilidade de sua adoção por parte de nosso Judiciário.

Não pretendemos apresentar no tópico seguinte quais modificações deveriam ser implementadas em nossa praxe ou ensino jurídico para viabilizarem a teoria de precedentes explicada na primeira parte, mas destacar suas características compatíveis com nosso ordenamento como ponto a fortalecer a justificativa de sua viabilidade em nosso ordenamento jurídico.

5. MOTIVOS PARA A ADOÇÃO DA TEORIA PRECEDENTALISTA DE MACCORMICK E ALEXY

Apesar de atualmente a teoria precedentalista de Alexy e MacCormick, que expusemos no início, não ser adotada pelo Judiciário, isto não significa que não possa vir a ser, afinal as recentes inovações trazidas pelo Código de Processo Civil ainda estão em suas “vias de implementação”, vez que demandam de algum tipo de metamorfose em nossa praxe forense para que sejam adequadamente concretizadas. Entendemos que no campo pátrio de argumentação com precedentes o mesmo esteja acontecendo, em virtude da recente intensificação nos debates sobre este tema em nosso país.

Desta forma, apresentaremos alguns motivos para a adoção por parte não só do Supremo Tribunal Federal, mas de todo o Judiciário pátrio, da teoria de argumentação com precedentes oriunda dos escritos de Alexy e MacCormick.

A primeira justificativa à possibilidade de adoção da teoria de precedentes aqui exposta está na sua proximidade com a concepção de efeitos radiantes dos direitos fundamentais, de sua interpenetração em todos os ramos jurídicos, promovendo o que pode ser chamado de constitucionalização dos ramos jurídicos, em que a inteligibilidade dos dispositivos infraconstitucionais opera a partir de um vetor hermenêutico constitucional¹⁸⁶.

A interpretação dos dispositivos infraconstitucionais em sintonia com a Constituição coaduna com a visão coerentista da teoria precedentalista oriunda dos escritos de MacCormick e Alexy, em virtude da forma como estes jusfilósofos estruturaram a argumentação jurídica de forma a ser coerente com os valores do ordenamento jurídico, seja pela visão de coerência normativa ou justificação externa.

Desta dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que penetra na interpretação jurídica, desponta a conexão entre direitos fundamentais e a *ratio decidendi*, vez que sendo o núcleo universalizado a guiar futuras interpretações, o seu conteúdo deverá estar em harmonia com os direitos fundamentais. Afinal, se as decisões judiciais devem estar em concordância com os direitos fundamentais, a pretensão de universalidade deste juízo

¹⁸⁶ Em virtude do que a doutrina chamou de dimensão objetiva dos direitos fundamentais. MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 166-169; e SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 142-151.

particular só pode seguir a mesma harmonização. Por conseguinte, a estabilidade desta universalização também é uma questão que afeta os direitos fundamentais, pois a racional inalterabilidade da norma visa proteger, em última *ratio*, o tratamento isonômico dos jurisdicionados.

Neste diapasão, a ressignificação da natureza judicante que não fica mais manietada ao texto¹⁸⁷, vez que deve dele partir para externalizar a norma que lhe subjaz, correlaciona-se com a argumentação com precedentes aqui defendida. No momento em que apresentamos a visão de *ratio decidendi* deixamos implícito uma forma distinta de atuação do magistrado, que não mais coaduna com uma posição estanque de mero aplicador de um texto claro e objetivo que não é passível de interpretação. Por detrás da noção de *ratio decidendi* está um magistrado mais ativo em seu labor, que, inclusive, pode adotar uma argumentação *contra legem*.

Esta postura reflete-se no que a doutrina chama de formalismo valorativo, em que o magistrado adota uma postura mais ativa e compromissada com os direitos fundamentais na prestação da tutela jurisdicional¹⁸⁸. Esta postura deve ser acompanhada de uma prática argumentativa precedentalista, vez que se a todos os magistrados é deferido o poder de “dizer o direito em conformidade com a Constituição”, esta tarefa, para evitar uma desordem e uma pluralidade de interpretações até da mesma norma, deverá possuir um mínimo de estabilidade¹⁸⁹.

Outrossim, o mandamento constitucional de que todos são iguais – logo, demandam tratamento igual – não se encerra na criação de regras, mas continua na aplicação (interpretação) do direito, ou seja, todos são iguais sob a ótica da interpretação jurídica, no sentido de que torna-se desarrazoado que interpretações distintas sejam ofertadas a casos iguais. A argumentação com precedentes a partir da teoria de Alexy e MacCormick oferta uma racional estabilidade dos posicionamentos firmados pelo Judiciário.

Não obstante, a preocupação com uma dinâmica eficiente em produzir decisões judiciais céleres em uma sociedade de litigância massificada torna-se possível de ser

¹⁸⁷ Sobre a trajetória teórica do processo até esta vigente concepção, que modifica a postura do magistrado, ver: MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. Op. Cit. p. 29-47.

¹⁸⁸ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. Op. Cit. p. 38-47.

¹⁸⁹ Neste diapasão, é o alerta já feito por Marinoni da relação entre estabilidade dos posicionamentos judiciais, feito pelo uso de precedentes na argumentação jurídica, com o *judicial review* em MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. Op. Cit. p. 75-88. Em sintonia fica o relato de Mauro Cappelletti da desastrosa adoção do modelo difuso de controle de constitucionalidade sem o emprego de uso de precedentes na argumentação jurídica italiana. CAPPELLETTI, Mauro. Op. Cit. p. 76-81.

alcançada a partir da teoria de argumentação com precedentes de Alexy e MacCormick, mesmo sendo esta capacidade secundária na argumentação com precedentes para os respectivos jusfilósofos.

Argumentar com precedentes oferta, como consequência de sua adoção, uma racional redução nas argumentações subsequentes a partir da referência a precedentes. Pelo princípio da inércia de Perelman, torna-se desnecessário retroceder em debates já encerrados a cada nova demanda, como se este processo fosse inaugurar algum debate no âmbito do Judiciário. Torna-se irracional, portanto, tratar cada demanda judicial como sendo inédita, como se fosse correto imaginar que um magistrado julga a partir de um vácuo em que inexistia qualquer posicionamento firmado previamente ou qualquer norte em sua argumentação, seja ele bom ou mau.

Levar em consideração decisões prévias em casos similares futuros oferta uma inegável redução na atividade intelectual dos magistrados, que poderão destinar seus esforços a casos mais complexos e legitimamente inéditos. Esta otimização de recursos possibilita uma metodologia mais idônea para lidar com demandas massificadas, sem descuidar dos pormenores dos casos concretos que não poderão ser ignorados.

Esta capacidade do uso de precedentes é destacada por MacCormick e Alexy, a *redução de encargo* promove uma economia nos recursos do judiciário, que pode deslocar seu pessoal e esforços para casos que não sejam repetitivos.

Esta otimização na argumentação jurídica conduz a uma ressignificação do papel do Supremo Tribunal Federal, que em nosso entender é mais coerente com sua função. A atuação do Supremo passa a ser mais criteriosa naquilo que julga, vez que não precisa julgar tudo para dizer o mesmo que já tinha dito antes, logo, torna-se possível falarmos em uma maior seletividade recursal por parte do Pretório Excelso¹⁹⁰. O Supremo Tribunal Federal não é uma corte ordinária de recursos, mas um Tribunal Constitucional que atua como legítimo intérprete da Constituição pátria¹⁹¹.

A adesão à teoria de precedentes aqui esboçada nos leva a uma modificação de postura do Supremo que melhor coaduna com sua função constitucional, permitindo, por conseguinte, que tenha uma reduzida atuação recursal, similar a algumas Cortes Constitucionais estrangeiras que demonstram um perfil mais seletivo nos recursos que

¹⁹⁰ Também aplicável aos demais tribunais superiores, como Superior Tribunal de Justiça, por exemplo.

¹⁹¹ Neste sentido é que muitos processualistas destacam a necessidade de um sistema precedentalista pátrio em razão da adoção em nosso ordenamento de um modelo misto de controle constitucionalidade, abarcando o modelo difuso. MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. Op. Cit. p. 75-88 e ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Op. Cit. p. 44-49, por exemplo.

analisam¹⁹². A intenção de maior celeridade processual em nosso ordenamento pátrio, traduzida em inovações processuais recentes, mostra-se passível de ser atendida a partir da adesão à teoria aqui apresentada.

Seletividade que não fica restrita ao Supremo Tribunal Federal, mas espraia-se aos demais tribunais, tornando a prestação da tutela ainda mais célere e racional, por maximizar a coerência na argumentação jurídica. Sem olvidar, que esta rapidez não importa em uma automatização das decisões, vez que falamos em uma otimização e não supressão da argumentação jurídica subsequente.

Não obstante, a coerência não valerá em absoluto, impedindo que modificações possam ocorrer nos posicionamentos outrora firmados. A manutenção do conteúdo dos precedentes sempre seguirá um juízo de proporcionalidade entre passado, presente e futuro, em que os argumentos a favor da estabilidade serão sopesados com os seus contra-argumentos, ou seja, modificações políticas, sociais, econômicas e a própria compreensão de valores, terão impactos na manutenção dos precedentes.

Este incremento na estabilidade dos conteúdos das decisões judiciais produz maior previsibilidade aos jurisdicionados a respeito do seus direitos e deveres, o que permite que os mesmos possam pautar suas vidas com um mínimo de confiança sobre a cognoscibilidade de seus direitos. A teoria de precedentes de MacCormick e Alexy produz uma otimização da prestação da tutela jurisdicional, cuja aplicabilidade está condicionada a modificação de nossa praxe forense, que, de certa forma, está sendo impulsionada pelo vigente Código de Processo Civil.

No que pese as incompatibilidades do Supremo Tribunal Federal, apontadas no capítulo anterior, estas não podem ser consideradas como óbices intransponíveis à adoção da teoria precedentalista supramencionada. Com a institucionalização do contraditório e dos deveres de cooperação, torna-se possível uma atmosfera de debate propícia à teoria aqui apresentada. Não obstante, apesar da postura de nossa Suprema Corte em enunciar

¹⁹² Levando em consideração dados estatísticos ofertados pelas Cortes Constitucionais, enquanto no ano de 2016 o Supremo Tribunal Federal proferiu 117.426 decisões, sendo delas 95.276 terminativas, consoante dados disponibilizados pelo programa Supremo em ação do CNJ em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/08/f8bcd6f3390e723534ace4f7b81b9a2a.pdf>. No mesmo ano foram direcionadas à Suprema Corte Federal Alemã apenas 5.754 processos, de acordo com o relatório anual disponibilizado pela referida corte em: http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/EN/Statistik/statistics_2016.pdf?__blob=publicationFile&v=2. Por sua vez, a Suprema Corte estadunidense afirma que por ano lhe são direcionados 7 a 8mil processos, no entanto apenas 80 são ouvidos por ano. Esta praxe estadunidense, de ouvir poucos processos por ano, foi ratificada em visita datada de 2009 na visita do *justice* Antonin Scalia ao Supremo Tribunal Federal. Notícia disponível no sítio do próprio Supremo: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.Asp?idC conteudo=108198>.

aquilo que vem a entender como *ratio decidendi* de seus julgados, se os enunciados forem encarados como facilitadores de pesquisas, então a teoria aqui proposta não terá muitos problemas para ser aplicada.

Mais substancial é a modificação na visão do Supremo Tribunal Federal sobre *ratio decidendi*, para torná-la compatível com a visão de Alexy e MacCormick, porém acreditamos que os motivos aqui expostos podem servir como incentivo para esta metamorfose, cuja operacionalidade foge do objeto de nosso trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ainda vivemos um período de transição pós reforma processual, no sentido de as inovações criadas ainda estarem sendo assimiladas e passam por um estágio de maturação. Difícil pensar que uma novidade trazida no vigente Código de Processo Civil não fosse depender de alguma forma de modificação de nossas práticas processuais consolidadas no tempo.

De igual forma, está a situação contemporânea da prática precedentalista que o código visa implementar. Afinal, qual noção de vinculação e com qual racionalidade trataremos o nosso sistema precedentalista? Existe uma pluralidade bem rica de teorias que visam estruturar e explicar o uso de precedentes por Tribunais, a que expomos neste trabalho coloca essa prática decisória em uma perspectiva dialética, cujo resultado, sua *ratio decidendi*, apresenta as características deste processo.

Cientes da pluralidade de teorias contemporâneas que apresentam inteligibilidade e racionalidade ao uso de precedentes, nosso objetivo foi apresentar uma teoria que, em nosso entender, tem viabilidade e afinidade com a axiologia constitucional pátria, refletida nos primeiros dispositivos do Código de Processo Civil de 2015, em claro sinal de tornar o processo cível pátrio mais próximo dos valores constitucionais – um fenômeno também chamado de constitucionalização dos ramos do direito.

Como argumentamos na segunda parte do trabalho, a teoria de argumentação com precedentes oriunda das obras de Neil MacCormick e Robert Alexy coaduna com a intenção do legislador infraconstitucional em tornar o processo civil mais dialético, através da postura cooperativa do magistrado e do contraditório como viga mestra na condução processual, e célere, por meio de institutos processuais destinados a otimizar a prestação da tutela.

No que pese a inexistência de incompatibilidades com o texto do vigente código, e podendo, a partir da teoria exposta, dar inteligibilidade aos dispositivos destinados a concretização do sistema de precedentes pátrio. Observa-se, a partir da análise de julgados do Supremo Tribunal Federal, uma distinta prática argumentativa de precedentes, cuja concepção do que seja e como se aplica precedentes é contrária à teoria de precedentes de Alexy e MacCormick.

Mesmo com esta concepção teórica distinta por parte do Supremo, persistimos na sustentabilidade da teórica precedentalista que expomos, apresentando motivos para sua

adoção, partindo desde as suas vantagens até as consequências do seu uso. Ainda que destacando a necessidade de modificação de alguns pensamentos e posturas por parte dos ministros, sem adentrar na forma de concretizar esta metamorfose, afirmando que estas mudanças não são impossíveis e podem ser impulsionadas pela própria exposição de motivos para a adoção da teoria.

Em verdade, a necessidade de mudanças já é algo previsto pelo próprio código, tanto que os dispositivos analisados neste trabalho são direcionados a modificar práticas consolidadas em nossa praxe forense, principalmente voltadas à argumentação jurídica. Destarte, não seria diferente com o uso de precedentes que o código quer criar a partir de comandos legais.

Por esta razão que ao analisarmos o Código de Processo Civil, debatemos a interpretação dos dispositivos destinados à aplicação dos precedentes a partir das teorias da argumentação de Alexy e MacCormick, com especial atenção ao *caput* do artigo 926, em virtude da presença de conceitos jurídicos indeterminados que estão presentes nas teorias dos mencionados jusfilósofos.

Neste diapasão, acreditamos na possibilidade de aplicação da teoria de precedentes, apresentada neste trabalho, primeiro pelos motivos que expusemos na parte final e pela crença de que ainda passamos por um período de transição de uma prática outrora consolidada para uma nova entendida pelo legislador como mais idônea em promover um processo apto a lidar com problemas enfrentados no passado e que foram mal administrados, como litigância massificada e morosidade na prestação da tutela jurisdicional.

Crentes de que a teoria exposta conduz à criação de um processo cível mais dialético e garantidor dos direitos fundamentais, com postura prospectiva em suas respostas mais conscientes da importância de seus impactos sociais.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Jogo democrático e processo: as razões pelas quais o processo civil deve ser um jogo limpo**. In: STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; e LEITE, George Salomão (coords.). **Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil: coerência e integridade**. São Paulo: Saraiva, 2016.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

_____. **Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2001.

_____. *El concepto y la validez del derecho*. 2ª ed. Barcelona: Gedisa Editorial, 2004.

_____. **Teoria discursiva do direito**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ALEXY, Robert e DREIER, Ralf. *Precedent in the Federal Republic of Germany*. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert; e GOODHART, Arthur. *Interpreting precedents: a comparative study*. New York: Routledge, 2016.

ALEXY, Robert e PECZENIK, Aleksander. *The concept of coherence and its significance for discursive rationality*. Ratio iuris. Vol. 3. no. 1., 1990. Disponível em: <https://documents.mx/documents/alexypiecznik-the-concept-of-coherence-and-its-significance-for-discursive-rationality-1990-55b945d268653.html>. Acesso em 23 nov. 2017.

ALEMANHA. *Bundesverfassungsgericht: Annual statistics 2016*. Disponível em: http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/EN/Statistik/statistics_2016.pdf?__blob=publicationFile&v=2. Acesso em 23 nov. 2017.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. **A verticalização das decisões do STF como instrumento de diminuição do tempo do processo: uma reengenharia necessária**. Disponível em: <http://www.henriquemouta.com.br/textos.php?p=2>. Acesso em: 27 out. 2017.

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

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal**. Curitiba: Juruá, 2012.

ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

BERMAN, Harold J.. *Law and revolution II: the impact of the protestant reformations on the western legal tradition*. Massachusetts: Harvard University Press, 2003.

BRASIL. **Anteprojeto do novo código de processo civil**. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em 23 nov. 2017.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça: Supremo em ação**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/08/f8bcd6f3390e723534ace4f7b81b9a2a.pdf>. Acesso em 23 nov. 2017.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal: Notícias STF**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.Asp?idConteudo=108198>. Acesso em 23 nov. 2017.

CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade *prima facie* dos atos processuais**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, Forense, 2010.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. **A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

CHASE, Oscar G. **Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada**. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

CROSS, Rupert e HARRIS, J. W.. *Precedent in english law*. 4ª ed. New York: Oxford University Press, 2004.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarna; e OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 10ª ed. Salvador: Juspodvm, 2015.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012.

_____. **Império do direito**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MACCORMICK, Neil. *Coherence in legal justification*. In: PECZENIK, Aleksander; LINDAHL, Lars; e ROERMUND, Bert Van (coords.). *Theory of legal science: proceedings of the conference on legal theory and philosophy of science, Lund, Sweden, December 11-14, 1983*. Boston: D. Reidel Publishing Company, 1984.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *Rhetoric and the rule of law.: a theory of legal reasoning*. New York: Oxford University Press, 2010.

MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S.; e GOODHART, Arthur L.. *Interpreting precedents: a comparative study*. New York: Routledge, 2016.

MACCORMICK, Neil; BANKOWSKI, Zenon; MORAWSKI, Lech; e MIGUEL, Alfonso. *Rationales for precedent*. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert; e GOODHART, Arthur. *Interpreting precedents: a comparative study*. New York: Routledge, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Julgamento nas cortes supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz ARENHART, Sérgio; e MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. Vol. 1. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MAUES, Antonio Moreira. *Jogando com os precedentes: regras, analogias e princípios*. Revista Direito GV. 16. Ano 2012. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/jogando-com-precedentes-regras-analogias-principios>. Acesso em 23 nov. 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Por uma reforma da Justiça Civil no Brasil: um diálogo entre Mauro Cappelletti, Vittorio Denti, Ovídio Baptista e Luiz Guilherme Marinoni*. Revista de Processo n. 36, vol. 199, setembro de 2011.

_____. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHMITZ, Leonard Zieseimer. **Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SOUZA, Marcelo Alves Dias. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2013.

STRECK, Lenio e ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

ZANETI JR., Hermes e COPPETI NETO, Alfredo. **Os deveres de coerência e integridade: a mesma face da medalha? A convergência de conteúdo entre Dworkin e MacCormick na teoria dos precedentes judiciais normativos formalmente vinculantes**. In: STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; e LEITE, George Salomão. **Hermenêutica e jurisprudência no novo Código de Processo Civil: coerência e integridade**. São Paulo: Saraiva, 2016.