XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

FERNANDO DE BRITO ALVES

GABRIELA MAIA REBOUÇAS

ISAAC COSTA REIS

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314

Teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Fernando De Brito Alves; Gabriela Maia Rebouças; Isaac Costa Reis - Florianópolis: CONPEDI, 2017

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-419-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Igualdade 3. Princípios. 4.Filosofia.

XXVI EncontroNacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Apresentação

O XXVI Encontro Nacional do CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, ocorrido em Brasília entre os dias 19 e 21 de julho de 2017, teve como tema central "Desigualdades e Desenvolvimento: o papel do Direito nas Políticas Públicas."

Ao longo de três dias, professores e pesquisadores de todo o Brasil debateram os principais temas ligados aos aspectos práticos e teóricos de sua atividade. Nesse contexto, o Grupo de Trabalho intitulado "Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica I" ocorreu na tarde do terceiro dia, sob a coordenação dos Professores Dr. Fernando de Brito Alves, da Universidade Estadual do Norte do Paraná, Dr.ª Gabriela Maia Rebouças, da Universidade Tiradentes/SE e Dr. Isaac Reis, da Universidade de Brasília- UnB.

Os trabalhos foram agrupados em blocos temáticos, visando possibilitar um diálogo mais profícuo dos temas. Após um conjunto de apresentações individuais, seguiu-se ao debate, que primou pela escuta atenta, pela colaboração entre os pares e pela problematização dos coordenadores, no intuito de qualificar e adensar as pesquisas, propondo melhorias na delimitação de seus objetos, de forma que todos os presentes manifestaram o apreço de se sentirem contemplados .

O primeiro grupo de trabalhos tratou de temáticas ligadas a igualdade, diferença e desigualdade, indo de questões como o acesso à terra e cotas raciais, até a discussão sobre o conceito de sujeito na modernidade e na pós-modernidade. No segundo bloco, as pesquisas giraram em torno das teorias e processos decisórios no Direito: ponderação de princípios, discricionariedade, ônus da prova, eficiência e argumentação estiveram entre os temas destacados. O terceiro bloco teve como foco as teorias da justiça e suas exigências nos processos decisórios, tanto judiciais quanto em matéria de políticas públicas. Um quarto bloco de pesquisas priorizou a abordagem de questões teóricas ligadas a aspectos linguísticos, argumentativos e justificativos do Direito enquanto prática decisional, ao passo que o último grupo de trabalhos buscou a aplicação das teorias na análise de discursos e decisões acerca de questões como união homoafetiva, direito à saúde e trabalho escravo.

Como conclusão, o grupo afirmou a tendência da área de Filosofia do Direito (e suas subdivisões) de caminhar na direção de pesquisas que utilizem os marcos teóricos

efetivamente como instrumentos para a análise de problemas jurídico-sociais concretos (teóricos ou práticos). Criticou-se a utilização de teorias desvinculadas de suas condições reais de produção e das questões a que elas procuraram, a seu tempo, dar respostas, apontando para um um paradigma de pesquisa no qual os autores e teorias mainstream sejam compreendidos a partir de sua realidade econômica, política e social.

As contribuições apresentadas deixaram patente que as comunidades acadêmicas ligadas ao GT, oriundas de diversos grupos de pesquisa e linhas dos programas stricto sensu no Brasil, com representatividade de todas as regiões – norte, nordeste, centro oeste, sul e sudeste – estão em processo de autoquestionamento e franco desenvolvimento, adensando e qualificando o debate , o que seguramente contribuirá para o aumento da qualidade da Pós-Graduação em Direito no Brasil.

Prof. Dr. Fernando De Brito Alves - Universidade Estadual do Norte do Paraná

Prof.ª Dr.ª Gabriela Maia Rebouças - Universidade Tiradentes

Prof. Dr. Isaac Reis - Universidade de Brasília (UnB)

PRECEDENTES VINCULANTES DE FACTO NO SISTEMA BRASILEIRO A PARTIR DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ROBERT ALEXY

BINDING PRECEDENTS DE FACTO IN BRAZILIAN'S SYSTEM BASED IN ROBERT ALEXY'S THEORY OF LEGAL ARGUMENTATION

Arthur Vinicius Bezerra Garcia

Resumo

Advogados e juízes seguem precedentes judiciais em suas atividades por questões tradicionais de seus países, por exigência legal ou existe uma racionalidade intrínseca na prática jurídica que justifique a exigência de precedentes no processo decisório do direito? O presente trabalho buscará instigar a viabilidade da coexistência de precedentes com autoridade de iure e de facto no sistema brasileiro a partir da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy.

Palavras-chave: Precedentes obrigatórios, Precedentes vinculantes de facto, Precedentes vinculantes de iure, Argumentação jurídica, Robert alexy

Abstract/Resumen/Résumé

Why lawyers and judges follow precedents, it's because of traditional factors, law's imposition or there is an implicit rationality in judicial practice that justifies the authority of precedents in the process of judicial decision? The present work aims to discuss the coexistence of precedents binding the iure and the facto in brazilian's system based in Robert Alexy's theory of legal argumentation.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Binding precedents, Precedents binding de facto, Precedents binding de iure, Legal argumentation, Robert alexy

INTRODUÇÃO

Como forma de otimizar a prestação da tutela jurisdicional, diante da realidade de litígios massificados na sociedade brasileira, a recodificação do Código de Processo Civil optou por determinar que específicas decisões judiciais deverão ser obrigatoriamente observadas em casos posteriores. Afirma-se, por conseguinte, que o atual CPC adota dinâmica de precedentes vinculantes, de forma que predeterminadas decisões serão usadas como referências em casos posteriores análogos.

A vinculação formal a precedentes despertou várias críticas por parte da doutrina pátria. Referidas críticas gravitam sobre um ponto em comum: cultura. O fator cultural, na visão de alguns, mostra-se como uma barreira instransponível para a adoção de prática precedentalista em nosso país. Porém, seria a autoridade dos precedentes uma característica a residir tão somente no aspecto cultural de países do *common law*? Países de *civil law* só poderiam adotar prática similar com previsão legal, em razão de sua tradição?

O presente trabalho buscará contra argumentar a visão supramencionada, por parte de alguns doutrinadores pátrios, introduzindo a possibilidade de sustentar a autoridade de precedentes, não previstos em lei, a partir da teoria discursiva de Robert Alexy, principalmente em sua teoria do *direito como um caso especial do discurso prático geral*. Buscar-se-á, com base na teoria da argumentação de Alexy, fundamentar a possibilidade de coexistência de precedentes vinculante *de facto* com precedentes vinculantes de *iure* (artigo 927 do CPC) em nosso ordenamento, tendo o ordenamento jurídico alemão como exemplo concreto desta possibilidade. Apontando, inclusive, vantagens e consequências no uso desta argumentação com precedentes em nosso ordenamento.

1 PRECEDENTES FORMAIS A PARTIR DO NOVO CPC

A criação de uma sistemática precedentalista própria, a partir da recodificação processual cível, despertou os olhares da crítica. Esta crítica, por parte da doutrina, pode ser resumida na palavra *cultura*. Boa parte das críticas gravitam na impossibilidade (acertada) de se copiar algo que é reflexo de uma evolução cultural de países de *common law*[1]. Por

[1] Parte do acerto desta crítica reside na correta interpretação de que o direito é um reflexo da cultura de determinado povo, de modo a existirem elementos institucionais incompatíveis com outros ordenamentos, por inexistir qualquer semelhança cultural. Neste diapasão, Oscar G. Chase menciona como alguns institutos processuais dos Estados Unidos da América são um reflexo do que chama de *excepcionalismo* daquele país, pois marcam características únicas do povo estadunidense, como por exemplo, a existencia de tribunal do júri para

conseguinte, alguns doutrinadores apontam que nossa praxe forense apresenta características incompatíveis com a dinâmica de precedentes, correndo no risco da aplicação de precedentes em solo pátrio se tornar igual à *forma como ementas judiciais são aplicadas*[2] corriqueiramente (outro ponto que gravita no aspecto cultural, mas aponta elementos de nossa cultura como deformadores da dinâmica de precedentes).

O fato da autoridade dos precedentes brasileiros derivar da lei é um ponto de crítica por parte de alguns processualistas, por inexistir correspondência em países de *common law*. Nos países desta tradição, a lei não desempenha a função de imbuir determinadas decisões de autoridade para serem observadas em casos posteriores, portanto, esta diferença seria o ponto de partida de parte da crítica nacional sobre o sistema precedentalista que está sendo criado em nosso ordenamento. Em suma, *não seriam precedentes tais como em países do common law*.

Antes da criação do CPC de 2015, Geoges Abboud já se dedicara ao estudo de sistemas precedentalistas. O referido processualista criticou a forma como parte da doutrina se referia aos antigos artigos 543-B e 543-C do CPC de 1973, como sendo espécies de precedentes em nosso ordenamento jurídico. Para o referido autor, estes dispositivos não eram precedentes tais como nos Estados Unidos da América e prosseguia com sua crítica à possibilidade de importação desta sistemática, pois a forma como nosso país deseja criar esta prática em nada se assemelhava ao seu surgimento na Inglaterra (WAMBIER, 2012, p. 509-514 e 527-541).

A evolução da prática de precedentes em países de *common law* é narrada por Harold Berman, partindo desde a sua inexistência (até o século XVII) até à vinculação contemporânea na fase do *stare decisis* (por volta do século XIX), tendo sua inspiração na metodologia científica do século XVII (BERMAN, 2003, p. 273-275). O surgimento e desenvolvimento da prática de precedentes no contexto inglês ocorreu sem auxílio direto

---

questões cíveis. Estes elementos culturais refletidos no campo jurídico tornam incompatíveis inclusive países que tradicionalmente pertencem à mesma tradição jurídica, como é o caso dos Estados Unidos da América e Inglaterra, enquanto no primeiro existe tribunal do júri para questões cíveis, no segundo a prática foi abolida há anos. CHASE, Oscar G.. **Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada**. 1ª ed. São Paulo: Editora Marcial Pons, 2014. p. 79-90.

[2] Sobre este ponto Maurício Ramires afirma que ementas judiciais são aplicadas na prática como se trouxessem as respostas prontas e acabadas para casos futuros, inclusive, a própria redação das mesmas já segue esta tendência da prática, pois são escritas de forma genérica e abstrata. RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010. p. 46-54.

legislativo[3], como esclarecimentos sobre o que seja e como usar um precedente, muito menos de impor que determinadas decisões deverão ser encaradas como precedentes.

Portanto, o surgimento e evolução do uso de precedentes vinculantes no contexto inglês ocorreu a partir de um desenvolvimento no dia-a-dia, sem impulso legislativo que instituísse a autoridade normativa a determinadas decisões, para que fossem encaradas como precedentes no futuro. Uma característica na qual Georges Abboud se apoiou para criticar a criação de prática similar em solo pátrio, ainda mais por imposição legal.

Também falando sobre cultura, mas em um aspecto diferente do anterior, Maurício Ramires aponta como nossa praxe forense apresenta práticas nocivas ao uso de precedentes vinculantes, vez que se funda na equivocada visão de que questões de direito podem se dissociar de questões de fato. Algo refletido no uso de *ementas judiciais* em nossa praxe forense, como se fossem *standards* que trouxessem as respostas prontas e acabadas a serem acopladas nos casos posteriores através de juízos lógico-dedutivos, perdendo toda a inteligibilidade do pronunciamento precedente ao desprende-lo de sua narrativa. Uma prática não muito distinta do uso de súmulas em nossa praxe forense, como se fossem respostas prontas e acabadas a serem usadas para responder casos futuros.

Aqui é nossa cultura forense a ser mostrada como empecilho na qualidade da prática precedentalista do CPC de 2015, pois nossa praxe pode transformar o uso de precedentes igual ao uso de ementas e súmulas que já vínhamos fazendo. Mas este aspecto cultural não deve ser visto como intransponível e sim como um ponto a ser modificado pela reforma processual. Nós já estamos acostumados com este poder da lei: de induzir novas práticas sociais. Afinal isto já aconteceu no passado com a obrigatoriedade do uso de cinto de segurança e da proibição de fumar em locais públicos. Agora o novo CPC busca instigar novos hábitos a partir do seu artigo 489, parágrafo 1º, que combatem estes velhos costumes de nossa praxe forense.

Resta sabermos se em países cuja tradição seja de codificação intensa do direito, como a nossa, é possível existir precedentes vinculantes não previstos em lei. Sem dúvida, a lei

---

[3] Luis Guilherme Marinoni sustenta que a reforma protestante do século XVI teve margem de contribuição no surgimento da prática de precedentes na Inglaterra, por ter o trabalho como forma de vida que agradava a Deus em religiões que surgiram com a reforma. Consequentemente, o trabalho demandava um direito mais racional, mais calculável, o que no direito inglês – não codificado, em sua maioria – foi se alcançando por meio do florescimento da autoridade de precedentes judiciais. Em suma, um *desencantamento com o mundo* deslocou o eixo gravitacional da vida para o mundo terreno, tendo no trabalho uma forma de vida que agradava a Deus ou permitia descobrir indícios da predestinação a uma vida no céu, uma maior importância com o trabalho permitiu o desenvolvimento do capitalismo que demandava um direito mais calculável. MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 26-32.

pode induzir uma prática precedentalista, afirmando quais decisões serão observadas no futuro, porém apenas a lei pode justificar a vinculação a precedentes em países de *civil law*? Passaremos a questionar isto a partir de análise do sistema alemão.

1.1 O USO DE PRECEDENTES NA ALEMANHA

Para compreender a forma como precedentes são usados na Alemanha, antes deve ser introduzida uma classificação sobre autoridade dos precedentes. É importante compreender o que se entende por precedentes *vinculantes de facto* (*binding de facto*) e *de iure* (*binding de iure*). Aleksander Peczenik ajuda neste esclarecimento conceitual. Conforme o autor, a autoridade de precedentes vinculantes de *facto* reside em vários fatores fora do campo positivo, na hipótese da autoridade residir no campo positivo (lei) o precedente passa a ser denominado como *vinculante de iure*. Em outras palavras, precedentes vinculantes *de facto* tem autoridade normativa e são seguidos na prática, e aqueles que seguem se encontram na obrigação de fazê-lo, porém esta autoridade normativa não advém da lei (MACCORMICK; SUMMERS; e GOODHART, 2016, p. 465-467).

A Alemanha é um exemplo de país que possui tanto precedentes vinculantes de *facto* quanto de *iure*. Neste país do velho continente, precedentes são obedecidos porque a lei determina uma hipótese em que determinada decisão da Suprema Corte será observada por todas as instâncias do Judiciário alemão, e onde a lei é silente (sobre outras hipóteses de decisões judiciais), existe uma prática de obediência a precedentes.

O ordenamento jurídico alemão é de tradição romano-germânica, sendo marcado pela codificação de seu direito, todavia, na prática precedentes são obedecidos e detêm relativa autoridade, são, portanto, precedentes com *autoridade de facto*. No caso da Alemanha, a legislação (s.31 (1) BVerfGG) determina que as decisões da Suprema Corte alemã devem ser observadas pelas demais instâncias inferiores, em suma, um precedente com autoridade *de iure*. Por conseguinte, a lei em questão em nenhum momento afirma que o precedente da Suprema Corte é vinculante a ela própria, porém na prática a Suprema Corte alemã obedece seus próprios precedentes e é esta questão que Robert Alexy e Ralf Dreier abordam, a vinculação a precedentes no direito alemão independentemente de comando legal para tanto (MACCORMICK, SUMMERS; e GOODHART, 2016, p. 26-31).

Consoante a análise de Robert Alexy e Ralf Dreier, os precedentes sem previsão legal gozam de relativa autoridade e são usados na praxe forense, entretanto, a praxe não acompanha os debates acadêmicos alemães sobre a sistemática precedentalista, de forma que

os estudos sobre teoria de precedentes na Alemanha não são refletidos na praxe forense, tanto que os autores mencionam como o uso do *distinguishing* não é bem sedimentado no país, como resultado deste desnivelamento entre academia e Judiciário (MACCORMICK; SUMMERS; e GOODHART, 2016, p. 54-55).

Apesar disto, o uso de precedentes factualmente na Alemanha é relativamente evoluído, pois é destacado o uso de variações da técnica do *overruling*, como o *anticipatory overruling* que, diferentemente do estadunidense[4], não se baseia muito numa combinação de técnicas de manejo de precedentes e sim em um juízo probabilístico sobre a revogação do precedente por parte do tribunal superior. Em outras palavras, se, a partir de robustos argumentos, o tribunal inferior sustentar que existe alta probabilidade de o precedente, que até então o Judiciário vinha fazendo referência, será revogado pelo tribunal prolator da decisão-paradigma, então o tribunal inferior pode revogá-lo (MACCORMICK; SUMMERS; e GOODHART, 2016, p. 55-58).

Para os mencionados autores, os precedentes germânicos de facto estão ancorados em regras que a prática jurídica está implicitamente baseada e ao que pode ser chamado de *princípio da proteção da confiança* (*trust*), de que não existirão alterações rotineiras de posicionamentos firmados, de que se pode confiar na manutenção dos posicionamentos do Judiciário (MACCORMICK; SUMMERS; e GOODHART, 2016, p. 29). Apesar do sistema germânico ser um excelente exemplo para provar que o uso de precedentes não é algo cultural, podendo existir em países de tradição de *civil law*, independente de previsão legal, ainda assim não explica em que reside sua autoridade, a menção a algo implícito à prática decisória jurídica não é suficiente para justificar a autoridade dos precedentes usados sem amparo na lei. O próximo tópico será destinado a apresentar uma justificativa à autoridade dos precedentes, independente do campo do direito positivo, recorrendo à teoria da argumentação e à racionalidade do procedimento discursivo para sustentar precedentes vinculantes *de facto*.

2 OBEDIÊNCIA A PRECEDENTES A PARTIR DA TEORIA DISCUSIVA DE ROBERT ALEXY

[4] Como destaca Marinoni, o uso da técnica do *anticipatory overruling* nos Estados Unidos da América encontra-se bem justificado com a possibilidade de combinação com outras técnicas deste sistema, como a *technique of signaling* (técnica da sinalização) em que um tribunal mantém a aplicação de um precedente, porém alerta sua revogação futuramente. Quando uma corte superior faz uso desta técnica, torna-se, quase que previsível, a possibilidade de uma corte inferior revogar de forma antecipada este precedente anteriormente sinalizado com autoridade frágil. MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 403-415.

2.1 O DIREITO COMO UM CASO ESPECIAL DO DISCURSO PRÁTICO GERAL

Um dos pontos da teoria discursiva de Robert Alexy consiste em apresentar o discurso jurídico como um caso especial do discurso prático geral, sendo aquele detentor de elementos deste. Ao relacionar a estrutura do discurso prático geral com o direito, Alexy estrutura sua teoria em quatro níveis: o primeiro pertence ao discurso prático geral, o segundo à argumentação jurídica, o terceiro ao direito positivo e o último à decisão judicial (ALEXY, 2014, p. 121-124).

A decisão judicial desempenha um importante papel para o discurso jurídico. Como Alexy não propugna a tese de uma única resposta correta, pois sua teoria discursiva não busca fornecer a verdade absoluta e sim uma resposta racional, fruto de um procedimento igualmente racional. Sendo o processo judicial marcado por uma decisão, ao final existirá apenas uma única resposta, dentro de várias discursivamente possíveis. Desta forma, o processo (o direito) apresenta uma única solução para um problema prático, enquanto que o discurso prático geral pode ofertar várias respostas possíveis a partir de seu procedimento. Por último, sendo uma teoria procedimental, a resposta ofertada a partir do procedimento racional será, igualmente, racional, o que não implica dizer que seja absoluta ou a melhor resposta.

Em suma, o direito permite solucionar alguns limites do discurso prático geral, porém, por ser um caso especial daquele, carrega consigo um limite instransponível, a impossibilidade de ofertar uma única resposta, a reinar de forma absoluta. Porém Alexy não encara isto como um problema a macular sua teoria, mas algo compreensível, em razão de características dos próprios participantes (ATIENZA, 2005, p. 172-173).

Como destaca Atienza, a teoria discursiva de Alexy parte da sistematização de uma teoria do discurso prático geral para sua aplicação no direito, tendo como principal influência a teoria da comunicação de Habermas, podendo, inclusive, ser considerada como uma reinterpretação desta (ATIENZA, 2005, p. 149-150). A sistematização do discurso prático geral por Alexy perpassa pela formulação de regras e formas do discurso em grupos, o primeiro destes grupos é denominado de *regras fundamentais*, cujas regras condicionam toda a comunicação. O segundo grupo é composto por *regras da razão*, que dão condições de racionalidade para o discurso, o terceiro é denominado de *regras sobre a carga da argumentação*, que buscam facilitar a argumentação, o quarto é constituído de *formas dos argumentos*, que preveem as formas de argumento usados no discurso prático, o quinto prevê as *regras de fundamentação*, destinados a apresentarem as características da argumentação prática. O sexto e último grupo é composto por *regras de transição* que permitem transitar de

um tipo de discurso para outro, ou seja, partir do discurso empírico para um discurso de análise da linguagem. (ATIENZA, 2005, p. 157-162).

As regras do primeiro grupo são importantíssimas, pois além de serem condições de toda a comunicação, preveem o *princípio da universalizabilidade* de Hare, em que reside a justificação para se seguir precedentes na opinião de Alexy. Primeiramente, Robert Alexy sustenta que o primeiro grupo deve ser composto pelas seguintes regras:

> 1. Nenhum falante pode se contradizer;
> 2. Todo falante só pode afirmar aquilo que acredita;
> 3. Todo falante que aplique um predicado F a um objeto A, deve estar disposto a aplicar F também a qualquer outro objeto igual a A em todos os aspectos relevantes; e
> 4. Distintos falantes não podem usar a mesma expressão com distintos significados. (ALEXY, 2014, p. 77).

A regra de número 3 prevê o princípio da *universalizabilidade* que aduz que todo juízo particular levanta uma pretensão universal, no sentido de ser novamente aplicado quando as circunstâncias que lhe deram origem reaparecem em outro momento. Nesse ponto Alexy sustenta uma regra que em muito se assemelha com o pensamento de MacCormick[5] sobre a fundamentação de decisões judiciais, de que aquele que for fundamentar uma decisão deve fazê-lo por premissas que ele mesmo estará disposto a seguir no futuro quando casos análogos surgirem (MACCORMICK, 2006, p. 94-98). E isto se deve por um dever de justiça, denominada por ambos de *justiça formal* que tem como escopo salvaguardar a isonomia de tratamento. Robert Alexy menciona que a teoria do discurso prático geral visa resguardar a isonomia de tratamento entre os indivíduos, em outras palavras, a teoria discursiva se ampara na premissa de que todos são iguais, razão pela qual chega a estipular uma regra de ônus argumentativo para quem quiser tratar alguém de forma diferente (ALEXY, 2014, p. 81-82).

Conforme destaca Atienza, o sistema jurídico acaba sendo vital para suprir os limites do discurso prático geral, problemas relacionados à execução do que for discursivamente recomendado fazer, vez que saber o que é correto ou ideal a ser realizado não implica na

[5] Outro ponto que liga o princípio da universalizabilidade de Hare com MacCormick está na forma como este sustenta que a fundamentação de decisões particulares vem seguida da solução – por vezes implícita – de questões universais. Em outras palavras, MacCormick sustenta que decisões particulares devem antes resolver questões universais (universais em virtude da lógica), pois o que é particular não é em si uma questão particular. Isto se justifica pelo dever de tratamento isonômico que o julgador terá ao decider casos analogos posteriors. Para tornar robusta sua tese, MacCormick aponta o caso *Donogue vs Stevenson* em que a *House of Lords* procedeu desta forma ao decidir um caso particular de uma consumidora, ao afirmar que por trás desta queixa de um particular estava uma decisão mais ampla e que se aplicaria a todos que se enquadrarem nestas circunstâncias. MACCORMICK, D Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2006. p. 96-104.

vontade de executá-lo, ou seja, um problema de cumprimento do que for pactuado discursivamente (ATIENZA, 2005, p. 162-164). O direito como uma ordem coativa permite suprir este problema, pois possui elementos institucionais que podem obrigar o cumprimento de determinada questão decidida. Nas palavras de Atienza:

> [...] O direito resulta, pois, justificado discursivamente tanto em sua dimensão propriamente normativa, isto é, enquanto conjunto de normas (como logo veremos, de regras e princípios) que, movendo-se dentro do campo do discursivamente possível, fazem com que aumente a possibilidade de resolução de questões práticas, como em sua dimensão coativa, isto é, enquanto que suas normas podem se impor também àqueles que não estão dispostos a segui-las de bom grado.[6]

O sistema jurídico supre o limite do discurso prático de fazer valer seus resultados racionais, por ser um sistema coativo, capaz de cumprir suas decisões por mecanismos executórios endo e extraprocessuais. Desta forma, um ajuda o outro a suprir alguma questão. O direito supre limites de cumprimento daquilo que é discursivamente válido no campo do discurso prático geral, e este ajuda, com seu procedimento, a justificar os campos jurídicos normativos e coercitivos. Robert Alexy fundamenta o direito como um caso especial do discurso prático geral por três motivos: a) ambos estão direcionados a resolver problemas práticos; b) ambos sustentam uma pretensão de correção; e c) realiza-se dentro de determinadas condições limites, o discurso jurídico não sustenta que uma premissa seja a verdade absoluta, mas que seja discursivamente racional dentro do ordenamento jurídico (ALEXY, 2014, p. 128).

Este último ponto, que justifica porque o direito é um caso especial do discurso prático geral, pode ser comparado com a teoria de coerência normativa de MacCormick de como interpretar normas. Sustenta, o referido autor, que o direito deve ser interpretado de forma a buscar concretizar os valores ou princípios gerais que determinado ordenamento jurídico sustenta como os mais indicados para concretizar uma *razoável forma de vida*, apesar de não explicar o que seja esta forma de vida (MACCORMICK, 2010, p. 190-193). Sucintamente, a interpretação das normas deve seguir a *ratio iuris* dos dispositivos positivados, compreendendo qual o valor (ou princípios gerais) que estes buscam salvaguardar ou efetivar.

---

[6] No original: "[…] *El derecho resulta, pues, justificado discursivamente tanto en su dimensión propriamente normative, esto es, en cuantoconjunto de normas (como luego veremos, de reglas y principios) que, moviéndose dentro del campo de lo discursivamente posible, hacen que aumente la posibilidad de resolución de cuestiones prácticas, como en su dimensión coactive, esto es, en cuanto que sus normas puedan imponerse también a quienes no están dispuestos a seguirlas de buen grado*". ATIENZA, Manuel. ***Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica***. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 163.

MacCormick ao explicar sua visão de coerência normativa, em dois momentos distintos, vale-se do exemplo de uma restrição legal no limite de velocidade de automóveis baseada na cor dos mesmos. Sustenta que referida lei carece de qualquer coerência com o ordenamento, pois não é inteligível qual valor busca proteger, daqueles que possam ser imagináveis sobre o tráfego de automóveis (como a segurança no tráfego, por exemplo) (PECZENIK; LINDAHL; e ROERMUND, 1984, p. 235-238). Esta visão de coerência de MacCormick é sustentada tão somente a partir de um ordenamento jurídico, sendo pautada no que MacCormick chama de *weak derivability*, pois não tem capacidade de correção substancial. Neste diapasão, o próprio MacCormick menciona como problema nesta teoria a hipótese de ordenamentos jurídicos estarem pautados em deturpações de valores, como ocorrido na Alemanha nazista pautada no princípio geral da supremacia da raça ariana. Sua teoria de coerência normativa nada pode fazer contra esta hipótese crível de deturpação na compreensão dos valores a serem perseguidos por determinado ordenamento (MACCORMICK, 2010, p. 201-205). Talvez seja por isto que MacCormick afirme que coerência é apenas um dos ideais a ser perseguido pelo direito, havendo outros que podem ser igualmente mais desejados que outros, como justiça substancial (MACCORMICK, 2010, p. 203).

Assim como MacCormick, Robert Alexy estrutura sua teoria na capacidade de justificar juízos, porém não de forma absoluta ou definitiva e, diferentemente de MacCormick, começa pela estruturação analítica de uma teoria geral do discurso prático para chegar na fundamentação jurídica ou no direito como um todo (ATIENZA, 2005, p. 149-150). Em tal teoria, a argumentação jurídica desempenha um papel importante, pois é a aplicação do procedimento justificatório oriundo do discurso prático geral no campo do direito. E na argumentação jurídica os precedentes desempenham um papel importante, bem como funções que serão analisadas no tópico seguinte que poderão fornecer elementos a auxiliar na compreensão do porquê precedentes devem ser seguidos.

2.2 A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E O USO DE PRECEDENTES

Para Robert Alexy a argumentação jurídica possuirá dois planos de justificação, um interno e outro externo. O interno está voltado às regras da lógica, uma decisão não pode incorrer em contradições, deve respeitar o princípio da não-contradição em suas premissas. Por sua vez, a justificação externa está ligada à correção das premissas do plano interno. Sobre a justificação externa, Robert Alexy faz referência a três tipos de regras: do direito positivo, do campo empírico e um terceiro grupo que deve ser acudido pela argumentação

jurídica (ALEXY, 2001, p. 224-225). No terceiro grupo dos três tipos de regras mencionado, voltado à argumentação jurídica, estão os precedentes judiciais.

Como destaca o autor:

> Uma teoria de argumentação jurídica que deixa de levar em conta a regra dos precedentes perderia um dos mais característicos aspectos da argumentação jurídica. Atualmente, mesmo na lei continental europeia, a importância – ao menos a importância *de facto* – dos precedentes é reconhecida por todos os lados. O que é disputado é sua posição teórica. A disputa se concentra acima de tudo na questão de se pelo precedente deve ser acordado o caráter de uma fonte de lei. (ALEXY, 2001, p. 258).

Não é à toa que vários pesquisadores de países de tradição romano-germânica reportam o uso de precedentes em seus países, cuja justificativa reside em diversos fatores, como, por exemplo, Michele Taruffo aponta a estrutura hierarquizada do Poder Judiciário em sistemas modernos. Para o referido processualista italiano, a estrutura do Judiciário é um fator importantíssimo que repercute na autoridade dos precedentes (MACCORMICK, SUMMERS e GOODHART, 2016, p. 437-440).

Porém Robert Alexy não fornece nenhuma explicação do que sejam precedentes e nem no que seja o seu teor vinculante. Isto ocorre por não ser interesse de Alexy ofertar uma teoria de precedentes, e sim relacioná-los com sua teoria discursiva. Para suprir esta ausência podemos nos valer dos conceitos apresentados por Neil MacCormick. Preliminarmente, "precedentes são decisões prévias que servem como modelos para decisões posteriores[7]" (MACCORMICK, SUMMERS e GOORDHART, 2016, p. 1), o conceito do que seja um precedente é bem mais simples e fácil do que seja sua parte vinculante, a *ratio decidendi*.

Conforme o supramencionado autor escocês, a parte vinculante de um precedente é uma proposição jurídica que exsurge de seu caso e que pode ser aplicada a caso posteriores que guardarem com ele alguma ligação, que não precisa ser fática[8], de forma que esta proposição não está condicionada sequer ao teor semântico das palavras usados pelo

---

[7] No original: "*Precedents are prior decisions that function as models for later decisions*". MACCORMICK; SUMMERS; e GOODHART (coords.). ***Interpreting precedents: a comparative study***. New York: Routledge, 2016. p. 1.

[8] Como destaca Luiz Volpe Camargo, a prática de precedentes está fundada na ideia de igualdade e não de identidade entre casos. Por conseguinte, a igualdade entre casos permite que existam diferenças de somenos, diferentemente é a busca de uma identidade de casos, que se funda em um rigor de repetição de questões fáticas e jurídicas, um rigor que inviabilizaria a própria dinâmica de precedentes. Aplicar precedentes consiste em trabalhar com analogias, que não laboram com uma similitude rigorosa, mas com uma ligação (um link) entre casos, que podem comportar pequenas diferenças fáticas. CARMARGO, Luiz Henrique Volpe. **A força dos precedentes no modern processo civil brasileiro**. In: WAMBIER, Teresa (coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 564-568.

magistrado do caso-precedente, podendo ser *reexprimida* pelo julgador posterior, pois é *norma* e não *texto*[9] (MACCORMICK, 2006, p. 108). Por conseguinte, MacCormick sustenta que três são as razões para se seguir precedentes na fundamentação de decisões judiciais: a) *justiça*, em sua faceta *formal* que salvaguarda a isonomia de tratamento, ao ter como dever o tratamento igual de casos iguais; b) *imparcialidade*, por ser um dever do Estado de Direito tratar de forma imparcial os casos que julgar, não fazendo discriminações injustificadas por questões pessoais, um ponto que está intimamente ligado ao primeiro; e c) *economia*, pois seguir posicionamentos outrora firmados em certas temáticas apresenta uma redução na atividade intelectual dos julgadores e, consequentemente, redução no tempo da prestação da tutela jurisdicional (MACCORMICK, 2010, p. 143).

Para Alexy, que não diverge muito dos pontos apresentados supra, a obediência aos precedentes reside no princípio da *universalizabilidade* constante em suas regras fundamentais de sua teoria discursiva, ou seja, ao apresentar um juízo particular tem-se a pretensão de sua universalidade, de ser sustentado no futuro quando as mesmas circunstâncias passadas estiverem presentes[10]. Porém, só isto não representa o dever de seguir precedentes, vez que como sustenta o referido autor alemão, existirão hipóteses em que mesmo que ocorra uma repetição de circunstâncias fáticas e jurídicas, a decisão posterior poderá ser diferente da anterior e isto ocorrerá quando existirem mudanças nas circunstâncias relevantes de um caso para o outro. Portanto, o que justifica seguir precedentes é a pretensão de *correção* de um sistema jurídico, que também visa, em última análise, salvaguardar a própria *universalizabilidade* na fundamentação de seus juízos (ALEXY, 2001, p. 259). É por isto que Robert Alexy, assim como MacComick, sustenta que a obediência a autoridade do precedente se dá como uma questão de princípio, pois poderá sempre alguém sustentar uma exceção à aplicação do precedente, desde que apresente justificações para tanto. É neste momento que Alexy fará uma correlação entre a "regra" do precedente e o *princípio da inércia* de Perelman, em que se determinado entendimento está consolidado, deverá ser mantido a menos que boas razões sejam levantadas para alterá-lo (ALEXY, 2001, p. 259-260).

---

[9] Sobre a diferença entre norma e texto ver: AVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. p. 22-23.

[10] Sustenta MacCormick que a parte vinculante em um precedente é ponto universal, pois aqui universal reside no plano da lógica. Com base em Hare, MacCormick sustenta que universal rivaliza com particular, enquanto que geral contrasta com específico, sendo ambos uma questão de grau. De forma que regras e princípios são universais, podendo ser mais ou menos gerais ou específicos, sem desnaturar o alcance de ambos. MacCormick sustenta isto em duas obras suas: MACCORMICK, D. Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2006. p. 99-100. e MACCORMICK, D. Neil. ***Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning***. New York: Oxford University Press, 2010. p. 94-95.

Por conseguinte, Alexy sustenta algumas regras para o uso de precedentes, com base em sua teoria discursiva: I. Se um precedente pode ser citado a favor ou contra uma decisão, ele deve ser citado; e II. Quem desejar partir de um precedente fica com o encargo do argumento (ALEXY, 2001, p. 261). A segunda regra, acima mencionada, está ligada ao que pode ser chamado de *distinguishing* (ou distinção) na teoria dos precedentes, que consiste na análise prévia à aplicação de precedente em determinado caso concreto, em outras palavras, a justificação da similitude entre os casos que, como mencionado alhures, não precisa ser fática. Por conseguinte, Alexy ainda menciona a possibilidade da técnica do *overruling* (ou superação) no uso de precedentes, que consiste na superação da proposição jurídica firmada a partir da decisão paradigma. Para *superar* ou *distinguir* um precedente deve-se fundamentar (ALEXY, 2001, p. 261-262).

Por fim, adotar a vinculação a precedentes produz três funções no sistema jurídico, funções igualmente produzidas pela argumentação da dogmática, que são: *estabilização, desenvolvimento* e *redução de encargo* (ALEXY, 2001, p. 260). A *função de estabilização* consiste na manutenção de determinado assunto outrora decidido e que pode ser reproduzido no futuro, em outras palavras, um determinado modo de decisão fica fixo e pode ser usado como *starting point* em momento posterior. Por *função de desenvolvimento* quer se dizer da possibilidade, a partir de argumentos já sedimentados, de se adotar novos modos de analisar estas proposições, ou seja, uma função ligada com a anterior, vez que o desenvolvimento do assunto torna-se possível a partir do momento que se tem um assunto a ser tomado como ponto de partida, desenvolvendo as análises e considerações nele contidas. Por último, a função de *redução de encargo* consiste no uso de precedentes como o ponto de partida na argumentação jurídica, evitando que se tenha que discutir tudo novamente quando algo semelhante tiver que ser decidido (ALEXY, 2001, p. 253-256).

Aleksander Peczenik destaca a função de redução de encargo desempenhada pelos precedentes como uma função essencial para a argumentação jurídica, pois remove argumentos do processo decisório, que para o referido autor consiste num processo de sopesamento de vários argumentos a serem considerados. Peczenik afirma que o precedente, assim como a lei, desempenha uma função redutora na argumentação, removendo fatores do processo decisório que, caso contrário, seriam usados na argumentação, uma espécie de filtro argumentativo, que, de certa forma, permite a própria decisão, pois seríamos incapazes de decidir algo se tivéssemos que sempre sopesar todos os argumentos morais cabíveis em uma dada questão. Como destaca Peczenik:

> O direito deve impor regras, precedentes e de novo regras sobre o uso de precedentes, todos restringindo o número de fatores a serem levados em consideração na justificação dos julgamentos de coerência determinando analogias entre os casos. Referida restrição diminui a coerência entre direito e moral. Por outro lado, frequentemente aumenta a coerência interna do direito em si. Isto é, talvez, o objetivo de todo o direito: um Hercules ou arcanjo podem fazer julgamentos holísticos de coerência de todos os fatores morais relevantes, mas um ser humano precisa da ajuda de instituições sociais; entre outras coisas, ele ou ela precisa de regras legais e precedentes, vinculantes de jure ou não.[11]

A redução de encargo dos precedentes ainda oferta uma redução temporal na solução de problemas corriqueiros, pois o precedente exerce um campo gravitacional na argumentação de determinada temática, o tempo a ser gasto com decisões repetitivas tende a ser consideravelmente menor do que com casos inéditos[12]. Desta forma, precedentes podem ser usados como ferramentas para gestão de litígios massificados. Como advoga Sérgio Cruz Arenhart, o Judiciário brasileiro contemporâneo enfrenta um problema social moderno de litígios massificados, de forma que a prestação da tutela jurisdicional deve ser otimizada para melhor gerir uma elevada quantidade de processos, sem afetar as garantias processuais fundamentais dos jurisdicionados. Portanto, assuntos decididos no passado pelo Judiciário, devem ser mantidos, de forma a não se decidir novamente a mesma questão, como se fosse inédita a cada nova demanda, salvo se um fundamento for levantado para tanto (ARENHART, 2014, p. 150-153). Em outras palavras, o referido processualista defende, ainda que de forma inconsciente, o *princípio da inércia* de Perelman mencionado alhures e usado na teoria discursiva de Robert Alexy, que representa a função de estabilização dos precedentes.

---

[11] No original: "*The law may thus impose rules, precedents and again rules about the use of precedents, all of them restricting the number of factors to be taken into account in the justification of coherence judgments determining analogies between cases. Such restriction decreases coherence between the law and morality. On the other hand, it often increases the internal coherence of the law itself. This is perhaps the point of all law: a Hercules or archangel can make holistic judgments of coherence of all morally relevant factors, but a human being needs the help of social institutions; among other things, she or he needs legal rules and precedents, binding the iure or not.*". PECZENIK, Aleksander. ***The binding force of precedents***. In: MACCORMICK; SUMMERS; e GOODHART (coords.). ***Interpreting precedents: a comparative study***. New York: Routledge, 2016. p. 471-472.

[12] Luiz Volpe Camargo destaca o potencial dos precedentes na redução do tempo gasto pelos magistrados em suas atividades. Sendo um posicionamento firmado ele deve ser mantido e quando aplicado em casos posteriores análogos, permitirá reduzir a atividade intelectual do magistrado, deslocando-a para casos inéditos ou mais complexos. CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. **A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro**. In: WAMBIER, Teresa (coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 576-577.

Outra valiosa contribuição dos precedentes à argumentação jurídica está na própria estabilização e previsibilidade da resposta ofertada pelo procedimento discursivo, nas palavras de Robert 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 da universalizabilidade. (ALEXY, 2001, p. 260).

Como alerta Robert Alexy, a sua teoria discursiva permite a possibilidade de ofertar múltiplas respostas para uma mesma questão, sendo a decisão judicial capaz de contribuir na oferta de apenas uma, dentre as discursivamente possíveis, pelo fato do processo judicial ter caráter decisório. E é nesta oferta de resposta, dentre várias possíveis, que o precedente desempenha a função de estabilidade, que contribui para a própria segurança jurídica e previsibilidade do sistema.

Conforme Peczenik, precedentes, assim como a lei, permitem que seres humanos possam decidir de forma coerente (a partir de determinado sistema) ao limitar certos fatores a serem sopesados na decisão, cuja análise global inviabiliza todo o processo decisório para nós, sendo cabível apenas a semideuses ou figuras angelicais.

A autoridade dos precedentes não reside em fator cultural que só pode ser replicado em países de *civil law* por meio de previsão legal. Reside nas premissas da teoria da argumentação jurídica aqui exposta, ou seja, na pretensão de universalidade dos argumentos em juízo particulares, no dever de coerência e previsibilidade com o sistema existe uma justificativa racional e não cultural para estarmos vinculados a precedentes no momento dedecidirmos.

3 PARA ALÉM DO ARTIGO 927 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O artigo 927 do Código de Processo Civil prevê precedentes vinculantes com autoridade de *iure*. Porém defendemos a coexistência destes precedentes com outros, cuja vinculação não é prevista pela lei.

Primeiramente, deve-se ter em mente que a vinculação a precedentes opera em dois planos, vertical e horizontal. Todavia, apenas o plano horizontal consiste na autoridade do

stare decisis existente em países de *common law*. Dito de outra forma: o *stare decisis* consiste na vinculação a precedentes no plano horizontal, em que o julgador se vincula às suas próprias decisões passadas, vez que a vinculação a precedentes no plano vertical justifica-se pela estrutura hierarquizada do Judiciário moderno[13] (SCHAUER, 2009, p. 36-37).

A teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy oferta elementos para compreendermos porque os julgadores das cortes superiores devem se vincular às suas próprias decisões. Ao decidir uma questão particular (emitir um juízo), a corte levanta a pretensão de que seus argumentos sejam *universais*, conforme o princípio da universalizabilidade. Por conseguinte, como reforça MacCormick, esta pretensão de universalidade do juízo emitido justifica-se no ordenamento jurídico pelo dever de *imparcialidade* que o Estado tem ao decidir questões, de forma que os argumentos usados em uma decisão devam ser levados em consideração ao julgar uma questão semelhante que doravante surgir (MACCORMICK, 2010, p. 143).

As cortes superiores devem se vincular às suas próprias decisões passadas por um dever de imparcialidade ao decidi-las e pelo dever de isonomia de tratamento, de tratar os iguais de forma igual, de modo que aquele que quiser dar um tratamento desigual atrairá um ônus argumentativo para fazê-lo.

O princípio da inércia de Perelman descreve bem esta situação de vinculação a precedentes. Um posicionamento firmado deve ser mantido, salvo se fortes argumentos surgirem para modifica-lo. Não obstante, a estabilidade do posicionamento permite a proteção da confiança, outro fator apontado por Robert Alexy e Ralf Dreier para obediência a precedentes.

Entretanto, nem todas as decisões das cortes superiores poderão ser consideradas como precedentes, ainda mais em nosso ordenamento jurídico, em que nossas cortes julgam basicamente tudo que lhes é endereçado. Decisões que não promoverem alterações no pensamento jurídico vigente não poderão ser consideradas como precedentes no futuro. Decisões que se bastarem na citação a dispositivos legais ou apenas precisarem da citação de outras decisões, não terão autoridade para serem precedentes, pois a autoridade emanará da lei, no primeiro caso, e do legítimo precedente, no segundo (ZANETI JR., 2016, p. 308-310).

---

[13] Sobre a vinculação a precedentes no plano vertical a partir de fatores institucionais como a estrutura hierarquizada do Judiciário moderno e o papel a ser desempenhado pelas cortes superiores ver: TARUFFO, Michele. ***Institutional factors influencing precedents***. In: MACCORMICK, D Neil; SUMMERS, Robert S.; e GOODHART, Arthur L. (coords.). ***Interpreting precedents: a comparative study***. New York: Routledge, 2016.

Desta forma, assim como o ordenamento jurídico germânico, o nosso sistema poderá coexistir com precedentes *vinculantes de iure* (artigo 927) e com precedentes cuja autoridade se apoiam nas regras do discurso prático geral, que o direito segue por ser um caso especial, e na proteção de valores, como imparcialidade nos julgamentos, justiça formal, isonomia e proteção da confiança. Sem olvidar, nas vantagens que esta vinculação oferta ao sistema, como estabilidade, redução de encargo e possibilidades de desenvolvimento dos posicionamentos firmados.

CONCLUSÃO

A justificativa do porquê advogados e juízes seguem e se sentem obrigados a seguir precedentes não é algo explicado por questões unicamente culturais, mas pela própria argumentação jurídica e coerência na aplicação do direito. Seguir precedentes não é uma característica exclusiva de países do *common law* e nem deveria sê-lo. Países de *civil law* demonstram uma tendência na obediência de precedentes, cada qual, é claro, de acordo com seus aspectos culturais e tradicionais, pois o direito não deixa de ser um reflexo cultural.

Desta forma, o Brasil também tem uma prática precedentalista, muito ou pouco parecida com a de outros países isto já é outra coisa. E em que medida ser parecido com outros países é algo positivo ou negativo? A autoridade dos precedentes brasileiros tende a crescer a medida com que os debates sobre esta prática igualmente tende a florescer em nosso cenário, ainda mais com a vinculação formal de precedentes a partir do novo CPC. Todavia, a autoridade de precedentes judiciais encerra em sua previsão legal no artigo 927? Ou seja, somente devem ser observadas em casos futuros as decisões judiciais previamente qualificadas como precedentes pelo mencionado dispositivo?

O Brasil, assim como a Alemanha, pode ser um sistema em que coexistam precedentes com autoridade de iure e de facto tendo, como apoio à autoridade dos precedentes não formais, elementos da estrutura do Judiciário, da argumentação jurídica e valores ou princípios gerais a serem assegurados pelo ordenamento, como, por exemplo, segurança jurídica.

Desta forma, o presente artigo buscou provocar a possibilidade de outras decisões, que não estão previstas no artigo 927 do atual CPC, gozarem de autoridade para serem, assim como as constantes no mencionado dispositivo, observadas em casos posteriores análogos, atacando a visão de que esta autoridade em países de *civil law* só possa emanar da previsão legal e não de outros elementos externos a lei. Seguir precedentes é um dever que não reside

em fator cultural, mas em regras que a prática jurídica se baseia para garantir sua racionalidade procedimental, sem olvidar que resguarda a coerência na aplicação do direito para o sistema em que se labora.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Precedente judicial *versus* jurisprudência dotada de efeito vinculante: a ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes**. In: WAMBIER, Teresa (coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

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

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

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

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

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

AVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

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

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

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

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

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

_____. ***Coherence in legal justification***. In: PECZENIK, Aleksander; LINDAHL, Lars; e ROERMUND, Bert Van. ***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.

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

_____. **A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PECZENIK, Aleksander. ***The binding force of precedent.*** In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S.; e GOODHART, Arthur L. (coords.). ***Interpreting precedents: a comparative study***. New York: Routledge, 2016.

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

SCHAUER, Frederick. ***Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning***. Massachusetts: Harvard University Press, 2009.

TARUFFO, Michele. ***Institutional factors influencing precedents***. In: MACCORMICK, D Neil; SUMMERS, Robert S.; e GOODHART, Arthur L. (coords.). ***Interpreting precedents: a comparative study***. New York: Routledge, 2016.

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