

# AUTO-PRECEDENTE E ARGUMENTAÇÃO RACIONAL<sup>1</sup>

José Renato Gaziero Cella<sup>2</sup>  
[www.cella.com.br](http://www.cella.com.br)

## Introdução

Quando se fala em razão, em argumentação racional, em filosofia, vem logo à mente a idéia de uma tentativa de se encontrar explicações racionais para os fenômenos naturais, uma tentativa de se dar sentido à vida, em síntese, uma tentativa de se encontrar a Verdade.

Ocorre que, cada vez mais, paradoxalmente, tem-se concluído que a Verdade — não a verdade em sentido fraco<sup>3</sup> — é contrária à razão, vez que está associada a totalitarismos, a fanatismos que impõem uma forma de se conceber o mundo e excluem qualquer outra possibilidade de pensamento.

---

<sup>1</sup> Conferência proferida em 12 de novembro de 2001 no Curso de Extensão "RAZÃO X VIOLÊNCIA: O ESPAÇO DA RACIONALIDADE NUM MUNDO INTOLERANTE", que teve lugar nos dias 12 e 13 de novembro de 2001 no Auditório Maria Montessori, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC/PR, org. por José Renato Gaziero Cella e Melissa Folmann.

<sup>2</sup> Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná - UFPR; Professor de Filosofia do Direito e de Introdução ao Estudo do Direito na Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC/PR.

<sup>3</sup> "Os promotores do relativismo cultural e da 'superstição mais elevada' tendem a despejar desprezo na busca da verdade. Isso deriva parcialmente da convicção de que as verdades são diferentes em culturas diferentes (...) e parcialmente da incapacidade de os filósofos da ciência concordarem de algum modo sobre a verdade. Há certamente dificuldades filosóficas genuínas. Uma verdade é apenas uma hipótese não falsificada até o presente momento? Que status possui a verdade no estranho e incerto mundo da teoria quântica? Algo é em última análise verdadeiro? Por outro lado, nenhum filósofo encontra dificuldade em usar a linguagem da verdade quando é falsamente acusado de um crime, ou quando suspeita que sua esposa cometeu adultério. "É verdade?" parece então uma pergunta justa, e poucos dos que a formulam nas suas vidas privadas ficariam satisfeitos em ter como resposta um sofisma argumentativo. Os experimentadores do pensamento quântico talvez não saibam em que sentido é 'verdade' que o gato de Schrödinger está morto. Mas todo mundo sabe o que é verdadeiro na declaração de que Jane, a gata da minha infância, está morta. E, em muitas verdades científicas, o que afirmamos é apenas que elas são verdadeiras nesse mesmo sentido comum. Se lhe digo que os humanos e os chimpanzés partilham um antepassado comum, você pode duvidar da verdade da minha afirmação e procurar (em vão) evidências de que ela é falsa. Nós dois sabemos, no entanto, o que significaria se ela fosse verdadeira, e o que significaria se ela fosse falsa. Está na mesma categoria de: 'É verdade que você esteve em Oxford na noite do crime?', e não na mesma categoria difícil de: 'É verdade que um *quantum* tem posição?'. Sim, há dificuldades filosóficas sobre a verdade, mas podemos ir bem longe antes de ser preciso que delas nos ocupemos. A criação prematura de alegados problemas filosóficos é às vezes uma cortina de fumaça para a discórdia"

De fato, é possível dizer que o pensamento racional se iniciou com uma ruptura daquilo que era tido como óbvio, como verdadeiro, como algo já sedimentado. O pensamento filosófico se coloca justamente como uma crítica radical às crenças existentes. Seja como for:

“... O que é essencial é que, sejam quais forem os motivos do início da reflexão filosófica, ela não se concebe, a meu ver, sem uma ruptura da comunhão do homem com o seu meio, sem os primeiros questionamentos daquilo que, até então, era óbvio, tanto na visão do mundo como naquela do lugar que nele ocupamos; primeiros questionamentos tanto de nossas crenças como de nossas modalidades de ação. **Ora, do questionamento ao desacordo, e do desacordo ao uso da força para restabelecer a unanimidade, a passagem é tão normal que quase não necessita de comentários. O que é excepcional, em contrapartida, e constituiu uma data na história da humanidade, é que se tenha permitido que, em matérias fundamentais, reservadas à tradição religiosa e aos seus porta-vozes, o uso da força possa ser substituído pelo da persuasão, que se possam formular questões e receber explicações, avançar opiniões e submetê-las à crítica alheia.** O recurso ao *logos*, cuja força convincente dispensaria o recurso à força física e permitiria trocar a submissão pelo acordo, constitui o ideal secular da filosofia desde Sócrates. Esse ideal de racionalidade foi associado, desde então, à busca individual da sabedoria e à comunhão das mentes fundamentada no saber. Como, graças à razão, dominar as paixões e evitar a violência? Quais são as verdades e os valores sobre os quais seria possível esperar o acordo de todos os seres dotados de razão? Eis o ideal confesso de todos os pensadores da grande tradição filosófica do Ocidente” (Grifo nosso).<sup>4</sup>

Porém, se se conceder que o uso da força, por si só, exclui a possibilidade da argumentação racional, seria inútil, desde logo, sustentar a existência de racionalidade no Direito, a ocorrência de racionalidade nas formas com que a sociedade resolve seus conflitos mediante a aplicação de regras por ela criadas.

---

(DAWKINS, Richard. **Desvendando o arco-íris: ciência, ilusão e encantamento**, p 38-42).

<sup>4</sup> PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**, p. 96.

Com efeito, o Direito não exclui a aplicação da força, não pode prescindir da aplicação da violência, ainda que simbólica, para que haja garantia de conformação às regras estabelecidas pela sociedade, ou por aqueles que detêm o seu poder, já que a idéia de poder também não pode estar dissociada da força.

Por essa razão, há quem exclua a possibilidade de razão ao discurso jurídico, como por exemplo Hannah ARENDT, para quem:

“...visto que a autoridade sempre exige obediência, ela é comumente confundida com alguma forma de poder ou violência. Contudo, a autoridade exclui a utilização de meios externos de coerção; onde a força é usada, a autoridade em si mesma fracassou. A autoridade, por outro lado, é incompatível com a persuasão, a qual pressupõe igualdade e opera mediante um processo de argumentação. Onde se utilizam argumentos, a autoridade é colocada em suspenso. Contra a ordem igualitária da persuasão, ergue-se a ordem autoritária, que é sempre hierárquica.”<sup>5</sup>

O pensamento predominante, no entanto, afasta-se do radicalismo da postura acima, pois o Direito tem sido concebido como um discurso racional, como um discurso altamente institucionalizado e formalizado.<sup>6</sup>

É evidente que há limitações ao uso da racionalidade no Direito, da mesma forma que, afinal, há limitações no discurso racional em geral, que só pode florescer em um ambiente democrático, em que haja espaço para o convencimento, a mudança de rumos ditada por acordos e não pela violência ou imposições injustificadas.

Não se pode olvidar, portanto, que o raciocínio jurídico não é só governado pela razão prática geral, já que sofre limitações, sejam elas internas ou externas:

---

<sup>5</sup> ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**, p. 129.

<sup>6</sup> RODRIGUEZ, Manuel Atienza. **Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica**, p. 157. Esta obra foi recentemente vertida para o português (cf. ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorías da argumentação jurídica**. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino, São

“ ...‘pois que a argumentação jurídica tem lugar sob uma série de condições limitativas’. Estas condições seriam: ‘a vinculação à lei, a consideração que se exige pelos precedentes, a chancela da dogmática resultante da ciência jurídica institucionalmente cultivada’, bem como, excetuando o discurso juscientífico, ‘as restrições decorrentes das regras dos códigos de processo’. E sendo assim, também é mais restrita a pretensão de justeza que suscitam as asserções jurídicas face às do ‘discurso prático geral’. ‘Não se pretende dizer, de modo puro e simples, que o enunciado normativo que se afirma, que se propõe ou que se expressa num ato de julgar é racional, mas que só pode ser racionalmente fundamentado nos quadros da ordem jurídica vigente’.”<sup>7</sup>

As limitações da racionalidade prática jurídica não se restringem apenas a isso, já que a racionalidade jurídica, ainda que naturalmente comprometida com a otimização dos procedimentos destinados à resolução prática dos conflitos sociais, não deixa de se valer do uso da força.

Com efeito, “...o Direito não é só razão, ou argumentação: é também burocracia e, sobretudo, violência institucionalizada, em doses variáveis, porém nunca desprezíveis”.<sup>8</sup>

Além do mais, “...a racionalidade jurídica — inclusive a do direito do estado democrático — não é só uma racionalidade em si mesma limitada — posto que o Direito não pode deixar de fazer uso da força — mas também está condicionado, desde fora, pelos pressupostos econômicos, culturais, políticos, ideológicos, etc. que tornam possível esse tipo de Direito”.<sup>9</sup>

Não se pretende afirmar, no entanto, que essas limitações — externas ou internas — escapam totalmente à crítica, que os modelos jurídicos existentes não possam se questionados no âmbito de uma discussão racional, em

---

Paulo: Landy, 2000). Tal pensamento, que é inspirado em HABERMAS, tem sido adotado por ALEXY e MACCORMICK em suas respectivas teorias da argumentação jurídica.

<sup>7</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**, p. 213.

<sup>8</sup> RODRIGUEZ, M. A. **Derecho y argumentación**, p. 15.

<sup>9</sup> RODRIGUEZ, M. A. *Idem*, p. 16-17.

que os próprios fins perseguidos e a utilização de determinados meios sejam colocados em cheque (pelos participantes do discurso).

Mas que âmbito é esse em que se opera uma discussão racional, ou melhor, em que sentido se pode falar em racionalidade jurídica e qual o seu alcance?

Pode-se dizer que a prática jurídica consiste, fundamentalmente, em argumentar. O trabalho dos órgãos jurisdicionais e, em geral, dos aplicadores do Direito, como o dos doutrinadores, consiste principalmente em produzir argumentos para a resolução de casos, sejam eles concretos (individuais) ou genéricos, reais ou fictícios:

“ ... Argumentar constitui, definitivamente, a atividade central dos juristas e se pode dizer inclusive que há muito poucas profissões — se é que há alguma — em que a argumentação tenha um papel mais importante que no Direito.”<sup>10</sup>

Em princípio, podem ser apontadas três áreas distintas em que se efetuam argumentações jurídicas: a) na produção de normas jurídicas; b) na aplicação das normas jurídicas; e c) na dogmática jurídica.<sup>11</sup>

Dentre essas três áreas, pode-se afirmar que na aplicação das normas jurídicas é que se encontra o âmbito privilegiado de argumentação, pois, dentre todos os operadores jurídicos, são os juízes os únicos que verdadeiramente argumentam suas decisões ou, pelo menos, são os únicos que têm produzido um estilo mais depurado e persuasivo.

---

<sup>10</sup> RODRIGUEZ, M. A. **Tras la justicia: una introducción al derecho y al razonamiento jurídico**, p. 120.

<sup>11</sup> Segundo ATIENZA, “... A dogmática é, desde logo, uma atividade complexa, cabendo distinguir essencialmente estas três funções: 1) desenvolver critérios para a produção do Direito nas diversas instâncias em que isso se fizer necessário; 2) desenvolver critérios para a aplicação do Direito; 3) ordenar e sistematizar um setor do ordenamento jurídico” (RODRIGUEZ, Manuel Atienza. **Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica**, p. 20-21).

Com efeito, nem as exposições legais de motivos, nem as motivações de atos administrativos apresentam o perfil das fundamentações judiciais, talvez porque tanto o Poder Legislativo quanto o Executivo têm sua legitimidade reconhecida mais na justificação de sua origem do que na racionalidade de suas decisões.

De qualquer forma, o fato é que a argumentação judicial, somada à dogmática, constituem hoje o paradigma da argumentação jurídica, tema esse que tem despertado uma crescente atenção por parte dos estudiosos, o que é sintoma de que algo desencadeou a preocupação de nossa cultura em relação aos juízes e suas decisões.

Certamente, essa preocupação decorre de uma pluralidade de causas complexas, porém o que talvez seja a principal responsável pela eclosão de uma maior atenção ao problema da argumentação judicial é justamente a crise por que tem passado, desde o século XIX, a imagem técnica de um juiz equânime e sem paixões que encontrava ou, ao menos, sempre poderia encontrar a resposta adequada ao caso posto em discussão.

Dentro dessa perspectiva, caberia ao legislador e não ao juiz; à lei e não à sentença; a prerrogativa de ditar a decisão, quando muito com o auxílio da lógica ou de algum outro método, não menos seguro, de interpretação.

As afirmações acima mereceriam uma análise mais profunda sobre a formação do positivismo jurídico contemporâneo e acerca de sua evolução, o que refoje ao tema desta conferência. O que se considera essencial aqui é que, independentemente das diversas fases por que tem passado o positivismo jurídico, é que o interesse pela argumentação jurídica cresce à medida em que a confiança no princípio da legalidade, tal como acaba de ser descrito, é reduzida.

Esta conferência estará centrada em um aspecto singular da argumentação jurídica, que é a utilização da técnica do precedente como regra de razão que exclui ou, ao menos, ajuda a atenuar a arbitrariedade na aplicação do Direito.

Porém há que se fazer uma advertência quanto à delimitação do tema: o uso preponderante que aqui se fará do termo "precedente" é distinto do tradicional. Comumente, a tradição jurídica o denomina como a doutrina ou os critérios jurisprudenciais adotados pelos mais altos tribunais e cuja observância se ordena ou recomenda, com mais ou menos vigor, aos tribunais e juízes inferiores. Tradicionalmente, portanto, a expressão "seguir o precedente" significa ditar sentenças congruentes ou em conformidade com aquelas proferidas em casos iguais ou análogos pelos órgãos jurisdicionais superiores.

Apesar de algumas referências que certamente serão feitas à tradicional maneira de se conceber o "precedente", não será essa a preocupação central desta conferência.

Com efeito, a expressão "precedente" será entendida como a doutrina ou os critérios adotados pelo próprio juiz ou tribunal para a resolução de casos anteriores. Conseqüentemente, o respeito ao precedente supõe, nessa concepção, uma exigência de autocongruência, procedimento esse que, em princípio, dirige-se ao passado como fidelidade a casos anteriores, mas que se remete também — e principalmente, conforme será demonstrado — ao futuro, neste caso como consciência de que um bom critério de resolução será o que deverá ser aplicado também para resolver casos posteriores, ou seja, o critério que se possa pretender que se transforme em precedente.

Com a técnica do precedente assim concebida, será vislumbrado se um tal procedimento, como regra de razão, poderá otimizar o controle da racionalidade das decisões judiciais; e se de alguma forma esta regra reúne condições de vir a ser institucionalizada, seja mediante normas processuais, seja através de outras formas de controle de decisões judiciais.



## 1. O Problema da Unidade da Solução Correta

Robert ALEXY inicia uma das mais importantes obras já produzidas sobre a teoria da argumentação jurídica com a afirmação de Karl LARENZ de que "ninguém mais pode afirmar seriamente que a aplicação das leis *nada mais envolva* do que uma inclusão lógica sob conceitos superiores abstratamente formulados"<sup>12</sup>, para, em seguida, arrematar que "essa constatação (...) caracteriza um dos poucos pontos em que há unanimidade dos juristas na discussão da metodologia contemporânea"<sup>13</sup>, pois "em um grande número de casos, a afirmação normativa singular que expressa um julgamento envolvendo uma questão legal não é uma conclusão lógica derivada de formulações de normas pressupostamente válidas".<sup>14</sup>

De fato, a unanimidade de que fala ALEXY, em que se admite, *grosso modo*, que a administração da justiça não se reduz a uma derivação lógica a partir de normas positivas, está presente nas mais variadas correntes do pensamento jurídico, inclusive entre as mais antagônicas, como são os casos do realismo jurídico e da teoria pura kelseniana; do pensamento de Alf ROSS; e mesmo entre autores como Herbert HART e Ronald DWORKIN que, não obstante a disputa bem conhecida entre ambos<sup>15</sup>, entendem que a jurisprudência mecânica é insustentável, que em muitos casos não é possível efetuar, de maneira clara, a subsunção do fato a uma norma jurídica previamente estabelecida<sup>16</sup>, enfim, que toda norma possui "aquilo que foi designado como *textura aberta*".<sup>17</sup>

---

<sup>12</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**, p. 17.

<sup>13</sup> Idem. *ibidem*.

<sup>14</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>15</sup> Para um aprofundamento acerca deste debate, cf. COLEMAN, Jules (Org.). **Hart's postscript: essays on the postscript to the concept of law**, vários autores, 452 p.

<sup>16</sup> Cf. DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**, p. 146.

<sup>17</sup> HART, Herbert. **O conceito de direito**, p. 141.

Essa unanimidade não implica, contudo, um verdadeiro acordo em torno das conclusões ou das conseqüências que derivam desse abandono da jurisprudência mecânica. Em linhas gerais, pode-se dizer que a crise do positivismo legalista que concebia o intérprete — em especial o juiz — como um ente neutro de aplicação da lógica gerou duas grandes tendências: uma primeira, aparentemente mais fiel à tradição positivista, esforçou-se por analisar as possibilidades da lógica no raciocínio jurídico, esforço que enfim culminou na constatação de que, nos casos em que a lógica fosse tida como insuficiente para fundamentar as decisões jurídicas, estaria aberto o campo para uma discricionariedade que admite o intérprete como um sujeito político criador de Direito. KELSEN, ROSS e HART são bons exemplos dessa forma de ver o problema.

Uma segunda tendência, que se contrapôs à anterior, sustenta que o espaço aberto para a discricionariedade atinge a essência do modelo jurídico forjado pelo Iluminismo e pelo Estado Liberal. Por essa razão, procurou construir uma nova lógica, uma nova retórica que pudesse compensar o déficit de racionalidade decorrente das limitações da lógica formal para a solução de casos jurídicos. Essa tendência, portanto, esforçou-se por criar um método alternativo que conduzisse o processo de decisão nos casos em que o Direito e a lógica se mostrassem insuficientes ou conduzissem a resultados insatisfatórios. VIEHWEG PERELMAN e DWORKIN podem ser enquadrados nessa tendência.

Cada uma dessas tendências, a primeira vista contraditórias e que, de fato, entraram várias vezes em franca polêmica, trouxe perspectivas originais e valiosas. Com efeito, o positivismo de KELSEN ou HART estimulou uma análise mais rigorosa da linguagem jurídica e do alcance da lógica no Direito, e, sobretudo, promoveu a necessidade de redefinição do modelo de juiz, já que, se este não é

mais tido como a "boca muda" da lei como sustentado por MONTESQUIEU<sup>18</sup>, mas sim um ativo criador de Direito, tornaram-se prementes as indagações quanto à sua legitimidade e quanto às formas de fiscalização de sua atividade, em resumo, quanto às características peculiares dessa criação judicial.

Por outro lado, os estudiosos da tópica, da hermenêutica e da retórica permitiram uma análise dos complexos processos que conduzem das normas — e também dos fatos — às decisões, isto é, ocuparam-se das regras e técnicas de argumentação que devem guiar o raciocínio jurídico.

Ambas as concepções — que sem dúvida trouxeram significativos avanços ao pensamento jurídico — têm como motivo fundamental de discórdia o que se pode denominar como "unidade de solução justa". Os defensores da tese da unidade de solução justa supõem que sempre e em todos os casos, por mais complexo e tortuoso que seja o caminho da argumentação, o Direito — e não a vontade do intérprete — proporciona uma única solução ou resposta para cada caso.

Vale dizer que isso não é algo novo, pois o positivismo mais primitivo sempre acreditou nessa posição. No entanto essa idéia foi rechaçada pelos "herdeiros naturais"<sup>19</sup> do positivismo jurídico e, paradoxalmente, abraçada por alguns de seus mais ferozes críticos, como por exemplo Ronald DWORKIN, que na atualidade talvez seja quem defenda com maior intensidade a possibilidade de se falar em uma única solução justa ou adequada para cada caso.<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> " Quanto aos juízes, eles serão apenas 'a boca que profere as palavras da lei; seres inanimados que não podem moderar-lhe nem a força nem o rigor'. Essa é a condição da segurança jurídica, pois, escreve ele [MONTESQUIEU], 'se os tribunais não devem ser fixos, os julgamentos devem sê-lo a tal ponto que sejam sempre apenas um texto preciso da lei. Se fossem uma opinião particular do juiz, viveríamos em sociedade sem saber precisamente quais compromissos contraímos" (MONTESQUIEU. **O espírito das leis**, p. 57).

<sup>19</sup> KELSEN, BOBBIO e HART.

<sup>20</sup> " O modelo de Dworkin evita vários problemas importantes: o primeiro, que o juiz não se

Em linhas gerais, para se afastar da discricionariedade forte ou criativa do Direito — que pretende ver excluída — DWORKIN recorre aos princípios e a abertura do Direito ao âmbito da moral, o que parece não excluir totalmente a discricionariedade, pois ainda que os princípios sejam um fator de racionalidade, nem por isso eliminam a discricionariedade ou a eleição entre alternativas diversas.

Isso porque a existência de um critério que se funda na mensuração de princípios só poderia ser viável se se supuser uma crença em uma homogeneidade de princípios e valores (tanto sociais quanto jurídicos). Mas a defesa de um objetivismo moral, segundo ABELLÁN, parece inaceitável, vez que:

“ ...todos os sistemas jurídicos contemporâneos, sem exceção, são o resultado de uma produção normativa muito dilatada no tempo, são fruto não de uma, mas de muitas políticas jurídicas contrastantes entre si; tendo incorporado, por isso, uma grande quantidade de princípios e regras incompatíveis. É sustentável que uma, e só uma, doutrina política (que se supõe internamente coerente), seja idônea para justificar todo princípio e toda regra do sistema?”<sup>21</sup>

Dada a heterogeneidade dos valores<sup>22</sup>, poder-se-ia mesmo imaginar a existência de dois juízes Hércules, igualmente racionais e que certamente chegariam à conclusão — diante de certas decisões não convergentes tomadas por

constitua em legislador, o que significa que o poder judiciário tem como função garantir direitos pré-estabelecidos.

Em segundo lugar: a tese de Dworkin é compatível com o postulado da separação dos poderes, posto que o juiz está subordinado à lei e ao direito. O poder judiciário é ‘nulo’ — como afirmava Montesquieu — porque sua função é garantir direitos.

Em terceiro lugar: o modelo da resposta correta rechaça a teoria do silogismo, mas aceita seu princípio político básico: o juiz não tem e nem pode ter poder político. A função do juiz é garantir os direitos individuais e não indicar objetivos sociais. A função judicial é distinta da legislativa e da executiva.

Em quarto lugar: nos casos difíceis os juízes não baseiam suas decisões em objetivos sociais ou diretrizes políticas. Os casos difíceis se resolvem com base em princípios que fundamentam direitos" (CALSAMIGLIA, A. **Ensayo sobre dworkin**. In: DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*, prólogo, p. 21).

<sup>21</sup> ABELLÁN, Marina Gascón. **La técnica del precedente y la argumentación racional**, p. 25.

<sup>22</sup> Esta posição é adotada por ALEXY, para quem "...existem, ao menos nas sociedades modernas, interpretações diferentes para praticamente todos os problemas. O consenso real, ao menos o consenso suficiente para lidar com as questões práticas concretas, é raro" (ALEXY, R. Obra citada, p. 25).

eles em algumas situações — de que “...muitos casos podiam ser decididos num sentido ou noutro”.<sup>23</sup>

Contrário à discricionariedade, DWORKIN afirma que o ato criativo do juiz implica efeitos retroativos à norma, o que, segundo HART, seria um argumento desarrazoado:

“ Dworkin formula uma outra acusação de que a criação judicial do direito é injusta e condena-a como uma forma de legislação retroativa ou de criação de direito *ex post facto*, a qual é, com certeza, considerada, de forma geral, como injusta. Mas a razão para considerar injusta a criação de direito reside em que desaponta as expectativas justificadas dos que, ao agirem, confiaram no princípio de que as conseqüências jurídicas dos seus atos seriam determinadas pelo estado conhecido do direito estabelecido, ao tempo dos seus atos. Esta objeção, todavia, mesmo que valha contra uma alteração retroativa do direito por um tribunal, ou contra um afastamento do direito estabelecido, parece bastante irrelevante nos casos difíceis, uma vez que se trata de casos que o direito deixou regulados de forma incompleta e em que não há um estado conhecido do direito, claramente estabelecido, que justifique expectativas.”<sup>24</sup>

Ademais, para HART a resolução de um conflito entre princípios não supõe a criação de um novo direito nem a aplicação de uma norma retroativa, pois aqui se trata simplesmente de uma eleição entre direitos.

Quanto à crítica de que a discricionariedade do juiz subverte os princípios democráticos originários de “...uma longa tradição europeia e uma doutrina de divisão de poderes que dramatizam a distinção entre o Legislador e o Juiz e insistem em que o Juiz deve aparecer, em qualquer caso, como sendo aquilo que é, quando o direito existente é claro, ou seja, um mero ‘porta-voz’ do direito, que

---

<sup>23</sup> HART, H. L. A. Obra citada, p. 337.

<sup>24</sup> HART, H. L. A. Idem, p. 339.

ele não cria ou molda”<sup>25</sup>, HART a rebate com uma mescla entre os denominados argumento pelo sacrifício<sup>26</sup> e argumento pragmático.<sup>27</sup>

“ As outras críticas de Dworkin à minha concepção de poder discricionário judicial condenam esta última, não por ser descritivamente falsa, mas por dar apoio a uma forma de criação de direito que é antidemocrática e injusta. Os juízes não são, em regra, eleitos e, numa democracia, segundo se alega, só os representantes eleitos do povo deveriam ter poderes de criação do direito. Existem muitas respostas a esta crítica. Que aos juízes devem ser confiados poderes de criação do direito para resolver litígios que o direito não consegue regular, pode ser encarado como o preço necessário que se tem de pagar para evitar o inconveniente de métodos alternativos de regulamentação desses litígios, tal como o reenvio da questão ao órgão legislativo, e o preço pode parecer baixo se os juízes forem limitados no exercício destes poderes e não puderem modelar códigos ou amplas reformas, mas apenas regras para resolver as questões específicas suscitadas por casos concretos. Em segundo lugar, a delegação de poderes legislativos limitados ao Executivo constitui um traço familiar das democracias modernas e tal delegação ao Poder Judiciário não parece constituir uma ameaça mais séria à democracia. Em ambas as formas de delegação, um órgão legislativo eleito terá normalmente um controle residual e poderá revogar ou alterar quaisquer leis autorizadas que considere inaceitáveis. É verdade que quando, como nos E.U.A., os poderes do órgão legislativo são limitados por uma constituição escrita e os tribunais dispõem de amplos poderes de fiscalização da constitucionalidade das leis, um

---

<sup>25</sup> HART, H. L. A. *Idem*, p. 337.

<sup>26</sup> Sobre o argumento pelo sacrifício, afirma PERELMAN: “Um dos argumentos de comparação utilizados com mais frequência é o que alega o sacrifício a que se está disposto a sujeitar-se para obter certo resultado.

(...)

Na argumentação pelo sacrifício, este deve medir o valor atribuído àquilo por que se faz o sacrifício” (PERELMAN, Chaïm, OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**, p. 281-282).

<sup>27</sup> Ainda segundo os autores do *Tratado*: “Denominamos *argumento pragmático* aquele que permite apreciar um ato ou um acontecimento consoante suas conseqüências favoráveis ou desfavoráveis. (...)

Para os utilitaristas, como Bentham, não há outra forma satisfatória de argumentar:

Que é dar uma *boa razão* em matéria de lei? É alegar bens ou males que essa lei tende a produzir... Que é dar uma *falsa razão*? É alegar, pró ou contra uma lei, qualquer outra coisa que não seus efeitos, seja em bem, seja em mal.

O argumento pragmático parece desenvolver-se sem grande dificuldade, pois a transferência para a causa, do valor das conseqüências, ocorre mesmo sem ser pretendido. Entretanto, quem é acusado de ter cometido uma má ação pode esforçar-se por romper o vínculo causal e por lançar a culpabilidade em outra pessoa ou nas circunstâncias. Se conseguir inocentar-se terá, por esse próprio fato, transferido o juízo desfavorável para o que parecerá, nesse momento, a causa da ação” (PERELMAN, C., OLBRECHTS-TYTECA, L. *Obra citada*, p. 303).

órgão legislativo *democraticamente eleito* pode encontrar-se na situação de não poder modificar um ato de legislação judicial. Então, o controle democrático em última instância só pode ser assegurado através do dispositivo complexo da revisão constitucional. Isso é o preço que tem de pagar-se pela consagração de limites jurídicos ao poder político.”<sup>28</sup>

De todas as considerações feitas até aqui sobre o pensamento de DWORKIN, não se pode negar que as justificações têm sempre um forte componente moral; e que talvez por isso este autor esteja certo ao dizer que o divórcio entre direito e moral não seja mesmo tão claro como sustentam os positivistas. Seja como for, sob a ótica interna<sup>29</sup> ao sistema — e fora dos casos difíceis — não há razões para que o positivismo jurídico abandone a tese da separação entre direito e moral, pois os princípios jurídicos não precisam coincidir necessariamente com enunciados morais ou políticos. A moral certamente entrará em cena quando o problema em questão envolva a opção entre dois ou mais princípios jurídicos.

---

<sup>28</sup> HART, Herbert L. A. Obra citada, p. 338-339. Como o próprio PERELMAN diz, “...em geral, o argumento pragmático só pode desenvolver-se a partir do acordo sobre o valor das conseqüências” (PERELMAN, C., OLBRECHTS-TYTECA, L. Obra citada, p. 304). No caso específico de que se trata acima, dada a constatação, que já vem de longe, de que “...as tentativas da Escola da Exegese na França e da Jurisprudência conceitual na Alemanha para manter a idolatria da lei não obtiveram êxito [vez que] o pensamento formal, manifestado por cláusulas gerais e métodos silogísticos, foi insuficiente para vincular o juiz à lei, no sentido estreito formulado pelos teóricos” (BOITEUX, Elza Antônia Pereira Cunha. **O significado perdido da função de julgar**, p. 23), muitos estudos têm sido realizados, com grande aceitação, propugnando pela revisão da noção ortodoxa do princípio da legalidade, como demonstra Clèmerson Merlin CLÈVE ao afirmar que “...a missão dos juristas, hoje, é de adaptar a idéia de Montesquieu à realidade constitucional de nosso tempo. Nesse sentido, cumpre aparelhar o Executivo, sim, para que ele possa, afinal, responder às crescentes e exigentes demandas sociais. Mas cumpre, por outro lado, aprimorar os mecanismos de controle de sua ação, para o fim de torná-los (os tais mecanismos) mais seguros e eficazes” (CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do poder executivo no estado contemporâneo e na constituição de 1988**, p. 42). Há fortes razões que indicam, portanto, que a argumentação de HART acima transcrita tem consistência e que, por isso mesmo, não pode ser negligenciada.

<sup>29</sup> Aproveitando a noção de HART quanto ao ponto de vista do observador: “... À primeira destas formas de expressão chamaremos uma *afirmação interna*, porque manifesta o ponto de vista interno e é naturalmente usada por quem, aceitando a regra de reconhecimento e sem declarar o fato de que é aceite, aplica a regra, ao reconhecer uma qualquer regra concreta do sistema como válida. À segunda forma de expressão chamaremos *afirmação externa*, porque é a linguagem natural de um observador externo ao sistema que, sem aceitar ele próprio a regra de reconhecimento desse sistema, enuncia o fato de que outros a aceitam” (HART, Herbert L.A. Obra citada, p. 114).

Mas ao menos sob outro aspecto — que não nos casos difíceis — razões morais, ainda que implicitamente, são aplicadas pelo juiz. Para HART o ponto de vista interno é suficiente para dar conta das normas, mas aqui o autor só presta atenção ao aspecto cognoscitivo e não ao aspecto volitivo, conforme aduz ATIENZA:

“ ... O componente cognoscitivo do ponto de vista interno consiste em valorar e compreender a conduta em termos de *standards* que devem ser usados pelo agente como guia de sua conduta. Mas, também, existe um componente volitivo que consiste no fato de o agente, em algum grau, e por razões que a ele parecem boas, admitir um compromisso de se submeter a um modelo de conduta dado como um *standard* para ele, para outra pessoa ou para ambos. Este último aspecto é de grande importância na relação de aceitação da regra de conhecimento que, efetivamente, leva consigo um compromisso consciente com os princípios políticos subjacentes ao ordenamento jurídico. Para os juízes, definitivamente, a aceitação da regra de reconhecimento e da obrigação de aplicar o Direito válido se baseia em razões desse segundo tipo [volitivas], que não podem ser outra coisa senão razões morais.”<sup>30</sup>

Portanto, o simples fato de o intérprete tomar uma norma do sistema, após submetê-la ao teste do seu *pedigree* ou de sua origem frente à regra de reconhecimento<sup>31</sup>, aceitar a sua autoridade e aplicá-la, já representa em si mesmo a interferência de uma regra moral, conforme aduz L. S. SOUZA:

“ A primeira regra do jogo dogmático é a aceitação acrítica do ordenamento vigente. Mas qual seria o pressuposto teórico desta aceitação? Sem dúvida, a crença num princípio de

---

<sup>30</sup> RODRIGUEZ, Manuel Atienza. **Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica**, p. 154.

<sup>31</sup> As doutrinas positivistas mais desenvolvidas utilizam como critério de identificação do sistema jurídico uma norma chave. Tal é o caso da norma fundamental de KELSEN ou a regra de reconhecimento de HART. A regra de reconhecimento de HART consiste em uma prática social que estabelece que as normas que satisfazem certa condição são válidas. Cada sistema normativo tem sua própria regra de reconhecimento e seu conteúdo varia e é uma questão empírica. Há sistemas normativos que reconhecem como fonte do direito um livro sagrado, ou a lei, ou os costumes, ou várias fontes ao mesmo tempo. A regra de reconhecimento é o critério utilizado por HART para identificar um sistema jurídico e fundamentar a validade de todas as regras dela derivadas. O teste de *pedigree* consiste exatamente em verificar se uma regra *existe*, se ela é válida perante a regra de reconhecimento, pois, repita-se, é dela que todas as regras devem retirar seu fundamento de validade. Ainda sobre o teste de *pedigree*, segundo DWORKIN as normas/princípio não estariam sujeitas a este exame, já que elas não se sujeitariam ao tudo ou nada e nem poderiam ser identificadas por sua origem, mas sim por seu conteúdo ou força argumentativa.



autoridade. Isto nos conduz a uma segunda regra, da qual advém importantes conseqüências, qual seja, a crença na racionalidade do legislador. Em nome desta premissa, o estudioso do direito abandona uma posição de simples descrição do ordenamento, a fim de justificar o ponto de partida dogmático.”<sup>32</sup>

Neste ponto chega-se ao problema da legitimidade, que não faz parte das preocupações desta conferência.

Em suas críticas ao positivismo, DWORKIN tem o mérito de recolocar o problema da moral — ou de desvelar o que se tentou ocultar — em dois momentos importantes da aplicação da norma: a) com sua teoria que distingue as normas entre regras e princípios, pode-se perceber mais claramente que, nos casos difíceis, em que geralmente estarão em conflito princípios jurídicos aceitos no sistema, a justificação da escolha implicará, ainda que não isoladamente, a invocação de critérios morais (justiça, equidade, etc.); e b) a aceitação (numa perspectiva volitiva) da regra de reconhecimento, do ponto de vista interno ao sistema, também implica questões morais, que neste ponto estão diretamente ligadas ao problema da legitimidade.

A exceção da insistência de DWORKIN de que se pode chegar sempre a uma solução correta em todos os casos<sup>33</sup>, a sua teoria em nenhum outro aspecto é incompatível com o positivismo jurídico. Talvez se dê exatamente o contrário. Considerados os seus preciosos estudos sobre o tema da interpretação e suas etapas; a sua elaboração do critério que distingue as normas entre regras e princípios; e o seu reconhecimento de que as questões de integridade e coerência (o

---

<sup>32</sup> SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. **O papel da ideologia no preenchimento das lacunas no direito**, p. 56.

<sup>33</sup> O que ensejou o surgimento de alguns autores que interpretaram a sua obra como uma nova versão do jusnaturalismo (cf. CALSAMIGLIA, A. **Ensayo sobre dworkin**. In: DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, prólogo, p. 11).

que implica a submissão ao sistema normativo reconhecido) devem ter um peso decisivo<sup>34</sup>, "pode-se até mesmo afirmar que a teoria de DWORKIN seja um aperfeiçoamento do próprio positivismo jurídico que, paradoxalmente, ele próprio tentou fulminar"<sup>35</sup>.

Vale dizer, ainda, que a tese da unidade da solução justa pode ser aproveitada num sentido particular, que será uma das bases da hipótese a ser lançada nesta conferência quanto à técnica do precedente como regra de razão: a idéia da unidade de solução justa não como a existência real de apenas uma resposta para cada problema jurídico, mas sim como se fosse uma aspiração postulada por todo raciocínio jurídico que se pretenda correto e sem contradições.

Neste sentido, ALEXY aduz que "...está claro que na realidade não existe nenhum procedimento que permita, com uma intersubjetividade necessária, chegar em cada caso a uma única resposta correta"<sup>36</sup>, mas disso não decorre que se deva renunciar à idéia de única resposta correta como idéia reguladora da razão. Tal idéia "tem muito mais o caráter de um objetivo a ser perseguido. Os participantes de um discurso prático precisam fazer a exigência, independentemente de haver uma única resposta correta, de que a sua seja a única resposta correta. Caso contrário, suas afirmações e justificações não teriam sentido"<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> "Significa alguma coisa afirmar que os juízes devem aplicar a lei, ao invés de ignorá-la, que o cidadão deve obedecer à lei, a não ser em casos muito raros, e que os funcionários públicos são regidos por suas normas. Parece estúpido negar tudo isso simplesmente porque às vezes divergimos sobre o verdadeiro conteúdo do direito" (DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 54). Ver, ainda, os capítulos VI e VII da mesma obra. Enfim, como diz Vera KARAM: "Dworkin é um moderno; sua desobediência sempre civil!" (CHUEIRI, Vera Karam. **Filosofia do direito e modernidade: dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos**, p. 65).

<sup>35</sup> CELLA, José Renato Gaziero, **A teoria da argumentação jurídica como proposta de uma racionalidade possível frente à postura cética do positivismo jurídico contemporâneo**, p. 150.

<sup>36</sup> ALEXY, Robert. **Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica**. In: Revista Doxa nº 5, 1988, p. 151.

<sup>37</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**, p. 311.

Contudo, as dificuldades práticas trazidas pela idéia de uma única resposta correta parecem derivar do caráter comunicativo ou intersubjetivo que é próprio do Direito e do raciocínio jurídico, pois até mesmo uma teoria da argumentação bastante procedimental e depurada como a de ALEXY assume que não há nenhuma garantia de consenso, o que implica a admissão de que em alguns casos se produzam resultados contraditórios.<sup>38</sup>

Da impossibilidade de se garantir, em termos absolutos, uma única resposta correta para cada caso, decorre que dois intérpretes, em uma situação ideal — e com maior razão em uma situação real — possam alcançar resultados irreduzíveis. É importante destacar, no entanto, que isso ocorre quando são comparados os raciocínios de pessoas diferentes ou quando pessoas distintas iniciam um diálogo a propósito de um determinado problema jurídico.

Porém disso não decorre "que uma pessoa deva aceitar uma contradição em seu sistema de normas. Para o sistema normativo de cada indivíduo isolado se mantém o postulado da ausência de contradições"<sup>39</sup>.

A observação acima é deveras importante para o que será exposto na seqüência desta exposição, pois, sem embargo da assertiva de que o Direito não oferece sempre uma única resposta correta para mais de um intérprete, deve-se supor que existe sim uma resposta correta para cada intérprete individualmente considerado, ou seja, que a idéia de correção absoluta não é válida para o conjunto da comunidade lingüístico-jurídica, mas é aplicável em relação a cada um de seus membros.

Conseqüentemente, quando as circunstâncias de fato e as hipóteses normativas são as mesmas — ou se mantêm constantes — pode-se afirmar que o

---

<sup>38</sup> Cf. *idem*, p. 310.

intérprete, a partir de uma exigência da argumentação racional, deva sempre formular uma única resposta quando estiver na presença das mesmas hipóteses.

Tal assertiva é uma exigência da argumentação racional, pois o que está em jogo aqui não é um resultado obtido após um debate intersubjetivo, mas sim uma das regras fundamentais que todos os participantes do discurso prático geral devem observar, a saber: "Todo orador que aplique um predicado  $F$  a um objeto  $A$  tem de estar preparado para aplicar  $F$  a todo outro objeto que seja semelhante a  $A$  em todos os aspectos relevantes"<sup>40</sup>.

Disso decorre que a técnica do auto-precedente pode desempenhar uma função importantíssima como controle da racionalidade das decisões judiciais, conforme será visto no tópico subsequente.

---

<sup>39</sup> Idem, ibidem.

<sup>40</sup> Idem, p. 187.

## 2. A Regra da Universalização e a Técnica do Auto-Precedente

As conclusões resultantes do tópico anterior são bem semelhantes à exigência de universalização a que deve estar submetido todo o raciocínio moral. Ademais, além disso, tentar-se-á demonstrar que tal exigência também pode ser aplicada em uma certa forma de se conceber a regra do precedente.

No que se refere ao raciocínio moral, o fundamento dessa exigência de universalização está assentado na máxima kantiana que diz: “Aja de tal modo que o livre exercício do teu arbítrio possa estar em conformidade com a liberdade de todos segundo uma lei universal”<sup>41</sup>, em que toda ação que não é um obstáculo ao acordo do arbítrio de todos com a liberdade de todos segundo uma lei universal é considerada justa.

O imperativo kantiano pode ser transposto para o âmbito jurídico, em que a racionalidade prática de um sujeito, por exemplo o juiz, possa ser submetida a um igual critério de universalização, isto é, quando o sujeito propuser ou adotar uma solução jurídica particular, ele deve estar disposto a, na presença de um fato semelhante, resolver o caso sempre da mesma maneira ou, melhor ainda, tomar a decisão que estiver disposto a adotar no futuro ante as mesmas circunstâncias.<sup>42</sup>

Advirta-se que a regra da universalização não é o único critério de racionalidade existente. Com efeito, o princípio da vinculação à lei e às regras de hermenêutica propiciam, em grande parte dos casos, a resposta adequada ao caso em questão. Em outros casos esses princípios limitam fortemente o possível âmbito de discricionariedade interpretativa, de modo que, na esfera jurídica, jamais se

---

<sup>41</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentación de la metafísica de las costumbres**, p. 72.

<sup>42</sup> O bom juiz seria aquele que dita uma decisão que estaria disposto a adotar em outra hipótese fática que viesse a apresentar, no futuro, características análogas. Ora, um participante do discurso não pode invocar um juízo de valor que ele próprio não esteja disposto a generalizar para cobrir outros casos similares.

possa afirmar que o critério da universalização seja o único meio para se chegar à solução mais correta.

Entretanto, posto que nem o Direito positivo — inclusive o Direito positivo ampliado pela moral, conforme quer DWORKIN — nem tampouco as melhores técnicas de interpretação, garantem a tão almejada unidade de solução justa, pode-se afirmar que, em maior ou menor medida conforme o caso, a universalização kantiana constitui a última garantia, a última fronteira de racionalidade jurídica.

Em outras palavras, quando no processo de interpretação o juiz se coloca ante a necessidade de eleição entre distintas opções a propósito de um certo problema, quando é chamado a decidir sobre um tema para cuja solução não existe a segurança proporcionada pelas leis, pela jurisprudência ou pelos chamados métodos de hermenêutica, então a universalização passa a representar uma última trincheira de racionalidade.

A racionalidade jurídica se expressa ou se desenvolve mediante um trabalho de justificação ou motivação que atualmente não se traduz em mera exigência técnica, mas sim como fundamento mesmo da legitimidade dos juízes.

Pode-se dizer que somente aquilo que não é evidente e nem arbitrário é que necessita de justificação<sup>43</sup>, de modo que, se o sentido das decisões judiciais já não se mostra evidente<sup>44</sup> e se os juízes nem querem e nem podem agir com arbitrariedade, parece lógico que devam assegurar a sua legitimidade mediante uma determinada forma de atuar, que se desenvolverá no *iter* que vai desde a

---

<sup>43</sup> A “...própria natureza da deliberação e da argumentação se opõe à necessidade e à evidência, pois não se delibera quando a solução é necessária e não se argumenta contra a evidência” (PERELMAN, C., OLBRECHTS-TYTECA, L. **Tratado da argumentação: a nova retórica**, p. 1).

<sup>44</sup> Conforme visto, ninguém mais respalda a idéia de uma jurisprudência mecânica.

informação fática e normativa inicial até a resolução do caso. Nesse *iter* deverá existir um esforço de justificação racional tanto das premissas quanto de seu desenvolvimento, pois o que distingue o juiz do legislador não é a sua passividade substancial ou criativa, mas a sua passividade procedimental e, sobretudo, a necessidade de justificar as suas decisões tanto do ponto de vista interno<sup>45</sup> quanto da ótica externa<sup>46</sup>, pois é precisamente nisso que reside a principal fonte de legitimidade de seu poder.

Pois bem, dado que a argumentação jurídica constitui uma modalidade especial e institucionalizada de argumentação moral<sup>47</sup>, resulta que as regras que ordenam esta devem também presidir aquela, sendo isso o que explica que o princípio de universalização também desempenhe um papel importante na justificação das decisões jurídicas.

Dito princípio se expressa, conforme visto, em uma das regras essenciais que o participante do raciocínio jurídico deve observar, regra essa que pode e deve ser transposta para a técnica do precedente, desde que não se adote aqui o modo tradicional de se conceber esta técnica, ou seja, como mera submissão à doutrina ou jurisprudência dos tribunais superiores (precedente vertical).

A idéia de precedente, em que deva ser aplicada a universalização, é a de comprometimento com as próprias decisões. É particularmente no auto-

---

<sup>45</sup> A justificação interna está relacionada a questões como a de se uma decisão foi corretamente inferida das premissas. Parte, portanto, de premissas já dadas ou aceitas. Nenhuma decisão, depois de fixadas as suas premissas, pode prescindir desse tipo de justificação.

<sup>46</sup> A justificação externa diz respeito à correta adoção das premissas, à justificação de seu estabelecimento ou de sua escolha. Para uma análise mais detalhada sobre o tema, cf. SERBENA, Cesar Antonio, CELLA, José Renato Gaziero. **A lógica paraconsistente e os problemas jurídicos complexos**. In: *Revista Verba Juris da Pontifícia Universidade Católica do Paraná*. Curitiba: Editora Universitária Champagnat, Ano II, nº 2, p. 121-134, mar./2000.

<sup>47</sup> "...o raciocínio moral não é um caso empobrecido do raciocínio jurídico, posto que este último [o raciocínio jurídico] é 'um caso especial, altamente institucionalizado e formalizado, de raciocínio moral'" (RODRIGUEZ, Manuel Atienza. **Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica**, p. 157). Tal pensamento, que é inspirado em HABERMAS, tem sido adotado por ALEXY e MACCORMICK em suas respectivas teorias da argumentação jurídica.

precedente que a regra de universalização proporciona um fundamento claro e compreensivo. Com efeito, a adoção de soluções uniformes por parte de um mesmo aplicador do Direito constitui exclusivamente uma regra de racionalidade cujo único fundamento reside na exigência de justiça formal que se traduz no requisito da universalização.

A regra da universalização aplicada ao auto-precedente se projeta tanto para o passado quanto para o futuro, posto que o critério a ser utilizado deverá ser o mesmo que já se adotou em um caso anterior; mas também e principalmente o mesmo critério que se está disposto a aplicar em outros casos futuros semelhantes.

Assim, quando há uma quebra na regra de universalização — que afinal permite verificar a racionalidade ou não (arbitrariedade) de uma decisão — deverá o intérprete justificar sua nova posição<sup>48</sup>, pois o abandono do precedente não carece apenas da explicação ordinária das razões de fato e de Direito que fundamentam à decisão, mas inclui uma exigência suplementar de justificação do distanciamento do critério anterior.

Trata-se do princípio de inércia muito bem delineado por PERELMAN, para quem a tarefa de justificar se liga ao princípio racional da inércia, que por sua vez é decorrente de uma tendência natural do nosso espírito para considerar como normal e racional e, portanto, sem a exigência de nenhuma justificação suplementar, um comportamento conforme aos precedentes; dito de outra maneira, o princípio de inércia, que transforma em norma toda a maneira habitual de proceder, está nas bases das regras que se desenvolvem espontaneamente em toda a sociedade. O princípio de inércia desempenha, assim,

---

<sup>48</sup> Segundo ALEXY, as regras mais gerais para a utilização do precedente são as seguintes: "(J. 13) Se um precedente pode ser citado a favor ou contra uma decisão ele deve ser citado. (J 14) Quem desejar se separar de um precedente assume o encargo da argumentação" (ALEXY, R. Obra citada,



um papel estabilizador indispensável na vida social. Isto não quer dizer que tudo o que está deva permanecer imutável, mas que não há lugar para o mudar sem razão: só a mudança deve ser justificada.<sup>49</sup>

A regra da universalização que exige que se dê um tratamento igual a situações iguais pode ser exigida de qualquer juiz e de cada tribunal, bem como do conjunto dos operadores jurídicos, pois constitui um postulado de justiça formal e, portanto, vincula-se aos valores de certeza e segurança jurídicas.

Ressalte-se que, no auto-precedente, não é tão importante a existência de uma sentença anterior — que até pode não existir — mas sim uma tomada de posição pelo intérprete que resulte numa atitude de universalização que dite uma resolução cujo critério inspirador possa ser aceito como correto para regular todos os casos semelhantes que se apresentem no futuro.

Assim entendido, o precedente se configura como um argumento adicional (que tem lugar na justificação externa antes mencionada), como uma garantia suplementar que reforça as demais razões existentes a favor da decisão adotada, mas que, na ausência de outras razões, torna-se ele mesmo uma razão formal para demonstrar a correção do que se decidiu.

A técnica do auto-precedente, por um lado, implica apenas um critério de correção formal da racionalidade, já que, em princípio, a sua aplicação

---

p. 261).

<sup>49</sup> Cf. PERELMAN, C., OLBRECHTS-TYTECA, L. **Tratado da argumentação: a nova retórica**, p. 221-223. Vale dizer que a submissão ao princípio de inércia tem sido acusada de ser uma postura conservadora, dado que os "...mais significativos avanços no pensamento intelectual se caracterizam pela (...) crítica sobre fatos e questões que antes eram considerados sem importância, desonestos ou evidentes por si mesmos" (FRANK, Jerome. **Derecho y incertidumbre**, p. 24). No entanto essas críticas se esquecem de que as teorias da argumentação nunca absolutizaram os valores estabelecidos, apenas exigem uma justificação para a mudança, o que só pode ocorrer, se se quiser repudiar a arbitrariedade e a força, através da argumentação. É justamente a argumentação que permite a crítica daquilo que está estabelecido, donde a ruptura com o passado ocorre numa situação de consenso. Por outro lado, as mudanças operadas por imposição — muitas vezes por que aqueles que as impõem se julgam possuir o conhecimento da verdade — é que levam à arbitrariedade e que são, portanto, irracionais.

nada diz quando uma norma é justa ou correta, nem se uma norma é melhor do que outra, nem mesmo tutela a igualdade ou assegura a uniformidade da jurisprudência. Nessa mesma ótica, ainda, verifica-se, não obstante as deficiências apontadas, que a técnica do auto-precedente evita a arbitrariedade, de modo que aquelas decisões que, mesmo sem violar a Constituição ou outras normas ordinárias, admitem soluções plurais, não devam ser tomadas sem critério de universalização, sob pena de violar esta regra fundamental de argumentação racional.

Por outro lado, quando ainda não existe um precedente que sirva de guia da decisão a ser tomada, de modo que se deva eleger um critério dirigido ao futuro, isto é, quando se pergunta se o critério particular pode e deve valer como regra geral, resta que, nestes casos, além do critério formal de justiça, dificilmente se poderá prescindir de um raciocínio substantivo ou sobre valores. Isso porque a situação requer a demonstração de razões por que um determinado critério é melhor que os demais para regular uma certa classe de casos, e isso deixa de ser uma argumentação meramente formal, pois se assemelha mais ao raciocínio do legislador no processo de criação de uma lei.

Em resumo, a doutrina do auto-precedente que se coloca como hipótese de trabalho nesta conferência, ao estabelecer um controle sobre as mudanças injustificadas das decisões dos órgãos jurisdicionais, introduz uma garantia de racionalidade na atuação dos mesmos

Traduz, pois, uma exigência de justiça argumentativa ou procedimental que se articula juridicamente mediante a proibição de que os órgãos jurisdicionais se afastem injustificada ou irracionalmente de seus próprios critérios anteriores em casos substancialmente iguais.

Uma vez demonstrada a forma pela qual a técnica do auto-precedente pode ser útil para a garantia formal de racionalidade das decisões judiciais, resta fazer a seguinte ordem de questionamentos: em que medida essa garantia de racionalidade pode ser implantada em um sistema jurídico? Ora, não se discute que o juiz deva ser fiel às leis, e é mais ou menos admitido que ele também o seja em relação à jurisprudência, ainda que neste caso os diferentes ordenamentos jurídicos tragam regras diferentes. Porém é possível exigir que o juiz seja fiel a si mesmo? É possível exigir um exercício de universalização como o descrito?

Parece que, de acordo com a tradição jurídica existente, as respostas a essas perguntas seriam negativas. Até mesmo as perguntas careceriam de sentido, pois a tradição parte da premissa de que o conjunto de leis, complementadas pela analogia, os costumes e os princípios gerais de Direito (artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil), sempre oferecem a solução adequada ao caso, de modo que o problema de se o juiz é fiel a si mesmo sequer chega a ser colocado, pois basta saber se há fidelidade ao Direito em seu conjunto.

Porém, diante das reflexões atualmente existentes quanto à unidade de solução correta, a regra do auto-precedente, em alguns casos, aparece como a última possibilidade de controle da racionalidade de uma decisão, de modo que as perguntas acima passaram a ter sentido, de modo que regras que permitam a exigência de se utilizar a técnica do auto-precedente devem sim ser criadas, a fim de que se reduzam as arbitrariedades existentes.

## **Conclusão**

Foi visto que, embora o Direito sofra limitações externas e internas, existe espaço para a argumentação racional que busca a exclusão da arbitrariedade. Também foi visto que existe unanimidade entre as mais variadas correntes do pensamento jurídico, mesmo as mais antagônicas, de que a idéia de jurisprudência mecânica já não se sustenta.

Por outro lado, foram vistas as correntes que não admitem a unidade de solução correta em contraposição ao pensamento de DWORKIN, que a admite. Embora se tenha adotado o posicionamento da inexistência de dita unidade, admitiu-se que, no plano individual, essa unidade deve ser acatada em face do princípio moral da universalização e do princípio lógico da não-contradição.

Foi dito também que o princípio da universalização pode ser transposto para a técnica do auto-precedente, segundo a qual se deve interpretar e aplicar o Direito conforme critérios que, por serem admitidos como corretos, devem ser utilizados pelo intérprete na resolução de todos os casos iguais que possam surgir no futuro.

Com isso se garante a racionalidade formal das decisões jurídicas, que só poderão se afastar do precedente se houver justificação específica para tanto, o que implica a aplicação do princípio da inércia, segundo o qual nada pode ser alterado sem razão.

Por fim, foi constatado que, não obstante a importância da técnica do auto-precedente como meio de se garantir a racionalidade das decisões judiciais em contraposição à arbitrariedade, a tradição jurídica existente sequer dá importância a esta questão, o que torna necessária uma reflexão acerca dos modos pelos quais o auto-precedente poderá vir a ser institucionalizado.

### **Referências Bibliográficas**

ABELLÁN, Marina Gascón. **La técnica del precedente y la argumentación racional**. Madrid: Tecnos, 1993.

ALEXY, Robert. **Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica**. In: Revista Doxa: *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante: Universidad de Alicante, nº 5, p. 139-151, 1988.

\_\_\_\_\_. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva, São Paulo: Landy, 2001.

ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. 2. ed. Tradução de M. W. Barbosa de Almeida, São Paulo: Perspectiva, 1988.

BOITEUX, Elza Antônia Pereira Cunha. **O significado perdido da função de julgar**. São Paulo, 1990. Tese (Doutorado em Direito). Pós-graduação em Direito da Universidade de São Paulo. 135 p.

CALSAMIGLIA, A. **Ensayo sobre dworkin**. In: DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Tradução de Marta Guastavino, Barcelona: Ariel, 3. Reimpressão, prólogo, p. 7-29, 1997.

CELLA, José Renato Gaziero. **A teoria da argumentação jurídica como proposta de uma racionalidade possível frente à postura cética do positivismo jurídico contemporâneo**. Curitiba, 2001. Dissertação (Mestrado em Direito). Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. 274 p.

CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do direito e modernidade: dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos**. Curitiba: JM, 1995.

\_\_\_\_\_. **A filosofia jurídica de ronald dworkin como possibilidade de um discurso instituinte de direitos**. Florianópolis, 1993. Dissertação (Mestrado em Direito). Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. 182 p.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do poder executivo no estado contemporâneo e na constituição de 1988**. São Paulo: RT, 1993.

COLEMAN, Jules L. (Org.). **Hart's postscript: essays on the postscript to the concept of law**. New York: Oxford University Press, 2001.

DAWKINS, Richard. **Desvendando o arco-íris: ciência, ilusão e encantamento**. Tradução de Rosaura Eichenberg, São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Tradução de Marta Guastavino, Barcelona: Ariel, 3. reimpressão, 1997.

\_\_\_\_\_. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo, São Paulo: Martins Fontes, 1999.

- FRANK, Jerome. **Derecho e incertidumbre**. Tradução de Carlos M. Bidegain, Coyoacán: Fontamara, 1991.
- HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 2. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
- KANT, Immanuel. **Fundamentación de la metafísica de las costumbres**. 8. ed. Tradução de M. García Morente, Madrid: Espasa-Calpe, 1983.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Tradução de José Lamego, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. **O espírito das leis**. 2. ed. Tradução de Fernando Henrique Cardoso, Leôncio Martins Rodrigues, Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1995.
- PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira, São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- PERELMAN, Chaïm, OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira, São Paulo: Martins Fontes, 2. reimpressão, 1996.
- RODRIGUEZ, Manuel Atienza. **Derecho y argumentación**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1. reimpressão, 1998.
- \_\_\_\_\_. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino, São Paulo, Landy, 2000.
- \_\_\_\_\_. **Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2. reimpressão, 1997.
- \_\_\_\_\_. **Tras la justicia: una introducción al derecho y al razonamiento jurídico**. Barcelona: Ariel, 1993.
- SERBENA, Cesar Antonio, CELLA, José Renato Gaziero. **A lógica paraconsistente e os problemas jurídicos complexos**. In: *Revista Verba Iuris da Pontifícia Universidade Católica do Paraná*. Curitiba: Editora Universitária Champagnat, Ano II, nº 2, p. 121-134, mar./2000.
- SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. **O papel da ideologia no preenchimento das lacunas no direito**. São Paulo: RT, 1993.