

5

Problemas de aplicação de precedentes judiciais

5.1

A subsunção como regra geral de aplicação de precedentes judiciais

Como já se disse no capítulo anterior, em tese é possível extrair normas-princípio de um precedente judicial, referindo-se, nesse caso, a uma *ratio decidendi* bastante abstrata que tenha sido ventilada na fundamentação da decisão. Essa hipótese, no entanto, é excepcional e não nos interessa nesta tese de doutoramento, pois tal tipo de *ratio decidendi* não possui um valor relevante como “precedente judicial”, já que as normas adscritas que têm um caráter de “princípio” valem não por força do precedente, mas pela sua própria correção substancial²²⁶.

A técnica do precedente apenas se torna relevante nos casos em que é possível extrair uma *ratio decidendi* do tipo *regra* que seja capaz de elevar o grau de objetivação do direito. São os precedentes com uma estrutura hipotético-condicional, com uma estrutura de *regra*, que cumprem a sua função de produzir certeza e objetividade para o direito. Sem uma estrutura silogística, a universalizabilidade e a igualdade de tratamento *em face de um caso concreto* deixam de ser atingíveis.

Se a *ratio decidendi* é uma norma do tipo regra, então se segue que a operação básica necessária para a sua aplicação em um caso futuro será a subsunção.

Esse tipo de *ratio decidendi* pode ser visualizado com clareza ao adotarmos o método silogístico desenvolvido na seção 3.2 do capítulo anterior. É através da subsunção dos fatos do caso concreto em uma norma universal previamente existente que são aplicados os precedentes judiciais.

É claro que a subsunção pode apresentar dificuldades substanciais no raciocínio jurídico em geral. Como explica MacCormick, “o problema de se

²²⁶ Ver supra, capítulo III, seção 3.3.2.3., subseção B.1, nº II.

enquadrar premissas maiores e menores em um silogismo normativo é o problema de se assegurar a identidade de sentido dos predicados empregados em ambas (as premissas)” (MacCormick, 2005, p. 61). Normalmente, a premissa normativa em um silogismo judicial pode ser apresentada como uma regra estruturada segundo um esquema simples do tipo “*sempre que OF então NC*”, onde OF representa os *fatos operativos (operative facts)* e NC as respectivas *conseqüências normativas (normative consequences)* (Idem, p. 43). Há pelo menos quatro espécies de problemas que podem gerar dificuldades nesse procedimento:

- a) problemas de *relevância*: existem dúvidas sobre qual é a norma aplicável ao caso;
- b) problemas de *interpretação*: há dúvidas sobre como se deve entender a norma aplicável ao caso;
- c) problemas de *prova*: há dúvidas sobre se um determinado fato realmente aconteceu;
- d) problemas de *qualificação*: têm lugar quando existem dúvidas sobre se um fato que não se discute pode ou não ser reduzido ao suposto de fato da norma jurídica (Ibidem).

As duas primeiras espécies de problemas dizem respeito à justificação da premissa normativa, ao passo que as demais dizem respeito às premissas fáticas. Frise-se, ainda, que as dificuldades listadas acima podem aparecer, no caso concreto, de forma combinada, o que torna o caso ainda mais problemático.

Como resolver esses problemas é algo que deixarei de tratar aqui. Trata-se de um tema da teoria da argumentação jurídica em geral, e não de um problema específico do raciocínio por precedentes. Remeto o leitor, nesse ponto, aos estudos de Alexy (1997-a), MacCormick (1978; 2005), Aarnio (1991) e Atienza (2000), entre vários outros que poderiam ser citados.

Importante ressaltar que essa enumeração de MacCormick, por mais que auxilie o jurista prático, ainda não nos fornece um diagnóstico completo dos denominados “casos difíceis”. Há pelo menos uma hipótese que não foi abordada pelo jusfilósofo citado no seu inventário dos problemas que surgem nos casos difíceis: a questão dos casos nos quais surgem dúvidas sobre *se a norma jurídica existente (válida e em tese aplicável) deve ou não ser aplicada*. Nos casos onde existam dúvidas fundadas a este respeito – os quais Manuel Atienza denominou “casos trágicos” –, “não existe nenhuma resposta correta (à luz do ordenamento

jurídico)”, ou seja, eles “não podem ser decididos senão ferindo o ordenamento jurídico” (Atienza, 2000, p. 304). Trata-se de casos trágicos porque a solução do problema envolve a decisão de *não aplicar* uma norma cuja *validade* não pode ser questionada. Exatamente nesses casos é que se torna necessário um “discurso de aplicação” no sentido de Klaus Günther, pois já não se pode resolver o caso pela operação da subsunção. Veremos, a seguir, os mais importantes problemas de aplicação das regras jurisprudenciais.

5.2

O *distinguish* e suas duas operações básicas: a redução teleológica e o argumento *a contrario*.

A técnica do *distinguish* é um dos elementos característicos do *common law*, mas tende a se expandir cada vez mais para outros domínios e tradições jurídicas. Quanto mais rígida seja a aderência ao precedente judicial, mais freqüente será o seu emprego. Como vimos, o *distinguish* pode ser descrito como uma *judicial departure* que se diferencia do *overruling* porque o afastamento do precedente não implica o seu abandono – ou seja, a sua validade como norma universal não é infirmada –, mas apenas a sua não-aplicação em um determinado caso concreto, seja por meio da criação de uma exceção à norma adscrita estabelecida na decisão judicial ou de uma interpretação restritiva dessa mesma norma, com o fim de excluir as suas conseqüências para quaisquer outros fatos não expressamente compreendidos em sua hipótese de incidência²²⁷.

Normalmente, a afirma-se que o *distinguish* pode se manifestar de duas maneiras: i) por meio do reconhecimento de uma exceção direta (*direct exception*) à regra judicial invocada (justificada por circunstâncias especiais no caso *sub judice*) ou ii) pelo estabelecimento de uma *indirect exception* ou “*circumvention*” (Whittaker, 2006, p. 731). Nesse último caso – também denominado de *fact-adjusting* – os fatos do caso presente são “re-classificados” como algo diferente, para o fim de evitar a aplicação do precedente judicial (Ibidem).

²²⁷ Ver supra, capítulo III, seção 3.4.

A diferença entre essas duas modalidades está no acento que é posto ora na premissa maior (ou *normativa*) e ora na premissa menor (ou *fática*) do silogismo jurídico. Porém, em ambas as situações o *efeito* da decisão é o mesmo: o afastamento da regra jurisprudencial sem abalar a sua validade, de sorte que as duas podem ser descritas como “equivalentes funcionais” (Eng, 2000-b, p. 316).

Já tive oportunidade de demonstrar que há uma interconexão entre fatos e regras que faz com que as regras adscritas de um precedente judicial estejam indissociavelmente ligadas aos fatos que lhes deram origem. Citando novamente a passagem de Wróblewski já transcrita acima, “os fatos no discurso jurídico não podem ser compreendidos fora de suas conexões com as regras” (“*i fatti nel discorso giuridico non possono essere compresi al di fuori delle regole*”) (Wróblewski, 1988, p. 29-30)²²⁸.

Para entender essa conexão, recorro a um exemplo bastante conhecido na jurisprudência brasileira: a discussão do Supremo Tribunal Federal acerca da presunção de violência para fins de caracterização do crime de estupro. No direito brasileiro, os artigos 213 e 214 do Código Penal prevêm os crimes de “estupro” e “atentado violento ao pudor”, sendo que um dos elementos materiais do tipo é que a conjunção carnal – ou o ato de natureza sexual análogo – tenha sido praticada mediante “violência ou grave ameaça”. O artigo 224 da mesma lei prevê, nesse sentido, que “presume-se a violência se a vítima não é maior de quatorze anos” (art. 224, I, *a*, do Código Penal). A presunção de violência foi, historicamente, interpretada pelo Supremo Tribunal Federal como de natureza *absoluta* – ou seja, a não permitir qualquer exceção para a caracterização do ilícito penal –, até vir a ser relaxada no julgamento do HC 73.662-9/MG, em que se decidiu que a presunção de violência sobre a vítima menor de quatorze anos é *relativa*, de sorte que “confessada ou demonstrada a aquiescência da mulher e exurgindo da prova dos autos a aparência, física e mental, de tratar-se de pessoa com idade superior a 14 anos, impõe-se a conclusão sobre a ausência de configuração do tipo penal”²²⁹.

Essa decisão, ao estabelecer que a presunção de violência possui natureza relativa, parecia romper com uma linha de precedentes anteriores do tribunal e estabelecer uma exceção à regra jurídica contida no artigo 224 do Código Penal,

²²⁸ Ver supra, capítulo I, seção 1.5.2.

²²⁹ Supremo Tribunal Federal – Segunda Turma. HC 73.622, julgado em 16.04.1996, publicado no DJ de 20.09.1996, relator: Min. Marco Aurélio. Disponível no sítio da internet <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/it/in_processo.asp> (consulta em 13.09.2007).

tal como interpretada pela Corte em decisões anteriores. Entretanto, o tribunal reviu seu posicionamento rapidamente e voltou a entender – em uma série de julgados que hoje constituem uma linha de jurisprudência consolidada – que a presunção é de natureza absoluta, e não admite exceções. Não obstante, nesses mesmos julgados o tribunal reconhece a possibilidade de exclusão da punibilidade por “erro justificado” do agente quanto à idade da vítima, por este configurar um “erro quanto a um dos elementos constitutivos do tipo”²³⁰.

Como se percebe, tanto no primeiro precedente (que relativiza a natureza da presunção) quanto nos derradeiros (que retomam a orientação anterior da natureza absoluta, mas admitem a exclusão da punibilidade com fundamento no “erro essencial”) o resultado do julgamento acaba sendo o mesmo: o indivíduo que manteve relações com uma menor de quatorze anos com fundamento em um erro justificado acerca da idade da vítima permanece sem punição. Em ambas as situações são construídas exceções à regra geral da punibilidade dos agentes que tenham mantido relações sexuais com menores de quatorze anos, mas na primeira delas a ausência de punição decorre de uma reinterpretação da regra do artigo 224, I, *a*, do Código Penal, ao passo que nas últimas de um enunciado particular que “reclassifica” os fatos e os exclui do âmbito de aplicação daquela regra (já que os fatos criminosos cometidos sob erro de tipo têm sua punibilidade excluída). No entanto, esse enunciado que “reclassifica” os fatos, ao ser universalizado, passa a constituir também uma norma adscrita de origem jurisprudencial.

O exemplo demonstra, portanto, que o efeito do *distinguish* será o mesmo seja quando o precedente está sendo distinguido por *direct exception* ou por *indirect exception* ou *circumvention*.

Todavia, a distinção ainda permanece relevante para o raciocínio jurídico porque a estratégia para *justificação* da *departure* é diferente em cada uma das duas alternativas, e isso irá repercutir no próprio conteúdo do precedente judicial nos casos futuros. Com efeito, os precedentes funcionam como elementos de justificação de uma decisão jurídica, e a forma como eles são enunciados pode ser decisiva para determinar a sua força nos casos futuros.

²³⁰ Supremo Tribunal Federal – Segunda Turma. HC 79.778, julgado em 02.05.2000, publicado no DJ de 17.08.2001, relator: Min. Nelson Jobim. Disponível no sítio da internet <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/it/in_processo.asp> (consulta em 13.09.2007). No mesmo sentido, ver: Supremo Tribunal Federal – Primeira Turma. HC 81.268, julgado em 16.10.2001, publicado no DJ de 16.11.2002, relator: Min. Sepúlveda Pertence. Disponível no sítio da internet <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/it/in_processo.asp> (consulta em 13.09.2007).

Desse modo, a técnica do *distinguish* deve ser definida como um tipo de *judicial departure* no qual a regra da qual o tribunal se afasta permanece válida, mas não é aplicada com fundamento em um discurso de aplicação em que, das duas uma: i) ou se estabelece uma *exceção* anteriormente não reconhecida – na hipótese de se concluir que o fato *sub judice* pode ser subsumido na moldura do precedente judicial citado –; ou ii) se utiliza o argumento *a contrario* para fixar uma interpretação restritiva da *ratio decidendi* do precedente invocado, na hipótese de se concluir que o fato *sub judice* não pode ser subsumido no precedente. No primeiro caso (redução teleológica), opera-se a exclusão de um determinado universo de casos antes compreendidos no âmbito de incidência da norma apontada como paradigma; no segundo caso (argumento *a contrario*), a norma jurisprudencial permanece intacta, mas conclui-se que as suas conseqüências *não podem ser aplicadas* aos fatos que não estejam compreendidos em sua hipótese de incidência.

Analisaremos, a seguir, cada uma dessas duas modalidades de *distinguish*.

5.2.1

A redução teleológica e o caráter superável (*defeasible*) das regras jurídicas

A primeira hipótese de aplicação da técnica do *distinguish* é a redução teleológica. A técnica da redução consiste no estabelecimento, por razões de equidade, de uma *exceção* na hipótese de incidência de uma determinada norma jurídica. Ocorre, nesse caso, uma *redução na área semântica* da regra jurídica excepcionada, uma diminuição do universo de situações compreendidas na sua hipótese, como uma forma de se solucionar os problemas de aplicação dessa norma aos casos particulares.

A redução teleológica é uma espécie de retificação do direito quando este se apresenta injusto por excessivamente geral. Isso acontece porque embora a norma jurídica em questão possa ser “validada” com fundamento no princípio “U” em sua versão frágil²³¹, em um momento futuro surgem condições adicionais que

²³¹ Ver supra, capítulo II, seção 2.4.3.1.

tornam injustificada – desarrazoada, injusta – a sua aplicação, de sorte que surge a necessidade de uma “revisão do seu conteúdo” para atender às exigências de justiça do caso concreto (Günther, 1993-b, p. 70).

Essa situação pode se dar tanto na fiscalização abstrata de constitucionalidade das leis – quando se admite, por exemplo, a “inconstitucionalidade parcial da lei”, de sorte que o tribunal declara inconstitucional apenas uma parte da lei questionada ou um dos sentidos semanticamente imagináveis para o dispositivo normativo em questão (Medeiros, 1999, p. 413-s) – quanto, no caso concreto, em face de uma excepcionalidade que torna a aplicação da norma geral contrária aos fins que a justificam.

Como ensina Günther, “a relação de uma norma com todos os outros aspectos da situação tem que ser determinada novamente em cada situação de aplicação porque modificações na constelação de traços que definem a situação não podem ser antecipadamente previstas” (Idem, p. 68).

Por vezes o aplicador do direito é capaz de identificar, com um grau de objetividade relativamente razoável – já que também na aplicação imparcial de normas jurídicas deve-se produzir normas individuais universalizáveis –, *circunstâncias adicionais* às contidas na hipótese de incidência da norma a aplicar que tornam a solução exigida por essa norma inadmissível tanto à luz da moral autônoma quanto à luz de princípios jurídicos fundamentais consagrados nos textos das Constituições democráticas. Novamente, recorro às lições de Günther para explicar esse fenômeno:

A justificação de uma norma dura apenas até o momento em que permaneçam inalterados os possíveis contextos de aplicação conhecidos por todos os participantes com fundamento em suas experiências históricas. Apenas uma aplicação imparcial nos põe em posição de relacionar uma norma universalmente justificada a contextos estendidos e modificados e desse modo exaurir todas as variáveis semânticas relevantes para a decisão. Variações no contexto nos compelem a interpretar novamente as situações, e nós podemos desse modo trazer à colação novos interesses (Idem, p. 69).

Urge reconhecer, portanto, a característica da *superabilidade* (defeasibility) das normas jurídicas em geral, isto é, a possibilidade de se encontrar exceções ou situações que afastam as suas conseqüências em um caso particular²³².

²³² Nos próximos parágrafos, transcrevo parte de um trabalho de minha autoria publicado anteriormente: (Bustamante, 2005-a, p. 232-235 et 239-240).

As normas jurídicas são sempre superáveis, de sorte que pode haver razões para que se deixe de aplicá-las em certas situações especiais, o que permite sustentar que a incidência de uma norma sobre um caso concreto não garante a sua aplicação (pois ela pode vir a ser excepcionada). De acordo com Neil MacCormick (1995, p. 103), isso tem origem nos limites à precisão (*accuracy*) e à exaustividade (*exhaustiveness*) dos enunciados jurídicos em geral (*statements of the law*). Nesta perspectiva, muitas das *condições para a aplicação do direito* (*background conditions*) permanecem implícitas (*unstated*), especialmente nos casos excepcionais onde a hipótese de incidência da norma é muito aberta em relação ao caso. Todo condicional jurídico está sujeito a exceções que surgem diante de um caso particular, de sorte que as condições para a aplicação de uma regra jurídica a um caso concreto são tão-somente “*ordinariamente* necessárias” e “*presumidamente* suficientes” para o surgimento das conseqüências jurídicas (Idem, p. 108).

Em todo sistema jurídico não exaustivamente fechado, pode em tese surgir uma situação onde as condições para a aplicação de um princípio ou regra jurídica válida estão satisfeitas, mas mesmo assim a conclusão (gerada por essas normas) não é alcançada (Hage, 1997, p. 123). Esse fenômeno é sempre possível no raciocínio jurídico, tendo em vista que um sistema jurídico perfeito é algo irrealizável, haja vista que seria necessário, para a sua criação, existir uma regra para cada potencial comportamento humano. Por conseguinte, os enunciados jurídicos são condicionados à manutenção da situação fática para a qual foram concebidos. Como salienta Alchourrón,

Na linguagem corrente, as construções condicionais da forma ‘se A então B’ são freqüentemente usadas de um modo tal que não se pretende com elas afirmar que o antecedente A é uma condição suficiente do conseqüente B, senão somente que o antecedente, somado a um conjunto de pressupostos aceitos no contexto de emissão do condicional, é condição suficiente do conseqüente B. Este é o caso, por exemplo, quando se afirma, com relação a uma certa mistura de gás, que seu volume aumenta caso se eleve a temperatura, supondo que, no contexto, a pressão se manterá constante. A afirmação condicional é superada quando algum dos pressupostos implícitos é falso (Alchourrón, 2000, p. 23).

Nesse sentido, as normas jurídicas, incluindo-se aquelas que chamamos de “regras”, são *condicionais superáveis*, i. e., sujeitos a *exceções implícitas* (Alchourrón, 2000, p. 23). A descoberta dessas exceções é tarefa do intérprete,

que parte da análise das prescrições normativas e do contexto em que elas foram elaboradas a fim de chegar até a *ratio* para a qual a norma foi construída. Não há, qualquer que seja o sistema jurídico em exame, um montante finito de informação que garanta, em termos absolutos, a verdade de descrições hipotético-normativas de situações e suas conseqüências jurídicas (Hage, 1997, p. 84). Daí, a aplicabilidade de uma norma jurídica não garantir sua efetiva aplicação, haja vista que existem certas incidências excepcionais de regras jurídicas em que sua aplicação viola a Constituição, apesar de, nos casos normais, não se cogitar de qualquer incompatibilidade com a Lei Superior (Borges, 1999, p. 100).

Obviamente, a característica da superabilidade, no caso específico das *regras*, diz respeito a situações inéditas, as quais tenham sido imprevisíveis e imprevisíveis quando da criação dos enunciados normativos que as originaram. A efetiva superação de uma norma jurídica válida será tanto mais difícil quanto maior for o componente descritivo-comportamental presente na sua moldura normativa. No entanto, ainda que estejamos diante da regra mais específica existente num determinado tempo e lugar (chamemos aqui de R), sempre será possível surgir uma situação na qual a sua aplicação cause um rompimento no equilíbrio dos princípios que lhe servem de fundamento. Caso esse desequilíbrio cause uma restrição desproporcional e irracional num desses princípios, é possível que existam razões para a criação de uma nova regra (R') que valha como exceção para R.

Exceções à aplicação das regras jurídicas são formuladas a partir da ponderação racional de princípios, por meio de uma valoração que determinará se é possível ou não estabelecer uma exceção para a regra autoritariamente integrada ao sistema jurídico. Como salienta MacCormick (1995, p. 103), “exceções ocorrem sempre que surge uma situação em que os acontecimentos particularmente em questão trazem à tona alguns princípios ou valores (juridicamente consolidados) com importância suficiente para prevalecer sobre (*override*) a presumida auto-suficiência das condições expressamente estabelecidas para o surgimento de um direito”. Nesses casos, a situação excepcional ativa um fator de fundo (*background factor*) que impede o surgimento da conseqüência que normalmente seria engendrada pela norma.

Como exemplo, MacCormick menciona o caso *R. v. National Insurance Commissioner ex p. O'Connor* ([1981] All E. R., 770), em que uma viúva que foi

considerada culpada pela morte de seu marido não fez jus aos benefícios previdenciários deixados por ele, embora inexistisse na legislação em tela previsão expressa de exclusão do benefício. Partindo-se do princípio da culpabilidade, que indica que não se pode dar sustentação a direitos originados de ilícitos criminais praticados por seu titular (sem distinguir aqui crimes dolosos ou culposos), criou-se, para o caso, a regra segundo a qual nem a pensão nem outros benefícios análogos podem ser concedidos ao causador do evento-morte (MacCormick, 1995, p. 101).

Quando a aplicação de uma regra jurídica interferir excessivamente em princípios considerados especialmente importantes, implicando uma manifesta injustiça no caso concreto, será possível criar uma exceção à regra em tela com o emprego da técnica da *redução de significado* (*reduction*) de regras jurídicas válidas, por meio da qual se limita o raio de incidência de uma norma jurídica cujo significado literal é considerado muito amplo. Através da *reduction*, o tribunal reconhece uma exceção não-escrita à incidência da norma (Alexy; Dreier, 1991, p. 89), ou seja, realiza uma *modificação* na regra jurídica R para os casos em que sua aplicabilidade for tida como “indesejada”. Como ensina Alexy (1997-a, p. 227), há casos em que é possível *deixar de aceitar o resultado das interpretações fundamentadas em argumentos semânticos*: “em caso de aplicabilidade indesejada de R_1 , isto pode ter lugar limitando R_1 ((x) [$T_1x \rightarrow ORx$]), com a ajuda de uma característica F”, de modo que seria formulada, para o caso, a seguinte regra: R_2 ((x) [$T_1x \wedge \neg Fx \rightarrow ORx$]). Vê-se, pela análise da fórmula proposta por Alexy, que R_2 (que Alexy qualifica como o resultado da modificação de R_1 através de *redução teleológica*) não passa de uma reformulação de R_1 , à qual foi estabelecida uma exceção ($\neg Fx$).

Vejamos, a seguir, alguns problemas e particularidades da redução teleológica de precedentes judiciais.

5.2.1.1

A superabilidade (*defeasibility*) das normas jurídicas e os conflitos normativos: as regras jurisprudenciais como obrigações *prima facie*

Quando vinculamos a teoria da argumentação jurídica – e, em especial, a teoria dos precedentes – ao princípio da universalidade, que funciona como uma regra de argumentação ou critério de correção para normas jurídicas e morais, pode se tornar problemática a asserção de que as regras jurídicas devem ser superadas (*defeased*) na presença de razões relevantes que tornam inadequada a sua aplicação ao caso concreto.

Argumenta-se, por exemplo, que a superabilidade de uma regra jurídica implica a negação do seu caráter universal. Quando MacCormick, por exemplo, afirma que “para fatos particulares serem *razões justificativas* eles necessariamente têm de ser subsumíveis em um princípio de ação (norma) enunciado em termos universais, *ainda que esse universal seja tido como superável (defeasible)*” (MacCormick, 2005, p. 99), dir-se-ia, ao se seguir essa crítica, que o professor escocês estaria em contradição.

Se essa crítica for considerada razoável, a minha teoria dos precedentes padece dos mesmos males que o universalismo *defeasible* de Neil MacCormick. No entanto, estou convencido de que essa objeção não merece ser aceita, bem como de que não há inconsistência em se afirmar, de um lado, que as decisões jurídicas devem ser justificadas por meio de regras universais e, de outro, que essas regras podem ser superadas por outras razões que, eventualmente, preponderem sobre elas. Mas a objeção recomenda que seja feita uma maior especificação no conceito de superabilidade (*defeasibility*).

Reconhecer a superabilidade das regras jurídicas significa admitir para elas um caráter *prima facie*, embora diferente do dos princípios jurídicos. É um caráter *prima facie* menos acentuado e que não decorre mais da ausência de especificação dos comportamentos devidos no suposto de fato da norma (como acontece nos princípios), mas das situações de aplicação em que deve ser levada em conta, para a sua aplicação adequada, a “coerência da norma com todas as outras normas e variáveis semânticas aplicáveis a cada situação” (Günther, 1993-b, p. 242).

Nesse sentido, passa-se a reconhecer as regras jurídicas como estabelecendo uma espécie de obrigação *prima facie*, e não uma obrigação absoluta.

A idéia de obrigação *prima facie* foi introduzida na filosofia contemporânea por David Ross, no intento de bem compreender os conflitos entre deveres e obrigações que acontecem no mundo real (*real life situations*). Num conhecido exemplo, já citado anteriormente, se eu assumo com A o compromisso de ir a uma festa, mas, ao mesmo tempo, devo acudir B, que está gravemente ferido, é razoável se concluir que eu estou autorizado a deixar de cumprir meu compromisso com A para poder cumprir minha obrigação em relação a B. Para Ross, a obrigação que eu tinha com relação a A é, na realidade, uma obrigação *prima facie*, e não uma obrigação propriamente dita (*actual obligation*) (Searle, 1978, p. 82).

Como explica Searle (1978, p. 82), no exemplo a obrigação *prima facie* é contrastada por uma obrigação propriamente dita ou real, sendo correto descrever a situação da seguinte maneira: “Eu simplesmente não tenho obrigação de cumprir minha promessa. Na verdade eu simplesmente pareço estar obrigado, porque cumprir a promessa, como Ross diria, tem a ‘tendência de ser o nosso dever’, mas quando todos os fatos são considerados fica claro que eu tenho uma obrigação de ajudar B, mas não tenho qualquer obrigação de ir à festa de A” (Ibidem).

Como se vê, a denominada obrigação *prima facie* na realidade não chega a ser, de acordo com David Ross, uma autêntica “obrigação”. Para Searle, esse fato torna insuperavelmente inconsistente a teoria de Ross: “uma dificuldade imediata dessa visão é que a promessa, na situação de conflito entre deveres, simplesmente acaba não contando para nada. É como se eu nunca tivesse feito qualquer promessa” (Ibidem).

Essas críticas de Searle são pertinentes, pois conceber uma obrigação *prima facie* como uma mera “obrigação aparente” ou como “algo que ainda não constitui uma obrigação, mas pode vir a sê-lo” – como seria coerente com a teoria de Ross – não ajuda muito a compreender a natureza dos deveres *prima facie* e nem a resolver conflitos entre obrigações – sejam morais ou jurídicas – como o narrado no exemplo.

Mais adequada é a concepção de Jaakko Hintikka (1969), que vê a obrigação *prima facie* como um autêntico *dever* ou *obrigação*, embora menos vinculativa (*less compelling*) que as obrigações absolutas ou “propriamente ditas”.

Ao examinar uma implicação simples, do tipo $(p \rightarrow q)$, Hintikka (1969, p. 191) diferencia claramente as noções de *conseqüência lógica* e *conseqüência deontológica*. Quando estamos tratando de uma conseqüência do tipo lógico, $(p \rightarrow q)$ significa que o enunciado $(p \& \sim q)$ não pode ser satisfeito; mas quando estamos discutindo questões normativas esse quadro pode ser alterado. “Sem perceber”, quando discutimos questões normativas, “nós concentramos nossa atenção não no que pode ou não ser realizado, mas no que pode ou não ser realizado *sem violar alguma obrigação*”. Assim, “no caso em tela, nós tacitamente acabamos indagando se p pode ser realizado sem realizar q , *quando todas as normas estão cumpridas*”.

De acordo com Hintikka, “isso significa que nós estamos considerando [na última hipótese, i. e., quando voltamos nossa atenção para questões normativas] não a validade de $(p \& \sim q)$, mas a validade de $P(p \& \sim q)$, ou, noutras palavras, não a validade de $(p \rightarrow q)$, mas a validade de $O(p \rightarrow q)$. Se (e somente se) o primeiro enunciado for válido, normalmente se diz que q é *logicamente implicado* por p (ou seja, q é uma conseqüência lógica de p). Se (e somente se) o último enunciado for válido, nós devemos dizer que q é *deonticamente implicado* por p (ou seja, q é uma conseqüência deontica de p)” (Ibidem).

Essa diferença, entre conseqüências *lógicas* e *deontológicas* é fundamental para a exata compreensão das denominadas “obrigações *prima facie*”, pois quando falamos de conseqüências lógicas, estamos tratando de regras válidas para qualquer mundo possível, ao passo que as conseqüências deontológicas, se forem tomadas rigorosamente, se referem unicamente a um “mundo deonticamente perfeito” (Ibidem). Ora, “é freqüentemente mais fácil ser categórico sobre como as coisas deveriam ser, i. e., como elas seriam num ‘mundo deonticamente perfeito’, do que conhecer os deveres complexos que uma pessoa possui no mundo real” (Ibidem), especialmente porque neste último é que se apresentam os verdadeiros *conflitos entre obrigações ou deveres*.

A vinculatividade (*commitment*) das obrigações pode, segundo Hintikka, se manifestar de pelo menos duas maneiras, representadas pelas seguintes fórmulas:

$$(1) O(p \rightarrow q)$$

e

$$(2) p \rightarrow Oq.$$

A fórmula (1) se assemelha ao que já havíamos designado como uma “conseqüência deontológica”. Em (1), se imaginarmos não um “mundo deonticamente perfeito” – no qual p invariavelmente implica q –, mas um mundo real em que a obrigação de realizar q , uma vez verificado p , possa ser elidida em caso de um conflito com outra obrigação *mais forte do que ela* – no caso concreto –, teremos uma obrigação *prima facie*.

(2), por sua vez, refere-se a implicações lógicas que invariavelmente ensejam a obrigatoriedade de realização das conseqüências.

Noutros termos, o contraste entre (1) e (2) é “essencialmente o contraste entre obrigações *prima facie* e obrigações/deveres *propriamente ditas*” (Hintikka, 1969, p. 204).

Para tornar mais clara essa diferença, Hintikka (Ibidem) propõe ainda uma fórmula mais complexa: se n representa “a conjunção de um conjunto de princípios normativos”; e p , por sua vez, representa uma premissa fática, consistente num conjunto de enunciados descritivos, então, com base no conjunto de normas n , q é uma obrigação *prima facie* se e somente se

$$(3) O[(n\&p) \rightarrow q]$$

for válido, i. e., “se q é uma conseqüência deôntica de $(n\&p)$. De modo semelhante, existe uma obrigação absoluta ou ‘propriamente dita’ de realizar q se e somente se

$$(4) (n\&p) \rightarrow Oq$$

for válido, i.e., se e somente se Oq é uma conseqüência lógica de $(n\&q)$ ”.

Vê-se, portanto, que quando Hintikka se refere a obrigações ou deveres *prima facie* – representados graficamente por (1) e/ou (3) – ele está se referindo a *enunciados hipotéticos* que, por entrarem potencialmente em conflito com outros enunciados da mesma natureza, nem sempre ensejam as conseqüências ordinariamente previstas para as hipóteses.

Ora, é exatamente essa a situação das regras jurisprudenciais, com a única diferença (em relação ao silogismo jurídico como tradicionalmente concebido) de

que, na descrição de Hintikka, os enunciados normativos são expressos em notações que são capazes de expressar a característica da superabilidade (ou *defeasibility*), que os marca. Tal característica diz respeito à possibilidade de se deixar de aplicar uma regra jurídica em vista de exceções que vão sendo construídas na prática jurídica, seja com fundamento em regras especiais ou com base em princípios que permitem, sob certas condições excepcionais, que se crie uma exceção no caso particular.

As relações que se estabelecem entre as hipóteses e conseqüências nas normas jurídicas em geral – e com maior força nas regras jurisprudenciais – são portanto obrigações *prima facie* no sentido de que não há uma implicação lógica entre elas, mas uma implicação deontológica, pois é ao menos em tese admissível que uma circunstância particular do caso concreto impeça o surgimento das conseqüências jurídicas ordinariamente previstas. Nesse caso, o tribunal reinterpreta a o precedente judicial e estabelece uma exceção à regra geral nele contida. Como já vimos ao relatar a resposta que Alexy dá à crítica à tese do caso especial formulada por Günther, o tribunal soluciona um problema de aplicação da norma geral e, ao mesmo tempo, justifica uma nova regra especial que passa a valer para os casos posteriores²³³.

5.2.1.2

A superabilidade dos precedentes judiciais e o princípio da igualdade

Ao diferenciar os princípios das regras, explicando o diferente caráter *prima facie* de cada um dos dois tipos de normas, Alexy enfatiza que as regras podem ser excepcionadas com fundamento em um princípio, mas que há certas particularidades que tornam esse procedimento mais complexo do que a ponderação, pois não basta apenas ponderar o princípio que contribui para a introdução de uma exceção com o que justifica o seguimento da norma.

Entende Alexy que é possível “introduzir uma cláusula de exceção nas regras” com fundamento na técnica da redução teleológica, e quando isso

²³³ Ver supra, capítulo I, seção 1.5.3.2.

acontece “a regra perde o seu caráter definitivo para a solução do caso” (Alexy, 1997-b, p. 99). Não obstante, permanecem importantes diferenças entre o caráter *prima facie* das regras e dos princípios:

Um princípio é enviesado quando, no caso a ser decidido, um outro princípio tem um peso maior. Diferentemente, uma regra não é enviesada quando no caso concreto o princípio oposto tem um peso maior que o princípio em que ela se apóia. Ademais, têm que ser esquivados os princípios que estabelecem que as regras que são impostas por uma autoridade legítima para tanto têm que ser seguidas e que não se deve afastar sem fundamento de uma prática transmitida. Estes princípios serão aqui denominados “princípios formais” (Idem, p. 100).

Como se nota, há duas razões para o diferente caráter *prima facie* das regras e princípios jurídicos. De um lado, os princípios são enviesados (*soslayados*) ou restringidos com fundamento em princípios opostos, o que não acontece com as regras, já que estas normas não são mandados de otimização – e portanto não podem ver determinada qualquer “medida” de seu cumprimento. Não há alternativa, ao se observar uma regra, senão a cumprir ou lhe desobedecer. A introdução de uma exceção pode ser vista, portanto, como a criação de uma nova regra jurídica excepcional que afasta aplicação da norma anterior no caso concreto. De outro lado, o abandono de uma regra jurídica, ao contrário do que se dá com um princípio, depende de uma argumentação que consiga esquivar (*override*) os princípios formais ou procedimentais que exigem o cumprimento da regra jurídica.

Esse segundo ponto é que se configura essencial para nós. Com efeito, o primeiro refere-se apenas às diferenças estruturais entre regras e princípios, que é um problema analítico, ao passo que o último se liga à necessidade *normativa* (derivada dos princípios formais) de se obedecer às determinações impostas pelo legislador. Entre esses princípios formais, encontram-se o princípio democrático, o princípio da segurança jurídica e o princípio do Estado de Direito. Esses princípios possuem um peso especial na argumentação jurídica e estabelecem um “dever de obediência” ao legislador, o qual torna a superação de uma regra um fenômeno excepcional que requer razões especialmente fortes para encontrar fundamento.

O peso desses princípios formais, contudo, é relativizado em importante medida quando se trata de regras derivadas de precedentes judiciais, e não mais do

processo legislativo democrático, como imagina Alexy. Não há *razões de autoridade* a impedir a redução teleológica de um precedente judicial pelo próprio tribunal que o estabeleceu, e mesmo nos tribunais inferiores dificilmente o peso dessas razões será equivalente ao das que militam a favor das regras estabelecidas pelo legislador democrático. O peso dos “princípios formais” na redução teleológica de regras jurisprudenciais é significativamente reduzido.

Ainda assim, a redução teleológica de um precedente judicial não pode ser vista como um procedimento absolutamente livre, pois o princípio constitucional da igualdade de tratamento²³⁴ gera a presunção de que todos os indivíduos compreendidos em uma mesma classe ou categoria devem ser tratados igualmente, a não ser por razões especialmente relevantes que justifiquem um tratamento diferenciado.

Há de se perquirir, para justificar a exceção introduzida, a plausibilidade das diferenciações estabelecidas no caso concreto. Nesse terreno, o princípio da razoabilidade funciona como um *valor-função* que atua seletivamente para contrastar a relevância das individualidades do caso concreto com a descrição hipotética da norma geral existente. Ao invés de um *valor-em-si-mesma* (*value-in-itself*), a razoabilidade é um *valor-função* (*value-function*) porque fixa um parâmetro interpretativo para especificar os *fatores de valoração* (*value-factors*) que são relevantes para um julgamento sobre a existência ou não de justificabilidade nos casos particulares em análise (MacCormick, 1984, p. 143).

É através de um juízo de razoabilidade que se pode verificar, em cada caso concreto, a justificabilidade das diferenciações de tratamento propostas por meio de regras excepcionais aos precedentes judiciais. Vale ressaltar, neste particular, a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello segundo a qual o reconhecimento de uma violação à isonomia demanda o enfrentamento de três questões: 1) a verificação do “elemento tomado como fator de desigualação”; 2) a verificação da “correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrimen e a disparidade estabelecida ao tratamento jurídico diversificado”; e, finalmente, 3) a avaliação da “consonância desta relação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional” (Bandeira de Mello, 1997, p. 22). Tal verificação é, indiscutivelmente, uma questão de razoabilidade da norma adotada. Saber se uma

²³⁴ No caso do direito brasileiro, ver Constituição da República, art. 5º, *caput*.

medida viola a regra constitucional da igualdade é saber se os critérios por ela encampados ajustam-se ou não à máxima da razoabilidade.

Sem adentrar no conteúdo e nos critérios formais da razoabilidade²³⁵, pois isso iria tornar a presente tese de doutoramento excessivamente extensa, cumpre ao menos enunciar um requisito formal para esse processo de *distinguish* por redução: a exigência de que a exceção seja enunciada em termos universais e valha, também, como uma regra adscrita para os julgamentos futuros. Sem essa exigência, a aplicação imparcial do direito se torna impossível. Como explica MacCormick, mesmo no caso do afastamento da lei por equidade, onde são estabelecidas exceções à incidência de normas dotadas de um grau ainda maior de vinculatividade, é necessário o emprego de argumentos universais, haja vista o princípio da justiça formal:

Dizer, como nós realmente podemos dizer, que em certos casos a aplicação estrita das regras de direito positivo existentes seria contrária aos interesses do caso não deve nos levar a crer em um conceito misterioso de equidade, de acordo com o qual casos individuais sejam tidos como possuidores de características únicas e particulares. A equidade (*equity*) é tanto uma questão sobre o que é universalizável quanto o é a justiça (MacCormick, 1978-a, p. 98-9).

5.2.2

O argumento *a contrario* e a diferenciação de precedentes judiciais

Diferentemente do que ocorre na redução teleológica, no argumento *a contrario* conclui-se que os fatos *sub judice* não podem ser subsumidos na regra jurídica cuja aplicação se pretende evitar no caso concreto. Não é necessário introduzir uma cláusula de exceção na regra em questão, já que esta foi interpretada em um sentido restrito, de sorte a excluir do âmbito de incidência da norma os fatos do caso concreto. Pela via do argumento *a contrario*, conclui-se que “havendo uma norma qualquer que predique certa qualificação normativa (por exemplo um poder, uma obrigação ou um *status*) a um sujeito ou a uma classe de sujeitos, na falta de uma outra norma expressa se deve excluir que valha (que exista, que seja válida) uma norma diversa que preveja essa mesma qualificação

²³⁵ Sobre o assunto, tive oportunidade de fazer um breve estudo onde são expostos os critérios de razoabilidade que considero mais relevantes para a prática jurídica (Bustamante, 2005-b).

normativa para qualquer outro sujeito ou classe de sujeitos” (Tarello, 1980, p. 346).

É um argumento que se baseia na premissa de que o silêncio do legislador acerca de um determinado fato, a sua *falta de menção* em uma determinada regra jurídica, *não constitui uma falta de regulação* dos fatos omitidos, já que as conseqüências previstas na regra em tela valem *apenas* para os fatos compreendidos em sua hipótese, e não para quaisquer outros (García Amado, 2001, p. 91). Por isso, para que o argumento possa ser considerado logicamente válido é necessário se presumir o caráter relativamente fechado do sistema jurídico. Pelo argumento *a contrario*, conclui-se que não há outras condições suficientes para a conseqüência jurídica prevista na norma de partida:

A argumentação *a contrario* depende da ausência de condições suficientes alternativas para a conclusão negada pelo argumento *a contrario* (Kaptein, 1993, p. 319).

Esse requisito – uma premissa implícita que ateste a ausência de qualquer outra condição suficiente para a conseqüência da norma cuja aplicação se afasta – é essencial para a correção do argumento *a contrario*, pois na sua falta ele não passa de um clássico *non sequitur*. Apesar da alegada plausibilidade retórica do argumento *a contrario*, só em casos específicos – que demandam uma série de premissas implícitas – ele pode ser considerado um argumento logicamente válido. Com efeito, não basta negar o antecedente para se concluir que as suas conseqüências não têm lugar em um determinado caso concreto. Um exemplo pode ser esclarecedor: de uma norma como “Todos os ladrões devem sofrer uma condenação”, conjugada com a asserção de que “Shulze não é um ladrão”, não podemos inferir que “Shulze não deve sofrer uma condenação”. Como explica Rentería Díaz, “na conclusão existe algo que não existe nas premissas” (Rentería Díaz, 1997, p. 321).

O emprego falacioso do argumento *a contrario* constitui, talvez, o mais comum equívoco de argumentação jurídica, nos mais variados ordenamentos jurídicos.

Por exemplo, antes da promulgação da Emenda Constitucional 45/2004, que introduziu o § 3º ao art. 5º da Constituição Federal Brasileira, Flávia Piovesan sustentava, com fundamento no art. 5, § 2º, da Constituição Federal, que todos os

tratados internacionais sobre direitos Humanos celebrados pelo Brasil possuem hierarquia constitucional, partindo da seguinte linha de raciocínio:

Ora, ao prescrever que ‘os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais’, a *contrario sensu*, a Carta de 1988 está a incluir, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Este processo de inclusão implica na incorporação pelo texto constitucional destes direitos (Piovesan, 2000, p. 73).

Como é visível a olho nu, o argumento *a contrario* foi aplicado de forma equivocada. Com base nele só se pode concluir que uma situação qualquer é tratada de forma diferente da estabelecida na hipótese de incidência de um enunciado normativo. Nada mais. O argumento *a contrario* poderia, no máximo, permitir a conclusão de que estariam excluídos de qualquer proteção os direitos previstos em fontes diversas dos tratados internacionais (o que, aliás, seria uma interpretação insustentável, pois impediria inclusive que o legislador viesse a ampliar o catálogo de direitos individuais). Percebe-se, portanto, que a correção da conclusão defendida pela autora citada depende única e exclusivamente da viabilidade de se interpretar a locução “não excluem os direitos decorrentes dos tratados internacionais” como sendo uma regra de competência que estabeleça processo especial para Emendas no Texto Constitucional (diverso daquele criado pelo art. 60 da Constituição)²³⁶, o que nada tem a ver com o argumento *a contrario*.

Justamente para evitar esse tipo de equívoco, o argumento *a contrario* deve ser sempre reconstruído de modo a expressar uma inferência logicamente correta, sob pena de sérios prejuízos para a justificação racional das decisões que o aplicam. Não se pode admitir, jamais, o emprego logicamente inválido do argumento *a contrario*, pois em todas as vezes em que o argumento for plausível é possível justificar a decisão a partir da elucidação de premissas implícitas que tornam a inferência *a contrario* logicamente possível.

Portanto, se por um lado podemos concordar com Ferraz Júnior quando ele sustenta que o argumento *a contrario* é muitas vezes “logicamente insustentável,

²³⁶ Isso seria, para mim, francamente implausível. O fato de os direitos previstos em tratados estarem incorporados à Ordem Jurídica Brasileira não pode implicar que eles possuam a mesma hierarquia da Constituição, até mesmo porque ela própria estabelece a possibilidade de controle de constitucionalidade dos tratados, e não há nenhuma razão para estabelecer uma exceção a esta regra.

pois uma consequência verdadeira pode resultar de um princípio falso, bem como duas hipóteses contrárias podem ter a mesma consequência”, por outro lado parece difícil aceitar que “o seu estatuto de validade não é lógico, mas retórico” (Ferraz Jr, 2003, p. 338), como se o argumento *a contrario* pudesse ter algum valor jurídico independentemente de uma construção formalmente correta do raciocínio.

Em qualquer caso, deve ser possível enunciar a argumentação *a contrario sensu* de forma logicamente correta, sob pena de este tipo de argumento carecer de qualquer valor. Como veremos a seguir, há duas formas de se reconstruir o argumento *a contrario* de sorte a torná-lo logicamente válido: uma forma simples e uma forma complexa.

5.2.2.1

As formas simples do argumento *a contrario*: replicação e equivalência

Como informa Tarello, o uso do argumento *a contrario* no raciocínio jurídico está associado à consideração do direito como expresso em documentos *certos e estáveis*. Talvez por isso, o argumento tenha atraído pouca atenção dos jurisconsultos romanos, já que o direito romano se expressava mais no *case law* do que em textos normativos dotados de autoridade. Foi no século IV – com o fortalecimento da Igreja como depositária da doutrina de Cristo e com a consolidação dos textos sagrados em documentos – que se tornou possível o argumento *a contrario*:

O culto do *documento* e da certeza, próprio e peculiar da tradição religiosa hebraica, passa à cultura cristã e em particular – com Eusébio di Cesaerea – à historiografia eclesiástica cristã; historiografia que, narrando a história da Igreja como depositária da doutrina de Cristo, se caracteriza ‘pela posição central que ocupam as controvérsias doutrinárias e pelo amplo uso de documentos’. Os imperadores cristãos, que legislam ‘em nome de Deus’, começam a dar atenção à certeza documental, tornando assim materialmente possível o uso do argumento *a contrario* nas operações jurídicas (em particular em sede judiciária) (Tarello, 1980, p. 348).

No entanto, apenas na época moderna das codificações é que o argumento passa a ocupar um lugar de destaque no raciocínio jurídico. No direito civil moderno, esse fortalecimento do raciocínio *a contrario* guarda especial relação com o dogma da separação dos poderes, bem como com a técnica da *interpretação literal*, característica da escola da exegese do século XIX (Idem, p. 349).

É nesse contexto que, partindo de enunciados particulares, passou-se a aplicar o argumento *a contrario* com a finalidade de negar as conseqüências de uma norma jurídica aos casos não expressamente mencionados por ela.

Mas como se pode inferir *a contrario sensu*, se já vimos que ele representa um caso clássico de *non sequitur*? Como justificar a sua aplicação se o fato de *x* se apresentar como uma condição suficiente para *y* não implica que *y* necessariamente estará ausente toda vez que *x* não estiver presente?

A resposta a essas indagações passa, como explicam os lógicos do direito, pela interpretação dos *conectores* presentes nas regras jurídicas em geral: deve-se ter em conta que “o significado da norma não é apenas o dos termos com que tipifica o suposto de fato ou as conseqüências jurídicas, mas também o significado de seus conectores, pois, como vimos, este não é o mesmo quando se trate de um condicional simples, um bicondicional etc.” (García Amado, 2001, p. 102).

Por isso, explica Klug que sempre que está em discussão o raciocínio *a contrario*, deve-se examinar “que tipo de relação ‘se-então’ está em jogo” (Klug, 1990, p. 183), ou seja, que tipo de implicação existe entre a hipótese (H) e a conseqüência (C) de uma dada norma jurídica, pois nesse terreno a lógica moderna ensina que há três diferentes possibilidades alternativas, que devem igualmente ser consideradas, sendo a opção por uma delas uma escolha interpretativa, e não uma operação que possa ser determinada pela lógica. Essas três diferentes alternativas são (Henket, 1992, p. 155-7; Klug, 1990, p. 180-4):

- 1) a relação entre H e C é uma *implicação material* ou *extensiva*: ou seja, as hipóteses são apenas *suficientes* para as conseqüências jurídicas;
- 2) a relação entre H e C é uma *replicação* ou *implicação intensiva*: ou seja, a hipótese H é uma condição *necessária* para a conseqüência C;
- 3) a relação entre H e C é uma relação de *equivalência* ou *implicação recíproca*: ou seja, H é condição *necessária* e *suficiente* para C;

Assim, se depois da interpretação do enunciado normativo N entender-se que a relação entre H e C é apenas uma *implicação material*, o argumento *a contrario* será de pouquíssima utilidade para aplicador do direito, pois nesse tipo de raciocínio “o que interessa é saber se a não realização da hipótese H é também uma condição suficiente para que não tenham lugar as conseqüências jurídicas C”, e o argumento *a contrario* simplesmente não permite inferir tal conclusão (Klug, 1990, p. 181). A título de exemplo, se a norma N dispuser que “os danos à honra causados através da imprensa ensejam responsabilidade civil”, jamais se poderia, valendo-se do argumento *a contrario*, concluir que somente haverá reparação civil nas hipóteses de danos causados através da imprensa, ou que os danos causados de outra forma não possam vir a ser indenizados. Para tanto, seria necessária uma informação adicional, não prevista inicialmente na norma N, de modo que a hipótese “dano causado pela imprensa” fosse tida como *necessária* para que se pudesse cogitar das conseqüências previstas em N.

Apenas se a norma N for interpretada como estabelecendo uma relação de replicação ou de equivalência entre suas hipóteses e conseqüências é que o argumento possui valor no raciocínio jurídico. A sua utilização fora das alternativas “2”²³⁷ e “3”²³⁸, logo acima, constitui um verdadeiro *sofisma*, pois coincide com a denominada falácia da “negação do antecedente”.

Nesse sentido, afirma Henket que

Raciocinar *a contrario* a partir de uma determinada regra caminha *pari passu* com interpretar essa regra *ou* como uma *replicação* *ou* como estabelecendo uma relação de *equivalência*. Quem quer que esteja raciocinando *a contrario* não pode interpretar a regra relevante como uma implicação (Henket, 1992, p. 156).

Em termos formais, o raciocínio *a contrario sensu* pode ser expresso com relativa facilidade. Se utilizarmos o símbolo (\leftrightarrow) para expressar uma relação de implicação recíproca (ou equivalência) e o símbolo (\Rightarrow) para expressar uma

²³⁷ Uma fórmula adequada para descrever o argumento *a contrario* nas replicações ou implicações intensivas é a seguinte: “no caso em que as conseqüências jurídicas C *somente* tenham lugar quando se dêem as hipóteses H, as conseqüências C *nunca* terão lugar quando as hipóteses H não estejam presentes” (Klug, 1990, p. 182).

²³⁸ Para os casos de “implicação recíproca”, valem também as mesmas inferências das implicações intensivas, pois “se as hipóteses são ao mesmo tempo necessárias e suficientes para as conseqüências C, então se dará também sempre o caso da implicação intensiva” (Ibidem).

replicação (ou implicação intensiva), então o argumento *a contrario* pode ser validamente formalizado de qualquer das duas maneiras seguintes:

- I) . (1) $(x) (Cx \Rightarrow ORx)$
 (2) $(x) (\neg Cx \rightarrow \neg ORx)$
- II) . (1) $(x) (Cx \leftrightarrow ORx)$
 (2) $(x) (\neg Cx \leftrightarrow \neg ORx)$

Em (I), temos uma implicação intensiva entre Cx e ORx , ou seja, C é condição necessária para OR para todo x . Em (II), por sua vez, temos uma implicação recíproca, ou seja, C é condição necessária e suficiente para OR . Em qualquer dos casos o argumento *a contrario* estará formalmente justificado, pois é possível inferir $\neg OR$, ou seja, que não estão previstas as conseqüências R .

Veja-se que o argumento *a contrario* se torna uma forma de inferência logicamente válida quando se tenha interpretado a norma contida na premissa maior como estabelecendo uma relação de replicação ou equivalência. Por isso, García Amado sustenta, a meu ver com razão, que o argumento *a contrario* não é nem um argumento interpretativo, nem um argumento produtivo (que seria útil para preencher as lacunas existentes no ordenamento jurídico). Para o autor, quando se aplica o argumento *a contrario*, “não se está colmatando uma lacuna, mas negando que ela exista” (García Amado, 2001, p. 103). Da mesma forma, o argumento “depende da interpretação”, mas “não é interpretativo em si mesmo”, pois ele apenas saca as conseqüências de determinada norma, que já é em si o resultado de uma interpretação (Ibidem).

Dependendo da forma como se interprete um enunciado normativo, se poderá aplicar ou não o argumento *a contrario*. No entanto, sempre que ele for utilizado a interpretação do dispositivo normativo em questão é no sentido de que o legislador disse exatamente o que intentava dizer, já que, se tivesse querido incluir outras situações na hipótese de incidência da norma, o teria feito expressamente (Guastini, 1996-b, p. 175).

5.2.2.2

A forma mais complexa de argumento *a contrario*: o raciocínio *a contrario* contextual

A forma simples do argumento *a contrario* tem como referência a interpretação de um único dispositivo, e por isso é insuficiente para os casos mais importantes do raciocínio *a contrario*, os quais se referem à relação entre as normas gerais e as normas especiais em um sistema jurídico.

Como exemplo desse tipo de raciocínio, invoco a tendência que o Supremo Tribunal Federal apresenta em usar o raciocínio *a contrario sensu* na interpretação de suas súmulas, mormente em se tratando de normas restritivas de direitos individuais ou limitadoras ao exercício da competência tributária. Já se decidiu, por exemplo, que a Súmula 356 do STF – segundo a qual “o ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento” – indica, *a contrario sensu*, que o recurso será admitido quando, apesar de interpostos embargos de declaração, o Tribunal não sanear a omissão²³⁹. Em matéria tributária, decidiu-se que é possível, *a contrario sensu*, extrair da Súmula 574²⁴⁰ do Supremo Tribunal Federal uma regra que legitima a cobrança de ICMS sobre alimentos e bebidas consumidas no próprio estabelecimento do contribuinte, desde que exista lei definindo regularmente a hipótese de incidência do tributo²⁴¹. Em matéria de competência jurisdicional, interpretou-se o precedente da Adin 492-1, que assentou a orientação de que não compete à Justiça do Trabalho decidir questões relativas ao Regime Jurídico Único dos servidores públicos, de forma restritiva, concluindo-se, *a contrario sensu*, que todas as demais controvérsias entre o Poder Público e os trabalhadores em geral seriam decididas por aquele órgão jurisdicional²⁴².

²³⁹ Supremo Tribunal Federal – RE 214724/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 06/11/1998, p. 19.

²⁴⁰ Súmula 574. “Sem lei estadual que a estabeleça, é ilegítima a cobrança do imposto de circulação de mercadorias sobre o fornecimento de alimentação e bebidas em restaurante ou estabelecimento similar.

²⁴¹ RE 148833/PR, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU de 10/02/1995.

²⁴² Ag. Regimental no RE 183999/PE, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 26/06/1995.

Todas essas decisões tratam de relações entre *normas gerais* e *normas excepcionais*, sendo que essas últimas foram interpretadas restritivamente, fazendo com que, automaticamente, as situações não compreendidas em suas hipóteses normativas se subsumissem na norma geral. Esse é o tipo de caso em que o argumento *a contrario* adquire maior importância na argumentação jurídica. Trata-se, no entanto, de um modelo de argumentação *contextualizada*, em que a inferência *a contrario sensu* não decorre da interpretação de um único dispositivo, mas na consideração sistemática de normas gerais e especiais. Nesse caso, o silêncio do legislador em uma norma normalmente corresponde à aplicação de outra, mais geral, que regula um grupo maior de relações jurídicas. Veremos, a seguir, como se dá a aplicação do argumento *a contrario* nessas situações mais complexas. Esse tipo de situação se refere ao caso em que a inferência *a contrario* não deriva de uma única regra jurídica que estabeleça uma relação de equivalência ou implicação, mas do sistema jurídico como um todo, em que a não aplicação de uma norma excepcional gera a aplicação da regra geral.

Como vimos ao introduzir o tema da argumentação *a contrario*, o essencial nesse tipo de argumento é a ausência de fundamentos alternativos para a aplicação das consequências jurídicas estabelecidas por uma norma N, de sorte que as hipóteses consideradas nesta norma sejam tidas como *necessárias* para a verificação das respectivas consequências jurídicas. No entanto, essa inexistência de alternativas normalmente não está prevista na própria norma aplicada *a contrario sensu*, mas está contida em certas premissas adicionais que na maior parte das vezes permanecem implícitas (Kaptein, 1993, p. 319-20).

Essas premissas implícitas permitem argumentar *a contrario sensu* ainda que não seja possível inferir diretamente da norma N que os comportamentos não expressamente previstos em suas hipóteses normativas deverão ser tratados diferentemente. Nessas situações o argumento *a contrario* decorre não de uma propriedade semântica da norma particular cuja aplicação se quer afastar, mas de uma norma geral exclusiva.

Sempre que essa norma geral existir, tem-se como certa a inexistência de lacunas no ordenamento, e como obrigatório o uso do argumento *a contrario*. É esse o caso, por exemplo, no direito Penal e no direito Tributário, onde é expressamente vedada, por exemplo, a argumentação analógica para caracterização de uma conduta como criminosa ou para a imposição de uma

exação tributária. Nesses setores do ordenamento jurídico, há previsão expressa, pela Constituição Federal, do princípio da *legalidade estrita* (art. 5º, XXXIX, e art. 150, I), de sorte que se pode falar que a não previsão expressa da conduta como crime constitui uma *permissão em sentido forte* da conduta em questão, tornando-se automática a aplicação do argumento *a contrario sensu*. Numa palavra, vigora uma *regra de clausura* que impõe a conclusão *a contrario*.

Para que se torne mais visível essa situação, recorro a duas distinções elaboradas por Alchourrón e Bulygin: a primeira entre *sistemas normativos fechados* e *sistemas normativos abertos* e a segunda entre *permissões (ou proibições) em sentido forte* e *em sentido fraco*. Um sistema normativo é *fechado* se possuir um caráter necessariamente completo, ou seja, “quando toda ação é deonticamente determinada por ele”, e um sistema normativo é *aberto* quando for pelo menos em tese admissível a possibilidade de uma incompletude ou lacuna (Alchourrón; Bulygin, 2002, p. 170). A segunda distinção, por outro lado, refere-se às proibições e permissões em sentidos fraco e forte. Vejamos:

Definição de permissão forte: p está permitido em sentido forte no caso q em um sistema α ” se e somente se “de α se infere uma norma que permite p no caso q;

Definição de proibição em sentido forte: p está proibido em sentido forte no caso q em um sistema α ” se e somente se “de α se infere uma norma que proíbe p no caso q (Idem, p. 174).

As noções de permissão e proibição “em sentido forte” podem ser contrapostas à definição de *permissão em sentido frágil*, que é enunciada nos seguintes termos:

Definição de permissão em sentido frágil: p é permitido em sentido frágil no caso q em um sistema α ” se e somente se “entre as conseqüências de α não existe uma norma que proíba (não permita) p no caso q (Idem, p. 176).

Como explicam os juristas argentinos, “a permissão frágil – como a permissão forte – é um caráter da conduta, não da norma. Mas diferentemente da permissão forte, que expressa um fato positivo (a existência de uma norma permissiva), a permissão frágil somente aduz a um fato negativo: a *inexistência de uma norma proibitiva*” (Idem, p. 176-7).

Em um sistema normativo *fechado*, há uma regra de fechamento (clausura) que estabelece, por exemplo, que “todas as condutas que não estão proibidas estão permitidas”. É esse o caso, por exemplo, do direito Penal, em que vigora a regra da legalidade estrita (ou mesmo do direito Tributário, quando estivermos tratando da criação de um tributo). Mas repare: a regra da legalidade estrita vige para um horizonte normativo determinado, a esfera do direito Penal, e não resolve necessariamente todos os problemas deontológicos que possam surgir fora deste subsistema normativo, ou seja, fora da esfera das relações jurídicas reguladas por ela. Onde não vigorar uma regra de fechamento ou clausura, não se poderá concluir que uma permissão em sentido forte tenha o mesmo efeito de uma permissão em sentido frágil, ou seja, que a ausência de norma proibitiva seja o mesmo que a presença de uma norma permissiva. Portanto, na ausência de uma norma de clausura o *status* das condutas não previstas expressamente por alguma norma do sistema jurídico está indeterminado, de sorte que há uma lacuna a ser colmatada pelo aplicador do direito.

O universo de validade do argumento *a contrario* é, portanto, o compreendido na esfera de incidência de uma norma de clausura ou, mais concretamente, de uma norma geral em relação a suas exceções.

Essa sistematização revela uma premissa implícita em todas as situações em que o argumento *a contrario* é empregado: a premissa da existência de uma regra geral à qual a norma aplicada *a contrario sensu* constitua uma exceção.

Foi esse exatamente o caso dos três exemplos do Supremo Tribunal Federal que citei logo acima. Quando no RE 214724/RJ²⁴³, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a Súmula 356 deveria ser aplicada *a contrario sensu*, o fez porque a regra geral é a do cabimento do recurso extraordinário contra todas as decisões prolatadas em única ou última instância que tenham violado algum dispositivo da Constituição Federal. A regra restritiva estabelecida pela súmula – segundo a qual “o ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário” – deve ser interpretada restritivamente porque a regra do acesso à justiça impede que o recurso seja inadmitido quando a parte praticou todas as diligências necessárias para que fosse saneada a omissão da decisão recorrida. A decisão

²⁴³ Ver supra, nesta seção, nota 239.

somente pode ser considerada “justificada” porque há uma regra geral de recorribilidade. Do mesmo modo, quando o tribunal aplicou o *a contrario sensu* à regra contida na *ratio decidendi* da ADIN 492-1²⁴⁴ – segundo a qual compete à Justiça Federal julgar as controvérsias entre a União e seus servidores quando o regime de trabalho for o Regime Jurídico Único –, o fez porque a regra geral é de que a Justiça do Trabalho é competente para julgar todas as ações relativas a vínculos de natureza trabalhista, de sorte que a não incidência do caso particular na regra excepcional faz com que tenha aplicação a norma geral.

Em síntese, pode-se concluir que a aplicação do argumento *a contrario* é limitada porque a sua aplicação “ratifica uma regra geral” que prevê em sua hipótese os fatos *sub judice* e como consequência normativa o contrário da prevista na norma paradigma. É o que demonstra um interessante exemplo lembrado do Jansen acerca da denominação controlada de produtos alimentícios no direito comunitário europeu²⁴⁵. No caso em questão, o *Syndicat de défense de l’Epoisses* demandou contra dois produtores de queijo, sob o fundamento de que estes estariam utilizando ilegalmente a denominação *Epoisse* em seus produtos. Argumentou o *Syndicat* que a denominação *Epoisse de Bourgogne* é de origem controlada e só pode ser atribuída a produtos de determinada região e que apresentem certos padrões de qualidade estabelecidos em regulamentos específicos. Invocou, na sua argumentação, a lista de produtos de denominação controlada estabelecida pelo direito comunitário. Argumentou, em sua demanda, que a denominação protegida abarca não somente a locução completa “*Epoisses de Bourgogne*”, mas inclusive o primeiro termo isoladamente (*Epoisses*). Na defesa dessa interpretação, o *Syndicat* citou uma nota complementar (*footnote*) em que o governo francês estabelecia uma ressalva à proteção para os produtos denominados “*camembert*” e “*chabichou*”, restringindo a proteção às denominações “*Camembert de Normandie*” e “*Chabichou du Poitou*”.

²⁴⁴ Ver supra, nesta seção, nota 242.

²⁴⁵ Arrêt de la Cour du 9 juin 1998. - Procédures pénales contre Yvon Chiciak et Fromagerie Chiciak (C-129/97) et Jean-Pierre Fol (C-130/97). - Demande de décision préjudicielle: Tribunal de grande instance de Dijon - France. - Règlement (CEE) n° 2081/92 relatif à la protection des indications géographiques et des appellations d'origine des produits agricoles et des denrées alimentaires - Compétence exclusive de la Commission - Portée de la protection des dénominations comprenant plusieurs termes. - Affaires jointes C-129/97 et C-130/97. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61997J0129:FR:HTML>> (consulta em 26 de setembro de 2007).

O argumento do *Syndicat* reside, fundamentalmente, na asserção de que, se o governo excluiu a proteção aos nomes *camembert* e *chabichou*, é porque as locuções compostas *Camembert de Normandie* e *Chabichou du Poitou* originariamente incluíam a proibição aos nomes individuais.

Como bem observou Jansen,

a decisão que teve de ser tomada nesse caso não afetava apenas o queijo *Epoisses*, mas também afetava todas as partes de nomes de outros produtores de queijos não mencionados na nota complementar. Uma decisão afirmativa sobre o raciocínio *a contrario* iria ratificar uma regra geral segundo a qual todas as partes de nomes compostos que estão presentes na lista e ausentes na nota complementar merecem proteção (Jansen, 2005, p. 493).

Por isso, como a Corte se mostrou temerosa quanto à aceitação de tal regra geral – que se encontrava implícita no raciocínio do *Syndicat* –, deixou de outorgar proteção à marca “*Epoisses*”, já que o *argumentum a contrario* teria implicações de alcance excessivamente amplo (Ibidem).

A aplicação contextual do *argumentum a contrario* implica, portanto, na afirmação de que o silêncio do legislador a respeito de determinado fato significa a existência de uma regra geral que estabelece conseqüências opostas à da norma paradigma. Como essa premissa implícita nem sempre pode ser aceita, o argumento contextual *a contrario* possui uma força de justificação relativamente frágil, já que limitada aos casos em que há uma regra geral e outra excepcional.

O uso do argumento *a contrario* para distinguir um caso C de um precedente judicial P significa, dessarte, a afirmação de uma regra geral segundo a qual os casos não previstos em P serão regulados de forma distinta.

5.3

A aplicação de precedentes por analogia

5.3.1

Uma breve introdução histórica

A analogia pode ser descrita como um tipo de argumento tão antigo quanto o próprio direito. Bobbio, por exemplo, sustenta que ela “foi largamente utilizada em todos os tempos”, e é “certamente o mais típico e o mais importante dos procedimentos interpretativos de um determinado sistema normativo: é o procedimento mediante o qual se explica a assim chamada tendência de cada ordenamento jurídico a expandir-se além dos casos expressamente regulamentados” (Bobbio, 1997, p. 151).

O núcleo do argumento *per analogiam* está na noção de *comparação*, e essa por sua vez se apresenta como um elemento central da atividade judiciária e um ponto nuclear de qualquer teoria da justiça. Embora a noção de justiça possa ser considerada extremamente controversa, não há dúvida de que é impossível defini-la sem referência ao valor “igualdade”, que em maior ou menor grau é sempre utilizado como um critério de correção das decisões nos casos concretos. A igualdade, por sua vez, é um princípio vazio (Torres, 2000-b, p. 294) que necessariamente exige do aplicador do direito uma comparação de duas ou mais situações fáticas relevantes para o sistema normativo. Nesse sentido, pode-se concordar com Salguero quando este afirma que “o problema analógico é o problema do igual e do distinto, do que é semelhante e proporcionalmente igual mas não idêntico” (Salguero, 2002, p. 80).

Obviamente, portanto, o desenvolvimento do direito a partir de precedentes judiciais envolve a analogia. É com a sua ajuda que no período clássico do direito romano, por exemplo, os juristas construíam o seu *case law* e buscavam critérios para realizar a *interpretatio* e extrair de regras anteriores um princípio capaz de orientar a solução dos problemas jurídicos sobre os quais eles se debruçavam. Como explica Vacca, no direito romano “o recurso ao critério analógico representa quase uma necessidade implicada, no nível metodológico, da própria estrutura do direito casuístico, cuja essência se individualiza no raciocinar indutivamente *from case to case*” (Vacca, 1998, p. 43). Por isso,

O intérprete que deve ‘encontrar’ a solução não pode alcançá-la senão individualizando, por meio ‘diagnoses’ dos elementos qualificadores do próprio caso, as analogias e diferenças, não apenas em relação às hipóteses (*fattispecie*) previstas na norma – que contudo em um sistema de produção do direito deste tipo, concernem geralmente apenas matérias muito específicas –, mas sobretudo com respeito aos casos já decididos no âmbito da mesma *interpretatio* jurisprudencial (Ibidem).

No pensamento grego, por sua vez, o que hoje se conhece como analogia era definido como um procedimento “por semelhança”, e já era encontrado muito antes do desenvolvimento da civilização romana. Em Aristóteles, por exemplo, se acham as raízes da construção da “analogia do ente”, retomada pela Escolástica, em São Tomás de Aquino, ou posteriormente por Suárez (Falcón y Tella, 1991, p. 30). O seguinte trecho de Falcón y Tella – em obra onde é feito um rico histórico do argumento analógico em diferentes tradições – é elucidativo:

Para explicar em que consiste esta concepção, temos que partir do conteúdo metafísico da palavra ente. Este é um atributo que, por se referir a todas as realidades, há de ter uma certa ‘unidade’ e uma grande ‘diversidade’. Todo ente há de coincidir com os demais ao menos no fato de ser um ente, mas, por outro lado, difere deles porque todos são entes distintos e não um único ser. Graças à teoria que estudamos, dois ou mais entes coincidem e, ao mesmo tempo, se distinguem em sua essência. Denomina-se ‘analogia do ente’ na linguagem filosófica o comportamento do que é único em sua diversidade, e ao mesmo tempo diverso em sua unidade. O que todos os entes podem ter em comum há de ser uma índole relativamente idêntica e, por sua vez, relativamente diversa. Portanto, em conjunto, análoga (Ibidem).

A analogia se move, nesse sentido, a partir da elucidação das propriedades comuns de dois entes. Ela é descrita, normalmente, como o “termo médio que mitiga a diversidade e estabelece graus de participação no comum” (Salguero, 2002, p. 80). Quando se procede por analogia, põe-se acento nos elementos comuns de dois entes que justificam a mesma qualificação em um caso concreto. Essa concepção escolástica repercute até hoje na argumentação por analogia.

Na idade média, por sua vez, no trabalho dos glosadores e dos pós-glosadores já se pode perceber claramente uma concepção jurídica de analogia “idêntica, do ponto de vista lógico”, ao conceito contemporâneo da expressão. Sob as denominações de *argumento a simile*, *a pari* e *a comparatis*, o processo (hoje descrito como analogia *legis*) consistente em isolar a *ratio* de um determinado caso ou enunciado normativo para, por dedução, aplicá-la a outro que possua características semelhantes, fazia parte da rotina dos romanistas de Bologna do século XIV (Falcón y Tella, 1991, p. 34-37) e dos Grandes Tribunais italianos dos séculos XVII e XVIII (Gorla, 1981-a; 1981-e, p. 466).

Mas a expressão “analogia” aparece no discurso jurídico apenas no curso do século XVI, na obra do jurista holandês Joachim Hopper, onde ela é entendida no

sentido de “*interpretatio analogica*, como meio para eliminar as possíveis contradições existentes entre leis de um mesmo corpo, comparando-as e coordenando-as entre si” (Falcón y Tella, 1991, p. 38).

Na prática jurídica propriamente dita, o termo ingressa apenas em meados do século XVIII, com a Escola Histórica do direito e o Positivismo Jurídico, que passam a advogar a idéia de que “todas as leis estão unidas em um sistema lógico que se completa a si mesmo em virtude de sua força orgânica” (Idem, p. 39-40). Curiosamente, a locução *analogia iuris* surge antes da mais usual *analogia legis*, embora essa última já fosse aplicada desde os primórdios das civilizações grega e romana com denominações diversas. Por *analogia iuris* se entendia, na época, o procedimento de inferência de uma determinada norma concreta a partir do sistema lógico que constituía o direito, já que esse sistema era apresentado como completo e coerente. O direito, nessa perspectiva, “bastava em si mesmo para se completar, desempenhando a analogia *iuris* um grande papel para tanto” (Idem, p. 40).

Apenas mais tarde, explicam Falcón y Tella e Salguero, é que aparece expressão *analogia legis*, que assume o significado contemporâneo de “extensão da solução prevista por lei para um determinado caso a outro não previsto” (Falcón y Tella, 1991, p. 40-1; Salguero, 2002, p. 80).

Não obstante, a expressão “*analogia iuris*” permanece até hoje no vocabulário dos juristas de modo geral. Todavia, como esclarece Norberto Bobbio, na verdade ela nada tem a ver com o raciocínio por analogia.

Como veremos a seguir, a locução *analogia iuris* parece ter perdido todas as suas funções no tempo presente, na medida em que ela apenas se superpõe, com um vocabulário mais confuso, ao procedimento de desenvolvimento do direito a partir de princípios (Bobbio, 2000-b, p. 214).

5.3.2

O conceito de analogia *iuris* e seu anacronismo

Quando falamos em analogia, normalmente temos em mente a analogia *legis*, que é definida como o tipo de raciocínio por meio do qual se aplica uma

“regra legal a um caso que, visto do ponto de vista da linguagem ordinária, não está incluído nem no núcleo nem na periferia da área (semântica) de aplicação da lei em questão, mas se assemelha aos casos cobertos pela lei em aspectos essenciais” (Peczenik, 1989, p. 392). Trata-se de uma “transposição da solução que uma dada norma oferece para um caso a uma hipótese não regulada por ela, mas que contém com o caso regulado uma identidade de razão” (Salguero, 2002, p. 167). O aplicador do direito, ao se valer da analogia, introduz uma nova regra jurídica.

No entanto, por herança de um vocabulário do século XVIII, os teóricos do direito de modo geral ainda falam também na *analogia iuris*, em que “se procede do particular ao geral, por indução de um certo número de normas, formulando um princípio geral informador de todas elas” (Ibidem). Ao contrário da analogia *legis*, nessa última modalidade não se parte de uma regra paradigma que contenha a determinação das conseqüências de uma hipótese particular.

Os juristas costumam distinguir dois tipos de analogia *iuris*: a analogia *iuris imperfecta*, que tem lugar quando a conclusão por analogia é obtida a partir de princípios extraídos “de um grupo de normas, por exemplo, as que se referem a uma determinada instituição”, e a analogia *iuris perfecta*, que extrai a norma de decisão “do ordenamento jurídico em seu conjunto” (Atienza, 1985, p. 228).

Manuel Salguero, em importante estudo específico sobre a argumentação por analogia, cita alguns bons exemplos da denominada analogia *iuris imperfecta*. Um deles, originalmente elaborado por Díez Picazo, é sobre o “sócio gestor de uma sociedade”. No caso, “trata-se de saber se o sócio gerente de uma sociedade tem ou não direito, quando da liquidação desta, a reter determinados bens enquanto não se lhe reembolsam os gastos que ele realizou com o seu próprio pecúnia pessoal”. Como informa Salguero, não há nenhuma norma no Código Civil Espanhol que preveja essa hipótese, “mas existem normas que atribuem um direito de retenção ao possuidor de boa fé (art. 453), ao usufrutuário (art. 522), ao contratado em uma obra (art. 1.600), ao mandatário (1.730) e ao depositário (art. 1.730). De todos esses artigos se pode extrair como denominador comum uma regra geral que poderia dizer: ‘quando em conseqüência de uma determinada relação jurídica anterior tenham-se realizado gastos com uma coisa alheia e existe a obrigação de restituir a coisa, pode-se suspender esta restituição até que esses gastos sejam abonados’. Esta norma, obtida por indução a partir dos artigos

citados, pode ser aplicada ao caso do sócio gestor de uma sociedade, na liquidação desta” (Salguero, 2002, p. 169).

O exemplo reproduzido acima traduz, de forma clara, o conteúdo da denominada analogia *iuris imperfecta*. No entanto, mostra também como é equivocada a idéia de que o tipo de raciocínio empregado neste tipo de analogia seja substancialmente diferente daquele contido na analogia *legis*. Com efeito, a única diferença entre o exemplo do direito de retenção do sócio gerente e o os argumentos utilizados no caso da analogia *legis* é que nesta há apenas *uma* norma a prever a conseqüência jurídica para um caso semelhante ao regulado, ao passo que no exemplo em que se aplicou a analogia *iuris imperfecta* havia várias regras jurídicas, com diferentes hipóteses, prevendo a mesma conseqüência jurídica. No entanto, podemos observar que em ambos os casos o aplicador do direito inicialmente parte de *regras jurídicas definidas*, ou seja, normas que contém *determinações* sobre a conduta devida, e não de princípios abstratos, os quais apenas prevêm “algo que pode ser realizado na maior medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas” (Alexy, 1997-b, p. 86). Percebe-se, portanto, que o que alguns autores denominam analogia *iuris imperfecta* na verdade não passa de uma forma de *interação entre diversos argumentos por analogia legis* que caminham no sentido da mesma conclusão. Assim, a conclusão alcançada por analogia *iuris imperfecta* encontra razões de apoio ainda mais fortes que a obtida por analogia *legis*, pois o legislador previu não apenas *uma* situação essencialmente semelhante ao caso não regulado, mas *várias*, de modo que a *decisão do legislador* se aproxima ainda mais do caso a ser resolvido e a conclusão alcançada encontra um maior número de pontos de apoio no direito positivo.

Vê-se, assim, que a nomenclatura “analogia *iuris imperfecta*” encontra-se inapropriada, pois não tem sentido falar “analogia *iuris*” quando na verdade tal procedimento não passa de uma *interação* de diferentes *analogias legais*, as quais se reforçam mutuamente. Melhor seria dizer: analogias recíprocas.

Por sua vez, quando se fala em “analogia *iuris perfecta*”, que na verdade é o único caso substancialmente diferente da “analogia *legis*”, e portanto o único caso que deveria ser qualificado genericamente como “analogia *iuris*”, trata-se da obtenção de uma regra jurídica particular a partir dos denominados “princípios gerais do direito” (Salguero, 2002, p. 167-s). Neste ponto, importa salientar que a

conclusão é obtida através da criação de *regras adscritas* a partir da concretização e da ponderação de princípios jurídicos no caso concreto, como bem descreveu Robert Alexy na sua Teoria dos direitos Fundamentais²⁴⁶.

Não se trata mais de analogia, pois o raciocínio jurídico não começa em uma ou mais regra jurídica que preveja qualquer tipo de consequência jurídica específica, que possa ser tida como paradigma para a decisão do caso concreto, mas em princípios que constituem mandados e otimização e, por isso, prevêm como consequência apenas a necessidade de atingir um determinado “estado ideal de coisas”. Princípios, por constituírem um “dever-ser ideal” (*ideal oughts*), não são analogicamente aplicados, mas sim coerentemente densificados através da ponderação com os princípios concorrentes, quando são obtidas regras adscritas que constituem um “dever-ser real” (*real ought*).

Portanto, podemos concluir o seguinte acerca da denominada “analogia *iuris*”:

- i. a analogia *iuris perfecta* na verdade se refere apenas à aplicação dos princípios jurídicos, não havendo qualquer razão para denominar tal procedimento de “analogia”, caso se esteja buscando uma explicação clara dos procedimentos metodológicos adotados pelos operadores do direito;
- ii. a analogia *iuris imperfecta* é apenas uma interação de diferentes argumentos por analogia *legis* que caminham no mesmo sentido, não sendo um processo substancialmente diferente da analogia *legis*;
- iii. portanto, não há mais razão para se empregar a confusa expressão “analogia *iuris*”.

5.3.3

A concepção corrente acerca da estrutura da argumentação jurídica por analogia

A seção anterior (4.3.2.), onde descarto a manutenção da locução “analogia *iuris*”, foi importante porque diferenciou dois métodos de desenvolvimento judicial do direito: de um lado, a *adscrição* de regras jurídicas a partir de

²⁴⁶ Ver supra, capítulo III, seção 3.3.2.3, subseção B.1.

princípios jurídicos (ou seja, o estabelecimento de regras que definem os comportamentos derivados das colisões de princípios); de outro, a aplicação de uma regra jurídica por analogia, para o fim de se aplicar as suas conseqüências jurídicas a um caso não regulado pelo direito positivo.

Apenas esse último caso me interessa nesta tese de doutoramento. Com efeito, já tive oportunidade de demonstrar que os precedentes só são relevantes para a argumentação jurídica na medida em que seja possível derivar *regras* a partir deles. Ademais, o conceito de “analogia *iuris*” é impreciso e nada tem de raciocínio analógico, pois não há uma regra paradigma que estabeleça quaisquer enunciados sobre fatos que possam ser comparados. O modelo simples de concretização de princípios supera, com vantagem, a descrição tradicional da analogia *iuris*.

Feita essa ressalva inicial, passamos então a analisar a estrutura da denominada analogia *legis* ou, como preferimos dizer, simplesmente “analogia”. Em uma síntese da doutrina tradicional, Peczenik caracteriza a analogia nos seguintes termos:

A tradição jurídica concernente à *analogia legis* pode ser explicada como se segue. Há uma ‘lacuna’ no direito. Alguns casos devem ser regulados pelo direito mas não o são (...). ‘Lacunas’ podem ser preenchidas pela analogia. No caso em questão, nenhuma norma jurídica regula um dado caso C. Mas uma dada norma *n*, intuitivamente lida ou propriamente interpretada, exige ou permite decidir um outro caso em certo modo M. O caso C é semelhante a todos esses casos ou ao menos a alguns deles, tidos como típicos. A semelhança se refere a pessoas, ou atos, deveres, direitos, lugares, tempo etc., e é avaliada como essencial. *Por isso*, o caso C é decidido do modo M ou de forma semelhante (Peczenik, 1971, p. 330).

O argumento por analogia compreende portanto um cotejamento entre a situação descrita na *fattispecie* da norma jurídica paradigma e os fatos do caso ainda carente de solução. Ele se funda, em última análise, em um *conceito comparativo* que estabelece uma conexão entre as propriedades essenciais ou relevantes da regra de partida e do fato *sub judice*²⁴⁷.

Para argumentar por analogia, precisamos inicialmente de uma “base de partida (*base line*) ou ponto de apoio a partir do qual nós possamos iniciar (o raciocínio) e em função do qual nós possamos comparar e contrastar quaisquer

²⁴⁷ Nesse sentido, ver Alchourrón (1992, p. 19), onde é aplicada a “lógica relacional” para estruturar os argumentos *a pari* e *a fortiori*. Alchourrón equipara, no entanto, os dois argumentos enquanto espécies de raciocínio por analogia.

casos problemáticos ou situações particulares” (Bańkowski, 1991, p. 200). Precisamos selecionar, com fundamento na idéia de justiça – tal como institucionalizada em uma determinada sociedade – os princípios que determinam a relevância das similaridades e diferenças encontradas em cada um dos casos em questão (Idem, p. 201).

Dessarte, há uma íntima relação entre a técnica do precedente e a analogia, pois a aplicação de uma regra jurisprudencial a casos posteriores pressupõe, desde o início, um ponto comum que sirva de base para a solução de cada novo caso que se apresente, de forma que não haja um rompimento na cadeia de soluções jurisprudenciais a cada nova demanda que se apresente. A doutrina do precedente ou *stare decisis* fornece o contexto institucional (*institutional setting*) para o raciocínio analógico (Ibidem).

Entretanto, do ponto de vista analítico não há grandes diferenças entre a aplicação analógica de uma regra extraída da legislação parlamentar e de uma regra jurisprudencial. Em ambas as situações, busca-se aplicar as conseqüências jurídicas de uma regra já conhecida a um caso não expressamente regulado pelo direito positivo.

O ponto de partida para o raciocínio por analogia, diferentemente do argumento *a contrario*, é o reconhecimento de uma *lacuna jurídica*²⁴⁸ no caso a ser resolvido, ou seja, o estabelecimento da premissa de que a ausência de previsão específica do caso a ser resolvido na norma jurídica tomada como paradigma significa uma *ausência de regulação*. Para colmatar essa lacuna, será

²⁴⁸ Há diferentes sentidos em que a expressão *lacuna jurídica* pode ser entendida. Uma das enunciações mais interessantes é a tipificação de Alchourrón e Bulygin (2002, p. 22-s). Tais autores sustentam que o sistema jurídico “qualifica normativamente certas condutas (em determinadas circunstâncias) e regula dessa maneira os comportamentos dos indivíduos que integram um grupo social, contribuindo para sua convivência pacífica ao prever antecipadamente a forma como hão de se solucionar os conflitos de interesses que se possa suscitar”. Os grandes problemas a serem resolvidos pela função jurisdicional seriam: A) *problemas de conhecimento* (acerca do *status* jurídico de uma determinada conduta); e B) *problemas de descumprimento* (transgressão das normas do sistema). Nos problemas de conhecimento, pode haver tanto *defeitos no sistema*, que se apresentam ou sob a forma de *lacunas normativas* ou de *soluções incompatíveis* (incoerências), como também *problemas de subsunção*, que podem decorrer tanto da falta de alguma informação fática (lacuna de conhecimento) quanto de uma indeterminação semântica dos textos normativos (lacuna de reconhecimento). Neste trabalho, quando cogitamos de aplicar a analogia, estamos tratando exclusivamente das *lacunas normativas*, ou seja, dos casos em que se verifica uma *ausência de solução*, pelo sistema normativo, do problema jurídico enfrentado no caso concreto.

necessário *criar* uma nova norma jurídica. O argumento *a contrario*, estudado acima²⁴⁹, não leva rigorosamente a lugar nenhum (García Amado, 2001, p. 97).

Exatamente por isso é que está descartada, por exemplo, a argumentação analógica no direito penal, para caracterização de uma conduta como criminosa, ou no direito tributário, para a imposição de uma exação tributária, haja vista a previsão expressa, na Constituição Federal, do princípio da *legalidade estrita* nessas situações (art. 5º, XXXIX, e art. 150, I). Pode-se falar, portanto, que a não previsão expressa da conduta como crime constitui uma *permissão em sentido forte* da conduta em questão, tornando-se obrigatória a aplicação do argumento *a contrario sensu*, pois vigora uma *regra de clausura* que impõe tal tipo de conclusão²⁵⁰.

A analogia é, portanto, um argumento do tipo produtivo – necessariamente inovador – que já não está mais no campo da *interpretação* dos enunciados legislativos, ou seja, da atividade de delimitação do sentido de textos, dentro do marco semântico permitido pelas palavras empregadas pelo legislador. Apela-se para a analogia quando “nem a lei nem o direito consuetudinário nos dão resposta a uma questão jurídica”, pois se verifica uma *lacuna* que é considerada uma “falta ou falha de conteúdo de regulamentação jurídica para determinadas situações de fato em que é de se esperar essa regulamentação e em que tais falhas postulam e admitem a sua remoção através duma decisão judicial jurídico-integradora” (Engisch, 1996, p. 279).

Vê-se, então, que antes de aplicar a analogia é necessária uma decisão interpretativa para determinar *qual é o significado* do enunciado normativo estabelecido pelo legislador – ou, no nosso caso, pelo precedente judicial –, sendo que somente se poderá cogitar da analogia, enquanto método de integração do direito, quando se tiver concluído pela existência de uma lacuna no caso concreto.

Obviamente, na argumentação por analogia, a própria existência da lacuna necessita ser justificada, pois tal constatação é, em si mesma, o resultado de um raciocínio interpretativo que constitui uma das etapas do processo de fundamentação da decisão jurídica.

²⁴⁹ Ver supra, capítulo IV, seção 4.2.2.

²⁵⁰ Sobre a regra de clausura e os conceitos de “permissão em sentido forte”, ver supra, capítulo IV, seção 4.2.2.2.

A existência de lacunas pode ser contestada, por exemplo, pela tese segundo a qual o ordenamento jurídico estaria caracterizado pela presença de uma regra geral exclusiva segundo a qual “tudo o que não está expressamente proibido está permitido”, de sorte que todos os casos estariam juridicamente regulados, isto é, teriam o seu *status* juridicamente determinado.

Não obstante, ao lado dessa regra geral exclusiva pode valer uma “regra geral inclusiva” que expressamente permita a analogia, o que torna o raciocínio jurídico sensivelmente mais complicado, mormente se se admitir a convivência pacífica das duas normas em questão (a regra geral *exclusiva* e a regra *inclusiva* que permite o raciocínio *per analogiam*), como faz por exemplo Falcón y Tella (1991, p. 71).

Essas importantes questões de teoria geral do direito não podem, porém, ser discutidas na presente tese de doutoramento. Aqui, em função de limitações de tempo e espaço, deixo de lado a análise dos argumentos que poderiam ser invocados em favor da existência de uma regra geral exclusiva válida para todo o ordenamento jurídico²⁵¹ – já que, em setores específicos como o direito penal ou o direito tributário, não há dúvida da existência de tal regra para as *fattispecie* que onerem determinadas condutas – e me limito a reconhecer que, de fato, praticamente todos os ordenamentos jurídicos contemporâneos expressamente prevêm a possibilidade (e mais, a necessidade) de uso da analogia como método de integração do direito²⁵².

No campo específico dos precedentes judiciais, aliás, a existência de lacunas específicas em casos particulares e a possibilidade de superá-las pela via da analogia constituem não apenas uma premissa teórica fundamental, mas um senso comum que não pode ser negado.

²⁵¹ Para uma bibliografia sobre o tema, ver: Alchourrón; Bulygin (2002), Falcón y Tella (1991, p. 68-s), Ruiz Manero (1990)

²⁵² Esse dado empírico já é suficiente para excluir, *per se*, a tese de que a norma geral exclusiva existiria e seria um impedimento à existência de uma regra geral inclusiva que expressamente permite a analogia. Ademais, a própria existência de antinomias é uma situação funcionalmente equivalente à da existência de uma lacuna, embora essa lacuna não possa ser resolvida por meio da analogia. Como explica Amedeo Conte, as condições de validade em um sistema S “são determinadas por meta-regras constitutivas da validade no sistema S”, e é obviamente possível a existência de antinomias porque a *co-validade* (*convalidità*) ou “validade conjunta” de duas normas não está condicionada pela sua mútua compatibilidade (Conte, 2006, p. 462). Os defensores da tese da existência de uma norma geral exclusiva devem, para ser coerentes, admitir a existência de lacunas pelo menos nos casos em que estiver presente uma antinomia, por mais raros que eles sejam.

A primeira etapa para a aplicação da analogia constitui, portanto, a *constatação da lacuna*.

Após vencida essa etapa, passa-se à verificação da existência de uma disposição jurídica análoga ao caso que se pretende resolver. Trata-se, nitidamente, de uma atividade de escolha da(s) regra(s) de partida para a solução do caso concreto. Na hipótese de se partir de regras oriundas do *case law*, que é o que nos interessa, essa escolha pode crescer em complexidade dependendo do número de casos semelhantes já resolvidos pelos tribunais e das diferenciações que tenham sido feitas pelos tribunais em julgamentos anteriores. Há que se buscar uma relação de *semelhança de casos* para o fim de viabilizar a aplicação de uma determinada regra por analogia. A analogia exige, necessariamente, uma comparação do suposto de fato não regulado com um ou vários outros supostos de fatos regulados na lei (ou na jurisprudência), mas de forma a que conduzam à constatação de uma característica comum (Salguero, 2002, p. 86).

Em caso de múltiplos precedentes, essa tarefa pode se tornar genuinamente difícil. Nesse sentido, Brožek recorda alguns exemplos que podem ser úteis para demonstrar as escolhas envolvidas na aplicação analógica de precedentes judiciais. Primeiramente, cita-se o caso *Adams v. New Jersey Steamboat Co.*, em que um passageiro em um barco operado pela empresa New Jersey Steamboat Co. teve certa soma em dinheiro furtada de sua cabine, apesar desta estar com a porta e a janela trancadas. “Na hipótese, não havia regra expressa estabelecendo critérios para a responsabilidade dos operadores de barcos”, mas havia, no entanto, duas regras passíveis de aplicação analógica: a primeira no sentido de que os hoteleiros eram “responsáveis como seguradores pelas perdas sofridas por seus hóspedes”; e a segunda estabelecendo “a responsabilidade dos operadores de um nascimento em um trem de passageiros, que foram tidos como responsáveis apenas se negligentes” (Brožek, 2007, p. 140). O tribunal, para solucionar o caso, levou em consideração ambas as analogias e decidiu “que a primeira era mais relevante, estatuinto a responsabilidade do operador de barcos na qualidade de segurador” (Ibidem).

Em segundo lugar, Brožek imagina um exemplo a partir do famoso exemplo imaginário de Hart em seu livro *The Concept of Law* (1994). Assentada a regra imaginada por Hart segundo a qual “Está proibido o acesso de veículos ao parque”, pode-se admitir a existência de dois precedentes judiciais que, ao

determinar a área semântica dessa regra, tenham decidido que (1) “carros não são permitidos no parque” e (2) “bicicletas são permitidas no parque”. Aqui também, duas analogias podem em princípio ser admitidas:

Duas analogias estão em jogo. Primeiramente, motocicletas se assemelham a carros em que ambos são equipados com motores, barulhentos, poluidores e perigosos para pedestres. Em segundo lugar, motocicletas são semelhantes a bicicletas, já que ambas possuem duas rodas e necessitam de muito menos espaço que carros. Ademais, algumas motocicletas como as *scooters* não são mais perigosas para pedestres do que bicicletas (Idem, p. 142).

Como se vê, há, em cada um dos precedentes candidatos a constituir um paradigma de decisão, uma ampla esfera de semelhança com o caso que aguarda solução, de sorte que uma decisão racional necessariamente envolve uma comparação da *relevância* de cada uma das qualidades de carros, bicicletas e motocicletas descritas no excerto acima.

Essa relevância, no entanto, não pode ser determinada por meio de uma mera análise superficial de características individuais dos fatos previstos no suposto de fato de cada uma das regras, mas necessita, para além desse juízo de “semelhança de casos”, de uma cuidadosa reflexão sobre a existência de uma “identidade de razões” (Falcón y Tella, 1991, p. 86-103; Salguero, 2002, p. 84; Bańkowski, 1991, p. 200-4) entre, de um lado, cada uma das regras existentes nos precedentes invocados e, de outro, a regra que se propõe como solução do “caso da motocicleta”.

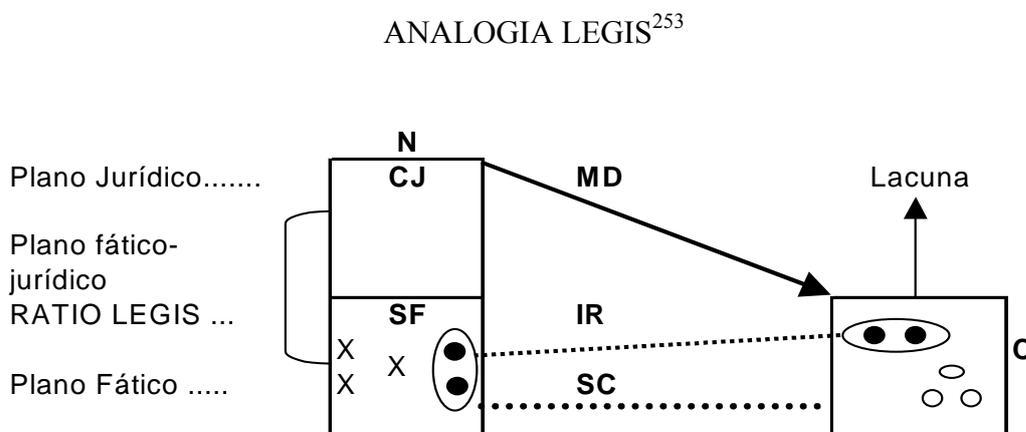
Passa-se, nesse estágio, a uma nova fase em que entra em cena a *comparação* da *ratio* da regra escolhida com a *ratio* de cada uma das possíveis regras que derivarão da decisão do caso vertente. Nesse terreno, entra em cena com toda força a máxima *ubi eadem ratio, eadem dispositio*. Não basta mais aduzir a uma “semelhança de casos”, mas é preciso justificar a nova solução analógica com base em uma “identidade de razões”.

Nesse terreno, no entanto, ainda há espaço para uma ambigüidade, pois a “identidade de razões” necessária para estabelecer o vínculo analógico pode ser entendida, como argüi Falcón y Tella, em três sentidos diferentes. Em primeiro lugar, a locução *eadem ratio* pode expressar uma “identidade de finalidade”, seja no sentido subjetivo de “finalidade do legislador”, seja no sentido objetivo de “finalidade da lei”. Em segundo lugar, a *ratio* é entendida como o “princípio que

serve de fundamento à lei”, correspondendo à máxima *id propter quod lex lata est et sine quod lata non est*. Nesse segundo sentido, aponta Falcón y Tella que os juristas se valem de uma pluralidade de termos semelhantes para expressar a mesma idéia, tais como: a) *anima legis*, b) *medulla legis*, c) “razão suficiente” para a regra etc. Em terceiro lugar, por derradeiro, pode-se falar também em *ratio* como sendo o “objeto da lei”, ou seja “já não se trataria nem do porquê nem do para quê, senão do *que* está previsto na norma”. Buscar-se-iam os “interesses juridicamente protegidos” como base de analogia (Falcón y Tella, 1991, p. 89-90).

Falcón y Tella parece se aproximar, porém, de um modelo que conjugue um juízo sobre as “semelhanças entre casos” e um modelo de *ratio decidendi* que indique, para justificar a analogia, uma *identidade de razão ou “fundamento”* para esses casos, que está nos “elementos essenciais” dos *factos* de tais casos: “o que ocorre, e aí está o importante, é que esses elementos comuns não são quaisquer uns, senão os *elementos essenciais, não acidentais*” (Idem, p. 96).

Conjugando todos esses elementos, Falcón y Tella consegue expressar o raciocínio por analogia com o seguinte esquema gráfico:



Legenda:

N: Norma jurídica
 C: Caso não regulado
 CJ: Conseqüência jurídica
 SF: Suposto de Fato
 ●● : Elementos essenciais

IR: Identidade de razão
 SC: Semelhança de Casos
 MD: Máxima de decisão
 XX/○○ : Elementos acidentais

²⁵³ Gráfico elaborado por Falcón y Tella (1991, p. 98) e reproduzido por Salguero (2002, p. 85).

Esse esquema constitui uma formulação extremamente clara do processo de construção do argumento analógico para aplicação de precedentes judiciais. Ele tem o mérito de elucidar a forma como as duas comparações básicas que permitem a analogia (primeira: semelhança de casos; segunda: identidade de *rationes* desses mesmos casos) determinam a construção da nova regra (máxima de decisão) que elimina a lacuna e justifica racionalmente a decisão.

No entanto, a determinação da *ratio legis* – que deve ser diferenciada do conceito de *ratio decidendi* que expus na seção 3.2 do capítulo III desta tese de doutoramento – padece ainda de certa indeterminação, como aliás acontece com quase todos os modelos elaborados pela teoria geral do direito para explicar o método analógico de integração do direito.

A *ratio* permanece ainda algo relativamente obscuro, misterioso, já que as três idéias básicas propostas por Falcón y Tella (fim, fundamento e conteúdo da regra) ainda não constituem um *standard* suficientemente objetivo para estabelecer o vínculo analógico.

Dos três elementos que, segundo Falcón y Tella, podem constituir a base de comparação para o *standard* da “identidade de razões”, o que se mostra mais adequado em minha opinião não é o da identidade de elementos essenciais de um caso (como acredita Falcón y Tella), mas o da *identidade de fundamento* para a própria norma que se pretende aplicar.

Essa comparação fica mais clara ao lembrarmos que o que justifica, em cada caso concreto, uma determinada regra ou regulação jurídica, é sempre um conjunto de princípios jurídicos – e, em certos casos, jurídico-morais – que se escondem por detrás das regras particulares e lhes servem de fundamento ético-jurídico.

Quando estabelecemos essa relação – sempre existente – entre os princípios jurídicos fundamentais e as regras jurídicas particulares (seja as que são prolatadas pelo legislador ou, mais precisamente, as que podem ser extraídas de precedentes judiciais), fica mais fácil elucidar os fatores que determinam *por que* devemos adotar a máxima de decisão “MD” como um fator de transposição de um caso a outro na argumentação jurídica. A analogia jurídica, como irei insistir nos próximos parágrafos, *só pode ser justificada por meio de uma ponderação de princípios*.

5.3.4

Os princípios e a estrutura da argumentação por analogia

Uma das abordagens possíveis para analisar a argumentação por analogia jurídica e o argumento *a contrario*, que denominarei *descritiva*, está preocupada apenas em enunciar as estruturas formalmente corretas de argumentação e descrever as relações entre as premissas e as conclusões alcançadas por tais instrumentos metodológicos de aplicação do direito. Um exemplo de tal enfoque é descrição que Scott Brewer propõe para o argumento analógico; para este autor este tipo de argumentação é mais bem explicado como “uma seqüência de passos, envolvendo: (1) um estágio de descoberta por abdução, (2) um estágio de confirmação ou desconfirmação e (3) um estágio de aplicação” (Brewer, 1996, p. 961). Os autores que se limitam a essa abordagem não estão preocupados em avaliar a correção das premissas necessárias para justificar a conclusão por analogia, mas apenas as relações entre as premissas e conclusões. Com efeito, Brewer, por exemplo, define a “força racional” de um argumento em um sentido estrito, significando “o grau em que a *forma* do argumento permite um juízo confiável sobre a verdade da conclusão baseada na presumida verdade de suas premissas” (Idem, p. 928)²⁵⁴.

²⁵⁴ Apesar desse enfoque “formal” no processo de “inferência analógica”, Brewer não consegue uma formulação interessante da estrutura do argumento por analogia. Com efeito, bastaram poucos parágrafos para Brožek fulminar o seu argumento: “Há várias objeções que podem ser aduzidas contra a proposta de Brewer. É marcante quão pouco essa concepção se parece com o verdadeiro raciocínio por analogia. (...) Pode-se observar, por exemplo, que a referência de Brewer ao processo de abdução é equivocada. Abdução, na sua forma clássica, é um raciocínio que possui a seguinte forma:

(1) Certos fenômenos, *q*, foram observados.

(2) *p*, se verdadeiro, iria explicar *q*.

Portanto, (3) *p* é provavelmente correto. (...)

A proposta de Brewer usa uma estrutura diferente. Ela inicia com um dado caso; se *F* representar a descrição dos fatos (relevantes) do caso, então teremos

(1) *F*

Então ele sugere que uma regra jurídica pode ser estabelecida (e depois confirmada), que tenha *F* como seu antecedente e certas conseqüências jurídicas como seu conseqüente. Portanto, quando *C* representa as conseqüências jurídicas, nós obtemos

(2) $F \rightarrow C$

O terceiro passo desse raciocínio é aplicar (2) a (1):

(1) *F*

(2) $F \rightarrow C$

(3) *C*

Outra abordagem, que denominamos *argumentativa*, parte da premissa de que toda decisão judicial pode ser apresentada *ex post* como o resultado de um procedimento dedutivo que parte de premissas normativas gerais e de premissas fáticas particulares. No caso da analogia, entretanto, inicialmente não há possibilidade de inferência de uma conclusão porque as premissas fáticas não se subsumem às normativas. É necessária uma ponderação de razões substantivas que pressupõe um “salto não dedutivo que leva a uma transformação no direito” (Peczenik, 1989, p. 393-4). Esse *salto não-dedutivo* só será possível se o aplicador do direito inserir premissas normativas intermediárias que estabeleçam para o caso não regulado as mesmas conseqüências previstas para o caso já conhecido pelo ordenamento jurídico (Idem, p. 116-s). Nesse sentido, a abordagem argumentativa está preocupada tanto com a *justificação das premissas necessárias para justificar dedutivamente a decisão* quanto com a forma através da qual estas são encontradas.

Entre as abordagens argumentativas, a que mais nos interessa é a que emprega os *princípios jurídicos* como fatores de valoração adequados para a justificação das premissas necessárias para permitir a descrição dedutiva da analogia. Assim, quando temos de decidir sobre “aplicar ou não a analogia (...), não se trata mais de um problema cognitivo”, mas de uma questão “valorativa”, que é resolvida a partir dos princípios que justificam a adoção da solução paradigmática (Bańkowski, 2001, p. 146).

Nesse sentido, deve-se concordar com Neil MacCormick quando este sustenta que os princípios possuem a função de *explicar* e *justificar* as regras jurídicas mais específicas (MacCormick, 1978, p. 152). Quando se busca, portanto, a *ratio* de uma determinada regra jurídica, só se pode encontrá-la nos princípios que as justificam e as tornam coerentes com o restante do ordenamento jurídico a que pertencem. Por isso, citando novamente as palavras de Peczenik, podemos dizer que “toda regra jurídica pode ser apresentada como o resultado de uma ponderação de princípios feita pelo legislador” (Peczenik, 2000-a, p. 78). Assim, para justificar a conclusão obtida por analogia é necessário refazer a

Como podemos ver, a proposta de Brewer nada tem a ver com o raciocínio ‘clássico’ por abdução” (Brožek, 2007, p. 146). Brožek, nessa e em outras passagens, demonstra, com muita segurança, que o procedimento estabelecido por Brewer para justificação de regras por analogia têm muito pouca coisa de “analógico”.

ponderação levada a cabo pelo legislador (ou pelo tribunal, em se tratando de um precedente judicial) e verificar se é *razoável* ou *correto* manter as mesmas relações de prioridade condicionadas entre os princípios que estão por trás da regra estabelecida pelo legislador para o caso paradigmático. Um tal juízo de razoabilidade ou correção deve estar fundamentado por uma teoria normativa da argumentação jurídica. Nota-se, destarte, uma associação indispensável entre os conceitos de analogia, princípios e argumentação, pois é simplesmente *impossível* justificar racionalmente uma analogia senão por meio dos princípios escolhidos ao se concretizar a regra a ser analogicamente aplicável.

Somente uma argumentação por princípios pode justificar a criação de uma regra por analogia.

Por isso, pode-se adotar aqui a tese da “reduzibilidade parcial da analogia à ponderação” (*Partial Reducibility Thesis*), desenvolvida por Bartosz Brożek. Para o autor, a analogia de casos particulares pode ser descrita pelas seguintes etapas:

- (1) Encontra-se um caso problemático, i. e., um caso para o qual não existe regra jurídica diretamente aplicável (...).
- (2) Passa-se a identificar casos semelhantes ao caso dado, para os quais haja soluções definidas. A noção de similaridade usada aqui é definida pela questão jurídica discutida no caso (...).
- (3) Passa-se a identificar os princípios que se situam por trás das regras jurídicas que governam os casos semelhantes e então a usá-los para construir argumentos para o caso em tela (...).
- (4) Ponderam-se os princípios em que os argumentos que levam a soluções contrárias à desejada estejam baseados.
- (5) A conclusão acerca do argumento prevalecente é a decisão do caso em tela (Brożek, 2007, p. 150).

Esse modelo, explica Brożek, tem a grande vantagem de “se livrar do problemático processo de decidir quais semelhanças são relevantes”, pois ele “transforma esse problema em uma tarefa bem definida de ponderação de princípios” (Idem, p. 152).

De fato, o modelo acima torna muito mais controlável o raciocínio por analogia, pois não se contenta em examiná-lo na sua estrutura superficial, trazendo à tona as ponderações de princípios necessárias para estabelecer as ligações entre um caso e outro. Ao se descrever a analogia como em parte um processo de ponderação de princípios, valem para o argumento analógico a *Lei de*

Colisão e a Lei de Ponderação, que foram estabelecidas por Alexy para demonstrar a estrutura formal do processo de ponderação²⁵⁵.

Com os elementos que dispomos já é possível propor formas de argumento para descrever a *justificação interna* da analogia²⁵⁶. Para tanto é necessário incluir nessa estrutura não apenas (a) a descrição hipotética da norma jurídica tomada como paradigma e (b) um enunciado de semelhança entre o caso a ser resolvido por meio da analogia e o caso regulado pela norma paradigmática, mas principalmente (c) os *princípios* que se encontram por detrás da norma jurídica paradigmática e os que justificam a criação de uma nova hipótese normativa por analogia.

É preciso inicialmente descrever a norma jurídica tomada como paradigma através de um enunciado do tipo:

$$(1) N: (x) (Cx \rightarrow ORx),$$

onde N designa uma norma jurídica do tipo regra segundo a qual “para todo X, deve ser aplicada a consequência normativa R sempre que estiverem presentes as condições C”²⁵⁷. No entanto, para permitir a passagem de N a uma nova norma N’ é necessário incluir outros enunciados, pois é preciso explicitar os princípios que foram ponderados pelo legislador no caso C. Aqui, a *Lei de Colisão*, que Alexy utiliza para expressar as relações de prioridade condicionada entre princípios jurídicos concorrentes, pode ser útil (Alexy, 1997-b, p. 92). Assim, adiciona-se a seguinte premissa:

²⁵⁵ Nesse ponto específico, afasto-me um pouco do pensamento de Brožek, pois este autor pretende desassociar a ponderação de princípios (e o modelo de ponderação como um todo) da *lei alexyana de colisão* (ver supra, capítulo III, seção 3.3.2.3., subseção B.II). Brožek sustenta, contra Alexy, a desnecessidade da lei de colisão quando se adota um modelo de lógica *defeasible* para os princípios: “A Lei de Colisão é necessária por causa do uso da lógica clássica, e uma virada para a lógica *defeasible* nos permite livrar dessa ferramenta supérflua, na minha opinião” (Brožek, 2007, p. 149-50, nota 234). Pode-se contra-argumentar, no entanto, que é justamente a Lei de Colisão Alexyana que torna o argumento de Brožek plausível. É justamente o fato de uma colisão de dois princípios levar à formulação de uma regra que torna possível determinar, com um certo grau de objetividade, os princípios que estão por detrás (*are standing behind*) das regras que necessitam ser comparadas para justificar o argumento analógico.

²⁵⁶ Esta estrutura já foi exposta em Bustamante (2007, p. 271-273), em texto que passo a parafrasear.

²⁵⁷ Esse esquema é equivalente ao utilizado por Robert Alexy (1997-a, p. 214, regra J.1.1). Nesse esquema, x é uma variável de indivíduo no domínio das pessoas naturais e jurídicas; C é um predicado que representa o suposto de fato da norma N; R é um predicado que expressa o que o destinatário da norma deve fazer; O, por seu turno, é um operador deontico, equivalente a “é obrigatório que”.

$$(2) (P^1 \mathbf{P} P^2) C.$$

Aqui, (2) representa uma relação de prioridade condicionada entre os princípios jurídicos P^1 e P^2 . Portanto, a regra jurídica N , para a qual valem as conseqüências normativas OR , representa o resultado de uma ponderação de princípios que o legislador realizou para a hipótese C .

Daí, se num caso C' se estiver diante dos mesmos princípios jurídicos e o aplicador do direito concluir que a relação de prioridade entre esses princípios deve ser a mesma, pode-se chegar ao seguinte enunciado:

$$(3) (P^1 \mathbf{P} P^2) C'$$

Como resultado de (2) e (3), chega-se a uma nova regra jurídica N' , que pode ser expressa da seguinte maneira:

$$(4) N': (x) (C'x \rightarrow ORx).$$

Vale, portanto, a seguinte forma de argumento:

- . (1) $N: (x) (Cx \rightarrow ORx)$
- . (2) $(P^1 \mathbf{P} P^2) C$
- . (3) $(P^1 \mathbf{P} P^2) C'$
- (4) $N': (x) (C'x \rightarrow ORx)$ (1)-(3).

Esse esquema argumentativo, apesar de sua extraordinária simplicidade, pode ser um bom modelo para elucidar a estrutura do argumento por analogia, pois mostra claramente quais são os princípios que foram escolhidos para justificar a analogia e qual a relação que se estabelece entre eles.

Essa versão revisada do argumento por analogia revela que a decisão de aplicação de precedentes deve ser mediada pelos princípios que estabelecem uma espécie de “ponte” entre casos e funcionam como pano de fundo para a construção da coerência ou integridade da ordem jurídica.

5.3.5

Um exemplo de aplicação do modelo

O modelo proposto na seção 4.3.4. – que reconhece a correção da *tese da redutibilidade parcial da analogia à ponderação*, de Brožek, mas pretende combiná-la com a *Lei de Colisão*, de Alexy, para o fim de determinar a estrutura do argumento por analogia – permite, de forma mais controlável que o modelo tradicional – fundado na idéia de “semelhanças *essenciais* ou *relevantes*” entre casos e suas *rationes* –, elucidar a estrutura do argumento analógico e viabilizar um modelo de *justificação interna* das decisões que aplicam analogicamente os precedentes judiciais.

Veremos agora dois exemplos que explicam como esse modelo deve ser utilizado. Recorro, para tanto, aos exemplos que Bańkowski utilizou para demonstrar a relação entre analogia, princípios, a técnica do precedente e a teoria institucional do direito em um importante ensaio do início da década de 1990. Com efeito, esse autor – ao lado de Neil MacCormick – foi uma das mais importantes vozes para a consolidação da tese, ora defendida, de que é a existência de princípios jurídicos comuns (em duas situações) que faz com que a analogia tenha força na argumentação jurídica.

O caso de partida, no exemplo de Bańkowski, é talvez o mais famoso de todo o direito do Reino Unido: *Donoghe v. Stevenson*. Nesse caso – explica Bańkowski – “foi entendido que Mrs. Donoghe, que ficou doente após iniciar a beber, em um café, uma garrafa de *ginger beer* na qual ela afirma ter sido encontrada uma lesma em decomposição, tinha ação contra o fabricante com o qual ela não possuía relação contratual” (Bańkowski, 1991, p. 198). Na ocasião, Lord Atkin fixou o seguinte entendimento:

Um fabricante de produtos, que os vende de tal forma a demonstrar que ele pretende alcançar o consumidor final na forma em que eles (os produtos) o deixaram, sem possibilidade razoável de exame intermediário e com o conhecimento de que a ausência de um cuidado razoável na preparação ou armazenamento dos produtos poderá causar lesões à vida ou à propriedade do consumidor, tem um dever de cuidado para com o consumidor ([1932] A.C., 599 – *apud* Bańkowski, 1991, p. 198).

Observe-se que a regra fixada no precedente em questão estabelecia como condição suficiente para o surgimento da consequência jurídica (responsabilidade extracontratual do fabricante) os seguintes requisitos cumulativos: a) impossibilidade de o consumidor examinar o produto para verificar a sua nocividade; b) conhecimento de que a falta de cuidado na preparação do produto pode lesionar o consumidor. Essa *ratio decidendi* pode ser, de acordo com o modelo proposto, reconstruída com a enunciação dos princípios que a justificam. Como toda regra, essa também tem a sua origem em uma determinada ponderação de princípios (ressalvada a hipótese de inexistência de qualquer princípio que poderia ser utilizado como argumento contrário a tal regra): o princípio da proteção aos consumidores, que justifica a responsabilização do produtor, prepondera sobre o princípio da culpabilidade na responsabilidade civil, já que esse “dever de cuidado” que atinge o produtor implica a obrigação de *evitar* a nocividade do produto, que gera algo como a *responsabilidade objetiva* do fabricante pelos danos causados pelos seus produtos aos consumidores.

Ao expressarmos essa relação de acordo com a Lei de Colisão de Alexy, diríamos:

$$C (P^1 \mathbf{P} P^2),$$

onde C expressa os fatos do caso (relação não contratual + impossibilidade de exame preventivo do consumidor + conhecimento do fabricante acerca da lesividade do produto), P¹ expressa o princípio preponderante (princípio da proteção ao consumidor) e P² expressa o princípio afastado (princípio da culpabilidade, segundo o qual só deve haver responsabilidade com a prova de culpa ou com fundamento em uma relação contratual).

Essa colisão implica – como resultado da ponderação – a regra adscrita C→R, onde C é o suposto de fato da norma e R é a consequência jurídica no caso concreto (responsabilização do fabricante).

A regra adscrita decorre, como sabemos, de um juízo de preponderância de um princípio sobre outro: o grau de importância do cumprimento de P¹ foi tido como maior do que o grau de intervenção em P². Podemos imaginar, por exemplo, que P¹ foi satisfeito em uma medida *intensa* e P² foi restringido em uma medida *leve*, já que a responsabilização objetiva independente de relação contratual foi

limitada a uma série de circunstâncias especiais que exigiam do fabricante um cuidado especial.

Pois bem, voltando ao ensaio de Bańkowski, são apresentados dois exemplos em que foi cogitada a aplicação do precedente *Donoghe v. Setevenson* por analogia. O primeiro deles, em que a solução analógica foi rejeitada, é o caso *Kubach v. Holland* ([1937] 3 All E.R. 907). No caso, um professor comprou do segundo réu certa quantidade de dióxido de manganês, que correspondia, na realidade, a uma mistura dessa substância e de sulfito de antimônio. “O produto havia sido comprado por um terceiro, mas a embalagem enunciava que os produtos «devem ser examinados e testados antes do uso». Isso não foi dito ao professor e nem ele e nem o intermediário testaram o produto. Houve uma explosão na sala de aula. Em uma ação movida por uma aluna ferida na explosão, o segundo réu foi condenado, mas o fabricante original foi considerado *not liable*” (Bańkowski, 1991, p. 199). Como disse Lord Hewart CJ, após discutir o caso *Donoghe*:

O caso que ora é contemplado é, eu penso, oposto nos aspectos essenciais ao caso presente. O dióxido de manganês que a terceira parte deveria ter suprido aqui ao segundo réu poderia ter sido vendido para uma variedade de propósitos (...). Era um ponto comum que um teste muito simples, se tivesse sido feito, como prescrevia a embalagem do fabricante, e como o primeiro réu (professor) não foi avisado, iria imediatamente ter revelado o fato de que sulfito de antimônia fora erroneamente feito e entregue como dióxido de manganês (Ibidem).

Pode-se observar, nesse segundo caso, uma série de condições fáticas diferentes que, na opinião do tribunal, fizeram inverter a ordem de precedência entre os princípios em questão no caso concreto. Não havia uma produção específica do produto com a finalidade de este ser utilizado em sala de aulas (pelo contrário, isso dificilmente seria o caso), e além disso o produtor expressamente se preocupou em neutralizar os riscos do produto advertindo o consumidor para a prévia necessidade de se testar o produto antes do seu consumo. Aqui, pode-se dizer que o produtor original se desincumbiu de seu “dever de cuidado” para com o consumidor ao adverti-lo acerca de certas medidas de segurança que, se observadas, evitariam o acidente ocorrido. Nesse caso, pode-se dizer que há uma inversão de prioridades entre os princípios, pois o princípio P² passa a ser restringido em um grau *intenso* e o princípio P¹ apenas em uma intensidade *leve*

ou *mediana*, já que o dano ocorrido se deu na realidade pelo não uso apropriado do produto, com a adoção das medidas de segurança recomendadas pelo fabricante.

As mudanças fáticas implicaram, no caso concreto, uma inversão da relação de precedência condicionada entre os princípios P¹ e P², de sorte a tornar a regra estabelecida em *Donoghe v. Stevenson* inaplicável no caso *Kubach v. Holland*.

O outro exemplo é o caso *Haseldine v. Daw and Son Ltd.* [1941] 3 All. E. R. 165. Aqui, Haseldine foi ferido por um elevador em um bloco de apartamentos (*flats*). O prédio acabara de passar por uma manutenção da companhia A & P. Steven Ltd., que possuía um contrato para prover o elevador e reportar quaisquer problemas aos proprietários do bloco de *flats*. Essa empresa contratada foi negligente na manutenção dos elevadores e não reportou aos proprietários qualquer defeito (*Ibidem*). A seguinte passagem, de Goddard LJ, esclarece os fundamentos da decisão:

Se havia alguma dúvida acerca do princípio básico de *M Alister (or Donoghe) v. Stevenson*, Lord Wright a dissipou. O produtor foi considerado responsável não porque ele estava interessado em que seu produto fosse utilizado tal como ele deixou a fábrica, mas porque ele não possuía razão para contemplar um exame pelo intermediário ou consumidor final antes do uso. (...) Em qual princípio razoável, então, pode o caso do fabricante ser diferenciado do caso do responsável pela manutenção de um artigo? Claramente, a doutrina não se aplica ao reparador de qualquer artigo, da mesma forma que ao produtor. Se eu ordeno meu alfaiate a me fazer um terno, ou um produtor de relógios a reparar o meu relógio, ninguém iria supor que qualquer outro que não eu iria usar o terno ou o relógio. Se o alfaiate deixou um alfinete no tecido, e este feriu uma pessoa para quem eu tenha em algum momento emprestado o paletó, eu devo pensar que este não poderia exigir reparações do alfaiate. A relação entre eles seria em si muito remota (...). O caso de um responsável pela manutenção de um elevador, entretanto, é muito diferente. Um elevador em um bloco de *flats* está ali para ser usado pelo proprietário ou por seus funcionários, os locatários e seus funcionários, bem como por todas as pessoas que recorram ao prédio para fins lícitos. Blocos de *flats* e escritórios são com frequência de propriedade de companhias limitadas, que normalmente são contratantes de engenheiros ou companhias de manutenção. Em tal caso, o empregador iria ser aquele com chances mais remotas de usar o elevador. Se os reparadores fizerem o seu trabalho de forma descuidada ou falharem em reportar um dano que, como *experts*, eles tenham de estar a par, eu não consigo ver porque o princípio de *M'Alister (or Donoghe)* não seria aplicável a eles (*Idem*, p. 200).

Nesse caso, como se percebe, aplicou-se a regra de *Donoghe* a fatos semelhantes, mas não idênticos, com fundamento na técnica da analogia. Aqui, foram tidos como não-essenciais os fatos de o responsável sem relação contratual ser o prestador de serviços de manutenção, e não o fabricante, e de o produto em

questão ser um elevador, e não um gênero alimentício a ser consumido por uma pessoa. Havia uma base de analogia, por outro lado, no fato de o usuário (que, tanto num caso como no outro, não possuía vínculo contratual com o fabricante ou o responsável pela manutenção) *não ter meios de verificar o estado adequado do bem que está sendo consumido* (seja este um alimento em uma garrafa opaca ou os cabos de fixação de um elevador). Em qualquer das situações, o fornecedor – seja de produtos ou serviços – detém uma obrigação de cuidado não apenas em relação ao comprador, mas a quaisquer pessoas que venham entrar em contato com o produto, pois ele passa a ser responsável pela insegurança que o seu produto gera em toda a coletividade.

Como explica novamente Bańkowski, o que faz esses casos serem selecionados como base de comparação para a analogia é o jogo complexo de princípios que justificam a decisão *Donoghe* e que podem vir a justificar o caso *Haseldine*. Quando o tribunal decidiu pela aplicação analógica da regra desenvolvida em *Donoghe*, a melhor forma de justificar racionalmente essa decisão é remetendo aos princípios que foram concretizados no caso precedente, para se chegar à conclusão de que no novo caso C¹ deve ser mantida a mesma ordem de precedência entre os princípios P¹ e P², de sorte a justificar o estabelecimento das mesmas conseqüências jurídicas do caso anterior.

Fica claro, portanto, que a analogia encontra fundamento na identidade de princípio: *ubi eadem principum, eadem ratio*.

5.3.6

A analogia e a interpretação extensiva: diferenciação

Uma forma alternativa de se estender o âmbito de aplicação de um precedente judicial é a interpretação extensiva. Assim como na diferença entre o argumento *a contrario* e a redução teleológica, na distinção entre analogia e interpretação extensiva o elemento de discriminação reside no fato de em uma das duas (analogia) o caso a resolver não poder ser subsumido na moldura da regra anterior nem mesmo por meio de uma interpretação elástica de seus termos, ao passo que noutra (interpretação extensiva) é possível acomodar dentro da esfera semântica das expressões utilizadas na regra anterior os casos que aguardam uma solução.

Por conseguinte, há uma diferença quanto ao grau de inventividade do procedimento analógico, que supera em medida significativa o da a mera interpretação extensiva, pois a solução, nesse último caso, já pode ser considerada como compatível com um dos sentidos possíveis para a norma aplicada. Pode-se dizer, doravante, que no caso da interpretação extensiva temos um problema de interpretação (ou seja, há dúvida sobre o sentido da norma a aplicar), enquanto na analogia temos uma lacuna ou problema de aplicação (a norma a aplicar não pode ser interpretada como abrangendo os fatos do caso, mas mesmo assim se cogita a sua aplicação analógica para suprir uma lacuna normativa).

5.4

Problemas de aplicação, comparação e ponderação: uma integração de perspectivas

Já me aproximando da conclusão desta tese de doutoramento, termino o tratamento dos problemas de aplicação de precedentes judiciais elucidando certas relações que existem em todas as hipóteses de que tratei acima (redução teleológica, aplicação do argumento *a contrario* e raciocínio por analogia).

Em primeiro lugar, há uma relação entre *aplicação* e *justificação* de precedentes. Como vimos, um problema de aplicação de um precedente judicial é também um problema de justificação de um novo precedente judicial para os casos futuros, isto é, de fundamentação de uma nova regra que, posteriormente, também será aplicada na solução de casos concretos, e assim por diante.

Dependendo da norma que se enfoque, teremos então um problema de aplicação ou um problema de justificação. Como aqui enfocamos apenas a norma a aplicar, isto é, a regra que constitui a *ratio decidendi* de uma decisão anterior, podemos tratar apenas de um dos aspectos envolvidos no desenvolvimento judicial do direito: as situações de aplicação imparcial de normas jurídicas.

Uma segunda relação, mais complexa, é a que se dá entre a noção de *comparação*, de um lado, e o argumento *a contrario* e a analogia, de outro. Com efeito, já vimos que uma diferença entre a utilização do argumento *a contrario* e da analogia está em que no primeiro caso se nega a existência de uma lacuna – se atesta a completude do ordenamento jurídico por meio de uma regra de clausura

que estabelece, para os casos não expressamente regulados, a obrigatoriedade das conseqüências contrárias às da regra de partida –, ao passo que no segundo caso (analogia) o ponto de partida é justamente a existência de uma lacuna, i. e. uma pluralidade de alternativas, de sorte que o aplicador do direito deve *construir* uma solução nova a partir dos princípios que justificam a existência de uma regra semelhante à que se pretende criar para o caso concreto.

Os dois tipos de argumento, portanto, diferem substancialmente do ponto de vista teórico, haja vista que um deles nega e outro pressupõe a existência de uma lacuna jurídica. Do ponto de vista prático, no entanto, há uma semelhança entre a analogia e o argumento *a contrario* que os torna extremamente próximos, apesar de antagônicos. O ponto comum está na necessidade de se *comparar* casos, hipóteses e conseqüências jurídicas tanto no caso invocado como precedente (caso de partida) quanto no caso duvidoso, que deve ser solucionado pelo juiz no caso concreto.

Embora a reconstrução analítica dos dois tipos de argumento seja sensivelmente diferenciada e a explicação em termos de teoria do direito também (já que num caso se negou a existência de lacunas e no outro se afirmou), o tipo de valoração jurídica exigido do juiz é rigorosamente o mesmo: o juiz deve comparar os elementos essenciais dos casos concretos e os princípios que justificam cada uma das soluções jurídicas em questão (a solução adotada no precedente invocado e as soluções que são propostas para o caso a decidir). Ambos os modos de argumentação (*a contrario* e *a pari*) são intrinsecamente comparativos, e exigem do operador do direito uma cuidadosa ponderação de princípios segundo a *fórmula de ponderação* estudada na seção 3.3.2.3. do capítulo III desta tese de doutoramento.

Se tentarmos reconstruir as valorações que dão origem à decisão *a contrario* e à decisão por analogia, veremos que em ambos os casos o que se dá é o mesmo tipo de ponderação, uma ponderação de princípios onde são estabelecidas as conseqüências jurídicas do caso concreto.

Essa imprescindibilidade de *ponderação* é a terceira característica comum às técnicas do *distinguish* e da analogia, de modo geral. Como explica Bańkowski, a solução de um caso em que se cogita a analogia está no estabelecimento de ponderações para o fim de justificar ou dispensar analogias e diferenciações (*disanalogies*). A noção de *sameness* invoca um juízo sobre a *qualidade das*

semelhanças entre casos concretos, e isso só pode ser aferido por meio dos princípios fundamentais do direito.

A escolha entre a analogia e o argumento *a contrario* é invariavelmente o resultado de uma ponderação de princípios.

Nesse sentido, cabe indagar acerca de certas regras de precedência *prima facie* entre um e outro tipo de argumento, que funcionem como diretivas para a prática jurídica de modo geral. Essas regras podem ser encontradas a partir dos resultados das ponderações já realizadas pelos teóricos do direito e pelos tribunais superiores de modo geral. A força delas, porém, há de ser entendida num sentido limitado, haja vista o seu caráter *pro tanto*.

Uma tentativa nesse sentido que me parece plausível é a de Aleksander Peczenik, que elaborou as seguintes diretivas para auxiliar o aplicador do direito quando este se vê na posição de escolher entre, de um lado, interpretar a regra de partida restritivamente, dando margem ao argumento *a contrario*, ou concluir pela existência de uma lacuna saneável pela analogia com uma regra preexistente (Peczenik, 1989, p. 396-402):

- i. se uma ação não estiver explicitamente proibida por um enunciado legislativo ou alguma outra fonte formal do direito, deve-se considerá-la permitida pelo direito, a não ser que existam razões fortes para se assumir o oposto²⁵⁸;
- ii. não se deve construir asserções estabelecendo condições suficientes para não seguir uma norma geral por analogia, a não ser que existam razões fortes para se assumir o contrário;
- iii. não se deve construir asserções que constituam exceções em uma norma geral por analogia, a não ser que existam razões fortes para se assumir o contrário;
- iv. deve-se proceder restritivamente ao construir asserções que imponham ônus ou restrições para uma pessoa, a não ser que existam razões fortes para se assumir o contrário (*odia sunt restringenda*);
- v. somente semelhanças relevantes entre os casos constituem uma razão suficiente para a conclusão por analogia;
- vi. somente razões muito fortes podem justificar o uso da analogia para levar à conclusão de que existe um erro no texto da lei;

²⁵⁸ Como vimos, em tal situação estamos diante de uma permissão em sentido frágil, o que torna necessária a utilização cautelosa de tal diretiva argumentativa.

vii. nem todas as razões suficientes para justificar uma interpretação extensiva são também suficientes para justificar um raciocínio por analogia;

As quatro primeiras diretivas possuem na verdade conteúdos difíceis de se distinguir rigorosamente. Em todas elas há uma referência expressa à obrigação *prima facie* de se respeitar as decisões do legislador, vedando o emprego da analogia nas situações em que se verificam normas proibitivas, excepcionais e restritivas. Elas valem, porém, também para os precedentes judiciais estritamente vinculantes ou dotados de elevado grau de vinculatividade, onde há uma liberdade reduzida para o juiz se afastar de uma determinada regra jurisprudencial. Nesses casos, em que a utilização da analogia é *ceteris paribus* limitada, o argumento *a contrario*, pelo menos a princípio, pode ser aplicado. A quinta diretiva, por sua vez, estabelece o dever de se levar em conta unicamente semelhanças relevantes, de acordo com os princípios que justificam a existência da regra a ser aplicada por analogia. A sexta, por seu turno, impõe uma proibição *prima facie* de utilização da analogia para modificações no texto de uma norma de origem legislativa. E a sétima, finalmente, marca uma fronteira entre a mera interpretação extensiva, que se mantém dentro dos limites semanticamente estabelecidos pelo texto objeto da interpretação, e a analogia, que envolve uma tomada de decisão não feita originalmente pelo legislador, pois a hipótese ventilada não pode ser reconduzida a qualquer enunciado normativo em vigor nem mesmo se este for interpretado extensivamente.

As diretivas acima limitam a utilização da analogia e privilegiam o argumento *a contrario*. Mas há outras diretivas igualmente importantes que dão prevalência à primeira em relação ao segundo. Com efeito, a analogia normalmente se justifica nas seguintes situações (Ibidem):

viii. um enunciado normativo deve ser aplicado analogicamente a casos não cobertos pelo seu sentido literal, se outro enunciado dispuser que ele se assemelha nos aspectos relevantes àqueles que estão cobertos;

ix. só se pode utilizar o argumento *a contrario* excepcionalmente, quando se estiver interpretando regras baseadas em precedentes.

Observe que Peczenik estabelece, para a interpretação de precedentes judiciais em especial, uma estrita limitação à utilização do argumento *a contrario*. Com efeito esse autor chega a sustentar, em outro estudo, que “a força normativa

dos precedentes enquanto tais é a força normativa da analogia entre casos” (Peczenik, 2000-b, p. 59).

É claro que Peczenik tem razão em um importante sentido, mas nas diretivas que impõe parece exagerar as diferenças que, do ponto de vista da justificação externa da decisão, se verificam entre o argumento *a contrario* e a analogia. Como já disse, em ambas as situações é necessário *comparar* as diferenças e as semelhanças entre os casos particulares, bem como os princípios que justificam cada uma das soluções aventadas, com fundamento na lei de colisão alexyana. Em princípio, há tantas chances de a relação entre os princípios colidentes se manter quanto se modificar nos casos futuros, de sorte que não parece correto presumir, de antemão, que deva ser preferida a analogia ao argumento por diferenciação. Por isso, é necessário especial cuidado ao se aplicar a diretiva número “ix”.

Para além das diretivas de Peczenik, proponho, para finalizar, a seguinte diretiva, que expressa em linhas gerais a tese da “reducibilidade parcial da analogia à ponderação”, sustentada por Bartosz Brożek:

D: sempre que se estiver diante de uma lacuna normativa e for possível refazer o caminho percorrido pelo legislador²⁵⁹, encontrando assim a relação de prioridade condicionada entre princípios que ele estabeleceu na regra R, pode-se, por analogia, aplicar as conseqüências de R aos casos em que se verifique a mesma relação entre os mesmos princípios jurídicos.

Com essa diretiva – além das regras específicas que Peczenik elaborou para a analogia e o argumento *a contrario* em geral, que são aplicáveis aos problemas de aplicação de precedentes no que forem cabíveis – pode-se estabelecer um parâmetro capaz de reduzir sensivelmente a margem de arbitrariedade dos juízes e demais aplicadores do direito no desenvolvimento do *case law*.

²⁵⁹ Ou, no caso de precedentes, pelo juiz que prolatou a norma-paradigma.