



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

AFRISIO DE SOUZA VIEIRA LIMA NETO

**UMA PROPOSTA DE METODOLOGIA DA UTILIZAÇÃO DO
EXPEDIENTE DA ANALOGIA NO PREENCHIMENTO DE
LACUNAS JURÍDICAS À LUZ DA TEORIA DA
ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE AULIS AARNIO**

Salvador
2016

AFRISIO DE SOUZA VIEIRA LIMA NETO

**UMA PROPOSTA DE METODOLOGIA DA UTILIZAÇÃO DO
EXPEDIENTE DA ANALOGIA NO PREENCHIMENTO DE
LACUNAS JURÍDICAS À LUZ DA TEORIA DA
ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE AULIS AARNIO**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Daniel Oitaven Pamponet Miguel

Salvador
2016

TERMO DE APROVAÇÃO

AFRISIO DE SOUZA VIEIRA LIMA NETO

**UMA PROPOSTA DE METODOLOGIA DA UTILIZAÇÃO DO
EXPEDIENTE DA ANALOGIA NO PREENCHIMENTO DE
LACUNAS JURÍDICAS À LUZ DA TEORIA DA
ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE AULIS AARNIO**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____ / ____ / 2016

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Lúcio e Patrícia, e à minha irmã, Gabriella, por todo o apoio e convívio familiar ao longo da graduação e especialmente deste período de elaboração da monografia.

À minha namorada, Luana Martins (e seus pais), por todo amor, carinho e paciência, pelas horas ouvindo a repetição do texto e suportando os momentos de estresse e angústia naturais, por todas as oportunidades de desabafos, pelo apoio em quaisquer circunstâncias e pela revisão e correção deste trabalho.

Aos meus colegas, Caroline Moutinho, Gabriela Tanajura, Iara Moura, José Calmon Neto, Paula Sales, Rafaela Reis e Saádia Ferreira, pelo compartilhamento de informações, respostas aos meus questionamentos e toda a ajuda acadêmica ao longo do curso.

Aos meus professores, em especial meu orientador, Daniel Oitaven, que muito me ajudou nessa caminhada, sobretudo com a correção da monografia, no pouco tempo que lhe coube, além de todas as ocasiões em que ficamos discutindo o tema deste trabalho por várias horas.

E a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, muito obrigado.

“The universe does not exist “out there”, independent of us. We are inescapably involved in bringing about that which appears to be happening. We are not only observers. We are participators. In some strange sense, this is a participatory universe.”

John Archibald Wheeler

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE AULIS AARNIO	11
2.1 BASES FILOSÓFICAS E ASPECTOS GERAIS DA OBRA DE AULIS AARNIO	11
2.2 DELIMITAÇÃO SEMÂNTICA DOS CONCEITOS FUNDAMENTAIS PARA A COMPREENSÃO DA TEORIA DE AULIS AARNIO	14
2.2.1 Discricionariedade e arbitrariedade	14
2.2.2 Certeza jurídica	17
2.2.3 O Racional e o razoável	19
2.2.4 Aceitabilidade racional	23
2.3 O DISCURSO JURÍDICO DE JUSTIFICAÇÃO	26
2.3.1 A justificação como responsabilidade social e dever do juiz	27
2.3.2 Justificação interna e justificação externa	30
2.4 A METODOLOGIA DA JUSTIFICAÇÃO JURÍDICA EM AULIS AARNIO	33
2.4.1 As regras do discurso racional	34
2.4.1.1 As regras de consistência	35
2.4.1.2 As regras de eficiência	36
2.4.1.3 As regras de sinceridade	37
2.4.1.4 As regras de generalização	38
2.4.1.5 As regras de apoio	39
2.4.1.6 As regras de carga de prova	41
2.4.2 As regras da justificação jurídica	43
2.4.2.1 As fontes do Direito	43
2.4.2.2 As diretrizes da interpretação jurídica	44
2.4.2.2.1 <i>As pautas da interpretação gramatical</i>	46
2.4.2.2.2 <i>A interpretação extensiva</i>	47
2.4.2.2.3 <i>A interpretação restritiva</i>	48
2.4.2.2.4 <i>O argumentum a fortiori</i>	49
2.4.2.2.5 <i>O princípio da analogia</i>	49
2.4.2.2.6 <i>O argumento a contrario</i>	51

3 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A ANALOGIA JURÍDICA	53
3.1 INTERPETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO	54
3.1.1 Interpretação, aplicação e subsunção	54
3.1.2 A interpretação como atividade de construção semântica desenvolvida pelo intérprete	56
3.1.3 Interpretação e integração do Direito	60
3.2 A APLICAÇÃO DO DIREITO E A COMPLETUDE DO ORDENAMENTO JURÍDICO: A QUESTÃO DAS LACUNAS	61
3.2.1 A controvérsia a respeito da completude do ordenamento	61
3.2.2 A completude sistêmica do ordenamento jurídico: a Existência de lacunas como falhas na apreensão interpretativa	65
3.3 O ARGUMENTO POR ANALOGIA E A ANALOGIA JURÍDICA	68
3.3.1 Elementos principais do conceito de analogia jurídica	68
3.3.1.1 A inferência por analogia	69
3.3.1.2 As formas e a estrutura mínima do argumento por analogia	71
3.3.1.3 O expediente da analogia jurídica	75
3.3.2 A diferença entre analogia e interpretação extensiva	79
3.3.3 Analogia <i>legis</i> e analogia <i>juris</i>	83
4 UMA PROPOSTA DE METODOLOGIA DA APLICAÇÃO ANALÓGICA DO DIREITO À LUZ DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE AULIS AARNIO	86
4.1 O PONTO DE PARTIDA: A NECESSIDADE DE PARÂMETROS PARA A JUSTIFICAÇÃO E AVALIAÇÃO DO EXPEDIENTE DA ANALOGIA JURÍDICA E O PAPEL DE UMA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA	86
4.2 PARÂMETROS PARA A JUSTIFICAÇÃO DA ANALOGIA JURÍDICA	91
4.2.1 A justificação interna de uma interpretação analógica	91
4.2.2 A justificação externa de uma interpretação analógica	95
4.2.2.1 A justificação da lacuna	96
4.2.2.2 A justificação do tratamento que se deseja estender por analogia	101
4.2.2.3 A justificação das semelhanças e diferenças relevantes e da inferência analógica	102

4.3 PARÂMETROS PARA A AVALIAÇÃO DO EXPEDIENTE DA ANALOGIA JURÍDICA	106
4.3.1 A avaliação dialética da analogia jurídica a partir de perguntas críticas	107
4.3.2 Aceitabilidade, relevância, e adequação e suficiência das Premissas como parâmetros para a avaliação do argumento por analogia	109
4.3.3 A coerência como critério último de avaliação do conteúdo da justificação jurídica	112
5 CONCLUSÃO	118
REFERÊNCIAS	123

RESUMO

O presente trabalho visa analisar a possibilidade e necessidade de se estabelecer, à luz da teoria da argumentação jurídica de Aulis Aarnio, uma metodologia para a utilização da analogia jurídica que contemple parâmetros, critérios e diretrizes para a justificação e avaliação da analogia de forma que sua utilização seja mais racional, previsível e aceitável, com o intuito de aumentar a possibilidade de controle sobre as decisões judiciais. O estudo inicia com uma exposição sobre a teoria de Aulis Aarnio com seus principais conceitos e suas regras do discurso racional e da justificação jurídica, tendo como foco as ideias de certeza jurídica e aceitabilidade racional. Na sequência, se volta para a analogia jurídica, tecendo considerações sobre a atividade interpretativa e a linguagem, a existência de lacunas, a inferência e o argumento por analogia, e a analogia jurídica em si, com seus requisitos, características e distinções, em especial, no que toca à interpretação extensiva e à chamada analogia *juris*. Ao final, partindo das ideias de Aulis Aarnio, este trabalho propõe, com base em estudos desenvolvidos por ele e por outros autores, uma estrutura e metodologia, por um lado, para a justificação da analogia jurídica, baseada em parâmetros, critérios e diretrizes que devem guiar o juiz na argumentação em defesa da interpretação analógica, passando pela justificação da lacuna, do tratamento jurídico a ser estendido analogicamente e do argumento por analogia propriamente dito, e, por outro lado, para a avaliação de tal justificação, também com base em parâmetros e critérios trazidos por diferentes autores, notadamente o conceito de coerência, sempre com vistas a combater a arbitrariedade, conferindo maior racionalidade, previsibilidade, correção e aceitabilidade à analogia jurídica.

Palavras-chave: analogia jurídica; interpretação; teoria da argumentação; aceitabilidade racional; justificação; parâmetros e critérios de avaliação.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como **objeto** a análise e proposta de um método para a justificação da analogia jurídica nas decisões judiciais a partir da perspectiva de uma teoria da argumentação jurídica, especialmente aquela desenvolvida por Aulis Aarnio.

A ideia mais básica por trás desta proposta é a de que a redução da arbitrariedade das decisões judiciais que utilizam o expediente da analogia jurídica exige do juiz uma carga justificatória que seja guiada por alguns parâmetros ou diretrizes que estabeleçam uma estrutura ou método básico da interpretação analógica.

Como **problema de pesquisa**, este trabalho busca responder se é possível fixar parâmetros ou diretrizes que devem ser seguidos pelo magistrado para aplicar a analogia jurídica e, sendo possível, quais devem ser esses parâmetros e como deve ser estruturado o método de aplicação da analogia.

Essa preocupação se **justifica** tanto teórica quanto socialmente. Sob a primeira perspectiva, existem poucos trabalhos rigorosos na literatura brasileira que se propõem a analisar e oferecer padrões para a obtenção de maior coerência e justificação das decisões judiciais que se valem do expediente da analogia jurídica. Essa análise é fundamental por ser a analogia jurídica um expediente complexo, baseado em diversas valorações e interpretações, que pode ser facilmente abusado para justificar decisões arbitrárias, em desconformidade com o ordenamento, o que pode ser evitado pela existência de critérios mais bem estudados e sistematizados.

Sob a perspectiva social, o uso da analogia jurídica é frequente e essencial na atividade jurisdicional, notadamente como forma de interpretação que visa concretizar o princípio constitucional da isonomia. A existência de métodos e parâmetros de aplicação da analogia seria capaz de aumentar a previsibilidade da atuação jurisdicional e, assim, a segurança jurídica, permitindo maior controle sobre a atividade dos juízes e promovendo a aceitabilidade das decisões judiciais. Não apenas, uma decisão que utilize a analogia conforme tais parâmetros justificatórios poderá conferir às partes e Tribunais mais condições de argumentar racionalmente na prática judicial.

A perspectiva argumentativa, por sua vez, foi escolhida por se acreditar ser a mais capaz de exercer efetivo controle sobre as decisões judiciais, em especial sobre as razões oferecidas pelo juiz em sua decisão. Adota-se, assim, como pressuposto, que a atividade jurisdicional, exercida por seres humanos através da linguagem, tem sempre uma margem de discricionariedade, que pode, todavia, ser contida por uma argumentação racional, de forma que não se transforme em arbitrariedade.

Dentre as diversas teorias da argumentação jurídica, as ideias de Aulis Aarnio foram adotadas como elementos centrais do **referencial teórico do trabalho**, pois giram em torno de conceitos relevantes que fundamentam a preocupação com uma aplicação mais racional da analogia jurídica, em especial os conceitos de certeza jurídica e aceitabilidade racional e as noções acerca da linguagem trazidas de Wittgenstein. Em outras palavras, muito mais do que oferecer parâmetros ou métodos que possam guiar a interpretação analógica, a teoria de Aulis Aarnio é aqui adotada por propiciar uma base teórico-filosófica que justifica todo o estudo ora empreendido.

Nesse cenário, este trabalho tem como **objetivo geral** investigar aspectos teóricos da aplicação da analogia jurídica, em especial a possibilidade de fixação de parâmetros justificatórios e de uma estrutura metodológica para a aplicação da analogia de forma a melhor cumprir o dever de fundamentação das decisões judiciais, inclusive com os critérios para que a decisão seja considerada racional e aceitável.

Como **objetivos específicos**, este trabalho busca estudar alguns aspectos gerais da teoria da argumentação jurídica de Aulis Aarnio e do expediente da analogia jurídica; analisar a importância da fixação de parâmetros metodológicos para a aplicação do Direito por meio da analogia jurídica; investigar como deve ser cumprido o dever de justificação das decisões judiciais que se valem da interpretação analógica; e propor uma estrutura metodológica para o uso da analogia jurídica, com diretrizes e parâmetros para a justificação e avaliação da analogia.

Para tanto, procede-se, primeiro, a uma análise acerca da teoria da argumentação jurídica de Aulis Aarnio, através de uma breve exposição das bases teóricas que servem de alicerce para a teoria do autor finlandês, e de análises mais aprofundadas

sobre os conceitos centrais de sua teoria e as regras do discurso racional prático e do discurso jurídico, especialmente com base em sua obra *Lo racional como razonable*.

Na sequência, é feita uma análise acerca da analogia jurídica. Ela se inicia com algumas considerações sobre a atividade de interpretação do Direito, necessárias para lançar alguns pressupostos teóricos adotados neste trabalho, e sobre a questão das lacunas, como discussão que deve preceder qualquer investigação sobre a analogia jurídica. Em seguida, o estudo se volta, primeiro, para o argumento por analogia, com uma abordagem sustentada pela lógica não-formal, e, logo depois, para a analogia jurídica, com algumas observações sobre seu conceito, requisitos e características. A análise feita é lógico-jurídica, embora se apoie em algumas Leis e decisões judiciais brasileiras exclusivamente a título de exemplos.

Por fim, o estudo busca propor uma metodologia lógico-jurídica mínima para a interpretação analógica a partir da perspectiva de argumentação jurídica adotada. As bases trazidas por Aulis Aarnio são combinadas com as considerações sobre a analogia jurídica para estabelecer os motivos pelos quais é necessária a fixação de parâmetros para a utilização da analogia. Ao fim, guiado pelo ideal de racionalidade da justificação jurídica e pelos conceitos de certeza jurídica e aceitabilidade racional trazidos por Aulis Aarnio, conclui com uma exposição acerca da metodologia da aplicação da analogia jurídica a partir da identificação de parâmetros relevantes para a sua justificação interna e externa e, também, para a sua avaliação.

2 A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE AULIS AARNIO

O autor e jurista finlandês Aulis Aarnio desenvolveu uma teoria dialógica da argumentação jurídica com base em influências filosóficas trazidas de Perelman, de Habermas e do segundo Wittgenstein. A partir de ideias como a responsabilidade social do decisor e a aceitabilidade das decisões jurídicas, busca desenvolver uma teoria da interpretação e da argumentação do Direito que vise, em grande parte, contemplar o método de justificação da decisão a fim de que haja mais eficiente combate à arbitrariedade e à incerteza jurídica, melhor controle social sobre a atividade judicante e maior racionalidade na tomada de decisões.

O presente capítulo analisará alguns aspectos da teoria da interpretação e argumentação jurídica desenvolvida por Aulis Aarnio, especialmente a partir da obra *Lo racional como razonable*, dando enfoque a elementos e conceitos centrais, bem como às considerações do autor a respeito da metodologia racional de aplicação do Direito e da justificação da decisão.

Cumprе ressaltar que não é a intenção deste trabalho se aprofundar em todos os elementos da rica teoria elaborada pelo jurista finlandês, mas tão somente expor os pontos essenciais tanto para o entendimento da teoria em si, quanto para fixar as bases teóricas e filosóficas que darão suporte à análise acerca da argumentação por analogia que será mais adiante desenvolvida.

2.1 BASES FILOSÓFICAS E ASPECTOS GERAIS DA OBRA DE AULIS AARNIO

A respeito de suas influências filosóficas, Aulis Aarnio (1991, p. 19) esclarece que sua obra tenta combinar a *“Nueva retórica, la filosofía lingüística del último Wittgenstein y el enfoque racionalista representado por Jürgen Habermas.”*, para criar uma teoria da argumentação jurídica amparada em *“puntos de contacto fecundos”*.

A obra de Aulis Aarnio contempla, dentre outros elementos, a interpretação como soma de jogos de linguagens, as ideias de coerência e consenso como parâmetros para a avaliação das proposições interpretativas, um moderado relativismo

axiológico, a identificação de traços racionalistas da interpretação e a conexão dos conceitos de racional e razoável trabalhados por Perelman (DUARTE, 2004, p. 103).

Para Cláudia Monteiro (2006, p. 158-159) (nota de rodapé), Aulis Aarnio se vale da noção de forma de vida da filosofia linguística de Wittgenstein, do auditório universal e da ideia de razoabilidade de Perelman e do enfoque discursivo da Teoria da Ação Comunicativa de Habermas para elaborar um modelo hermenêutico em que conclui não ser possível fixar regras de justificação capazes de julgar, aprioristicamente, a validade de uma decisão, de forma que a argumentação jurídica ganha importância como meio de selecionar a mais razoável dentre as diversas e igualmente válidas opções disponíveis. Nesse cenário, o auditório perelmaniano, como expressão do contexto sociocultural em que se desenrola a argumentação, atua como regulador da razoabilidade das decisões judiciais, que devem ter como finalidade a noção de aceitabilidade racional.

Tais comentários à obra de Aulis Aarnio expressam não apenas as bases filosóficas adotadas pelo jurista finlandês, mas também a preocupação com a justificação racional e argumentativa da decisão, para que ela seja racional e aceitável, a fim de atender à expectativa de certeza jurídica.

Explica Aulis Aarnio (1991, p. 13-14) que a atividade judicial consiste em um exercício de poder que deve ser respaldado no Direito, não como uma fonte de conselho para ser seguido ou ignorado pelo intérprete, mas sim como uma fonte de autoridade (do Direito sobre o juiz) capaz de justificar o exercício de poder e a tomada de decisões a respeito de fatos sociais, notadamente porquanto a sociedade espera dos juízes que decidam conforme o Direito, como conjunto de normas pré-fixadas para a prevenção e solução de conflitos, não conforme parâmetros arbitrários e subjetivos do intérprete.

A aplicação do Direito, ou seja, a extração (em verdade, construção, como se verá mais adiante) dos comandos normativos que devem ser utilizados pelo julgador, todavia, carece sempre de algum nível de atividade interpretativa (construtiva) do aplicador.

Nesse aspecto, Aulis Aarnio (1991, p. 14) admite a existência de um círculo hermenêutico no qual age o intérprete, influenciando o sentido da norma que o vincula ao aplicá-la. Daí surge o questionamento sobre a forma pela qual se pode

sair do círculo hermenêutico e se validar a interpretação, isto é, como julgar se ela se encontra conforme o Direito. A essa problemática, ele identifica duas respostas comuns que, todavia, não se mostram satisfatórias: a fixação de rígidas regras normativas sobre como o julgador deve decidir (e.g., seguir a letra da lei) e a redução da interpretação a um procedimento lógico. Enquanto a primeira solução falha por não ser condizente com a realidade social, que não segue sempre uma única doutrina normativa da interpretação, e por não ser possível realizar apenas interpretações literais, a segunda peca por não ser possível reduzir os complexos fatos sociais a meras fórmulas lógicas.

Essas considerações permitem a identificação de dois pontos centrais da teoria aarniana: a atenção à forma e ao método da argumentação e da justificação, e a submissão da interpretação judicial, tanto em conteúdo quanto em forma (procedimental), a um crivo social de controle da razoabilidade através da aceitabilidade da decisão.

Com efeito, o cuidado com a metodologia da argumentação jurídica é observado por Aulis Aarnio (1991, p. 14) ao afirmar que *“en la teoría de la interpretación del derecho hay que combinar el ‘¿como?’ con el ‘¿por qué?’”* e que as respostas à primeira pergunta (*¿como?*) *“proporcionam primariamente la estructura metodológica”*.

Vale observar o destaque dado à metodologia jurídica na obra de Aulis Aarnio (1991, p. 53-54), para quem a dogmática jurídica¹ é composta, dentre outros elementos, de regras² metodológicas que determinam como as fontes do Direito³ devem ser utilizadas.

Não se tratam essas regras de determinar como o juiz deve decidir (e.g., não impõem ao juiz que aplique a letra da lei ou decida através de determinada técnica),

¹ Aulis Aarnio diferencia a dogmática jurídica, como atividade científica, da prática jurídica. Não obstante, reconhece uma aproximação entre a dogmática e a prática (AARNIO, 1991, p. 51). Por esse motivo, embora eleja a dogmática jurídica como objeto de estudo, o autor finlandês ressalva expressamente a aplicabilidade de suas considerações à atividade prática do juiz (AARNIO, 1991, p. 55).

² Quando se falar em regras do discurso jurídico, da racionalidade ou da justificação, o termo “regras” assumirá um sentido geral de “aquilo que regula”, não o sentido técnico-jurídico de “espécie de norma jurídica que se contrapõe a princípio”.

³ Aulis Aarnio (1991, p. 123) conceitua fonte de direito como toda razão que pode ser utilizada para justificar uma interpretação, de acordo com regras aceitas na comunidade jurídica (isto é, os jogos de linguagem próprios do Direito).

mas sim de fixar parâmetros argumentativos de racionalidade para o discurso jurídico e para as técnicas de argumentação comumente utilizadas.

Dada a influência do intérprete sobre o ordenamento, exercida durante o processo de interpretação e construção de significado da norma a ser aplicada, é essencial que todo o procedimento interpretativo também se dê de forma racional e seja contemplado pela justificação, a qual não deve se limitar ao “por quê?” da decisão, mas também ao “como?”.

Não é suficiente, assim, que o julgador justifique que decidiu por analogia, mas também é necessário que fundamente como foi feita a analogia.

A metodologia utilizada, portanto, deve integrar o próprio conteúdo da decisão jurídica que se submete ao controle social através de sua aceitabilidade. A justificação da forma como o Direito foi interpretado e aplicado é tão importante quanto a conclusão da interpretação. Nas palavras do jurista finlandês, *“El razonamiento detrás de la conclusión de la decisión tiene que estar abierto a la inspección pública”* (AARNIO, 1991, p.16).

2.2 DELIMITAÇÃO SEMÂNTICA DOS CONCEITOS FUNDAMENTAIS PARA A COMPREENSÃO DA TEORIA DE AULIS AARNIO

A perfeita compreensão da teoria elaborada por Aulis Aarnio exige, para além de uma breve exposição sobre as influências filosóficas e aspectos gerais, uma análise um pouco mais detalhada sobre alguns conceitos fundamentais empregados pelo autor ao longo da obra.

O correto entendimento dos conceitos que serão abaixo comentados, com seus alcances e limites, é essencial para se ter a certeza da apreensão dos sentidos pretendidos pelo autor e, assim, evitar impropriedades ou equívocos decorrentes de naturais variações nas interpretações dos significados que eles exprimem.

2.2.1 Discricionariedade e arbitrariedade

Aulis Aarnio (1991, p. 23-25) chama de decisões rotineiras aquelas que decorrem da aplicação direta do texto legal, classificando-as como mecânicas, e de discricionárias aquelas decisões em que diferentes normas jurídicas podem ser aplicadas a um mesmo fato ou nas quais uma única norma jurídica apresenta mais de uma interpretação.

Essa distinção não implica, por óbvio, que as decisões rotineiras prescindem da intervenção interpretativa do intérprete, uma vez que, como se verá em momento oportuno, tal atuação é indissociável da própria atividade de aplicação do Direito, na qual sempre se compreende algum grau de participação construtiva do sujeito.

Mesmo a aplicação da literalidade da lei ao caso rotineiro concreto exige que o intérprete atue no sentido de delimitar o conteúdo literal do texto, o que não pode ser feito sem que a atuação interpretativa influa no significado, que deixa, dessa forma, de ser simplesmente extraído para ser construído⁴.

Registre-se que a adoção de uma concepção hermenêutica (com a inserção do intérprete no círculo hermenêutico em razão de sua subjetividade construtiva na interpretação) não exclui a possibilidade de desenvolvimento de uma teoria da argumentação. O próprio objetivo deste trabalho não é o de afirmar a completa objetividade da interpretação ou de reduzir a aplicação do Direito (no caso, através de analogia) à uma operação meramente lógica, mas sim de, reconhecendo a subjetividade⁵ própria da interpretação, buscar formas de direcioná-la racionalmente.

Por essa razão, não se pode tomar a discricionariedade como exceção, presente apenas em casos em que a aplicação rotineira do Direito é impossível, mas como

⁴ Recorre-se, aqui, à ideia de jogos de linguagem do segundo Wittgenstein, pela qual os termos não correspondem definitiva e inerentemente a um objeto ou ideia, pois seus significados advêm do próprio uso prático inserido em um contexto que determina a linguagem (as formas de vida da filosofia de Wittgenstein). Nesse sentido, Aulis Aarnio (2011, p. 32-38) observa que os termos apenas ganham significado no contexto a que pertencem em um determinado momento, isto é, quando usados em um jogo de linguagem, que expressa e é intimamente vinculado a uma dimensão pragmático-social de formas de vida.

⁵ A subjetividade a que se faz referência é intersubjetiva, na medida em que advêm das formas de vida, que são compartilhadas pelas pessoas ou, ao menos, semelhantes entre si, não sendo possível dissociar a linguagem da forma de vida (AARNIO, 2011). A subjetividade do sujeito, portanto, surge da intersubjetividade: o conteúdo a ser interpretado é expresso em linguagem, um fenômeno social e intersubjetivo, e os jogos de linguagem que compõem interpretação são igualmente sociais e intersubjetivos.

um atributo que está sempre presente nas decisões judiciais, em maior ou menor nível⁶.

Portanto, no que pese Aulis Aarnio (1991, p. 23-25) diferencie decisões rotineiras (mecânicas, dos casos fáceis) de discricionárias (dos casos difíceis), a perspectiva adotada por este trabalho considera que toda decisão, mesmo as que o autor finlandês entende como rotineiras, é em alguma medida discricionária (no primeiro sentido fraco utilizado por Dworkin). Nesse sentido, o destaque dado à decisão qualificada como “discricionária” (em oposição à rotineira) se justifica porque, nos casos tidos como difíceis ou discricionários, tem-se maior espaço para a intervenção interpretativa, a exigir do intérprete, por conseguinte, um maior cuidado com a justificação da decisão e com a adoção de uma postura racional de aplicação do Direito, com vistas a evitar a arbitrariedade.

A discricionariedade, assim entendida, representa ferramenta importante para a desejada concretização de um ideal de justiça do ordenamento jurídico, por oferecer ao juiz certa margem dentro da qual possa tomar suas decisões a partir das particularidades de cada caso, conferindo maior flexibilidade e maleabilidade às normas jurídicas. Por outro lado, a discricionariedade deve ser exercida de forma racional e respeitando os limites da razoabilidade para que cumpra tal função e não se torne meio para viabilizar decisões arbitrárias.

Esclareça-se que, para este trabalho, a discricionariedade se refere à possibilidade de escolha racional do intérprete dentre opções juridicamente válidas e razoáveis enquanto a arbitrariedade representa uma escolha desprovida de racionalidade, validade ou razoabilidade, que advém tão somente de razões pessoais do intérprete.

Assim, a discricionariedade da decisão não pode implicar a arbitrariedade. Por esse motivo, se, por um lado, o juiz tem a possibilidade da discricionariedade, por outro tem ele a responsabilidade social de interpretar e aplicar o Direito de acordo com o ordenamento, tanto formalmente, ou seja, de um ponto de vista da validade da

⁶ A discricionariedade é aqui entendida como Ronald Dworkin (2002, p. 51) a descreve em seu primeiro sentido fraco, isto é, como a “capacidade de julgar”. A acepção de discricionariedade utilizada remonta a esse sentido fraco porquanto não confere ao juiz plena capacidade de julgar sem qualquer padrões que limitem seu poder (como ocorre no sentido forte). A atuação discricionária do juiz é controlada pelo próprio ordenamento jurídico, em especial pelos limites da autoridade que ele lhe confere, bem como pela responsabilidade que acompanha tal poder de autoridade, e pelas exigências de racionalidade e razoabilidade.

decisão, quanto materialmente, o que se refere à correção da decisão em relação a outras normas sociais (AARNIO, 1991, p. 26-28).

Caso contrário, a discricionariedade, despida de racionalidade, poderá ser utilizada para justificar decisões arbitrárias, indesejáveis, pois contrárias ao ideal de certeza jurídica.

2.2.2 Certeza jurídica

A ideia de certeza jurídica aparece na obra do autor finlandês como uma das maiores preocupações do autor. Para ele, a busca pela certeza jurídica deve ser sempre empreendida pelos juízes, compondo, inclusive, parte essencial da ideia de responsabilidade social do julgador.

Com efeito, em vários momentos de sua obra, o autor finlandês posiciona a certeza jurídica em um *locus* central de sua teoria, antevendo, logo no primeiro capítulo, que “*el concepto de certeza jurídica ocupa una posición clave en la siguiente exposición*” (AARNIO, 1991, p. 26).

De acordo com Aulis Aarnio (1991, p.26), a certeza jurídica pode ser entendida não apenas em uma acepção *stricto sensu*, que se refere ao direito do indivíduo à proteção jurídica e ao correspondente dever do Estado de oferecer uma resposta, mas também em uma compreensão *lato sensu* que abarca duas exigências, as quais devem ser cumulativamente atendidas: contenção da arbitrariedade e correção material da decisão.

Nesse segundo aspecto, a certeza jurídica traz requisitos para que a resposta oferecida pelo Estado ao cidadão que pleiteia proteção jurídica, e que a ela tem direito, seja adequada e aceitável.

Este trabalho utilizará o termo “certeza jurídica”, a partir daqui, para se referir, exclusivamente, à acepção *lato sensu* do conceito.

A primeira exigência para que se concretize a expectativa de certeza jurídica diz respeito ao combate à arbitrariedade. Para Otto Brusiin, citado por Aulis Aarnio (1991, p. 26), impedir a arbitrariedade, aqui entendida como imprevisibilidade,

constitui verdadeira norma básica para o juiz no Direito finlandês desde, pelo menos, o século XVI⁷.

Daí que, para Aulis Aarnio (1991, p. 26-27), evitar a arbitrariedade significa um dever (que Aarnio identifica como responsabilidade social do julgador) do juiz de decidir de forma que os cidadãos possam planejar suas atividades a partir de uma expectativa racional da decisão judicial e das razões de direito. Tal possibilidade de planejamento constitui condição necessária para a preservação da sociedade, sob risco de, sob o império da imprevisibilidade, inexistir coesão social e desfazer-se a sociedade em anarquia.

Tem-se evidente, a partir de tal constatação, a importância do combate à arbitrariedade na obra em comento. De fato, toda a teoria da argumentação jurídica desenvolvida pelo autor finlandês tem, dentre seus objetivos, o intuito de propiciar uma forma racional de discussão jurídica para, dessa forma, assegurar maior previsibilidade às conclusões decorrentes de procedimentos discursivos, inclusive as decisões judiciais.

A previsibilidade, por sua vez, decorre da observância a um procedimento do discurso racional. O procedimento que atende aos requisitos do discurso racional oferece resultados previsíveis (AARNIO, 1991, p. 84).

A ideia de certeza jurídica, no entanto, não se exaure na busca por maior previsibilidade, porquanto demanda, também, que as decisões sejam materialmente corretas.

A esse respeito, Aulis Aarnio (1991, p. 27) esclarece que mesmo decisões previsíveis podem ser substancialmente incorretas, em desacordo com exigências basilares do conceito de justiça. A correção material, por conseguinte, depende não apenas de validade da decisão perante o Direito, mas também da decisão com normas sociais alheias ao mundo jurídico, ou seja, de maior carga axiológica.

Tem-se, aqui, nítida abertura axiológica e ponto de aproximação entre Direito e moral na teoria aarniana. E mais, essa abertura revela que a adoção de uma teoria

⁷ Aulis Aarnio (1991, p. 27) identifica a certeza jurídica como uma expectativa cultural advinda da forma de vida finlandesa. Não obstante, a mesma expectativa pode ser visualizada no Brasil, na medida em que também aqui se deseja que as decisões judiciais não sejam arbitrarias ou casuais, conforme sinalizado pela exigência de fundamentação. Aliás, como Aulis Aarnio observa (1991, p. 26-27), o combate à arbitrariedade judicial é condição necessária para a própria democracia.

da argumentação jurídica e de parâmetros argumentativos para a avaliação das decisões não implica uma redução do Direito a aspectos de validade lógico-formais.

2.2.3 O racional e o razoável

Durante toda a obra *Lo Racional como Razonable*, o jurista finlandês trabalha com os conceitos de racional e razoável, destacados desde o título, como pilares do conceito de certeza jurídica, cuja busca permeia toda a sua teoria.

As noções de racionalidade e razoabilidade são, em grande parte, importadas da nova retórica perelmaniana, uma das principais influências filosóficas do pensamento aarniano.

Segundo Chaim Perelman (2005, p.427-428), a ideia de razão teve um papel importante no desenvolvimento das teorias jurídicas, servindo tanto como fundamento de um direito natural ou inerente ao homem, contraposto ao direito criado pelo legislador, quanto como critério metodológico do legislador, que deve legislar racionalmente, no que se compreendem exigências como conhecer a língua, entender o sistema jurídico, adaptar os meios aos fins, dentre outras.

A ideia de razoável, por outro lado, conquanto não esteja tão presente na história das teorias jurídicas, se mostra, no âmbito da prática jurídica, muito mais frequente e relevante do que a ideia de racional, porquanto costuma-se assumir como parâmetro metodológico a inadmissibilidade do desarrazoado (PERELMAN, 2005, p. 429).

A diferença evidente nos conceitos de racionalidade e razoabilidade é que, enquanto o primeiro serve como fonte material de direitos naturais ou como atributo ou método de um procedimento de raciocínio, o segundo impõe limites às interpretações, ao se excluir da gama de interpretações corretas aquelas entendidas como desarrazoadas, porquanto absurdas ou indesejadas.

Com efeito, Chaim Perelman (2005, p. 436) as diferencia ao observar que razão e racionalidade são noções vinculadas, por vezes, a um modelo divino e, em outros momentos, à lógica e à técnica, que possuem ligações com ideias próprias da filosofia, como o conceito de verdade, ao passo que o razoável e a razoabilidade se

relacionam com a reação da sociedade e a aceitabilidade social, que não admite o desarrazoado.

Diferentemente de Chaim Perelman (2005, p. 427-428), para quem o razoável tem papel mais importante na interpretação jurídica, Aulis Aarnio (1991, p. 18), por sua vez, busca unir os dois conceitos, por entender que a interpretação jurídica exige a compreensão acerca de uma conexão entre as noções de racional e razoável (conceito este que o jurista finlandês equipara ao de aceitável).

A racionalidade na obra do jurista finlandês tem como fundamento maior a noção de discurso racional de Habermas. Com efeito, esclarece Aulis Aarnio (1991, p. 241):

A su vez, por lo que respecta a su naturaleza, la interpretación jurídica es un diálogo, es decir, en este sentido, una forma de la comunicación humana. Así, siguiendo a Jürgen Habermas, se puede llamar a este tipo de racionalidad, racionalidad comunicativa. Ella está vinculada con la argumentación y el convencimiento. Por lo tanto, la racionalidad comunicativa es la base de la comprensión humana y, además, la base de la aceptabilidad.

De logo se observa que a interpretação⁸ jurídica se revela uma forma do discurso racional. Significa dizer que ela não é um procedimento meramente lógico, mas sim discursivo e argumentativo, com uma espécie própria de racionalidade.

Daí decorre a diferenciação que Aulis Aarnio (1991, p. 247) traz entre duas dimensões de racionalidade: racionalidade-L (lógica), que se refere ao raciocínio ou razoamento, e a racionalidade-D (discursiva), entendida como um procedimento discursivo que não pode ser reduzido ao raciocínio lógico, vinculada à justificação (externa) das premissas escolhidas para sustentar a conclusão da racionalidade-L.

Também Aleksander Peczenik (2008, p. 45-47) faz a distinção entre racionalidade-L e racionalidade-D, acrescentando, ainda, a racionalidade-S (de sustentação). A racionalidade lógica exige que a conclusão seja decorrência lógica de premissas logicamente consistentes entre si e linguisticamente corretas. A racionalidade de sustentação pressupõe a coerência das premissas (o conceito de coerência será

⁸ Cabe, aqui, aclarar que as considerações tecidas sobre racionalidade e razoabilidade, bem como sobre o discurso jurídico de forma geral, são aplicáveis não apenas ao ato de interpretar em si, mas também aos de argumentar, de justificar e de decidir, pois são todos elementos do discurso jurídico (aqui analisado do ponto de vista do julgador) que pressupõem uma interpretação. O destaque é relevante na medida em que todos esses atos serão tratados uniformemente no que toca a sua natureza, requisitos e atributos. Também serão esses termos, em muitas ocasiões, utilizados de forma intercambiável, não por igualdade semântica, mas sim por razões linguísticas, com a menção a um deles abarcando, por metonímia, todo o discurso jurídico em razão da igualdade de tratamento a eles dispensada.

posteriormente abordado, em conjunto com as regras de apoio). Por fim, a racionalidade discursiva de uma conclusão significa que ela foi aceita em um discurso racional, no qual é possível escolher entre diversas conclusões possíveis (que atendam aos critérios de racionalidade-L e racionalidade-S, pelo que a racionalidade-D envolve as demais)⁹.

Assim sendo, uma interpretação será racional quando não apenas for ela adequada de um ponto de vista lógico (*v.g.*, não havendo contradição entre as premissas), mas também quando decorrer de um procedimento discursivo-argumentativo racional no qual as premissas são justificadas.

A razoabilidade, por sua vez, é tratada por Aulis Aarnio (1991, p. 247) como aceitabilidade. Este conceito diz respeito ao conteúdo material da interpretação.

Enquanto a racionalidade trata do processo de razoamento (justificação interna) e do discurso de justificação das premissas (justificação externa), a aceitabilidade trata da razoabilidade da decisão, impondo o limite do inaceitável (desarrazoado) às interpretações possíveis.

A noção de aceitabilidade como objetivo e limite da justificação pode ser vista, também, em Neil Maccormick (2009, p. 17-19) para quem a argumentação jurídica tem função não apenas de convencimento, mas também de justificação, através da apresentação de boas razões justificatórias capazes de sustentar as decisões.

Por que o juiz não explicita sua razão ao conceder o divórcio à sra. McTavish só porque ela tem um narizinho arrebitado encantador? Porque essas não são aceitas como boas razões para a sustentação de reivindicações ou a concessão de divórcios nos termos do sistema (MACCORMICK, 2009, p. 19).

As boas razões mencionadas por Maccormick podem ser identificadas como aquelas que são dotadas de aceitabilidade e que decorrem de um procedimento racional de interpretação do Direito que parta do ordenamento e busque uma decisão axiologicamente justa.

A aceitabilidade também é vista por Aulis Aarnio (1991, p. 71) como elemento que compõe a própria validade do Direito, atributo dividido em validade sistêmica

⁹ Uma vez que Aulis Aarnio (1991) traz a ideia de coerência dentro das regras de apoio que compõem a racionalidade-D, este tipo de racionalidade, na teoria do autor finlandês, engloba também a racionalidade-S mencionada por Aleksander Peczenik. Assim, este trabalho adotará a distinção em racionalidade-L e racionalidade-D utilizada por Aulis Aarnio, incluída nesta última a ideia de coerência própria da racionalidade-S.

(conformação com o ordenamento), validade fática (eficácia social) e validade axiológica (aceitabilidade).

Essa associação da aceitabilidade com a dimensão axiológica da validade de uma norma jurídica demonstra o papel valorativo da justificação. A aceitabilidade de uma interpretação, portanto, não pode prescindir de análise a partir de um conjunto de valores, de natureza não jurídica. O razoável como limite das interpretações jurídicas (e o desarrazoado como inaceitável) não pode ser aferido sem recorrer-se a um sistema valorativo.

De forma semelhante, o conceito de aceitabilidade é também equiparado ao de legitimidade, o que evidencia a função de controle social da decisão judicial a partir do atributo de aceitabilidade (AARNIO, 1991, p. 42).

O conceito de aceitabilidade da teoria aarniana possui dupla função. Ao mesmo tempo que se impõe como diretriz da justificação de uma decisão para o julgador, se apresenta para a sociedade como parâmetro de controle racional da legitimidade das decisões proferidas (DUARTE, 2004, p. 108).

Assim, a aceitabilidade da decisão reporta à sua legitimidade. Aceitável é a decisão proferida com base no ordenamento jurídico e em consonância com valores morais subjacentes que apontam o que é desejável; é a decisão que é válida e justa. Tais atributos só podem ser alcançados quando a decisão estiver amparada em uma justificação racional.

Noutro giro, a aceitabilidade não deve ser confundida com aceitação. Esta decorre de simples concordância da maioria da comunidade a que se destina a justificação e pode decorrer de persuasão, imposição de autoridade ou mesmo coação (AARNIO, 1992, p. 231-232).

Os dois conceitos em análise assumem papel central na teoria da argumentação jurídica do autor finlandês como elementos necessários para a concretização do ideal de certeza jurídica (e, por conseguinte, para o cumprimento da responsabilidade do juiz). Com efeito, esclarece Aulis Aarnio (1991, p. 58) que *“la racionalidad y la aceptabilidad son las piedras angulares de la ideología actual de la certeza jurídica”*.

A interpretação, portanto, deve conjugar a racionalidade e aceitabilidade para que, partindo de premissas justificadas e através de um método de razoamento também justificado, chegue a um resultado razoável e aceitável. Atendidos esses requisitos, a decisão será previsível, não arbitrária, bem como substancialmente correta, alcançando, portanto, o ideal de certeza jurídica. Uma decisão que respeite todos esses pressupostos será dotada de aceitabilidade racional.

2.2.4 Aceitabilidade racional

Como visto, racionalidade e aceitabilidade possuem papel fundamental na teoria aarniana e devem pautar a justificação da interpretação jurídica. Quando a decisão é tomada de forma racional e conduz a um resultado aceitável, sua aceitabilidade é qualificada como racional.

De acordo com Aulis Aarnio (1991, p. 241) *“La aceptabilidad racional es una propiedad del resultado final del procedimiento de justificación jurídica”*. A aceitabilidade racional, portanto, é um atributo da decisão que não só é aceitável, como também é fruto de um procedimento de discurso racional.

Há que se observar que a ideia de aceitabilidade racional implica a existência de um sujeito, destinatário da interpretação jurídica, que deverá valorá-la como racionalmente aceitável ou não. Uma mesma decisão poderia, inclusive, ser ou não racionalmente aceitável a depender do conjunto de valores aceito por tal sujeito.

Para aclarar a escolha de tal sujeito, Aulis Aario (1991, p. 280) se vale da ideia de auditório perelmaniano. Chaim Perelman (2005, p. 137) explica que a razão é direcionada ao auditório universal, um elemento hipotético que corresponde à objetivação do sujeito.

Esse auditório universal é composto de todas as pessoas capazes de se valer da justificação racional e se contrapõe ao auditório concreto, formado por um conjunto específico de pessoas capazes de justificar racionalmente. O auditório é definido, assim, como um grupo que aceita certas condições gerais de racionalidade e um mesmo sistema de valores que fundamenta a interpretação. Quando tal auditório é universal, mesmo os juízos de valores podem ser objetivados e, se submetidos à

aceitação de todos os membros, racionalmente justificados (AARNIO, 1991, p. 280-281).

Essa universalidade, todavia, exigiria a existência de, ao menos, um conjunto mínimo de valores universais, que pudessem ser aceitos por todos os seres humanos racionais. A aceitabilidade dos juízos de valores, nesse contexto, corresponderia, em última análise, a uma unanimidade axiológica, a qual parece ser contraditória com a ampla diversidade cultural e valorativa efetivamente existente entre as diferentes sociedades e dentro de uma mesma comunidade.

Aulis Aarnio (1991, p. 281) se aprofunda no conceito de auditório de Perelman para distinguir o auditório concreto do ideal, e dentro de tais categorias, o auditório particular do universal, a fim de determinar a quem se dirige a noção de aceitabilidade racional.

O auditório concreto é, assim, um grupo de pessoas que efetivamente existe, sem a exigência de racionalidade, podendo ser universal quando composto de todos os seres humanos vivos em determinado momento, ou particular, quando se refere a um grupo específico de pessoas existentes. O auditório concreto universal não deve ser utilizado como referencial subjetivo para a aceitabilidade racional, pois tal aceitabilidade dependeria de unanimidade racional de todos os sujeitos humanos, infactível de ser alcançada. O auditório concreto particular, por sua vez, embora possa ser racionalmente convencido a aceitar racionalmente determinada interpretação, pode, também, ser persuadido a aceitá-la por fatores casuais, como a autoridade do intérprete (nesse caso, poder-se-ia ter mera aceitação de uma interpretação dominante pela maioria do auditório concreto). Não há garantia de racionalidade no auditório concreto particular, portanto (AARNIO, 1991, p. 281-283).

O auditório ideal, por outro lado, é aquele hipotético, que não existe efetivamente, em que se pressupõe que os integrantes sejam racionais (se obrigam a seguir as regras de racionalidade). O auditório ideal universal (que corresponde ao auditório universal hipotético perelmaniano), composto por todas as pessoas racionais, também não pode ser aceito como referencial da aceitabilidade racional, porquanto a justificação de posições valorativas para esse auditório corresponderia a uma conciliação de valores diferentes para alcançar uma convergência a um valor universal. O auditório ideal particular, por sua vez, é um auditório ideal formado por

participantes que, além de serem racionais, adotam um conjunto de valores comuns, cultural e socialmente delimitado. Esse auditório é que deve ser considerado como destinatário e referencial subjetivo da aceitabilidade racional (AARNIO, 1991, p. 283-284).

Pelo exposto, tem-se que a aceitabilidade racional caracteriza a decisão (também a interpretação e a justificação) que é fruto de um procedimento de discurso racional e que é tida como razoável por um auditório ideal e particular de forma a atender à exigência de certeza jurídica.

A principal diferença entre o auditório ideal universal e o particular é que neste não se fala em valores objetivos e universais, mas sim em um acordo entre seus membros para a adoção de certo conjunto de valores relevantes para o discurso, que não é o único nem o correto.

Isso não significa, no entanto, que toda e qualquer interpretação seja correta, a depender do conjunto de valores, o que inutilizaria a própria justificação, na medida em que tornaria as interpretações inquestionáveis sob a guarida de uma ampla relatividade subjetiva. Ao contrário, significa que para cada conjunto de valores comuns existem decisões aceitáveis e não aceitáveis, que devem ser justificadas naquele sistema de valores (AARNIO, 1991, p.278).

Em outras palavras, a aceitabilidade racional não é verificada num vácuo axiológico, mas sim a partir de um sistema de valores. A adoção de um conjunto de valores comuns (intersubjetivos) é pressuposto¹⁰ da própria racionalidade, de modo que não seria possível, no discurso racional, invocar a relatividade axiológica como forma de blindar a interpretação de eventuais questionamentos.

Na teoria desenvolvida pelo autor finlandês, a aceitabilidade racional assume o papel exercido pela verdade nas ciências naturais. A dogmática jurídica busca a maior correspondência possível entre o enunciado e a aceitabilidade racional, a qual serve como mecanismo de avaliação dos enunciados normativos em sua consonância com a certeza jurídica (AARNIO, 1991, p. 286).

¹⁰ A linguagem em si não é desenvolvida e utilizada num vácuo axiológico, porquanto surge da realidade social (das formas de vida). A esse respeito, Aulis Aarnio (2011, p. 37) registra que não é possível separar a linguagem das formas de vida, pois só há sentido na linguagem quando ela se encontra conectada com a forma de vida que a apoia.

Tal equiparação não implica que a aceitabilidade racional seja a expressão de uma única e verdadeira solução. A interpretação racionalmente aceitável não pode ser chamada de “verdadeira” e não pode ser vista como a única solução correta, mas sim como um resultado, dentre os muitos possíveis, que melhor satisfaz a exigência de certeza jurídica.

Significa dizer que a aceitabilidade racional não é um conceito que define qual é a solução verdadeira, mas sim que exclui interpretações que não se mostram adequadas, de um ponto de vista da certeza jurídica. A decisão que não é racional é arbitrária e a que não é aceitável é desarrazoada (carece de correção material).

Nesse sentido, Aulis Aarnio (1991, p. 286) rejeita a aproximação entre a aceitabilidade racional e as teorias da única resposta correta, justamente pela possibilidade da existência de mais uma interpretação racionalmente aceitável. Da mesma forma, rejeita também a ideia de que aceitabilidade racional represente uma “teoría electoral de la verdad”, em que a interpretação mais votada pela maioria é tida como verdade. Com efeito, o autor finlandês fala em aceitabilidade pela maioria como um dos objetivos da dogmática jurídica, mas esclarece que tal maioria é um fenômeno ideal.

Por otra parte, la mayoría a la que se hace referencia aquí es un fenómeno ideal. Está compuesto por personas racionales que comparten ciertas valoraciones relevantes para el problema jurídico en cuestión. Cuanto más miembros racionales de esta audiencia ideal acepten la posición, tanto mayor es la relevancia social de la misma. Si la posición pudiera ser aceptada por la mayoría de tales miembros, sería la más relevante de todas las posiciones rivales con respecto a ese problema jurídico. No es posible encontrar medios mejores para “medir” en esa sociedad la legitimidad de la norma a la que se hace referencia en la posición. Entendido de esta manera, el principio de la mayoría está conectado con el problema de la legitimidad y no con el de la verdad. (AARNIO, 1991, p. 286-287).

A aceitabilidade racional defendida pelo autor finlandês é, por conseguinte, o parâmetro maior para a avaliação de um posicionamento jurídico em seus aspectos de validade formal e material, sistêmica, social e axiológica. É o crivo pelo qual devem passar as interpretações para que sejam consideradas não arbitrárias e corretas, tanto em conformidade com o Direito quando em consonância com o ideal de Justiça.

2.3 O DISCURSO JURÍDICO DE JUSTIFICAÇÃO

A justificação das decisões judiciais é elemento central nas várias teorias da argumentação jurídica. No pensamento aarniano, ela ganha destaque como responsabilidade social do julgador, que há de explicitar os motivos que conduziram à decisão tomada como forma de garantir a racionalidade, aceitabilidade e segurança jurídica da atividade judicante.

Necessário se faz, portanto, tecer breves considerações a respeito da justificação¹¹ das decisões judiciais e seu papel como meio de garantir a correção formal¹² e material da decisão.

2.3.1 A justificação como responsabilidade social e dever do juiz

É certo que a justificação é parte essencial da interpretação jurídica e das decisões judiciais, como forma de expor as razões que sustentam a interpretação desenvolvida pelo operador do Direito.

Nesse cenário, a justificação tem duas grandes dimensões de importância: a primeira é voltada para o interior do processo, na medida em que a correta fundamentação é essencial para que a parte vencida possa apelar contra as razões consideradas relevantes para o deslinde da questão e para que o julgador que irá revisitar a decisão apelada possa estabelecer um diálogo entre as razões do julgamento e as razões da apelação, a fim de que possa obter sua conclusão; a segunda é dirigida para toda a sociedade, como forma de garantir a credibilidade na decisão. A decisão bem justificada, portanto, tem maior controle e aceitação tanto por parte dos envolvidos no processo, quanto por parte da comunidade jurídica e de todos os cidadãos (AARNIO, 1991, p. 29).

¹¹ Os termos motivação e fundamentação também serão utilizados neste trabalho, por razões linguísticas, para fazer referência à justificação. O destaque é válido porquanto há autores que fazem distinções entre tais termos, tal como Graciela Ruiz (2011, p.109-110), que diferencia motivação de fundamentação, esta identificada como justificação.

¹² A ideia de correção formal (procedimental) é utilizada neste trabalho para se referir à observância das regras do discurso racional, ou seja, à dimensão procedimental da argumentação, enquanto o conceito de correção material, que se refere ao conteúdo da decisão, figura como elemento da certeza jurídica e como requisito para a aceitabilidade.

A mesma ideia é esposada por Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael Alexandria (2015, p. 315), para quem a motivação das decisões judiciais tem dupla função: uma endoprocessual, para que as partes e julgadores hierarquicamente superiores possam conhecer as razões do convencimento do juiz e controlá-las através dos recursos cabíveis; e outra exoprocessual, consistente no controle público da decisão pela sociedade.

Essa importância faz com que a justificação não seja meramente desejável ou recomendável, mas sim um verdadeiro dever do intérprete para demonstrar a validade da interpretação. Sem justificação, ter-se-ia mera opinião não fundamentada e insuscetível de ser submetida a um procedimento de discurso racional, como visto, necessário para garantir a aceitabilidade da decisão.

Nessa linha de raciocínio, Aulis Aarnio (1991, p.15), entende que a justificação da decisão corresponde a uma responsabilidade social do intérprete, que ultrapassa a dimensão meramente moral e se constitui verdadeiro pressuposto do desenvolvimento de uma sociedade democrática.

Como já visto anteriormente, a responsabilidade social do juiz se encontra intimamente ligada ao atendimento da expectativa social de certeza jurídica. Essa certeza deve ser alcançada através da justificação como forma de submeter as razões da decisão ao crivo da aceitabilidade.

La responsabilidad del juez se ha convertido cada vez más en la responsabilidad de justificar sus decisiones. La base para el uso del poder por parte del juez reside en la aceptabilidad de sus decisiones y no en la posición formal de poder que pueda tener. En este sentido, la responsabilidad de ofrecer justificación es, específicamente, una responsabilidad de maximizar el control público de la decisión. Así pues, la presentación de la justificación es siempre también un medio para asegurar, sobre una base racional, la existencia de la certeza jurídica en la sociedad (AARNIO, 1991, p. 29).

Assim é que a fundamentação das decisões judiciais, como responsabilidade social do intérprete, se apresenta como um verdadeiro dever do juiz, o qual, se descumprido, prejudica o controle social sobre a decisão e, como consequência, sua própria aceitabilidade, que acaba sendo imposta às partes e à sociedade simplesmente por ter sido proferida por uma autoridade judicial, sem qualquer respaldo em boas razões que a sustentem, favorecendo, ao final, a arbitrariedade do julgador.

Aqui cabe destacar que a ideia da justificação da decisão como responsabilidade do juiz foi positivada pelo próprio Direito Brasileiro, normatizando-a como uma obrigação constitucional e legal do juiz. Nesse sentido, a Constituição Federal¹³ e o Código de Processo Civil¹⁴ exigem que as decisões judiciais sejam fundamentadas, sob pena de nulidade.

De fato, o ordenamento jurídico brasileiro é repleto de dispositivos de Leis que trazem previsões específicas de atos judiciais que devem ser fundamentados. Apenas a título de exemplo, como forma de demonstrar a importância dada à justificação, pode-se citar o artigo 17, § 8º, da Lei de Improbidade Administrativa que trata da rejeição fundamentada da petição inicial; art. 896, § 1º, da CLT, que exige decisão fundamentada para receber ou negar recurso de revista; e arts. 283, 310, 387, § 1º, dentre outros, do Código de Processo Penal, que tratam de decisões pertinentes à prisão.

Para além da expressa previsão constitucional e legal, o dever de motivação das decisões judiciais é também direito fundamental do cidadão, como conteúdo mínimo do devido processo legal (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 314).

Pode-se ainda dizer que a adequada justificação tem recebido maior atenção e importância por parte do Legislador. Basta observar que o Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) promulgado em 2015 traz, em seu artigo 489, §§ 1º e 2º, requisitos para que a decisão seja considerada fundamentada, fortalecendo a determinação positivada de justificação das decisões.

Noutras palavras, a Lei 13.105/2015 amplia a obrigação do juiz e traz parâmetros positivos mínimos para que uma decisão seja considerada justificada, e, conseqüentemente, válida.

¹³ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

¹⁴ Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

A adequada justificação das decisões judiciais, portanto, mais do que simples dever moral ou mesmo responsabilidade social, é, no Direito Brasileiro, obrigação jurídica constitucional e legal do juiz, e requisito de validade do veredito judicial.

2.3.2 Justificação interna e justificação externa

A justificação das decisões judiciais consiste na exposição das razões que levaram o julgador a decidir da maneira como o fez. Em grande parte, essa tarefa é realizada através da indicação dos fundamentos jurídicos e de como eles se aplicam ao caso concreto. O juiz revela, por exemplo, qual foi a norma utilizada para solucionar a questão que lhe fora posta e como ela se amolda às questões fáticas, a fim de demonstrar que a conclusão obtida resulta das premissas adotadas.

A análise da justificação, todavia, não pode se exaurir na verificação da correspondência entre o quanto decidido e as razões de fato e de direito que fundamentaram o julgamento. Com efeito, tal aspecto, atinente à consistência lógica do raciocínio argumentativo por trás da decisão, é apenas uma dimensão da justificação.

As diversas teorias da argumentação jurídica costumam distinguir essa fundamentação lógica da argumentação utilizada, conhecida como justificação interna, da justificação externa.

Aulis Aarnio (1991, p. 167-168), com apoio nas lições de Wróblewski, explica que a justificação interna diz respeito à obtenção da conclusão a partir das premissas e regras de inferência, ao passo que a justificação externa reporta à validade de tais premissas e regras de inferência. Enquanto a justificação interna não apresenta grandes dificuldades, a justificação externa perpassa por questões mais complexas, como a escolha e conteúdo das premissas e regras de inferência.

Robert Alexy (2013, p. 219), em importante contribuição para a sistematização das espécies de justificação, assinala que “Na justificação interna, verifica-se se a decisão se segue logicamente das premissas que se expõem como fundamentação; o objeto da justificação externa é a correção destas premissas”.

Manuel Atienza (2014, p. 33), por sua vez, explica que a justificação interna depende apenas de lógica dedutiva para avaliar a validade da conclusão a partir das premissas ao passo que a justificação externa não pode se reduzir à lógica estrita para determinar a fundamentação e correção das premissas, sendo este tipo de justificação o objeto das várias teorias dialógicas da argumentação jurídica.

Nesse sentido, para que uma decisão seja satisfatoriamente justificada, não basta que o operador do Direito demonstre a correspondência lógica entre premissas e conclusão. É necessário ir além e justificar também as premissas utilizadas.

Como já se viu, a interpretação é um procedimento discursivo cuja racionalidade pode ser dividida, seguindo a teoria aarniana, em racionalidade-L e racionalidade-D.

A racionalidade-L diz respeito à lógica da justificação interna, tida como silogística. Já a racionalidade-D é pertinente à justificação externa e consiste em um conjunto de regras que visa garantir a racionalidade do discurso¹⁵. É a obediência a tais regras que pode conduzir à aceitabilidade¹⁶ da escolha das premissas (AARNIO, 2011, p. 133-137).

Dessas considerações se percebe que a justificação externa é o grande foco das diversas teorias da argumentação jurídica dialógicas. Afinal, enquanto a justificação interna segue um raciocínio silogístico, cuja motivação pode ser desenvolvida apenas com recurso às regras lógicas, a justificação externa depende de um procedimento de discurso, regulado por regras do discurso racional.

Retomando Aulis Aarnio (2011, p. 137), tem-se que a justificação externa funciona como uma meta-justificação da justificação interna, *i.e.*, a adição à cadeia justificatória de um meta-silogismo cuja conclusão é justamente a premissa do silogismo da justificação interna que se deseja justificar. Esse procedimento de

¹⁵ A racionalidade-D é a racionalidade discursiva que rege o discurso prático racional geral e, portanto, também a justificação jurídica, como forma especial do discurso prático geral (AARNIO, 1991, p. 247-253). O destaque é relevante, visto que, como registrado pelo próprio Aulis Aarnio (1991, p. 254), não obstante as regras da racionalidade-D digam respeito ao discurso prático geral, elas são analisadas na obra do autor finlandês a partir da perspectiva do discurso jurídico.

¹⁶ Como será melhor explicitado ao longo deste estudo, as premissas, quando justificadas externamente, são conclusões obtidas a partir de outras premissas. Sob essa perspectiva é que se diz que o discurso racional é capaz de conduzir à aceitabilidade das premissas: como conclusões de outros argumentos, elas devem ser racionalmente aceitáveis (em tais argumentos), o que é possível de se verificar se elas forem racionalmente justificadas no âmbito do discurso. Caso contrário, a interpretação final que se pretende justificar poderá partir de premissas não racionalmente aceitáveis, o que prejudicaria a sua própria aceitabilidade racional.

meta-justificação deve continuar até que se considere racionalmente justificada e aceitável (na qualidade de conclusão da cadeia meta-justificatória) a premissa inicial.

Essa cadeia de meta-justificação, todavia, pode se prolongar *ad infinitum*, pois sempre é possível questionar a validade ou correção de uma premissa. A maior complexidade da justificação externa reside nessa problemática. Afinal, como é possível escolher (e fundamentar a escolha) uma premissa em detrimento de outra? E mais, como averiguar a validade de uma premissa ou argumento? Como saber se determinada premissa ou argumento é bom e correto a fim de encerrar a cadeia de justificação?

O que Aulis Aarnio (1991, p. 170) observa é que, embora a justificação externa acrescente silogismos¹⁷ que possam justificar as premissas da justificação interna, reforçando a conclusão final, a justificação externa em si não é silogística, pois a conclusão interpretativa final não decorre dedutivamente do conjunto de argumentos. A justificação externa, portanto, envolve convencer o destinatário da interpretação de que os silogismos por ela agregados são suficientes para sustentar a conclusão final.

La interpretación jurídica no es de naturaleza exclusivamente silogística. No es posible identificar reglas aceptadas por la comunidad jurídica de forma tal que la conclusión final (I₁) pudiera ser deducida de la totalidad de determinados silogismos (cfr. Diagrama 22). En este sentido, no existen conexiones silogísticas internas entre los diferentes silogismos en la cadena de argumentos. Aquí reside el núcleo de toda la interpretación jurídica. La justificación externa no es silogística en modo alguno. Es una cuestión de convencer a la otra parte, al destinatario de la interpretación (B). Esto se

¹⁷ É necessário esclarecer que a referência ao silogismo não significa reduzir a aplicação do Direito à lógica subsuntiva do encaixe direto do fato na norma. Não se defende aqui que a interpretação seja feita por meio de silogismos, tampouco que o juiz deva estruturar sua decisão dessa forma. A reestruturação dos argumentos em silogismos é sempre feita retrospectivamente após a decisão, apenas como uma forma de racionalizar sua justificação interna: “O silogismo como uma forma da racionalidade-L só é adequado para a racionalização *ex post* do procedimento justificatório” (AARNIO, 2011, p. 134) (tradução livre). Por exemplo, quando um juiz se depara com um caso em que colidem dois princípios X e Y, ele poderá eleger, de forma justificada, razões $P_{X_{1...n}}$ pelas quais deve prevalecer o princípio X (através das técnicas de justificação externa, como, *v.g.*, uma analogia com uma situação semelhante em que o princípio X prepondera). Tais razões podem ser organizadas *ex post* em um silogismo do qual decorre a conclusão de que o princípio X deve prevalecer, no caso, sobre o princípio Y (silogismo). É ainda possível que ele identifique razões $P_{Y_{1...n}}$ pelas quais deve predominar o princípio Y, e tenha, então, que escolher, novamente de forma argumentativa e justificada (justificação externa), qual conjunto de premissas $P_{X_{1...n}}$ ou $P_{Y_{1...n}}$ deverá prevalecer, o que poderá ser feito, por exemplo, a partir de novas premissas $P'_{X_{1...n}}$ (também escolhidas por meio de técnicas da justificação externa), das quais decorra a conclusão de que o conjunto de premissas $P_{X_{1...n}}$ deve prevalecer sobre o conjunto $P_{Y_{1...n}}$, em um argumento que pode ser posteriormente racionalizado também como um silogismo. Sobre esses silogismos se debruça a justificação interna, a fim de evitar, por exemplo, que das premissas $P_{X_{1...n}}$ decorra a conclusão de que o princípio Y deve prevalecer, em nítida contradição.

hace simplemente de manera tal que el intérprete agrega nuevos silogismos que apoyan su interpretación o sus argumentos, pero cada paso está guiado sólo de una manera "laxa" por los criterios de racionalidad o por las pautas de la interpretación jurídica. No hay criterios exactos sobre la base de los cuales se pueda decir que justamente este argumento (silogismo) es el adecuado. El intérprete tendrá éxito si la totalidad de argumentos (la cadena de silogismos) es lo suficientemente convincente para la otra parte (AARNIO, 1991, p. 170).

Por certo, se não houvesse forma alguma de avaliar quais argumentos são bons, não haveria como imprimir racionalidade à motivação das decisões. Com efeito, para que se possa qualificar uma decisão como racional e como razoável, e mesmo como justa ou correta, há uma necessidade inerente da existência de padrões de racionalidade, razoabilidade, justeza e correção.

O operador do Direito, ao interpretá-lo, o faz a partir de seus próprios padrões, que integram sua subjetividade e compreensão do questionamento que lhe é posto. Todavia, a decisão jurídica não pode se pautar em parâmetros subjetivos e arbitrários do intérprete, pois assim não satisfaria o ideal da certeza jurídica. É necessário, portanto, que a interpretação alcançada seja submetida a um juízo a partir de parâmetros externos de correção, que consagrem a expectativa de segurança.

É justamente por isso que o julgador deve oferecer às partes do processo e a toda a sociedade ampla e profunda motivação de suas razões de decidir, a fim de que possam ser submetidas ao crivo de correção formal e material, de racionalidade e razoabilidade, para que sejam tidas como aceitáveis.

Nesse sentido, é indispensável que, pelo menos, exista um procedimento argumentativo, ou seja, formas e regras de decidir e justificar a decisão, que assegure ser adequado o resultado, ser possível e boa a resposta, ainda que não se possa dizer que é a mais correta. É esse o procedimento do discurso jurídico.

2.4 A METODOLOGIA DA JUSTIFICAÇÃO JURÍDICA EM AULIS AARNIO

Pelo que foi até então exposto, se observa que a justificação é um procedimento discursivo integrante do discurso jurídico. Daí porque é importante que seja dotada de racionalidade, a fim de que possa ser formal e materialmente avaliada. Como

procedimento discursivo, a pretensão de racionalidade é alcançada pela observância de certas regras que regulam como deve ser feita a justificação.

A fundamentação da decisão judicial deve ser um discurso justificativo, fundada em cânones racionais e amplamente aceitos e em regras da validade da argumentação e do raciocínio jurídico, para que estejam presentes requisitos de validade da argumentação prática, como a coerência e o emprego adequado da linguagem e das regras de inferência (DIDIER JUNIOR; SARNO; ALEXANDRIA, 2015, p. 317-318).

As regras que regem a justificação jurídica são um dos elementos centrais de diversas teorias da argumentação jurídica, como ocorre, por exemplo, nas teorias de Aulis Aarnio e de Robert Alexy.

De acordo com Cláudia Toledo (2005), as teorias da argumentação jurídica formulam regras que regem o discurso prático racional, do qual o discurso jurídico é espécie, por ter, como objeto, enunciados normativos e se submeter a uma pretensão de correção, e regras próprias do discurso jurídico, atinentes à justificação interna e externa.

O autor finlandês, por exemplo, formula tanto regras próprias da argumentação jurídica, a partir da conjugação de fontes do Direito e de diretrizes da interpretação jurídica, como regras básicas do discurso prático geral (as regras da racionalidade-D). O mesmo se observa na teoria alexyana, que traz, no que talvez seja a mais conhecida contribuição para o procedimento da justificação externa, regras do discurso prático geral e regras próprias da justificação externa.

No que pese haja variações entre as teorias da argumentação jurídica, é certo que, de forma geral, visam elas o mesmo objetivo de garantir a racionalidade do procedimento justificativo. Isso exposto, nos tópicos seguintes, as regras do discurso racional e da justificação jurídica serão brevemente analisadas a partir da teoria aarniana.

2.4.1 As regras do discurso racional

A justificação, como procedimento discursivo, se submete às regras que regem o próprio discurso prático geral a fim de que seja ele dotado de racionalidade. É esse o conjunto de regras que compõe o que a teoria aarniana chama de racionalidade-D.

O desenvolvimento do discurso de acordo com as regras da racionalidade-D e com as pautas de interpretação jurídica é o que garante a aceitabilidade racional da interpretação, desde que sejam obedecidas, ainda, duas condições prévias: as partes do discurso tenham uma base comum de conhecimento e se submetam ao mesmo conjunto de valores (AARNIO, 1991, p. 262).

Essas condições se justificam porque, como visto anteriormente, o referencial de interlocução na teoria aarniana é o auditório ideal particular, que pressupõe um universo (ideal) de indivíduos racionais e que adotam valores comuns.

Aulis Aarnio (1991, p. 253) elenca cinco categorias de regras básicas do discurso racional: consistência, eficácia, sinceridade, generalidade e apoio.

2.4.1.1 As regras de consistência

As regras de consistência dizem respeito à racionalidade-L, na medida em que tratam da exigência de consistência lógica com vistas à inexistência de contradição interna. São elas a lei do terceiro excluído e a regra de transitividade. (AARNIO, 1991, p. 254).

A lei do terceiro excluído preceitua que uma proposição é sempre e apenas ou verdadeira ou falsa. A regra de transitividade, por sua vez, estabelece que, se são verdadeiras as proposições “se p então q ” e “se q então r ”, também é verdadeira a proposição “se p então r ” (AARNIO, 1991, p. 254).

A obediência à lei do terceiro excluído evita contradições internas entre proposições dos argumentos: se p denota uma proposição e $\neg p$ a negativa da proposição p , não há como se ter, ao mesmo tempo, p e $\neg p$ como verdadeiras.

Essa lei, no entanto, não se limita a afirmações sobre a veracidade de uma proposição. Esclarece Aulis Aarnio (1991, p. 254) que ela pode ser formulada de

outras maneiras, por exemplo: se afirma-se que x possui a propriedade p , não é possível afirmar que a propriedade p falta em x .

Noutro giro, a regra de transitividade estabelece uma vinculação lógica entre premissas e conclusões de argumentos diferentes. Destarte, se dois argumentos X e Y são verdadeiros, amparados, respectivamente, pelas premissas $Px_{1...n}$ e $Py_{1...n}$ e com conclusões Qx e Qy , sendo Qx pertencente ao grupo de premissas $Py_{1...n}$, tem-se que as premissas do conjunto Px apoiam a conclusão Qy . Garante-se, assim uma relação de consistência entre os argumentos (e, como se verá, de coerência).

Cabe esclarecer que, não obstante essas regras digam respeito à racionalidade-L, são perfeitamente válidas como reguladoras do procedimento discursivo. Isto porque, não há como se ter uma racionalidade discursiva, preocupada com a correção material dos argumentos e com o procedimento justificativo, que não siga as regras da racionalidade lógica. A racionalidade-D, portanto, engloba também a racionalidade-L.

As regras de consistência aarniana se assemelham à regra 1.1 das regras fundamentais do discurso prático geral formuladas por Robert Alexy¹⁸.

Ao comentar as regras fundamentais, Robert Alexy (2013, p. 188) faz, ainda, importante consideração que deve ser transportada para as regras de consistência de Aulis Aarnio: a regra de não contradição é aplicável tanto a proposições de lógica clássica quanto de lógica deôntica.

Assim, por exemplo, determinada conduta não pode ser afirmada como permitida e proibida simultaneamente. Da mesma forma, caso se afirme que a conduta X é obrigatória e que a prática da conduta X implica a prática de Y , não se pode afirmar que Y é proibido, sob pena de contradição deôntica¹⁹.

2.4.1.2 As regras de eficiência

¹⁸ "(1.1) Nenhum falante pode contradizer-se" (ALEXY, 2013, p. 187).

¹⁹ Em lógica deôntica, sendo Ox a expressão "x é obrigatório", $Ox \wedge O(x \rightarrow y)$ implica Oy . Essa expressão é uma tautologia lógica (proposição que é sempre verdadeira) e uma das leis da lógica deôntica. (WRIGHT, 1951). Assim, sendo $Ox \wedge O(x \rightarrow y)$, afirmar PHy ("é proibido y") quebraria a regra de consistência.

As regras de eficiência impõem que os participantes do discurso usem as expressões linguísticas de maneira uniforme a fim de que não haja desacordos linguísticos, mas tão somente desacordos materiais, os quais devem ser objeto de discussão racional (AARNIO, 1991, p. 254-255).

Essas regras visam evitar que as partes não consigam chegar a uma conclusão discursiva por não serem capazes travar uma discussão racional sobre o objeto do discurso em razão de conflitos terminológicos ou semânticos. É importante que os envolvidos no discurso estejam de acordo quanto ao significado das expressões que utilizam.

De sentido aproximado é a regra fundamental do discurso (1.4) de Robert Alexy (2013, p. 186): “(1.4) Diferentes falantes não podem usar a mesma expressão com diferentes significados”.

Não significa, todavia, que o discurso não possa ter como objeto as interpretações e sentidos atribuídos aos termos, pois estes se inserem no âmbito do desacordo material. Se assim fosse, inútil seria o discurso jurídico, em que se discutem, justamente, interpretações.

O importante, assim, é que cada participante saiba como os demais estão fazendo uso de cada expressão e que um participante não altere, no meio do discurso, o sentido que atribui a uma expressão (isto é, o jogo de linguagem) de forma injustificada.

2.4.1.3 As regras de sinceridade

As regras de sinceridade objetivam garantir que somente sejam utilizadas justificações válidas. São elas: todos que conhecem a linguagem do discurso podem dele participar (abertura subjetiva); nenhum participante do discurso pode invocar um argumento de autoridade; nenhum participante pode se valer de coação física ou moral; todo participante pode questionar os enunciados apresentados pelos demais e não pode haver temas insuscetíveis de discussão (abertura material); um participante do discurso não pode invocar uma justificação que sabe ser inválida. (AARNIO, 1991, p. 255-256).

Essas regras afastam justificações desprovidas de dimensão material ou voltadas apenas à persuasão dos interlocutores (e.g., coação ou argumento de autoridade). Garantem, ademais, certa isonomia entre os participantes do discurso (através das aberturas subjetiva e material).

Ademais, segundo Aulis Aarnio (1991, p. 256), as regras de sinceridade exigem, ainda, imparcialidade, que, na justificação jurídica, se manifesta na exigência de não apenas apresentar razões que fundamentam a conclusão apresentada, mas também razões contrárias, que devem, então, ser racionalmente superadas.

Tais regras se aproximam das regras²⁰ de razão de Robert Alexy (2013, p. 190-193), as quais ele apresenta como critérios hipotético-normativos de validade dos argumentos, uma vez que, nas discussões efetivamente desenvolvidas no plano fático, esses critérios só podem ser alcançados de forma aproximada, *i.e.*, alcançados na maior medida possível.

2.4.1.4 As regras de generalização

As regras de generalização preceituam que um participante da discussão não se valha de argumentos que não esteja disposto a invocar também para casos semelhantes. Impõe, em síntese, uma exigência de universalidade, sem a qual abre-se espaço para argumentos *ad hoc* voltados unicamente para a situação específica, pelo que desprovidos da desejada racionalidade (AARNIO, 1991, p. 256).

A generalização carrega consigo uma relação com a ideia de isonomia, na medida em que prescreve o mesmo tratamento argumentativo para casos semelhantes. Nessa mesma linha de raciocínio, a universalidade contribui para a imparcialidade do julgamento, visto que, ao recusar fundamentos *ad hoc*, evita que sejam invocados argumentos baseados em razões arbitrárias e subjetivas que levem o julgador a, naquele caso, ter preferência pessoal, por exemplo, por determinada parte ou resultado.

²⁰ Robert Alexy (2013, p.190-193) elenca as seguintes regras de razão: “(2.1) Quem pode falar, pode tomar parte no discurso”; “(2.2) (a) Todos podem problematizar qualquer asserção; (b) Todos podem introduzir qualquer asserção no discurso; (c) Todos podem expressas suas opiniões, desejos e necessidades”; e “(2.3) A nenhum falante se pode impedir de exercer seus direitos fixados em (2.1) e (2.2), mediante coerção interna e externa ao discurso.”.

Com base nessas funções, Aulis Aarnio (1991, p.257) identifica na universalidade, ao menos, dois corolários: quem argumenta em favor de uma norma deve aceitar suas consequências, ainda que sejam contrárias a seus interesses, e as consequências que satisfazem os interesses de uma pessoa devem ser aceitáveis também para todas as outras que estejam em situação semelhante.

A ideia de universalidade também aparece nas regras fundamentais do discurso de Robert Alexy (2013, p. 187), formulada da seguinte forma: “(1.3) Todo falante que aplique um predicado F a um objeto A deve estar disposto a aplicar F também a qualquer objeto igual a A em todos os aspectos relevantes”.

Ainda é importante destacar que a regra de generalização serve como a base argumentativa do expediente da analogia, que será analisado nos capítulos seguintes deste trabalho.

2.4.1.5 As regras de apoio

As regras de apoio determinam que toda proposição deve ser racionalmente justificada sempre que for questionada (AARNIO, 1991, p. 257).

A ideia de apoio se encontra intimamente ligada com as regras de sinceridade, na medida em que estas não apenas permitem a formulação dos questionamentos por qualquer participante do discurso, como também exigem que as respostas não sejam amparadas em razões não materiais (assim entendidas as que ofendem as regras do discurso) como autoridade ou coação. As regras de apoio, então, tratam da fundamentação da proposição questionada e de quando ela pode ser considerada satisfatória ou adequada.

Aleksander Peczenik (2008) classifica o conceito de apoio em fraco e forte. Na relação de apoio fraco, diz-se que a premissa P apoia a conclusão Q se P pertence a um conjunto de premissas S do qual decorre Q . Por outro lado, a relação de apoio forte depende de uma série de critérios:

The statement p strongly supports q if, and only if, p belongs to a set of premises, S , having the following properties: (1) all these premises are reasonable; and (2) at least one subset of S is such that (a) q logically follows from it, and (b) all members of the subset are necessary to infer q from this subset (that is, q does not follow, if any premise belonging to the

subset is removed from it); and (3) each member of S belongs to at least one such subset; and (4) p is necessary in the following stronger sense: q does not follow from any subset of S at all to which p does not belong (PECZENIK, 2008, p. 110)²¹.

O principal elemento na fundamentação da proposição questionada é a coerência. As razões utilizadas como bases para a interpretação devem ser com ela coerentes para que possam justificá-la: *“Aquí la coherencia tiene que ser entendida como un criterio para el apoyo: p es una buena razón para q si p y q son recíprocamente coherentes”* (AARNIO, 1991, p. 258).

A coerência, por sua vez, possui dois requisitos. Primeiro, os enunciados não podem ser contraditórios. Essa exigência se refere, além da contradição lógica, à contradição quanto às fontes do Direito (entendidas como razões que justificam a interpretação). Assim, uma mesma razão de decidir não pode ser simultaneamente utilizada a favor e contra um argumento, bem como não podem duas razões opostas serem usadas para fundamentar um mesmo argumento. Segundo, os enunciados devem ser reciprocamente condizentes. Para tanto, é necessário que as fontes do Direito sejam relevantes para a proposição que se quer justificar, isto é, que esta dependa delas e que elas promovam a credibilidade desta (AARNIO, 1991, p. 258-259).

Em síntese, caso um enunciado trazido ao discurso seja problematizado, o participante que o introduziu deverá fundamentá-lo apresentando as razões que o apoiam e que com ele devem ser coerentes, assim entendidas aquelas razões que não são contraditórias com o enunciado que fundamentam e que são relevantes e oferecem credibilidade à proposição questionada. O conceito de coerência, portanto, engloba o de consistência lógica.

Aleksander Peczenik (2008, p. 133-140) elenca diversos critérios para avaliar o grau de coerência de uma estrutura de apoio. Assim, a coerência será maior: quanto mais proposições forem apoiadas por outras proposições; quanto mais longa for a cadeia de argumentos; quanto mais proposições forem fortemente apoiadas por outras;

²¹ A proposição *p* apoia fortemente *q* se e somente se *p* pertence a um conjunto de premissas *S* com as seguintes propriedades: (1) todas as premissas são razoáveis; e (2) há pelo menos um subconjunto de *S* tal que (a) *q* decorre logicamente dele e (b) todos os elementos do subconjunto são necessários para inferir *q* desse subconjunto (isto é, *q* não decorre do subconjunto se qualquer uma de suas premissas for removida); e (3) cada membro de *S* pertence a pelo menos um subconjunto dessa natureza; e (4) *p* é necessário no seguinte sentido forte: *q* não decorre de um subconjunto de *S* do qual *p* não faz parte (tradução livre).

quanto mais conclusões (compatíveis entre si) forem apoiadas pela mesma premissa; quanto mais conjuntos de premissas apoiarem a mesma conclusão; quando as premissas contiverem princípios, quanto mais relações de prevalência entre os princípios forem formuladas; e quanto mais relações de apoio recíproco existirem entre as premissas.

Aulis Aarnio (2011, p.145), tomando como base os critérios trazidos por Aleksander Peczenik (2008, p. 133-140), formula os seguintes critérios para avaliar o grau de coerência: a extensão (vertical) das cadeias de argumentos (que corresponde à força dos argumentos); o número (extensão horizontal) de cadeias de argumento que apoiam a proposição (corresponde à credibilidade da proposição); a quantidade de *networking* das cadeias de argumento (por exemplo, o apoio em razões morais, sociais ou econômicas que reforçam o argumento; corresponde à durabilidade); a independência entre as cadeias de argumento (caso contrário, ter-se-ia uma única cadeia de argumentos); e a relevância dos argumentos.

A ideia de coerência, portanto, se encontra ligada à própria justificação externa e à cadeia de argumentos. Dessa forma, para que uma conclusão esteja justificada, é necessário que ela e o conjunto de razões que compõem a cadeia de argumentos formem um conjunto harmônico e coerente. A coerência é, portanto, um objetivo a ser alcançado, através das regras de racionalidade e da interpretação jurídica, para que se tenha aceitabilidade (AARNIO, 1991, p. 259-260).

Ademais, a inserção da coerência no âmbito da regra de apoio indica, como visto, que a racionalidade-S trabalhada por Peczenik se encontra, na teoria de Aarnio, inserida no conceito de racionalidade-D.

As regras de apoio se aproximam do que Robert Alexy (2013, p. 191) chama de “regra geral de fundamentação”: “(2) Todo falante deve, se lhe é pedido, fundamentar o que afirma, a não ser que possa dar razões que justifiquem negar uma fundamentação”.

2.4.1.6 As regras de carga de prova

Por fim, as regras da carga de prova podem ser divididas em dois grupos: regras procedimentais, que definem quem deve justificar os enunciados, e regras materiais, que dizem respeito ao conteúdo mesmo da justificação (AARNIO, 1991, p. 260).

As regras procedimentais da carga de prova estabelecem quando e quem deve justificar os enunciados. Primeiro, uma posição aceita no discurso ou utilizada como ponto de partida é tida como prevalecente e quem intentar enfrentá-la deve oferecer razões suficientes que justifiquem seu abandono ou alteração. Por outro lado, a depender das razões oferecidas, pode ser necessário que, em contra-argumento, a própria posição prevalecente tenha que ser justificada. Em segundo lugar, quem apresenta uma justificação de um enunciado só precisa apresentar razões de apoio adicionais se a justificação apresentada for questionada. Por fim, quem invoca um argumento não relevante para a justificação ou desprovido de força justificatória deve fundamentar os motivos pelos quais o fez (AARNIO, 1991, p. 260-261).

A ideia básica, comum às três regras apresentadas, é a de evitar justificações desnecessárias e irrelevantes. Assim, dispensa-se a justificação de uma noção prevalecente e a apresentação de razões adicionais quando as já apresentadas não são questionadas. Por outro lado, quem traz proposições desnecessárias tem o dever de não apenas fundamentá-las como também de explicitar o motivo de tê-las invocadas.

As regras materiais da carga de prova, por sua vez, exigem que quem deseja tratar de forma diferente situações similares, deve explicitar as razões que justificam o tratamento diferenciado. Ademais, exigem que quem não se utiliza dos *travaux préparatoires* e do posicionamento jurisprudencial a respeito do objeto do discurso apresente as razões para tanto (AARNIO, 1991, p. 261-262).

O que importa aqui é a exigência de justificação para o tratamento diferenciado de casos semelhantes, que se encontra intimamente ligada à regra de generalização e ao próprio expediente da analogia. No que toca à justificação do preterimento dos *travaux préparatoires* e de precedentes jurisprudenciais, é de se destacar que esses dois elementos, que serão a seguir analisados, são fontes do Direito às quais a teoria aarniana, inserida no contexto do ordenamento finlandês, atribui elevada importância como fontes debilmente vinculantes.

As regras da carga de prova se aproximam das regras sobre a carga de argumentação de Robert Alexy (2013, p. 193-195)²².

2.4.2 As regras da justificação jurídica

O adequado discurso justificatório deve seguir, além das regras gerais do discurso racional (as regras da racionalidade-D), regras específicas que regulam a justificação externa. Essas regras dizem respeito tanto às fontes do Direito (razões de decidir) quanto ao procedimento de interpretação em si. No que se segue, essas regras serão brevemente analisadas.

2.4.2.1 As fontes do Direito

O conceito de fonte do Direito trazido por Aulis Aarnio (1991, p.122) é distinto daquele comumente adotado na dogmática jurídica. Enquanto a noção de fonte do Direito (formal) usualmente se situa no contexto de descoberta, como *locus* do qual se extrai uma norma jurídica, o conceito trazido pelo autor finlandês se situa no contexto de justificação, pois definido como “*razones que son utilizadas para justificar una interpretación jurídica*”.

A diferença entre contexto de descoberta e contexto de justificação no que toca à interpretação jurídica é bem sinalizada por Manuel Atienza (2014, p. 5), para quem no contexto de descoberta se desenvolve o procedimento de escolha de determinada premissa ou conclusão, ao passo que no contexto de justificação há o procedimento de fundamentação das escolhas.

Noutras palavras, no contexto de descoberta o intérprete “descobre” (*rectius*, constrói), numa fonte do Direito (formal) em sentido usual, a teoria, a norma ou a

²² São elas: “(3.1) Quem pretende tratar uma pessoa A de maneira diferente de uma pessoa B está obrigado a fundamentá-lo”; “(3.2) Quem ataca uma proposição ou uma norma que não é objeto da discussão deve dar uma razão para isso”; “(3.3) Quem aduziu um argumento está obrigado a dar mais argumentos em caso de contra-argumentos”; e “(3.4) Quem introduz no discurso uma afirmação ou manifestação sobre suas opiniões, desejos ou necessidades que não se apresentem como argumento a uma manifestação anterior tem, se lhes for pedido, de fundamentar por que essa manifestação foi introduzida na afirmação”.

interpretação que aplica. Já no contexto de justificação, expõe as razões (fontes do Direito aarniano) que sustentam a descoberta feita.

Com base nessa ideia de fontes do Direito, Aulis Aarnio (1991, p. 123-133) elenca uma lista de fontes do Direito finlandês, a saber: textos legais, assim entendidas as leis provenientes dos parlamentos e atos normativos como decretos do Conselho de Estado finlandês; os *travaux préparatoires*, consistentes em elementos que evidenciem a vontade do legislador, como documentos emanados pelas comissões parlamentares, textos dos projetos de leis, as discussões entre os parlamentares, dentre outros; os costumes; os precedentes judiciais; princípios gerais do Direito e princípios morais; posições doutrinárias; e razões práticas, como argumentos consequencialistas e comparações entre interesses de lados opostos (e.g., empregado x empregador, Estado x indivíduo), as quais, ressalve-se, não podem servir de fundamento único da justificação.

As fontes listadas são classificadas por Aulis Aarnio em fortemente vinculantes (leis e costumes, estes por expressa determinação legal quando razoáveis e ausente lei específica), debilmente vinculantes (*travaux préparatoires* e precedentes judiciais) e fontes permitidas (todas as demais fontes do Direito, a exemplo dos princípios gerais e doutrina). A diferença no que toca à força da vinculação reside no fato de serem as fontes fortemente vinculantes obrigatórias, sob pena de responsabilização do julgador que deliberadamente as ignora, ao passo que as fontes debilmente vinculantes, embora não sejam obrigatórias, devem ter sua não utilização fundamentada. As demais fontes permitidas, por sua vez, não exigem do juiz um esforço argumentativo que justifique sua não utilização (AARNIO, 1991, p. 134-139).

É em relação às fontes debilmente vinculantes que se verifica a incidência da segunda regra material da carga de prova, que impõe a motivação do preterimento dos *travaux préparatoires* e dos precedentes judiciais.

Como o próprio autor finlandês deixa claro, o rol de fontes do Direito apresentado consiste num catálogo finlandês das fontes do Direito. Por outro lado, não é do escopo deste trabalho elaborar um catálogo brasileiro de fontes do Direito. Assim, a lista acima é aqui trazida como elemento básico para se discorrer sobre as diretrizes da interpretação jurídica.

2.4.2.2 As diretrizes da interpretação jurídica

As diretrizes da interpretação jurídica constituem a metodologia específica da justificação jurídica. Elas são divididas em duas categorias: as pautas que constituem as fontes do Direito (regras constitutivas) e as pautas que regulam o procedimento do discurso jurídico (regras reguladoras) (AARNIO, 1991, p. 141).

Essas diretrizes são categorizadas como princípios, tendo o autor finlandês se valido do conceito de princípios da teoria alexyana. Destarte, embora não haja uma obrigação jurídica de que sejam seguidas, devem ser respeitadas na medida ótima para que o discurso seja racional (AARNIO, 1991, p. 143).

Ademais, essas pautas não são suficientes para garantir que uma interpretação é a melhor ou que a justificação seja suficiente. A observância da força vinculante e da ordem de prioridade das fontes do Direito e das pautas de interpretação apenas garantem que a interpretação é juridicamente possível e relevante, além de racional (AARNIO, 1991, p. 237).

As regras constitutivas das fontes do Direito determinam uma ordem de preferência a ser seguida. Assim, com base no catálogo finlandês de fontes do Direito, Aulis Aarnio (1991, p.143-146) esclarece que, na comunidade jurídica finlandesa, a Lei tem prioridade sobre as demais fontes do Direito. Na ausência de lei e havendo costume razoável, tem ele prioridade sobre as outras fontes. Esgotadas as fontes fortemente vinculantes, a ordem de preferência segue com os *travaux préparatoires* e, em quarto lugar, os precedentes judiciais. Por fim, as fontes do Direito meramente permitidas ocupam um quinto lugar, havendo igual precedência entre elas.

Uma vez mais, analisar as diversas fontes do Direito e estabelecer uma ordem de preferência compatível com o ordenamento brasileiro foge ao objetivo deste trabalho. Aliás, qualquer que seja a lista de fontes do Direito adotada, desde que contemple variadas fontes, permanecem válidas as normas da racionalidade-D e as pautas reguladoras do procedimento do discurso jurídico.

Não apenas, para responder as questões levantadas por este trabalho, o foco deve estar nas pautas procedimentais do discurso jurídico. Assim sendo, as diretrizes atinentes às fontes do Direito podem, sem prejuízo, ser deixadas de lado, de forma

que as observações a respeito do procedimento de justificação irão se centrar nessas regras procedimentais.

Destarte, a respeito das regras que regulamentam o procedimento discursivo, Aulis Aarnio (1991, p. 146-153) formula o que chama de “*pautas del procedimiento de razonamiento*”, princípios interpretativos que regulam o procedimento discursivo da justificação jurídica. Destaque-se que as pautas apresentadas não constituem um rol taxativo.

Registre-se ainda, em apertada síntese e apenas a título comparativo, que Robert Alexy (2013, p. 229-278) elenca seis grupos de regras da justificação externa: os cânones de interpretação, que se referem aos tradicionais métodos da interpretação jurídica, a exemplo da interpretação gramatical, histórica, sistemática ou teleológica; a argumentação dogmática, fundada na doutrina; o uso de precedentes; a argumentação prática geral, que se refere ao recurso às regras do discurso prático geral; a argumentação empírica, baseada em enunciados sobre a realidade, *e.g.*, sobre fatos, ações, acontecimentos, estados de coisas; e por fim, as formas especiais de argumentos, técnicas argumentativas da prática jurídica, como o *argumentum a contrario*, o *argumentum a fortiori* e a analogia. Este último grupo é que se aproxima das pautas do procedimento de razoamento formuladas pelo autor finlandês.

2.4.2.2.1 As pautas da interpretação gramatical

As pautas da interpretação gramatical tratam da chamada “interpretação literal” de um texto normativo. São elas: a interpretação não deve ser feita de modo a inutilizar expressões, pois nenhum termo do texto carece de significado; uma mesma expressão usada em diferentes contextos deve ter o mesmo significado, salvo quando houver razões justificadas para a diferenciação semântica; não se deve atribuir a uma expressão um significado distinto do que ela usualmente possui na linguagem ordinária, salvo quando houver razões justificadas para fazê-lo; se a terminologia utilizada por uma lei difere do sentido usual na linguagem ordinária, o significado especial prevalece sobre o ordinário (AARNIO, 1991, p. 147).

A respeito da interpretação literal, alguns comentários mais específicos serão tecidos no capítulo seguinte, no tópico sobre interpretação e aplicação do Direito. De logo deve-se registrar, todavia, que, para a concepção adotada neste trabalho, os termos não possuem significados inerentes e independentes do sujeito que os interpreta. Significa dizer que a interpretação literal, neste contexto, não representa uma extração de significado definitivo, imutável ou elementar inerente à expressão interpretada, mas sim uma “extração” do sentido que o intérprete julga ser mais inerente, ou, melhor dizendo, uma atividade construtiva de significado em que o intérprete se guia pela intenção de desviar o mínimo possível daquilo que ele acredita ser o sentido mais “natural” do termo, com base nos usos comuns do termo nos jogos de linguagem e formas de vida das quais participa.

A distinção é importante porque, a partir dessa concepção, os sentidos literais atribuídos aos termos, como construções do próprio intérprete, também podem, com muito mais razão, ser problematizados nos termos das regras da racionalidade-D, bem como podem sofrer alterações em razão da própria fluidez linguística ou de mudanças na dinâmica social, em especial no que toca à ideia de “sentido usual na linguagem ordinária”.

Aliás, a própria utilização da ideia de sentido usual na linguagem ordinária indica esse caráter fluído da literalidade: o referencial de literalidade não é o termo em si, isolado linguisticamente, mas o termo em um contexto linguístico (jogos de linguagem), o qual é, por óbvio, social e culturalmente determinado (pelas formas de vida).

Por linguagem ordinária é de se entender o contexto linguístico não técnico-especializado, seja da ciência do Direito, seja de outras áreas do conhecimento. Não obstante, um mesmo termo pode assumir, na linguagem usual, diferentes sentidos e até sofrer variações em razão de diferenças culturais em uma mesma sociedade. Nesse caso, os participantes do discurso deverão escolher, racionalmente e de forma justificada, o sentido utilizado, caso venha a ser problematizado (*i.e.*, promover a justificação externa de um argumento de justificação externa).

2.4.2.2.2 A interpretação extensiva

A interpretação extensiva é definida por Aulis Aarnio (1991, p. 147-178) como a aplicação de uma lei a casos não alcançados pelo cerne de seus termos, sendo similar, portanto, à analogia. A diferenciação normalmente é feita compreendendo-se a analogia a partir de lacunas normativas ou de incerteza a respeito da aplicabilidade de uma norma ao caso, ao tempo que, na interpretação extensiva, diz-se que a norma é aplicada ao caso elasticendo-se os sentidos de seus termos.

Entretanto, na linha das considerações sobre sentidos literais tecidas acima, é de se observar que distinguir analogia de interpretação extensiva com base nas ideias de transposição de norma aplicável a outro caso e de extensão de sentido de norma aplicável ao caso esbarra na identificação dos limites do sentido: até que ponto a interpretação da norma dá por elasticimento semântico e a partir de que ponto dá-se por transposição? E mais, quando se considera que o próprio sentido literal de um termo é também construído pelo intérprete, não havendo limites objetivos da literalidade, tem-se como impossível distinguir os dois institutos aprioristicamente com base nesse critério. Toda essa discussão será melhor aprofundada em tópico próprio do capítulo seguinte.

2.4.2.2.3 A interpretação restritiva

A interpretação restritiva consiste na atribuição a um texto de significado mais limitado do que em uma interpretação literal. Ela pode se dar diretamente pela redução do alcance de um termo em relação ao que usualmente possui, ou pela introdução de novos elementos não contidos na acepção usual de um termo para compor-lhe cumulativamente o significado, o que, por sua vez, acaba por excluir as situações que não possuam também esses novos requisitos, reduzindo o alcance além dos limites da simples interpretação restritiva. A esse segundo tipo é atribuído o nome de interpretação redutora²³ (AARNIO, 1991, p.148).

²³ A interpretação redutora vai além da restritiva assim como, para Aulis Aarnio (1991, p. 147), a analogia vai além da interpretação extensiva. A respeito da inserção judicial e novos requisitos para delimitar o alcance de um texto legal (interpretação redutora), vale a pena citar a posição de Karl Larenz (1997, p. 555-557) que trata de redução teleológica como o acréscimo de uma restrição a uma regra tida como excessiva ampla, a fim de reduzir-lhe seu âmbito de aplicação de modo a melhor alcançar sua finalidade, contrapondo-a à analogia.

Uma vez mais são pertinentes as observações já feitas a respeito da literalidade dos significados: se os termos não possuem significados inerentes, nem sempre é possível delimitar quando determinada restrição efetivamente constitui interpretação restritiva e quando representa apenas construção de um significado literal.

Ressalve-se que isso não torna inútil a categorização de uma interpretação como restritiva (e também como extensiva). Ao contrário, essa qualificação permite racionalizar, categorizar e organizar os argumentos, sejam a favor, sejam contrários à interpretação feita.

2.4.2.2.4 O *argumentum a fortiori*

As formas do *argumentum a fortiori* são o *argumentum a maiore ad minus* e o *argumentum a minore ad maius*. O primeiro desenvolve um raciocínio do maior para o menor, ou do continente para o conteúdo: uma norma aplicável a um caso *A* é com ainda mais razão também aplicável a um caso *B*, que é menor ou está contido em *A*. Em sentido inverso, a segunda forma diz que se *A* é proibido, *B*, que é maior ou contém *A*, é, com ainda mais razão, proibido (AARNIO, 1991, p. 148).

Um exemplo de *argumentum a fortiori*, do tipo *argumentum a maiore ad minus*, é a frequentemente utilizada máxima “quem pode mais, pode menos”, no sentido, e.g. de que se a lei confere a uma autoridade determinado poder *X*, também confere o poder *Y*, cujas consequências são menores do que do poder *X*.

O *argumentum a fortiori* tem a implicação de ampliar o alcance da Lei, aplicando a uma norma prevista a um caso não regulado, por se entender que se encontra por ele abarcado por uma relação comparativa de mais ou menos ou de continência. Aproxima-se, então, da analogia, como observa Aulis Aarnio (1991, p. 148).

2.4.2.2.5 O princípio da analogia

O princípio da analogia tem como fundamento a comparação de semelhanças. Pode ser de duas espécies: a analogia de casos, que trata das semelhanças entre

decisões judiciais, e a analogia de normas, que se debruça sobre as semelhanças entre situações reguladas por duas ou mais normas legais. Ambas as espécies dependem do conhecimento acerca do princípio do raciocínio por analogia e da forma como pode ser usada a analogia (AARNIO, 1991, p. 149).

A analogia de casos deve buscar os elementos básicos do fato julgado, a partir dos quais é possível reconstruir o caso, separando aqueles relevantes dos insignificantes. São esses elementos básicos relevantes que devem ser comparados entre dois casos, em busca de semelhanças significativas para que sejam considerados análogos. Eles constituem uma chave de analogia, um conjunto dos elementos comparáveis e a significância de tais elementos (AARNIO, 1991, p. 148-149).

Significa dizer, o intérprete deve eleger uma chave de analogia, *i.e.*, quais são os elementos comparáveis e qual o peso ou valor de cada um na atividade comparativa.

Daí porque Aulis Aarnio (1991, p. 150-151) reconhece que a analogia é uma atividade valorativa:

Hemos dicho que dos casos pueden ser análogos sólo a través de una cierta clave. A su vez, la clave no es objetiva en el sentido de que no es algo que puede ser verificado a través de la observación. Por esta razón, no es posible verificar enunciados con respecto a la existencia de una relación de analogía simplemente a través de proposiciones fácticas. Una relación de analogía es (en parte) un asunto de valores. Los términos "significación" y "esencial" a los que se ha hecho referencia más arriba, demuestran gráfica-mente este grado de valores. Una persona puede considerar que la clave X es la adecuada, mientras que otra puede preferir la clave Y. Ninguna de las dos posee una medida objetivamente verificable del orden de preferencia de las claves. Por esta razón, al menos hasta un cierto punto, la analogía "depende del sujeto".

A analogia de normas opera de forma semelhante, também baseada no princípio da analogia. Ela se volta, porém, para a falta de certeza a respeito do conteúdo de uma lei, que se deseja interpretar. Caso a área de aplicação dessa lei seja análoga à área de aplicação de outra lei, a qual não apresenta ao intérprete dúvidas quando ao seu conteúdo, esta segunda lei pode ajudar a aclarar o significado da primeira (AARNIO, 1991, p. 151).

O que se percebe em ambos os casos é que o princípio da analogia não se refere unicamente à uma transposição de uma norma prevista para um caso a um segundo caso não regulado, mas se apresenta como uma forma de interpretação e

justificação sistemática baseada em semelhanças e concretizada através de uma estrutura especial.

Com efeito, mesmo ao tratar da analogia de normas o autor finlandês não se prende à ideia de ausência de lei; ao contrário, trata da presença de lei com conteúdo a ser interpretado através de um raciocínio sistemático-analógico: a interpretação dada a uma norma análoga auxilia na construção de sentido da norma a ser aplicada.

De qualquer forma, como Aulis Aarnio destaca (1991, p. 140), a aplicação da analogia exige que o intérprete não apenas conheça o raciocínio por analogia, mas também sua forma de aplicação.

Isto porque, como visto, o princípio da analogia, como descrito pelo autor finlandês, tem uma estrutura própria que exige a eleição de chaves de analogia, as quais dependem de uma valoração do intérprete. Destarte, enquanto a analogia é apresentada como uma pauta de interpretação, um meio para que se alcançar a justificação das decisões, ela própria se apresenta como um procedimento complexo, que exige eleição de premissas (chave de analogia) e um raciocínio (analógico) que parta delas para uma conclusão.

Por ser a analogia um argumento da justificação jurídica, também pode ela ser questionada conforme enunciam as regras da racionalidade-D (em especial, em razão das regras de apoio e da abertura material das regras de sinceridade). E, caso seja, também ela deve ser justificada (interna e externamente).

Ademais, a estrutura complexa própria da analogia reforça que ela também seja objeto de justificação. Afinal, embora a analogia seja uma forma de justificar a decisão, a fim de que tenha racionalidade, a eleição das premissas da analogia (a chave de analogia) ou o desenvolvimento do raciocínio analógico podem se dar de forma arbitrária e não justificada, retirando, assim, a racionalidade do procedimento analógico e, como consequência, contaminando a racionalidade do procedimento justificatório da decisão.

Por essas razões é que a aplicação da analogia deve também ser feita conforme um método e parâmetros que garanta uma justificação interna do raciocínio analógico e uma justificação externa das premissas da analogia, o que constitui o objeto deste trabalho.

2.4.2.2.6 O argumento a contrario

Por fim, a última pauta de interpretação jurídica trazida por Aulis Aarnio (1991, p. 151-152) é o argumento a *contrario*, que consiste na exclusão interpretativa dos casos de que a lei não trata explicitamente.

De certa forma, o argumento a *contrario* se contrapõe ao raciocínio analógico: se o intérprete entende que não há lacuna a ser preenchida, adota uma conclusão a *contrario*.

A semelhança é percebida por Aulis Aarnio (1991, p. 152), que formula os seguintes critérios de preferência entre a analogia e o argumento a *contrario*: o uso da analogia está mais justificado em relação a leis mais antigas, que não contemplam novas circunstâncias sociais surgidas após sua edição; a interpretação de normas processuais deve preferir a certeza jurídica, de modo que a analogia deve ser feita com maior cuidado; na interpretação de normas excepcionais, o uso da analogia também deve ser exceção. Em qualquer caso, não utilizada a analogia, a conclusão em contrário ocorre quase automaticamente.

Significa dizer, se uma norma que expressamente permite X não é analogicamente ampliada para permitir também Y, é de se entender, automaticamente, que Y não é permitido por aquela norma. A conclusão a *contrario* é, assim, um resultado natural da não utilização de expedientes ampliadores, como a analogia.

Também há estreita relação entre esta pauta da interpretação e as interpretações literal, restritiva e extensiva. Afinal, se ele visa excluir do alcance da norma todas as situações nela não expressamente previstas, é preciso, primeiro, delimitar quais são as situações previstas.

Ademais, o argumento a *contrario* não se confunde com a interpretação literal ou mesmo com a restritiva. Enquanto estas visam fixar limites semânticos manipulando os significados do texto, seja para fixá-lo o mais próximo possível da ideia de significado “inerente”, seja para limitar esse sentido “natural”, o argumento a *contrario* segue a lógica de que, uma vez fixados os alcances do texto, hipóteses nele não contempladas devem ser tidas como excluídas ou negadas.

3 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A ANALOGIA JURÍDICA

A analogia jurídica é um importante expediente do qual pode se valer o intérprete para justificar uma interpretação ou uma decisão jurídica, notadamente diante das chamadas lacunas do ordenamento jurídico.

O conceito de analogia jurídica é lógico-jurídico e esse expediente é utilizado em vários ordenamentos do mundo, sendo objeto, inclusive, de considerações por autores inseridos em diversos contextos culturais e jurídicos, o que pode ser facilmente observado, apenas para citar alguns exemplos, na própria obra do finlandês Aulis Aarnio (1991), que tem como amparo a cultura jurídica nórdica, e na obra de Neil Maccormick (2009), que fala em analogia no contexto do Direito escocês.

Também no Direito brasileiro, a analogia aparece como expediente utilizado na prática judiciária e como objeto de estudo de diversos autores, tendo sido, inclusive, positivado como forma de aplicação do Direito em alguns diplomas normativos, a exemplo da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro²⁴, o Código Tributário Nacional²⁵, o Código de Processo Penal²⁶ e a Consolidação das Leis do Trabalho²⁷.

O presente capítulo tem como escopo tecer algumas considerações gerais sobre a analogia, abarcando sua conceituação, estrutura argumentativa, pressupostos e algumas distinções importantes. Essas observações servirão de base para, ao final deste trabalho, construir-se a uma metodologia argumentativa do uso da analogia, a

²⁴ Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

²⁵ Art. 108. Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada:

I - a analogia;

II - os princípios gerais de direito tributário;

III - os princípios gerais de direito público;

IV - a eqüidade.

§ 1º O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei

²⁶ Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

²⁷ Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por eqüidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

partir, também, da teoria da argumentação jurídica de Aulis Aarnio, já trabalhada no capítulo anterior.

3.1 INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO

Antes de se adentrar em noções que dizem respeito à analogia, é imperioso trazer algumas palavras a respeito da atividade de interpretação e aplicação do Direito, de modo a lançar algumas bases teóricas e conceituais que condicionam o restante da análise desenvolvida neste trabalho.

3.1.1 Interpretação, aplicação e subsunção

Historicamente, a aplicação do Direito foi vista, por muito tempo, unicamente através da subsunção qual o juiz limitava-se a verificar se a situação fática concretamente analisada se amoldava à previsão abstrata e hipotética constante da norma jurídica, para que, caso confirmada a conformidade, fossem operados os efeitos nela previstos.

Essa concepção, que não mais se sustenta, foi substituída pelo reconhecimento do papel interpretativo do aplicador do Direito, que não fica limitado a verificar a coincidência entre norma e fato e determinar a produção de efeitos, revelando o conteúdo da lei, mas desempenha função ativa na construção de sentidos e na busca e criação de soluções.

Vale esclarecer, no entanto, que a superação da lógica exclusivamente subsuntiva não significa um abandono do raciocínio lógico-dedutivo. Aliás, como visto, no procedimento do discurso jurídico, a justificação interna se ocupa de um raciocínio essencialmente dedutivo.

Rejeitando a ideia da aplicação diretamente subsuntiva da norma ao fato, Karl Larenz (1997, p. 293-294) considera que a correspondência perfeita entre a norma e o fato levado à decisão é meramente aparente, porquanto, para que fosse real, exigiria que a norma estivesse minuciosamente determinada, o que é contrário à

própria pretensão²⁸ de generalidade e abstração, e que o fato fosse suficientemente simples para se amoldar precisamente à situação hipoteticamente prevista, o que se mostra incompatível com a complexidade dos fenômenos sociais regulados pelo Direito.

No mesmo sentido, Aulis Aarnio (1991, p. 44) critica o modelo subsuntivo tradicional que separa a tomada de decisão em 3 momentos: fixação dos fatos, interpretação da norma e operação de subsunção. Este modelo peca, primeiro, porque o procedimento justificatório não é uma sequência de etapas sucessivas; ao contrário, é composto de diversas operações mentais interconectadas. Em segundo lugar, não há como separar os fatos das normas, pois estas condicionam a percepção que o intérprete tem dos fatos (ao mesmo tempo em que estes direcionam a interpretação das normas, pois fatos não são apreciados em um vácuo normativo assim como normas não são apreciadas em um vácuo fático). A subsunção, assim, pode representar, no máximo, uma forma de racionalização posterior da decisão durante a justificação interna.

Embora a subsunção seja útil na aplicação do Direito, não é ela capaz de, exclusivamente, oferecer a solução a um caso, uma vez que, no Direito, não se subsomem fatos restritos a normas extensas, mas sim se opera com relações entre enunciados sobre fatos e proposições jurídicas, cuja fixação foge à lógica subsuntiva (LARENZ, 1997, p. 380-389).

Destarte, não é possível simplesmente realizar uma operação subsuntiva entre norma e fato, uma vez que ambos, por serem expressados através da linguagem, precisam ser apreendidos pelo aplicador do Direito e organizados em enunciados linguísticos através de procedimento interpretativo. A interpretação é, portanto, fundamental e necessária à aplicação do Direito, com ela formando um único ato.

Não se pode, por essa razão, falar em aplicação sem interpretação. Nas palavras de Eros Roberto Grau (2009, p. 92), “A separação em duas etapas – de interpretação e aplicação – decorre da equivocada concepção da primeira como mera operação de subsunção”.

²⁸ Essa pretensão seria contraditória, pois, se fosse possível e efetivada, terminaria por esvaziar a distinção entre o geral e abstrato e o individual e concreto, tornando o ordenamento jurídico um sistema de soluções supostamente prontas *a priori* para todas as possíveis composições fáticas.

Admitir uma dissociação entre interpretação e aplicação implicaria aceitar que esta poderia ser feita sem ou posteriormente àquela, como se fossem duas técnicas distintas que operassem efeitos sobre objetos e em momentos diferentes.

Entretanto, a interpretação deve ser compreendida como a forma pela qual o leitor interage com o texto e compreende o que nele está escrito, conferindo sentidos aos símbolos linguísticos²⁹. Mesmo a norma construída a partir do texto, nessa ótica, também é objeto de interpretação, tendo em vista que ela também se expressa através de signos linguísticos. Não há, por essa razão, como trabalhar com linguagem sem interpretar e, por conseguinte, como separar³⁰ interpretação de aplicação.

3.1.2 A interpretação como atividade de construção semântica desenvolvida pelo intérprete

A interpretação não pode ser dissociada da aplicação ou de qualquer outra operação que envolva a linguagem. Mesmo a aplicação literal da norma jurídica demanda interpretação, pois a própria identificação do sentido literal decorre de uma participação construtiva de significado por parte do julgador (e.g., ao definir que

²⁹ De acordo com Aurora de Carvalho (2009, p. 27-32), o mundo físico não existe em si, anteriormente à linguagem, mas apenas na linguagem. O ser humano não apreende o mundo, mas sim uma interpretação sobre ele, dentro de um discurso e de uma linguagem. Nas palavras da referida autora, “a realidade não passa de uma interpretação” e “as coisas não precedem à linguagem, pois só se tornam reais para o homem depois de terem sido, por ele, interpretadas” (CARVALHO, 2009, p. 28-29). Por essa razão, interpretar é não apenas construir sentido, mas também, ainda que de forma indireta, uma forma de compreender o mundo.

³⁰ Em sentido contrário, há quem entenda pela separação entre interpretação e aplicação. Por exemplo, Riccardo Guastini (1999, p. 10) defende que interpretação jurídica e aplicação possuem objetos diferentes – aquela se debruça sobre o texto e esta sobre o conteúdo normativo interpretado do texto. Essa posição aparenta considerar que a norma é extraída do texto e dele se separa por completo, esbarrando no fato de que a norma, para ser aplicada, deve ser comunicada, e norma comunicada também é texto, porquanto é expressa através da linguagem, e, por isso, também carece de interpretação. Adotando-se a concepção do construtivismo lógico-semântico, pode-se distinguir o texto, como suporte físico do significado (assim entendido não apenas o texto escrito, mas também o verbal), da norma, vista como “significações construídas na mente daquele que interpreta seus enunciados prescritivos” (CARVALHO, 2009, p. 141). Em outras palavras a norma jurídica é construída “como juízo, na forma de significação, na mente daquele que se propõe a interpretar seu substrato material” (CARVALHO, 2009, p. 174). Assim, por um lado, norma e texto não se confundem; por outro, a norma, para cumprir seu papel prescritivo, precisa ser comunicada ao auditório (isto é, não pode permanecer apenas como significação na mente do intérprete), o que se dá, novamente, através de sua expressão em um texto (que também será interpretado).

determinada conduta não se encaixa na literalidade de um conceito, como o de improbidade, o julgador delimita o alcance da literalidade, influenciando, dessa forma, no significado).

Isso ocorre porque os signos linguísticos utilizados na comunicação humana não possuem significados próprios e inerentes. Ao contrário, o conteúdo semântico dos signos linguísticos depende de quem os interpreta e do contexto em que são eles utilizados, pelo que esse conteúdo é construído pelo intérprete.

Riccardo Guastini (1999, p. 3-8) distingue um conceito restrito de interpretação, segundo o qual interpretar é aclarar sentidos em casos de dúvidas e obscuridades, de um conceito amplo, em que interpretar é construir sentido, de modo que todo texto, por mais claro que aparente ser, exige interpretação.

De modo contrario, quien adopta el segundo concepto de interpretación comúnmente quiere poner en evidencia que atribuir un significado a un texto siempre requiere de valoraciones, elecciones y decisiones. En ningún caso la interpretación, así entendida, puede ser representada como una actividad cognoscitiva. Y esto por la buena razón de que no existe algo así como el "significado propio" de las palabras: las palabras tienen sólo el significado que les viene atribuido por quien las utiliza o por quien las interpreta (GUASTINI, 1999, p. 7).

A ideia da construção de sentido pode ser mais bem visualizada quando se pensa em conceitos jurídicos indeterminados. Diante da carga de indeterminação do conceito, diz-se que o intérprete deve "concretizá-lo", isto é, preencher sua dimensão semântica com sentido (o que nada mais é senão interpretá-lo). Não obstante, essa necessidade construtiva não é exclusiva dos conceitos jurídicos indeterminados, mas sim está presente em todo o texto normativo. Não existem, assim, termos completamente determinados, mas tão somente mais ou menos (in)determinados; a distinção é meramente uma questão de grau da indeterminação.

Destarte, se as palavras não possuem significados inerentes, sua semântica não pode ser extraída delas, mas sim construída a partir delas. O simples fato de ler o texto já implica interpretação na medida em que o seu conteúdo semântico depende, em algum grau, do próprio leitor.

Aurora de Carvalho (2009, p. 172-173) bem explica que a ideia de interpretação como extração de sentido se funda na concepção de que a palavra apenas expressa um significado ontológico próprio das coisas, a ser desvendado pelo intérprete,

pensamento este que foi superado pelo giro linguístico, dando lugar à acepção ora adotada, de interpretação como atividade construtiva.

O sentido não está mais escondido no texto (aqui considerado em acepção estrita), como algo a ser descoberto pelo intérprete. Não há um sentido próprio (verdadeiro) para cada palavra, expressão ou frase. Ele é construído por meio de um ato de valoração do intérprete (CARVALHO, 2009, p. 173).

Assim é que dois intérpretes podem chegar a resultados divergentes ao interpretar, ainda que literalmente, sem que haja uma única interpretação verdadeira ou necessariamente correta. Em vez de revelar um sentido inerente aos termos, a interpretação representa a construção do sentido que o intérprete atribuirá ao termo.

Nestes termos, e seguindo as premissas adotadas neste trabalho, interpretar não é extrair da frase ou sentença tudo que ela contém, mesmo porque ela nada contém. A significação não está atrelada ao signo (suporte físico) como algo inerente a sua natureza, ela é atribuída pelo intérprete e condicionada as suas tradições culturais. Uma prova disso está na divergência de sentidos interpretados do mesmo texto. Se cada palavra (enquanto marca de tinta presente num papel, ou onda sonora) contivesse uma significação própria e o trabalho do intérprete se restringisse em encontrar tal significação, todos os sentidos seriam unívocos, ou pelo menos tenderiam à unicidade. Isto não ocorre justamente porque o sentido não está no texto, está no intérprete e, desta forma condiciona-se aos seus referenciais linguísticos (CARVALHO, 2009, p. 173).

O que se tem, portanto, é que a atividade interpretativa, precisamente por envolver a linguagem, não pode ser dissociada do intérprete. Primeiro, porque o ato de interpretar é a forma própria de converter os signos linguísticos em noções inteligíveis pelo ser humano; o simples ato de ler um texto já importa, de forma automática e inconsciente, interpretação. Segundo, porque é próprio da linguagem que os sentidos não sejam inerentes, uma vez que a linguagem e as palavras não existem em si e para si, mas surgem a partir da interação do ser humano com o mundo que ele percebe e que a linguagem descreve (a linguagem, como ferramenta humana, não descreve o mundo tal como ele é, mas sim tal como é percebido)³¹. Remete-se, assim, às ideias de jogos de linguagem e formas de vida da filosofia wittgensteiniana.

A interpretação jurídica é também formulada e comunicada através do fenômeno linguístico. Daí porque Aulis Aarnio (1991, p. 289-290) afirma que a interpretação é

³¹ Nas palavras de Aurora de Carvalho (2009, p. 28): “Não captamos a realidade, tal qual ela é, por meio da experiência sensorial (visão, tato, audição, paladar e olfato), mas a construímos atribuindo significado aos elementos sensoriais que se nos apresentam. O real é, assim, uma construção de sentido e como toda e qualquer construção de sentido dá-se num universo linguístico. É neste contexto que trabalhamos com a afirmação segundo a qual a linguagem cria ou constrói a realidade.”.

também uma questão linguística e pode ser entendida como o resultado da interação dos diversos jogos de linguagem próprios do Direito. Tanto é assim que ele trabalha a interpretação através de enunciados interpretativos e pontos de vista interpretativos, *i.e.*, proposições linguísticas que afirmam algo sobre a interpretação de determinado texto jurídico (AARNIO, 1991; 2011).

Não significa, entretanto, que qualquer interpretação seja boa ou aceitável. Embora não haja uma única interpretação correta, podem haver interpretações melhores, obtidas de forma racional e justificada a partir de boas razões que as sustentem, submetidas a um procedimento discursivo. Aliás, as interpretações são limitadas pelos próprios jogos de linguagem do Direito e pelas formas de vida a ele subjacentes. A interpretação, portanto, não advém unicamente do intérprete, mas é também produto do texto e do contexto.

Nessa perspectiva, as expressões linguísticas possuem significados construídos e utilizados na linguagem ordinária e também na linguagem própria do Direito. Embora tais significados não possam exaurir o conteúdo semântico de uma expressão ou ser tidos como definitivos, eles proporcionam ao intérprete um ponto de partida, de modo que a interpretação não tem início num nada sem qualquer respaldo semântico e pragmático.

Por essas razões, é possível falar em sentidos semântico, legal e contextualmente (pragmaticamente) possíveis, assim entendidos aqueles que, respectivamente, podem ser construídos, através de um procedimento discursivo racional, a partir do uso comum da linguagem, do ordenamento jurídico e do correto uso das fontes do direito (*i.e.*, das razões que justificam uma decisão, através das diretrizes do discurso e da justificação) (AARNIO, 2011, p. 132).

E mais, a interpretação é de tal forma construtiva que não apenas o sujeito, mas também os fatos influenciam na atribuição de sentido. Isto porque o texto não é interpretado em um vácuo ontológico, mas sim a partir de um evento social concreto que é posto à decisão e que direciona e delimita o processo interpretativo (tanto quanto a norma condiciona a análise e valoração do fato).

Significa dizer que há uma espécie de vinculação recíproca entre norma e fato, um círculo em que o fato influencia a construção da norma e esta determina a valoração jurídica do fato para a construção de um sentido normativo.

Para saber quais são os elementos da situação de que decorrem certas consequências jurídicas, cumpre conhecer a regra aplicável, e, para saber qual a regra aplicável, cumpre já conhecer os elementos da situação. De fato, a mente do jurista funciona num movimento de vaivém, da situação para a regra e da regra para a situação [...] (PERELMAN, 2005, p. 544)³².

Todas essas razões reforçam a necessidade de que as interpretações sejam justificadas e controladas, a partir de um procedimento racional, a fim de garantir que sejam válidas e aceitáveis. Afinal, se aplicar o Direito fosse simplesmente revelar um significado inerente e depois subsumi-lo dedutivamente, bastaria verificar se o sentido interpretado corresponde aos termos contidos no texto e se a dedução foi logicamente válida. Não sendo assim a aplicação, a justificação racional se impõe como forma de conferir à sociedade um mecanismo de controle.

3.1.3 Interpretação e integração do Direito

Por fim, outro conceito que precisa ser brevemente abordado é o de integração do Direito, comumente entendido como atividade de desenvolvimento judicial do Direito, tal como descrito por Karl Larenz (1997, p. 519-524), diante das lacunas lógico-jurídicas.

De acordo com Miguel Reale (2002), integração se refere à atividade de preenchimento de lacunas quando não se encontra disposição expressa na lei, através de meios como a analogia, os costumes ou os princípios gerais do Direito.

Maria Helena Diniz (2000, p. 151-152), ao tratar da analogia jurídica, diz que ela não se encontra no âmbito da interpretação, mas sim no da integração, separando os dois conceitos.

Em sentido contrário, Paulo Carvalho (2012) enfrenta a relação entre interpretação e integração e conclui que esta faz parte do processo interpretativo, pois, se fosse uma atividade distinta da interpretação e possível de ser realizada apenas quando houvesse lacuna, ter-se-ia que, diante da lacuna, não seria possível interpretar, mas apenas integrar.

Karl Larenz (1997, p. 521), por sua vez, entende que a interpretação também é uma forma de desenvolvimento judicial do Direito, que pode se estender a ponto de se

³² No mesmo sentido é a já exposta posição de Aulis Aarnio (1991, p. 44).

tornar integradora sem que isto a descaracterize como interpretação, mormente porque os mesmos critérios que guiam a interpretação (*e.g.*, intenção do legislador, critério teleológico) são utilizados na integração de lacunas.

A separação entre interpretação e aplicação decorre da equivocada distinção entre interpretação e aplicação, como se fosse possível aplicar (ou integrar) Direito de forma não interpretativa ou primeiro interpretar e posteriormente aplicar (ou integrar).

Aliás, como já foi dito, a interpretação não é uma mera forma de revelar significados ou uma técnica de uso opcional disponível para o jurista, mas é o meio próprio de interação entre o intérprete e o texto, através do qual os signos linguísticos ganham sentido e são compreendidos, de modo que mesmo as normas comunicadas, como expressões linguísticas, devem ser interpretadas.

Ademais, conforme será visto, as próprias lacunas, que, pela visão tradicional, são preenchidas através do processo de integração do Direito, decorrem também da atividade interpretativa.

Não há, por esses motivos, como integrar o Direito, por qualquer meio de integração que seja utilizado, sem interpretá-lo, de forma concomitante e dinâmica. De fato, a assim chamada atividade de integração do Direito nada mais é do que uma atividade interpretativa, em que o intérprete constrói um sentido normativo a partir de elementos pertencentes ao ordenamento jurídico a fim de preencher aquilo que percebe (interpretativamente) como lacuna.

3.2 A APLICAÇÃO DO DIREITO E A COMPLETUDE DO ORDENAMENTO JURÍDICO: A QUESTÃO DAS LACUNAS

A correta compreensão da analogia perpassa, inicialmente, pela discussão sobre a completude sistêmica do ordenamento jurídico e a existência ou não de lacunas nesse sistema, isto é, de vácuos normativos, situações aparentemente desprovidas de qualquer norma aplicável, ponto que se revela bastante controvertido na doutrina.

3.2.1 A controvérsia a respeito da completude do ordenamento

Expõe Maria Helena Diniz (2000, p. 25) que “Todo sistema é uma reunião de objetos e seus atributos (que constituem seu repertório) relacionados entre si, conforme certas regras (estrutura do sistema) que variam de concepção a concepção”. Com base nessa noção, o ordenamento jurídico é também um sistema, formado por um conjunto de normas que se relacionam entre si de diversas formas, *e.g.*, por meio de relações de hierarquia ou de conflitos normativos.

Quando se fala em completude do sistema jurídico, pode-se tomar como objeto a estrutura do sistema (as regras que regem as relações entre elementos), ou seus próprios elementos. Sob a primeira perspectiva, um sistema jurídico tido como completo é aquele em que as normas da estrutura regulam todas as relações possíveis entre os elementos (tal como se dá a análise da completude em outros tipos de sistemas); sob a segunda, o sistema jurídico é completo se seus elementos (que são, em si, normas) regulam todas as situações sociais possíveis, justamente pela característica especial do sistema jurídico de ser um sistema normativo.

A partir dessa segunda noção de completude, Norberto Bobbio (1995, p. 115) explica que o ordenamento é completo “quando jamais se verifica o caso de que a ele não se podem demonstrar pertencentes nem uma certa norma [reguladora de comportamento] nem a norma contraditória”.

A questão da completude do sistema jurídico é um ponto de discordância entre diversos autores. Enquanto alguns defendem que o ordenamento jurídico é dotado de completude, pois apresenta normas que regulam todas as possíveis ocorrências sociais, outros sustentam carecer o ordenamento jurídico desse atributo, em razão da natural impossibilidade de se prever e regular todas as situações que podem surgir da complexa dinâmica social.

Afirma Hans Kelsen (1998, p. 171-172) que a ausência de norma que regule determinado caso é, em si, uma prescrição normativa. Assim é que o silêncio acerca da vedação de uma conduta implica em sua permissão, e não na existência de um vácuo a ser suprido pelo aplicador. Nessa perspectiva, a impossibilidade de aplicação de uma norma jurídica singular, pois inexistente, não obstará a aplicação do Direito.

O silêncio como permissão, todavia, não resolve o problema das lacunas. Se, por um lado, pode-se dizer que há uma norma geral exclusiva, que regula de forma oposta aquilo que está expressamente previsto, por outro, há uma norma geral inclusiva (uma norma de isonomia, como a própria regra de generalização do discurso racional), a qual determina que a situação não expressamente prevista seja regulada da mesma forma que um caso semelhante para o qual há norma particular. Não, há, porém, uma meta-norma que estabeleça quando o juiz deve utilizar a norma geral exclusiva e quando deve se valer da norma geral inclusiva³³, o que seria, por si só, uma lacuna (*i.e.*, uma meta-lacuna, ou uma lacuna do ponto de vista da estrutura do sistema) (BOBBIO, 1995, p. 136-139).

Em sentido contrário, Tercio Sampaio (2015, p. 181) conclui que o ordenamento não é dotado de completude, por ser o sistema normativo, como conjunto de prescrições deônticas de comportamentos humanos, suscetível de transformações constantes em consequência da vasta gama de situações possíveis de ocorrerem no universo dos fenômenos sociais.

Também de acordo com Maria Helena Diniz (2000, p. 83), uma vez que o ordenamento jurídico é um sistema dinâmico, para acompanhar o dinamismo e complexidade das relações sociais, deve ser aceita a existência de lacunas.

Para Alysson Mascaro (2013, p. 157), existem, de fato, situações que não são reguladas pela lei. Não obstante, a ciência do Direito presume a completude do sistema como pressuposto para a prática jurídica.

Miguel Reale (2002), por sua vez, entende que pode haver lacunas na lei, uma vez que não há como prever legalmente todas as circunstâncias com suas minúcias. Porém, o ordenamento jurídico, como sistema de normas, não pode ter lacunas, pois deve apresentar soluções para todos os casos fáticos. As lacunas estão na lei, não no Direito, que a ela não se restringe.

Pois bem, é certo que a lei não regula, nem teria como regular, de forma específica e detalhada, todos os acontecimentos sociais, mormente porque não formam eles um leque finito de eventos possíveis e bem definidos, mas são, em verdade, resultado de uma série de sujeitos, objetos, relações, ocorrências, características, dentre

³³ Em sentido semelhante, Hans Kelsen (1998, p. 248), ao registrar que *argumentum a contrario* e analogia “conduzem a resultados opostos e não há qualquer critério que permita saber quando deva ser empregado um e quando deva ser utilizado o outro”.

outros fatores (potencialmente infinitos) que, combinados (em combinações potencialmente infinitas), formam um todo complexo.

Não obstante, não parece correto o entendimento a respeito da incompletude do sistema jurídico, que, de fato, não se resume à lei. Ainda que os fenômenos sociais não estejam todos previstos no texto legal e sejam realmente complexos e dinâmicos, impondo ao Direito constante mutabilidade para melhor regular as diversas possibilidades sociais, tal fato não parece suficiente para conduzir, necessariamente, à noção de incompletude do ordenamento.

Com efeito, embora não se possa concordar que a não proibição como permissão seja sempre o fundamento da completude do ordenamento, assiste razão a Hans Kelsen (1998, p. 172) quando observa que a ausência de norma específica só é aceita como lacuna quando se considera indesejável o silêncio da lei, afastando-se, assim, a conclusão *a contrario*.

E, mesmo quando não há, propriamente, silêncio na lei, é possível que o jurista julgue ser insatisfatória a solução inicialmente interpretada como proposta pela lei e, dessa forma, entenda que há uma lacuna, isto é, que falta algo que deveria estar previsto para que houvesse previsão normativa satisfatória.

Karl Engisch (2001, p. 276-282), para quem lacunas são “incompletudes insatisfatórias no seio do todo jurídico”, chama essas lacunas de impróprias, pois a insatisfação é gerada por uma omissão voluntária do legislador. Essas omissões, percebidas como lacunas pelo juiz a partir “do ponto de vista de um futuro direito mais perfeito”, no entanto, não poderiam ser objeto de preenchimento, mas apenas poderiam motivar uma reforma legislativa.

Norberto Bobbio (1995, p. 140), de forma semelhante, as chama de lacunas ideológicas, pois não se referem a uma falta de norma, mas sim a uma falta de norma satisfatória ou justa. Elas são identificadas com as lacunas impróprias, decorrentes de uma comparação entre o direito vigente e um direito ideal. Todavia, ele defende que as lacunas ideológicas são excluídas do campo de atuação do jurista, aproximando-se da posição de Karl Engisch (2001, p. 282).

Entretanto, quando se aceita a atividade interpretativa tal como é compreendida neste trabalho, a distinção entre lacunas próprias e impróprias e o entendimento a

respeito da existência de lacunas no ordenamento em si não se compatibilizam com a perspectiva ora adotada acerca da interpretação.

3.2.2 A completude sistêmica do ordenamento jurídico: a existência de lacunas como falhas na apreensão interpretativa

Uma vez adotada a premissa de que os signos linguísticos não possuem sentidos inerentes, os textos e as próprias normas, quando comunicadas através da linguagem para que sejam aplicadas, dependem de interpretação para que possuam sentido, ou seja, a norma só se faz completa através da participação humana no processo de interpretação. Disso pode-se concluir que não existem normas aprioristicamente prontas e interpretadas para que sejam diretamente aplicadas aos fatos sociais.

Esclarece Aurora de Carvalho (2009) que normas gerais e abstratas não descrevem fatos determinados nem consequências concretas³⁴, mas sim classes de eventos e consequências nas quais se encaixam infinitas possibilidades, ao contrário das normas individuais e concretas, produzidas a partir da incidência das normas gerais e abstratas, que descrevem acontecimentos e consequências específicas aos fatos que regulam. A norma individual e concreta é o resultado da aplicação do direito, realizada por um operador competente, que deve atribuir sentido aos signos linguísticos do texto para construir uma norma geral e abstrata e, dela, construir³⁵, na linguagem jurídica, a norma individual e concreta que regula o caso.

O direito não dispõe de normas individuais e concretas para regular cada caso em específico. Dispõe de um aparato de normas gerais e abstratas, que não atuam diretamente sobre as condutas intersubjetivas, exatamente em decorrência da sua generalidade e abstração. O sistema pressupõe, por isso, que, a partir destas normas gerais e abstratas, sejam criadas outras regras (individuais e concretas) diretamente voltadas aos comportamentos

³⁴ No mesmo sentido é a já exposta posição de Karl Larenz (1997, p. 293-294).

³⁵ A dupla construção ocorre porque a norma também é comunicada em linguagem, de modo que ela carece de interpretação. Em um resumo extremamente breve da incidência tal como descrita por Aurora de Carvalho (2009), o operador, a partir do texto, constrói uma norma geral e abstrata (plano do dever-ser) que utiliza para verificar se os fatos ocorridos no plano do ser são contemplados pela classe de eventos descrita na norma geral e abstrata para, então, interpretar uma norma individual e concreta (também no plano do dever-ser), que regulará especificamente o caso julgado, constituindo direitos e deveres. A norma individual e concreta é expressa em um enunciado de linguagem jurídica dirigido ao caso, que o descreve e prevê os efeitos que efetivamente devem ocorrer.

dos indivíduos, para atuarem especificamente em cada caso, o que só ocorre com a aplicação do direito (CARVALHO, 2009, p. 324).

Ressalte-se que não significa ser a aplicação do Direito uma atividade de exceção, reduzida a subjetivismos pessoais, nem se nega a possibilidade de o Direito garantir segurança jurídica, porquanto a interpretação pode ser racionalmente controlada, através do procedimento discursivo de justificação, para que se verifique se de fato fora construída de acordo com o ordenamento, formal e materialmente. É justamente sob esse procedimento argumentativo de demonstração de conformidade que se debruça o presente trabalho.

E mais, como as normas gerais e abstratas não regulam fatos, mas apenas classes de fatos e possibilidades, não há que se exigir que para cada combinação possível (de potencialmente infinitas combinações) de aspectos fáticos que compõem um caso exista uma norma geral e abstrata. E, como o juiz pode (e tem o dever de) sempre, a partir das normas gerais e abstratas, construir uma norma individual e concreta para disciplinar o caso específico, em suas particularidades, o sistema sempre oferecerá uma solução. Não há, por conseguinte, lacuna normativa, seja no âmbito das normas gerais e abstratas, em que a ausência de regulamentação específica não pode ser tomada como lacuna, seja no âmbito das normas individuais e concretas, que sempre regulam especificamente um caso. Assim, a questão da completude se desloca da existência de norma aplicável para a existência de interpretação possível: o que torna o ordenamento jurídico completo é a possibilidade de o juiz oferecer uma norma individual e concreta para qualquer caso, com base no próprio ordenamento (CARVALHO, 2009, p. 365).

Desse modo, eventuais lacunas identificadas pelo intérprete não seriam, de fato, lacunas no ordenamento jurídico (isto é, impossibilidade de construção normativa), mas sim uma falta na interpretação do jurista, que não vislumbra, de imediato, uma construção normativa que pudesse regular satisfatoriamente determinado caso, parecendo-lhe, então, necessário recorrer a certos expedientes, como a analogia ou um argumento *a fortiori*, para construir uma norma. Não obstante, qualquer que seja o expediente utilizado, ele se reportará, em última análise, ao próprio ordenamento e terá sempre como base um texto normativo e a situação fática. Não há, portanto, diferença na essência ou natureza entre expedientes tidos como interpretativos (e.g.,

a interpretação literal) e integradores (tal como a analogia), mas apenas diferenças na percepção do intérprete e na forma da estrutura argumentativa.

Nota-se, assim, que a questão das lacunas não está relacionada à ausência de normas do direito positivo, mas a problemas de valoração, inerentes à interpretação dos textos jurídico-positivos. Há lacunas quando o intérprete não encontra uma significação que satisfaça seus anseios axiológicos com relação ao caso concreto. A solução, para isso, é buscar nova interpretação e outras fundamentações jurídicas. Neste sentido, o ordenamento é completo, tão completo que prescreve como solucionar os problemas de insatisfação interpretativa. (CARVALHO, 2009, p. 367).

A lacuna, nessa acepção, deixa de ser um problema de completude do ordenamento como sistema lógico-jurídico e se torna uma questão de completude valorativa da interpretação do aplicador do Direito. Toda lacuna é, portanto, valorativa (imprópria ou ideológica), sendo essa a acepção do termo “lacuna” que é adotada neste trabalho.

Significa dizer, o intérprete considera que há lacuna quando entende que uma solução obtida, por exemplo, por um *argumentum a contrario* seria injusta ou inadequada à luz do ordenamento jurídico, o que o leva a utilizar um expediente de integração de lacuna.

Assim, deparando-se o aplicador com uma norma cujo significado construído entende (justificadamente) não ser satisfatório para a se chegar à melhor solução para o caso que analisa, esbarra ele em uma lacuna criada por sua interpretação, devendo encontrar, no próprio ordenamento, o qual serve de fonte e fornece os meios para que o intérprete preencha a lacuna, outra forma de construir um significado que lhe satisfaça. O sistema é completo de um ponto de vista lógico-jurídico portanto (CARVALHO, 2009, p. 599).

Com efeito, entendimentos diversos não poderiam se sustentar logicamente. Se o substrato interpretativo para o preenchimento da lacuna é fornecido pelo próprio sistema e a ele pertence, então não há, em última análise, lacuna. A norma concreta a ser aplicada deverá, de qualquer modo, ser construída através da interpretação do ordenamento.

Mais, se a aplicação do Direito envolve a criação de normas individuais e concretas a partir de normas gerais e abstratas de forma que aquelas se amoldem às classes e

possibilidades³⁶ previstas nestas, uma norma individual e concreta construída a partir de um expediente tido como de integração (tal como a analogia) não é diferente de uma norma individual e concreta construída a partir de outros meios interpretativos.

Significa dizer que a norma resultante do expediente integrativo se amolda à norma geral e abstrata tanto quando uma norma produzida por outros expedientes (*i.e.*, já se encontra contemplada pela classe hipotética e pelas possibilidades da norma geral e abstrata). A integração, assim, não torna aplicável uma norma anteriormente não aplicável, mas sim justifica a construção de uma norma individual e concreta.

3.3 O ARGUMENTO POR ANALOGIA E A ANALOGIA JURÍDICA

A exposição até aqui trazida a respeito da interpretação do Direito já evidenciou que a analogia jurídica é um expediente de justificação associado ao preenchimento das lacunas.

Cabe, então, analisar o expediente da analogia jurídica e o argumento por analogia em si, com suas características determinantes, forma de utilização e distinções em relação a institutos semelhantes.

3.3.1 Elementos principais do conceito de analogia jurídica

O expediente da analogia jurídica, como forma de justificação, consiste em um argumento analógico, que tem como elemento central uma valoração de similitude entre duas ou mais situações, a fim de que o caso posto à apreciação do intérprete seja tratado da mesma maneira que os casos semelhantes.

Essa breve noção acerca da analogia jurídica já evidencia a necessidade de, antes de adentrar nos detalhes do expediente, abordar o argumento por analogia, que se

³⁶ Embora haja quem fale em catálogos de normas e escolhas pelo intérprete, como o próprio Aulis Aarnio (2011, p. 132), a menção a possibilidades neste trabalho não deve ser entendida como a existência de um catálogo de normas à disposição do juiz para que apenas escolha uma delas, porquanto essa concepção traz consigo a ideia da existência de normas prontas e pré-interpretadas. Assim, as possibilidades se referem às construções em potencial, racional e razoavelmente possíveis.

encontra em seu núcleo, notadamente a inferência por analogia e sua estrutura argumentativa mínima.

3.3.1.1 A inferência por analogia

A analogia é normalmente vista como uma forma especial de argumento por indução. Goffredo Telles (2014, p. 252-256) afirma que a argumentação indutiva divide-se em argumentação indutiva estrita, a qual apresenta um raciocínio que parte de elementos do particular para atribuí-los ao geral, e argumentação indutiva por analogia, que passa de um particular para outro particular que, com o primeiro, guarda relação de semelhança. Conclui que a analogia, nesse contexto, é uma argumentação indutiva imperfeita, que poderia ser substituída por uma combinação de raciocínio indutivo estrito e raciocínio dedutivo, passando do particular ao geral por meio da indução e deste para o segundo particular por meio da dedução.

Alaôr Caffé (2011, p. 319-320) destaca que a analogia é também forma de indução, desenvolvida através do raciocínio de que causas semelhantes produzem efeitos semelhantes.

Tanto Goffredo Telles (2014, p. 256-257) quanto Alaôr Caffé (2011, p. 321) dividem, ainda, a analogia em três formas: *argumentum a pari*, em que a conclusão decorre da mesma razão que justifica o caso semelhante, *argumentum a fortiori*, em que a conclusão decorre por força de uma razão maior do que a justifica o caso semelhante, e *argumentum a contrario*, em que a conclusão se dá por força de uma razão contrária à que justifica o caso semelhante³⁷.

A distinção entre argumentos dedutivos e indutivos como raciocínios respectivamente do geral ao particular e do particular ao geral, todavia, não é uníssona na literatura.

Embora, em regra, a argumentação dedutiva se opere através de um raciocínio do geral para o particular, e a indutiva do particular para o geral, estas características não são inerentes a tais tipos de argumentos, sendo possível desenvolver

³⁷ A diferença entre esses três tipos de argumento já foi anteriormente analisada neste trabalho. Cumpre destacar que o uso do termo “analogia” será aqui utilizado para se referir ao *argumentum a pari*, que pode ser entendido como um argumento por analogia em sentido estrito.

argumentos dedutivos do particular para o geral e indutivos do geral para o particular³⁸. A distinção entre dedução e indução, em verdade, se dá pela forma de avaliação da inferência: na dedução, a inferência pode ser válida ou inválida; na indução, há uma gradação que pode variar de fraca a forte (SINNOTT-ARMSTRONG e FOGELIN, 2015, p. 182).

Segundo David Kelley (2014, p. 82-86), enquanto um argumento dedutivo pode ser válido ou inválido, um argumento indutivo, por levar a conclusões apenas prováveis ou possíveis, não pode ser qualificado com válido ou inválido. Em verdade, a indução é avaliada por sua força, que varia em graus entre fraca e forte.

Para Patrick Hurley (2012, p. 33-37), a dedução é uma forma de inferência em que a conclusão necessariamente decorre das premissas, isto é, a conclusão necessariamente será verdadeira se as premissas também o forem. A indução, ao contrário, não apresenta uma relação de inferência necessária, mas sim de inferência provável, ou seja, é improvável que a conclusão seja falsa se as premissas forem verdadeiras. A analogia, por sua vez, seria uma forma de indução, ou seja, de inferência por probabilidade, fundada na existência de similitude entre duas coisas ou situações.

De acordo com Irving Copi e Carl Cohen (2013, p. 546), o argumento por analogia pode ser esquematizado na forma: “se *a*, *b*, *c* e *d*, possuem os atributos *P* e *Q*, e se *a*, *b* e *c* possuem também o atributo *R*, é provável que *d* também possua o atributo *R*.” Também para Patrick Hurley (2012, p. 509), a analogia apresenta a estrutura “se a entidade *A* tem os atributos *a*, *b*, *c* e *z*, e a entidade *B* possui os atributos *a*, *b* e *c*, é provável que a entidade *B* tenha também o atributo *z*.”.

Trudy Govier (2014, p. 88-93) destaca que essa distinção binária entre dedução e indução define o argumento indutivo simplesmente como não dedutivo. Assim, em sentido distinto, ela identifica ao menos quatro formas de relações possíveis entre as premissas e a conclusão de um argumento: implicância dedutiva, em que a verdade das premissas implica a verdade da conclusão; apoio condutivo, em que premissas convergem isoladamente para apoiar uma mesma conclusão; apoio indutivo, em que

³⁸ Patrick Hurley (2012, p. 39) fornece alguns exemplos que podem ser utilizados para ilustrar essas possibilidades: três, cinco e sete são números primos, logo, todos os números ímpares entre dois e oito são números primos (dedução do particular para o geral); todas as esmeraldas já encontradas são verdes, logo, a próxima esmeralda a ser encontrada será verde (indução do geral para o particular).

se parte de algo conhecido por experiência para inferir previsões de probabilidade sobre algo desconhecido; e analogia, através da qual se infere uma conclusão sobre algo a partir de sua comparação com outro elemento.

A analogia, nessa visão, deixa de ser apenas uma espécie de argumento indutivo e se torna um tipo próprio de inferência, isto é, de relação entre as premissas e a conclusão de um argumento. Por óbvio, essa mudança não significa que a inferência analógica possa ser avaliada como válida ou inválida. A colocação da analogia como forma autônoma de inferência se dá em razão da adoção de um conceito mais restrito de indução, que não se resume ao de não dedução. Não obstante, a avaliação de um argumento através da ideia de validade permanece como característica da dedução, enquanto as formas de inferência não dedutivas, inclusive a analogia, são avaliadas através de graus de força.

3.3.1.2 As formas e a estrutura mínima do argumento por analogia

Trudy Govier (2014, p. 327-335) identifica duas espécies de argumento por analogia. O primeiro argumenta pelo tratamento semelhante de dois casos que contenham similitudes relevantes, com base em uma ideia de consistência. O segundo argumenta que um elemento pode, provavelmente, ter determinado atributo porque um elemento análogo, mais bem conhecido, também o tem. O primeiro tipo é denominado de analogia *a priori*³⁹, pois pode ser feita tanto entre casos reais quanto entre um caso real e um caso análogo hipotético, ao passo que o segundo é chamado de analogia indutiva, pois utiliza atributos, empiricamente conhecidos, compartilhados por um elemento análogo real e pelo elemento em estudo, também real, para inferir que este também possui um atributo possuído por aquele. Esta segunda forma é aquela identificada por Irving Copi e Carl Cohen (2013, p. 546) e por Patrick Hurley (2012, p. 509).

³⁹ Trudy Govier (1989, p. 144) propõe a seguinte estrutura para o argumento por analogia *a priori*:

“A possui x, y, z;

B possui x, y, z;

A é W;

É em virtude de x, y, z, que A é W;

Logo, B é W.” (tradução livre).

Outros autores também fazem uma divisão entre tipos de analogia tal como a proposta por Trudy Govier (2014). Douglas Walton (2014) identifica na literatura duas estruturas argumentativas para o argumento por analogia. A primeira⁴⁰ procede, pelo menos, de uma premissa que afirma a semelhança entre dois casos para uma conclusão de que aquilo que vale em um caso deve também valer no outro. A segunda, por outro lado, não contém uma premissa que afirma a semelhança entre os elementos, mas sim premissas que identificam as características de cada elemento e uma conclusão segundo a qual, como algumas das características se repetem nos elementos comparados, algum atributo que só é conhecido no elemento análogo deve, provavelmente, também existir no elemento estudado. Para esta segunda, ele adota a estrutura descrita por Patrick Hurley (2012, p. 509).

Divisão semelhante é feita por Frans van Eemeren e Bart Garssen (2014), que denominam o primeiro modelo de analogia normativa (equivalente à analogia *a priori*) e o segundo de analogia descritiva (equivalente à analogia indutiva). A principal diferença se dá porque a analogia descritiva promove uma extrapolação de características de um objeto mais bem conhecido para um outro, o que não ocorre na analogia normativa.

Marcello Guarini (2004, p. 164) concorda em distinguir os argumentos analógicos entre aqueles que fazem previsões (analogias indutivas, que chama de preditivas) e aqueles que argumentam pelo tratamento similar a casos semelhantes (analogias *a priori*, que chama de classificatórias)⁴¹, embora discorde de Trudy Govier (2014) quanto a apenas estes poderem se valer de casos hipotéticos.

Feitas tais considerações, não há dúvidas que o tipo de analogia usado no direito é, em regra, pelo menos do ponto de vista do juiz, o argumento analógico normativo ou

⁴⁰ Douglas Walton (2014, p.24) propõe o seguinte esquema para essa estrutura argumentativa:

“Uma situação é descrita em C_1 ;

A é plausivelmente tida como uma conclusão aceitável no caso C_1 ;

O caso C_1 é similar ao caso C_2 ;

A é plausivelmente tida como uma conclusão aceitável no caso C_2 .” (tradução livre).

⁴¹ Marcello Guarini (2004, p. 161) propõe a seguinte estrutura para a analogia classificatória:

“a possui os atributos f_1, f_2, \dots, f_n ;

b possui os atributos f_1, f_2, \dots, f_n ;

a e b devem ser tratados ou classificados da mesma forma quanto ao aspecto f_{n+1} ” (tradução livre).

A utilização de f_{n+1} na conclusão se dá porque o argumento não é a favor de que os casos sejam tratados de forma semelhante no que toca a um dos pontos de similitude utilizados para promover a analogia, mas sim em relação a um aspecto distinto (GUARINI, 2004, p. 161).

a priori (a terminologia “normativo” será utilizada uma vez que tal argumento tem como conclusão uma prescrição deontica, e.g., “os casos devem ser tratados da mesma maneira”). A aplicação desse tipo de analogia ao Direito é evidente não apenas porque tem ela a função de prescrever que casos semelhantes sejam tratados de forma semelhante, mas também porque a analogia indutiva, ao contrário, tem a função de prever ou descrever uma característica desconhecida de um elemento a partir de semelhanças com um elemento mais conhecido que também tenha tal característica, objetivo que, ao menos em regra, não se verifica na analogia jurídica, em que não se objetiva identificar novos elementos provavelmente existentes no caso a ser julgado, que sequer pode ser considerado como menos conhecido, mas sim justificar a aplicação de uma norma jurídica.

Não obstante, as duas formas de analogia, embora possuam finalidades e estruturas argumentativas distintas, se aproximam na forma de avaliação de sua força (GOVIER, 2014, p. 334). Frans van Eemeren e Bart Garssen (2014, p. 50) ressaltam que a diferença reside não nos critérios, mas no procedimento dialético de avaliação do argumento.

Com efeito, Douglas Walton (2014, p. 38) sugere que os dois tipos de esquemas sejam utilizados, de forma que o segundo modelo sirva como uma forma de aprofundar a avaliação da força do argumento identificado pelo primeiro (analogia normativa) através de uma comparação de pesos entre as semelhanças e diferenças. Isto porque o modelo por ele proposto para a analogia normativa apresenta a relação de igualdade através de uma premissa do tipo “o caso C_1 é similar ao caso C_2 ”. Outros modelos, como o de Marcello Guarini (2004, p. 161), expressam a relação de semelhança através da identificação dos atributos relevantes, tal como é feito na analogia indutiva, aproximando ambas as estruturas, de modo que a ideia de pesos das semelhanças e diferenças pode ser neles melhor visualizada.

Quanto à estrutura argumentativa, o modelo proposto por Trudy Govier (1989, p. 144) para os argumentos *a priori* possui pequenos aspectos que precisam ser ajustados para a melhor adequação à argumentação jurídica, decorrentes da premissa “ A é W ” e da forma da conclusão, apresentada como “logo, B é W ”. O problema está no fato de o argumento adotar uma ideia de classificação ou inserção

(“é”) dos casos análogos em uma categoria (W), o que leva a conclusão a ser escrita como um enunciado sobre um fato (“ B é W ”) e não sobre um dever-ser.

A estrutura sugerida por Marcello Guarini (2004, p. 161-162) se mostra mais adequada nesse aspecto, embora não contenha uma premissa que estabeleça uma vinculação entre os fatores de semelhança e o tratamento dispensado. O próprio autor esclarece que o modelo proposto pode ser estendido, para os argumentos em que assim for necessário, com o acréscimo de duas premissas (“ a é X em virtude de f_1, f_2, \dots, f_n ; Logo, b é X ”) semelhantes às utilizadas no modelo de Trudy Govier (1989, p. 144), porém incorre no mesmo problema da estrutura por ela proposta.

Por essas razões, será adotada para o argumento analógico jurídico a estrutura de Marcello Guarini (2004, p. 161-162), com uma pequena adaptação, de modo que o modelo final pode ser assim expresso:

a possui os atributos $f_1, f_2 \dots f_n$;

b possui os atributos $f_1, f_2 \dots f_n$;

em virtude dos atributos $f_1, f_2 \dots f_n$, a recebe o tratamento T em relação ao aspecto f_{n+1} ;

Logo, a deve receber o tratamento T quanto a f_{n+1} .

A adaptação para que a estrutura aborde a ideia de “receber tratamento” não desvirtua a estrutura nuclear da analogia. Em verdade, trata-se de uma mudança para melhor adequá-la à linguagem jurídica e às possibilidades verificadas no Direito ao mesmo tempo em que garante sua aplicabilidade geral em outros campos. Assim, por exemplo, a ideia de “receber tratamento” pode englobar aspectos como “produzir efeito”, “sofrer consequência” ou até mesmo “ser classificado como”, preservando, portanto, o modelo original.

Ademais, a eleição de uma premissa explícita que vincula os atributos ao tratamento como um elemento essencial da estrutura argumentativa mínima, e não como uma possível premissa adicional em certos casos, se revela necessária para adequar o modelo aos usos do argumento por analogia no Direito⁴².

⁴² Destaque-se que esta premissa não torna o argumento dedutivo, pois não equivale a dizer que todo caso que contenha os atributos $f_1, f_2 \dots f_n$ recebe o tratamento T quanto a f_{n+1} . Afirmar uma regra universal a partir de tal premissa seria uma indução marcada pela falácia da generalização apressada (pois representaria uma generalização a partir de um único caso) e o argumento final não seria

Destaque-se que essa estrutura, bem como as demais estruturas argumentativas, não apresenta todo o conteúdo e procedimento da utilização de um argumento, mas tão somente esquematiza sua fórmula mínima, que o identifica como um argumento de tal tipo. A argumentação em si é mais ampla do que a simples estrutura mínima do argumento e envolve outras etapas, como a justificação das premissas.

Tem-se, então, que a analogia normativa aqui considerada é uma forma de argumento que, a partir de premissas que estabelecem, a um, pontos de semelhanças entre dois elementos ou situações *X* e *Y*, e, a dois, um tratamento dispensado ao análogo *X* relacionado a tais pontos de semelhanças, infere-se uma conclusão de que o elemento ou situação *Y* deve também ser tratado da mesma maneira que o análogo.

3.3.1.3 O expediente da analogia jurídica

No âmbito do Direito, o conceito de analogia normalmente envolve a ideia de transposição de uma norma prevista para um caso específico para um segundo caso, o qual não é regulado por norma específica (ou seja, existiria uma lacuna lógico-jurídica), mas que com o primeiro guarda alguma semelhança.

Assim, por exemplo, para Maria Helena Diniz (2000, p. 139-140), a analogia é uma forma de integração de lacunas que “consiste em aplicar, a um caso não regulado de modo direto e específico por uma norma jurídica, uma prescrição normativa prevista para uma hipótese distinta, mas semelhante ao caso não contemplado [...]”.

Também Tercio Sampaio (2015, p. 265) trata da analogia como um expediente pelo qual se aplica a norma prevista para um caso a outro, que não possui regulação, em razão de um juízo de semelhança. No mesmo sentido, Norberto Bobbio (1995, p. 151), para quem, através da analogia jurídica, a disciplina prevista para um caso regulamentado é aplicada para um outro não regulamentado, e Karl Larenz (1997, p. 541) que define a analogia jurídica como a aplicação, diante da ausência de regra na lei para o caso que se julga, de previsão estabelecida para outra situação fática, que

baseado em uma analogia, mas sim em uma dedução a partir de um enunciado geral possivelmente inadequado.

seja semelhante à primeira, a partir do fundamento de que as situações semelhantes devem ser tratadas de formas similares.

Esse conceito, todavia, há de ser adequado à acepção que ora se adota, segundo a qual não existem lacunas no Direito em si, e tampouco casos não regulados.

A analogia jurídica, assim, deve ser entendida como expediente de justificação⁴³ jurídica consistente em um argumento por analogia (normativa), tal como anteriormente definido, utilizado diante de uma lacuna (necessariamente interpretativa) decorrente da ausência de construção de sentido por outros meios de interpretação que satisfaça o intérprete.

Em um retorno à teoria de Aulis Aarnio (1991), a analogia jurídica é inserida no rol de diretrizes da interpretação, isto é, métodos de utilização das fontes do Direito para se obter a interpretação.

Há que se fazer uma ligeira distinção entre o expediente da analogia jurídica como técnica utilizada na justificação de uma interpretação ou decisão por meio do expediente da analogia jurídica, utilizado diante de lacuna, de outros usos da analogia.

Destarte, o argumento por analogia se mostra presente no Direito não apenas no expediente da analogia jurídica, mas também na justificação por precedentes. A aplicação de outra decisão judicial ao caso a ser julgado se dá inequivocamente por meio de um argumento por analogia, que estabelece as semelhanças essenciais entre os dois casos e prescreve que, por essa razão, o novo caso deve ser julgado tal como fora o anterior. Não obstante o uso do argumento analógico, não necessariamente há lacuna a ser preenchida na justificação por meio de precedentes.

Não apenas, o argumento por analogia também pode aparecer na meta-justificação de outros argumentos ou expedientes de justificação, sem que haja lacuna a ser preenchida. Frans Van Eemeren e Bart Garssen (2014, p. 53) bem observam que o argumento por analogia pode aparecer no discurso para apoiar outros tipos de argumento assim como pode ser defendido por outros argumentos.

⁴³ A analogia é também uma forma de raciocínio heurístico comparativo útil na busca de soluções e no aprendizado. A utilização heurística da analogia, no entanto, se insere no contexto da descoberta. Este trabalho se debruça apenas sobre a analogia tal como é utilizada no contexto de justificação, como forma de argumento apto a justificar uma interpretação jurídica.

A diferenciação é relevante também porquanto existem contextos em que a analogia jurídica é vedada, tal como a analogia *in malam partem* no Direito Penal. Por óbvio, a proibição de analogia se refere ao expediente da analogia jurídica e a outras razões de decidir analógicas, como os precedentes, quando usadas para o preenchimento de lacunas. Caso a proibição atingisse outros usos do argumento por analogia, quando não estão relacionados com a existência de lacunas, precedentes poderiam ser invocados em desfavor do réu ainda que não fossem utilizados para colmatar lacunas.

O presente trabalho adota como objeto o argumento por analogia como forma de preenchimento de lacunas. Não obstante, a maioria das considerações que serão feitas terão como base a estrutura mínima do argumento e poderão ser aplicadas à analogia na utilização de precedentes e para apoiar outros argumentos, ressalvados aspectos específicos, tais como questões atinentes às lacunas.

Isso exposto, do conceito de analogia jurídica podem ser retirados os seus requisitos. Para Maria Helena Diniz (2000, p. 160-161) são eles três pressupostos: inexistência de regulação normativa ao caso a ser julgado (existência de lacunas); relação de semelhança entre o caso não previsto na norma e o caso análogo; essencialidade do elemento de semelhança.

A existência de lacunas já foi amplamente abordada em tópico próprio, bastando lembrar que serão sempre interpretativas. A existência de semelhança, por sua vez, constitui o núcleo do argumento por analogia e é estabelecida através das premissas que elencam os elementos similares de cada elemento ou caso.

O terceiro requisito exige que os atributos de semelhança sejam relevantes para o tratamento consistente, significa dizer, o tratamento dispensado ao caso análogo deve ter fundamento em pelo menos algum dos elementos de semelhança. É o que expressa a premissa “em virtude dos atributos f_1, f_2, \dots, f_n , a recebe o tratamento T quanto ao aspecto f_{n+1} ,” do esquema do argumento por analogia.

A respeito desse requisito, Norberto Bobbio (1995, p. 152-154) esclarece que a semelhança entre os casos deve ser relevante, assim entendida como uma

semelhança que expresse a razão determinante para que o caso análogo tenha sido tratado de determinada maneira, ou seja, a *ratio legis*⁴⁴.

3 - O elemento de identidade entre eles não seja qualquer um, mas sim essencial ou de fato que levou o legislador a elaborar o dispositivo que estabelece a situação a qual se quer comparar a não contemplada. Terá de haver uma verdadeira e real semelhança e a mesma razão entre ambas as situações. Meras semelhanças aparentes, afinidades formais ou identidades relativas a pontos secundários não justificam o emprego da argumentação analógica (DINIZ, 2000, p. 161).

De forma semelhante, Karl Larenz (1997, p. 541) entende que os casos objetos de analogia devem convergir nos aspectos fundamentais para a valoração jurídica, através da coincidência sobre a *ratio legis*.

Destaque-se que os requisitos que exigem a existência de relevâncias determinantes não são exclusivos do expediente da analogia jurídica, pois integram o próprio argumento por analogia (e.g., a *ratio decidendi* na analogia com precedente).

É preciso ainda que a analogia não seja obstada por diferenças relevantes (no caso da analogia com precedente, pelo *distinguishing*), que podem desautorizar o uso do argumento por analogia, em razão de sua própria derrotabilidade⁴⁵ por não ser um argumento dedutivo.

Um pressuposto negativo pode também ser acrescentado: a inexistência de proibição de analogia como forma de preenchimento de lacunas. Isto porque existem contextos em que a analogia é vedada, dos quais o mais conhecido talvez seja a analogia *in malam partem* no Direito Penal. As proibições de analogia podem ser variadas (e.g., proibição de tributação por analogia ou proibição de analogia em rol taxativo) e devem ser buscadas em cada ordenamento jurídico.

Podem existir também situações em que analogia, embora não vedada, deva ser preterida em favor de um *argumentum a contrario*. Além dos critérios de Aulis Aarnio

⁴⁴ Joseph Raz (1979, p. 203) justifica a utilização da *ratio legis* como critério de relevância: "Por sua própria natureza, a justificação de uma regra é mais abstrata e geral do que a regra que ela justifica. Logo, assim como ela justifica essa regra, poderia justificar outra. Se essa regra é justificada como uma forma de se alcançar determinado objetivo ou proteger determinado valor, também o serão outras regras se elas puderem promover o mesmo objetivo ou proteger o mesmo valor de formas ou sob circunstâncias diferentes.

⁴⁵ Por derrotabilidade entende-se que, não obstante o quão forte seja o argumento, ele sempre poderá ser derrotado, isto é, infirmado, por alguma outra razão que seja mais forte (SINNOTT-ARMSTRONG e FOGELIN, 2015, p. 180-181). No contexto jurídico, a derrotabilidade pode ser vista como um atributo das normas jurídicas segundo a qual sua aplicabilidade pode ser afastada em situações excepcionais, que apresentem razões para tanto (PECZENIK, 2005, p. 115).

(1991, p. 152) abordados no capítulo 2 deste trabalho, outros dez são elaborados por Aleksander Peczenik (2008, p. 323-328), dentre os quais podem ser destacados aqueles que preceituam evitar a analogia para estender proibições, disposições que fixam limites de tempo, exceções, e ônus ou restrições, salvo se houver razões fortes o suficiente para tanto.

Um último esclarecimento se faz necessário sobre o expediente da analogia jurídica. Ao contrário da analogia utilizada na justificação por precedentes, que compara dois casos concretos, o expediente utilizado diante das lacunas compara um caso hipotético a um caso concreto.

De fato, enquanto o caso a ser justificado representa uma situação real, cujas características podem ser empiricamente observadas, o caso análogo é uma situação construída *a priori* para o fim específico de servir como caso análogo. Uma vez que não seria possível comparar o caso com uma norma, pois estão situados em dimensões diferentes, o intérprete precisa construir uma situação hipotética a partir da norma a ser aplicada por analogia para que sirva de caso análogo.

Embora a possibilidade de utilização de um caso análogo hipotético seja uma importante característica da analogia normativa, ela pode ser manipulada através da construção de um análogo que contenha apenas semelhanças, ignorando diferenças relevantes. Por essa razão, é importante que o análogo hipotético na analogia jurídica seja construído como base no texto normativo e contenha os elementos necessários para justificar a plena aplicação da norma ao caso hipotético, inclusive as diferenças, a fim de que a analogia possa ser corretamente desenvolvida e racionalmente discutida e avaliada.

3.3.2 A diferença entre analogia e interpretação extensiva

Para a melhor compreensão da analogia, é imperioso diferenciá-la da interpretação extensiva, conceito que com ela é, por muitas vezes, confundido. A doutrina costuma fazer essa distinção a partir da existência ou ausência de norma aplicável.

Desse modo, diz Tércio Sampaio (2015, p. 266) que, na interpretação extensiva, a norma aplicável existe e tem seu sentido ampliado para alcançar casos que estão

implicitamente amparados pelo sentido da norma, ao passo que, na analogia, inexistente norma a regular o caso, o que enseja a aplicação de outra norma, prevista para situação distinta. Assim, conclui, enquanto a interpretação extensiva é uma forma de revelar significado, a analogia é uma forma de construir o Direito aplicável (situada no âmbito da integração).

A interpretação extensiva é, por conseguinte, vista como forma de interpretação capaz de revelar sentidos implícitos, mas já abarcados pela norma, enquanto a analogia é forma de integração, capaz de construir sentidos diante da lacuna.

A norma possui um cerne significativo e uma zona de penumbra, sendo que sua aplicação dentro dos limites dessa zona de penumbra é interpretação. Já na aplicação analógica o juiz terá que ir além do próprio texto legislativo que rege situações típicas, mas que, por razões de similitude, poderia abarcar outras, indo, portanto, além dos limites da sua zona de penumbra (DINIZ, 2000, p. 178).

O próprio Aulis Aarnio (1991, p. 147-148), diz que, embora, a priori, seja possível estabelecer uma distinção entre analogia e interpretação extensiva a partir da ideia de lacunas e penumbra semântica, na prática, essa divisão nem sempre se mostra possível em razão da amplitude da indeterminação semântica, que inviabiliza a fixação de um limite a partir do qual se tem analogia, e não interpretação extensiva.

Esse critério distintivo, todavia, não prospera diante do posicionamento adotado neste trabalho acerca da atividade interpretativa e da natureza das lacunas. Afinal, para se considerar que o cerne significativo e a zona de penumbra⁴⁶ são objetivamente limitados, ter-se-ia que admitir a existência de um sentido literal inerente ao texto, que pudesse ser apreendido sem interferência da atuação interpretativa do operador.

Quando se compreende que os termos não possuem sentidos inerentes e isolados e que a apreensão humana do significado do texto, ainda que se busque um sentido mais literal, depende da interpretação, não há como se aceitar a existência de um

⁴⁶ De acordo com Aulis Aarnio (1991, p. 158-159), a linguagem é marcada por vagueza e ambiguidade, uma vez que os termos ganham significados através do uso na linguagem, de forma que a interpretação não se volta apenas à questão semântica, mas também contextual. É em relação à vagueza que se fala em zona de penumbra, como representação de dúvida quanto ao alcance de um determinado termo, que não pode ser delimitado por ser ele impreciso ou aberto, sem que o intérprete tenha critérios suficientes para especificar seu conteúdo.

cerne significativo e uma zona de penumbra que possam, objetiva e aprioristicamente⁴⁷, distinguir a interpretação extensiva da analogia.

Em verdade, a noção conceitual de zona de penumbra remete à distinção entre interpretação, como mera revelação de um significado que a norma pode assumir, que já se encontra convenientemente situado em uma “zona”, através da interpretação extensiva, e aplicação ou, no caso, integração, pressupondo, inclusive, que a norma a ser aplicada por analogia já foi exaustivamente pré-interpretada, bastando aplicá-la analogicamente.

É necessário registrar que a ideia de zona de penumbra se encontra intimamente ligada à ideia de lacuna. Com efeito, ainda que um caso fosse situado fora da zona de penumbra gerada por um termo, a motivar uma analogia, ele poderia estar na zona de penumbra criada por um segundo termo, a ensejar uma interpretação extensiva deste. Porém, uma vez que a aplicação analógica pressupõe, para a doutrina que defende a incompletude sistêmica do Direito, lacuna lógico-jurídica, não basta, para o uso da analogia, que o caso esteja fora da zona de penumbra de um termo, pois ele deveria estar em uma região que se encontra, a uma só vez, fora de todas as zonas de penumbra geradas por todos os termos que compõem o ordenamento, de forma a existir verdadeira lacuna lógico-jurídica.

Essa conclusão também não se coaduna com as premissas adotadas neste trabalho, em que se entende não haver caso desprovido de regulação jurídica, na medida em que sempre será possível oferecer uma norma como solução para o caso a partir de uma norma geral e abstrata do próprio ordenamento, que não tem a pretensão de regular, na dimensão do geral e abstrato, todas as infinitas situações fáticas possíveis.

Por outro lado, também a interpretação extensiva pressupõe, em certa medida, lacuna, como é aqui entendida, porquanto o intérprete entende necessário promover a extensão ao se deparar com uma ausência de interpretação satisfatória (lacuna)

⁴⁷ A existência de uma zona de penumbra, assim, se desloca do texto para a interpretação, passando a ser dependente de intérprete e contexto, assim como a lacuna. Por essa razão ela não é capaz de distinguir os institutos da analogia e da interpretação extensiva de forma objetiva e *a priori*. Ademais, se a interpretação extensiva é tida como a ampliação dentro da zona de penumbra e esta é tida como a área que pode ser alcançada por uma interpretação extensiva, há um problema de definição cíclica: a interpretação extensiva pode ser utilizada quando o caso está situado na zona de penumbra, e o caso está situado na zona de penumbra quando pode ser alcançado pelo sentido da norma, *i.e.*, quando pode ser feita interpretação extensiva.

caso não seja feita. Tampouco as lacunas podem, por conseguinte, diferenciar os institutos.

Norberto Bobbio (1995, p. 154-155) entende que a interpretação extensiva é um caso típico de raciocínio por analogia, mas oferece como critério distintivo entre ela e o expediente da analogia jurídica os efeitos produzidos: a analogia tem o efeito de criar uma nova norma jurídica, enquanto a interpretação extensiva apenas estende uma norma existente.

No entanto, partindo da concepção ora adotada, analogia e interpretação extensiva são ambas tanto criativas quanto extensivas, porquanto a norma individualizada ampliada construída por meio da interpretação extensiva resulta de atividade tão criativa quanto a norma individualizada construída por meio da analogia.

Sob essa ótica, os conceitos da analogia jurídica e da interpretação extensiva se aproximam e a distinção entre os dois passa a ser tão difícil na teoria quanto na prática. Giuseppe Zaccaria (1991, p. 62) sugere que a distinção entre os dois conceitos pode decorrer mais de razões políticas e ideológicas relacionadas à vedação da analogia *in malam partem* no Direito Penal do que de uma concreta diferença teórica. Damiano Canale e Giovanni Tuzet (2014, p. 228) também questionam se a distinção se dá por motivos estratégicos para viabilizar ou não decisões em contextos nos quais a analogia é vedada.

Damiano Canale e Giovanni Tuzet (2014, p. 230) entendem que a expressão “interpretação extensiva” qualifica a interpretação como ampliadora, não constituindo uma forma de argumento por si só, pelo que carece de razões subjacentes que a justifiquem, embora seja usada como se argumento fosse nas justificações judiciais. Assim, esquematizam a interpretação extensiva tal como é usada na justificação na forma “*C does not fall under N_1 obtained via I_1 of P . But, C falls under N_2 obtained via I_2 of P* ”⁴⁸, em que C se refere ao caso, N_1 e N_2 são normas, I_1 e I_2 são interpretações e P se refere ao texto. Esse modelo expõe alguns aspectos importantes: ela gera uma norma (N_2) como base uma interpretação (I_2) que é extensiva em relação a uma outra interpretação (I_1), que gera uma norma diferente (N_1).

⁴⁸ “ C não se enquadra em N_1 obtida via I_1 de P . Mas C se enquadra em N_2 obtida via I_2 de P ” (tradução livre).

Por essas razões, Damiano Canale e Giovanni Tuzet (2014) concluem que interpretação extensiva e analogia jurídica levam a um mesmo resultado a partir de razões relevantes subjacentes, distinguindo-se apenas quanto a estas: na interpretação extensiva, as razões que a motivam decorrem de parâmetros semânticos e contextuais; na analogia, de parâmetros pragmáticos, *i.e.*, ligados aos objetivos (*ratio legis*) da norma aplicada por analogia.

No entanto, de acordo com a concepção adotada neste estudo, não é possível isolar a dimensão semântica da linguagem, uma vez que ela só existe quando vinculada à dimensão pragmática (forma de vida). Assim, não é possível diferenciar a interpretação extensiva da analogia sob essa perspectiva, na medida em que as razões que as motivam são, em ambas, semânticas e pragmáticas.

Desse modo, a interpretação extensiva, se vista como expediente de justificação, não pode ser distinguida, conceitualmente e *a priori*, da analogia. Qualquer distinção que se faça será meramente retórica, como forma de justificar a utilização de ampliações “menores” em contextos que a analogia jurídica não seria justificável.

3.3.3 Analogia *legis* e analogia *juris*

A doutrina costuma identificar duas espécies de analogia: analogia *legis* e analogia *juris*. A primeira seria a transposição de um dispositivo legal específico, que regula um determinado caso, a outro, sem regulação legal, que com o primeiro guarde semelhança essencial. A segunda, por outro lado, partiria de um conjunto de normas para, a partir delas, se formular um princípio geral que pudesse ser aplicado ao caso desprovido de norma específica (DINIZ, 2000, p. 162-163).

Para Karl Engisch (2001, p. 295-296), a distinção entre as duas espécies de analogia é apenas de grau no que toca aos elementos tomados como base da indução analógica: na analogia *legis*, restringe-se a apenas um dispositivo, na *juris*, vale-se de diversos enunciados.

Tercio Sampaio (2015, p. 265) vê no conceito de analogia *juris* não uma analogia propriamente dita, mas sim uma indução amplificadora, através da qual se extrai um princípio geral de um conjunto de normas e aplica-se esse princípio geral ao caso

em apreciação, em uma combinação, entende, de indução e dedução. No mesmo sentido, Alysson Mascaro (2013, p. 163) fala em indução amplificadora como um procedimento sequencial de indução, extraindo-se um princípio geral de um conjunto de elementos particulares, e dedução, aplicando-se tal princípio geral ao caso particular a ser julgado.

Manuel Atienza (1985) ainda distingue a analogia *juris*, que parte do ordenamento jurídico como um todo, da analogia *juris* imperfeita, que parte de um conjunto específico de normas.

Em qualquer hipótese, todavia, verifica-se irrelevante a classificação da chamada analogia *juris* como uma forma de argumento por analogia. De um lado, porque, se a analogia for fundamentada em diversos dispositivos (analogia *juris* imperfeita), não se tem, propriamente, uma analogia especial, mas sim uma série de analogias que, conjuntamente, reforçam a conclusão, não existindo razão para diferenciá-la da analogia *legis*. Por outro lado, caso se entenda como analogia *juris* a obtenção de princípios gerais do ordenamento como um todo, para aplicação ao caso a ser analisado, não se tem, propriamente, argumento por analogia, mas sim a concretização de tais princípios (BUSTAMANTE, 2012, p. 506-509).

De fato, é plenamente possível que a analogia utilize mais de um caso análogo sem que isso a diferencie em essência de uma analogia que utiliza um único caso. O argumento com base em um juízo de semelhanças relevantes permanece inalterado, bem como a estrutura argumentativa de cada analogia (poder-se-ia também utilizar uma única estrutura englobando todas as analogias. Nesse caso, ela apenas seria alterada com o acréscimo de premissas que afirmam os atributos dos novos casos, que não desvirtuam a estrutura em si).

Noutro giro, caso se considere um princípio extraído do ordenamento como uma coletividade, não se tem mais o juízo de semelhanças entre casos e a estrutura nuclear do argumento por analogia não pode ser utilizada. Tal estrutura exige que sejam comparados atributos de coisas comparáveis, de modo que não poderia ser aplicada para comparar o princípio, que não possui um antecedente em que expõe um modelo abstrato de caso, e um caso real.

Enfim, como a chamada analogia *juris* não se enquadra no conceito nem na estrutura do argumento por analogia, conclui-se que dele não é espécie. A

justificação que a ela faça referência nada mais é do que uma justificação baseada na aplicação de princípios, obtidos por meio de uma generalização. Por essa razão, o que se entende por analogia *juris* não é objeto deste trabalho.

4 UMA PROPOSTA DE METODOLOGIA DA APLICAÇÃO ANALÓGICA DO DIREITO À LUZ DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE AULIS AARNIO

Uma vez fixadas as bases teóricas e posicionamentos que orientam este trabalho, notadamente a partir de alguns pontos relevantes da teoria da argumentação jurídica de Aulis Aarnio e das aceções sobre a atividade interpretativa, a existência de lacunas unicamente valorativas e a analogia jurídica, com sua estrutura e características, faz-se necessário, em verdadeira interligação do quanto já foi exposto, trazer algumas considerações sobre como deve ser a aplicação judicial do expediente da analogia jurídica.

O objetivo desta exposição é estabelecer um método de utilização da analogia jurídica que contemple a justificação do expediente e a avaliação de sua força através de alguns parâmetros e questionamentos que podem guiar tanto a atividade do intérprete na tomada de decisão quanto o controle sobre as decisões judiciais, a fim de garantir que sejam mais racionais e aceitáveis.

4.1 O PONTO DE PARTIDA: A NECESSIDADE DE PARÂMETROS PARA A JUSTIFICAÇÃO E AVALIAÇÃO DO EXPEDIENTE DA ANALOGIA JURÍDICA E O PAPEL DE UMA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

O presente trabalho adota, com base na teoria da argumentação jurídica de Aulis Aarnio, uma concepção argumentativa que situa a aplicação do Direito no âmbito de um procedimento discursivo racional desenvolvido, principalmente, por meio da justificação da decisão judicial.

Nessa perspectiva, a justificação é utilizada pelo juiz para convencer racionalmente seus interlocutores de que a interpretação por ele feita é a melhor possível ou mais correta e obtém êxito quando esse convencimento é alcançado (AARNIO, 1991, p. 155).

A função de convencimento atribuída à justificação tem íntima relação com o conceito de aceitabilidade racional trazido por Aulis Aarnio (1991) como parâmetro

de avaliação das interpretações jurídicas: para que uma interpretação seja racionalmente aceita, o auditório deverá ser convencido de que ela é sustentada por boas razões, oferecidas pelo intérprete através da justificação.

A ideia de que quanto mais racionalmente aceita for uma interpretação pela comunidade jurídica melhor ela será é natural quando se pensa na justificação como atividade discursiva e argumentativa de comunicação humana: se a justificação tem a função de convencer o auditório acerca de uma interpretação, ela será tanto melhor quanto mais membros do auditório forem racionalmente convencidos.

Noutras palavras, traz-se para a justificação jurídica uma perspectiva pragmática⁴⁹, sob a qual ela tem um objetivo prático de resolver um conflito de opiniões acerca de qual interpretação é a melhor ou deve prevalecer (FETERIS, 1999, p. 164).

Essa perspectiva, aliás, é também natural, na medida em que a justificação, como ato de linguagem, possui uma função comunicativa: uma vez que a linguagem não existe para si própria, ela não pode ser dissociada de uma dimensão pragmática, de um contexto social, expresso pela forma de vida (AARNIO, 2011, p. 31-36).

La justificación tiene éxito si y sólo si hemos convencido al destinatario – que acepta los principios de la racionalidad-D – que es correcto aceptar la interpretación ofrecida. Esto significa específicamente que las partes del diálogo han logrado, sobre una base racional, un consenso sobre el asunto. (AARNIO, 1991, p. 285).

Basta pensar que um jurista julga uma interpretação como boa quando dela é racionalmente convencido e com ela concorda. Caso não concorde, isto é, caso acredite que as razões que a justificam não sejam boas o suficiente ou que há razões melhores em favor de outra interpretação, não a aceitará.

No caso de uma decisão judicial, por exemplo, se ela for racionalmente justificada e obtiver o convencimento dos julgadores de instâncias superiores, estes a confirmarão em eventual recurso. A própria parte derrotada pode se sentir desestimulada a recorrer caso se convença das razões da decisão. Também outros julgadores racionalmente convencidos pela justificação, ao se depararem com outros casos, poderão utilizar a decisão como um precedente. E mais, os doutrinadores que a aceitarem racionalmente poderão fortalecê-la, acrescentando novos argumentos, reforçando os já existentes com outros argumentos, ou combatendo os contra-

⁴⁹ A dimensão pragmática é inerente ao discurso jurídico e se manifesta nas regras de eficiência da racionalidade-D: “*para ser racional, el discurso práctico presupone efectividad: el discurso tiene que resultar en una conclusión. Un discurso inefectivo es una anomalía.*” (AARNIO, 1991, p. 254).

argumentos, todos os quais poderão, então, ser utilizados em novos discursos. Dessa forma, o próprio Direito se autorregula através de intérpretes racionais (pois o Direito, enquanto fenômeno linguístico, não pode se concretizar sem um intérprete) e com base em boas razões argumentativas que convençam o auditório jurídico.

Esse convencimento, todavia, deve ser alcançado através de um procedimento que respeite as regras do discurso racional. Na perspectiva de uma teoria da argumentação dialógica como a de Aulis Aarnio, a aceitabilidade depende não apenas das razões, mas também da obediência de certas regras procedimentais que garantam a racionalidade (FETERIS, 1999, p. 20).

Caso a decisão judicial careça desses critérios de racionalidade, qualquer aceitação que tenha será meramente persuasiva, *e.g.*, imposta em função da autoridade do órgão que a dita, e não poderá indicar qualquer grau de correção.

Como visto, para Aulis Aarnio (1991), a justificação de determinado ponto de vista interpretativo se desenvolve por meio de um diálogo em que cada argumento pode ser racionalmente questionado na justificação externa, levando à formação de diversas e profundas cadeias argumentativas, em que, para cada argumento, podem ser oferecidos questionamentos e contra-argumentos (que também são argumentos e podem ser contra-argumentados).

Também o processo judicial deve ser encarado dessa forma. Nele, o diálogo se dá não apenas entre partes, mas também entre partes e juiz, entre juiz e outro julgador hierarquicamente superior, entre o Estado-juiz e a sociedade, dentre outros diálogos que se formam.

Embora a ideia de discurso racional remeta a um cenário ideal em que todos os participantes agem de forma plenamente racional, é certo que assim não ocorre na realidade social. Com efeito, os participantes do discurso argumentam, muitas vezes, sem respeitar às regras do discurso. Alguns participantes (partes e advogados) têm, inclusive, interesse direto que determinada interpretação seja aceita, ainda que de forma não racional, de modo que não possuem o compromisso de buscar aceitabilidade racional e certeza jurídica. Diferente, por outro lado, é a posição do juiz⁵⁰, que tem a responsabilidade social de decidir da forma mais correta

⁵⁰ O juiz não apenas tem a função de garantir que o processo seja conduzido de acordo com as regras procedimentais e regras do discurso racional, mas também, como terceiro imparcial; ele

possível e de justificar racionalmente sua decisão, pelo que deve se submeter de forma mais rigorosa às regras do discurso jurídico.

Destarte, não obstante digam elas respeito a um cenário ideal, tais regras servem como diretrizes ao juiz, no sentido de que ele deve tentar segui-las da melhor forma possível⁵¹ a fim de conferir maior aceitabilidade racional à decisão (AARNIO, 1991, p. 288).

Assim é que a justificação nada mais é senão uma argumentação em defesa da decisão, de modo que deve ser passível de avaliação segundo determinados parâmetros (FETERIS, 1999, p. 6). A avaliação deve se dar tanto em relação ao cumprimento das regras do discurso racional prático e regras específicas do discurso de justificação jurídica, quanto no que toca à relação lógica entre as premissas utilizadas e conclusão obtida (justificação interna) e à escolha das próprias premissas (justificação externa).

O próprio discurso racional é, assim, um jogo de linguagem que se debruça sobre a interpretação, no qual os participantes devem justificá-la da forma ótima, segundo as regras do discurso (AARNIO, 1991, p. 290).

No âmbito da justificação, o argumento por analogia é um dos diversos argumentos que podem ser utilizados para sustentar as razões de uma decisão (isto é, para justificar uma interpretação a partir de uma fonte do direito), mormente quando o juiz vislumbra a existência de uma lacuna.

Como argumento utilizado no discurso de justificação, portanto, a analogia pode e deve ser justificada para que as partes e julgadores de instâncias superiores possam com ela dialogar, oferecendo contra-argumentos às razões que a sustentam, para que os interlocutores da justificação possam ser racionalmente convencidos, e para que a própria analogia possa ser dotada de aceitabilidade racional, a fim de garantir, também, a aceitabilidade racional da decisão como um todo.

suplementa o papel das partes como participantes do discurso racional. Assim, ele assume uma posição de antagonista quando se questiona se as pretensões deduzidas pelas partes são racionais e juridicamente aceitáveis, e, ao decidir que determinada pretensão é juridicamente aceitável, ele cumpre o mesmo papel que os participantes (substituindo-os, como é próprio da jurisdição) de um discurso racional ao concluírem pelo alcance ou não do consenso (FETERIS, 1993, p. 183-185).

⁵¹ Aulis Aarnio (1991) classifica as regras da racionalidade-D e da interpretação jurídica como princípios, pois não há uma obrigação jurídica de segui-las; ao contrário, devem ser obedecidas o máximo possível para que a decisão tenha maior aceitabilidade racional.

Por conseguinte, tomando como base o posicionamento ora adotado sobre a questão das lacunas, a estrutura do argumento por analogia e a analogia jurídica como expediente de justificação, todos os seus elementos (lacuna, semelhanças e relevância destas) devem ser justificados da melhor forma possível para que a analogia seja racionalmente aceitável.

Ademais, como a analogia não é um argumento dedutivo, que pode ser classificado em válido ou inválido, sua aceitabilidade dependerá de sua força, que será tanto maior quanto mais bem racionalmente justificada ela for, em especial porque ela é dotada de derrotabilidade, pois sempre podem surgir razões mais fortes e convincentes em desfavor da analogia, que a tornem mais fraca e até inaceitável.

Todas essas considerações permitem concluir pela necessidade de parâmetros, critérios e diretrizes que possam guiar a justificação da analogia jurídica com o fim de torná-la mais racional e evitar a arbitrariedade. Quando se compreende que o juiz participa da criação da norma por meio da atividade interpretativa e que a linguagem, como ferramenta para a expressão do mundo tal como é percebido, não pode ser dissociada das formas de vida, inclusive dos valores que a compõem, a fixação de parâmetros se torna necessária principalmente como forma de conter e controlar a margem de discricionariedade que surge como inerente à própria utilização da linguagem.

De forma semelhante, devem existir alguns parâmetros que, ao menos, possam guiar a avaliação da analogia jurídica. Isto porque a justificação, como procedimento discursivo, se apresenta como um diálogo⁵² (ou uma combinação de diálogos) entre o juiz e os demais participantes do discurso, de modo que a aceitabilidade racional depende não apenas do juiz, mas também do auditório, que irá avaliar o argumento.

A avaliação, portanto, integra o procedimento discursivo como recepção do argumento e, por esse motivo, deve também ser feita de forma racional. Por essas razões, este trabalho trará alguns parâmetros e diretrizes tanto para a justificação quanto para a avaliação da analogia jurídica.

⁵² A justificação sequer poderia ser um monólogo, uma vez que ela é um jogo de linguagem e a linguagem não existe em si e para si, mas sim como ferramenta de interação humana; ela é um fenômeno social e compartilhado. Assim, se, de um lado, a justificação é um ato de comunicação humana; de outro, um monólogo não é um ato de comunicação, porquanto há um vínculo direto entre o indivíduo e suas próprias experiências, ideias ou sensações, de modo que não é necessário nem possível utilizar um jogo de linguagem para comunicá-las a si mesmo (AARNIO, 2011).

4.2 PARÂMETROS PARA A JUSTIFICAÇÃO DA ANALOGIA JURÍDICA

A justificação da analogia jurídica, tal como qualquer justificação jurídica, nos ditames de uma teoria dialógica da argumentação, deve ser analisada a partir dos ângulos da justificação interna e externa, bem como deve seguir as regras do discurso racional (regras da racionalidade-D).

De acordo com Aulis Aarnio (1991, p. 121-122), a justificação jurídica equivale à transformação, das fontes do Direito para uma interpretação, *i.e.*, da passagem não dedutiva das fontes do Direito que justificam uma interpretação para esta, de tal maneira que seja racional e razoável.

Nessa perspectiva, as diretrizes da interpretação jurídica, dentre elas a analogia, são regras que promovem essa transformação⁵³ das fontes de Direito para a interpretação (AARNIO, 1991, p. 121). Por conseguinte, não é possível falar em justificação sem utilizar uma fonte do Direito. No que se segue, a Lei⁵⁴ será utilizada como fonte do Direito que se interpreta analogicamente.

4.2.1 A justificação interna de uma interpretação baseada no expediente da analogia jurídica

A justificação interna não apresenta grandes problemas para o intérprete, uma vez que é, em grande parte, uma questão de lógica (AARNIO, 1991, p. 120). Assim, é

⁵³ O conceito de transformação utilizado por Aulis Aarnio é retirado de Aleksander Peczenik (2008, p. 244-245). A transformação referida pelo autor finlandês é aquela chamada por Aleksander Peczenik de transformação “*inside the law*”, em que se chega a uma conclusão a respeito do Direito válido a partir de premissas que contêm pelo menos um enunciado sobre o Direito válido, em especial da espécie “*legal interpretative transformation*”, que parte de enunciados sobre o texto legal para uma conclusão a respeito da interpretação jurídica.

⁵⁴ Na doutrina sobre as fontes do Direito de Aulis Aarnio (1991, p. 134-135), a Lei é categorizada como fortemente vinculante, sendo de uso obrigatório, sob pena de responsabilização administrativa do juiz que a ignora deliberadamente. É também uma fonte autoritativa, pois sua força vinculante decorre de ser uma fonte dotada de autoridade, emanada de órgãos constitucionalmente competentes para produzi-la, ao contrário das fontes materiais, cuja força decorre de seu conteúdo. Assim, uma vez que a Lei ocupa uma posição de maior força no catálogo proposto por Aulis Aarnio, o que se repete em diversos ordenamentos de *civil law*, inclusive no Brasil, será ela usada como Fonte do Direito para a interpretação analógica *I_a*.

suficiente que o juiz mostre que seu argumento é consistente, ou seja, que não é contraditório e que não ofende as regras da racionalidade-L.

A dimensão interna diz respeito à consistência lógica da argumentação. Por exemplo, a justificação falhará internamente se a decisão disser que, por não existirem semelhanças relevantes, os casos devem ser tratados de forma semelhante, ou que, em razão de semelhanças relevantes e da inexistência de diferenças que as superem, a analogia não é autorizada. Também representaria uma falha na justificação interna, por ofensa à regra do terceiro excluído, a eleição de um atributo f como presente e ausente em ambos os casos ou um mesmo aspecto como, a um só tempo, semelhança e diferença relevantes.

De acordo com Aulis Aarnio (1991, 2011), é sempre possível reestruturar *ex post* (com reconstrução no contexto de justificação, da compreensão que ocorre no contexto de descoberta) uma interpretação na forma típica de um silogismo em que ela aparece como a conclusão. A justificação interna se ocupa da consistência lógica deste silogismo caso as premissas sejam presumidas como verdadeiras e aceitáveis, ao passo que a justificação externa se volta para justificar as premissas, através de novos argumentos que também podem ser reestruturados *ex post* em formas silogísticas, formando-se uma árvore de silogismos, na qual a decisão é apoiada por diversas cadeias de argumentos de variadas profundidades.

Como exemplo, uma decisão que contenha a interpretação analógica I_a “O caso C_2 deve ser tratado da forma T (porque o caso semelhante C_1 é tratado da forma T com base na interpretação I_L do texto L)” poderia ser reestruturada *ex post* em uma árvore de silogismos *modus ponens*⁵⁵. O primeiro silogismo expressa o ponto de

⁵⁵ *Modus ponens* (que assume a estrutura “se p então q ; p ; logo, q ”) é uma forma de silogismo e também uma regra de inferência dedutiva em que se afirma o antecedente de um enunciado condicional. Um silogismo do tipo *modus ponens* é sempre válido se a primeira premissa for verdadeira (HURLEY, 2012, p. 362; KELLEY, 2014, p. 230). *Modus ponens* é utilizado por Neil McCormick (2009) na justificação dedutiva de uma decisão. Também Robert Alexy (2013, p. 220) identifica um silogismo do tipo *modus ponens* como “a forma mais simples de justificação interna”, descrita com a seguinte estrutura (x é uma variável que se refere a qualquer indivíduo; a uma constante que se refere a um indivíduo determinado; T um predicado que compõe o antecedente da norma; OR o predicado que expressa o consequente da norma, ou qual deve ser o tratamento dispensado diante da verificação do predicado T):

“(x) ($Tx \rightarrow ORx$);
 Ta ;
 ORa ”

A transformação do silogismo de Alexy em um *modus ponens* é feita com uma instanciação universal “ $Ta \rightarrow ORa$ ” (a instanciação universal pode ser pensada, em termos jurídicos, como passagem de

vista interpretativo a ser justificado e os demais são silogismos que respondem a questionamentos (Q_1 , Q_2 , Q_3) postos em face do silogismo inicial (e, no caso de $Q_{2.1}$, a um questionamento posto em face do silogismo Q_2) como forma de justificação de elementos que compõem o antecedente da premissa maior do silogismo principal:

1. Se o caso análogo C_1 é tratado da forma T e o caso C_2 deve ser tratado, por analogia, da mesma forma que o caso C_1 , então o caso C_2 deve ser tratado da forma T ;
2. O caso C_1 é tratado da forma T e o caso C_2 deve ser tratado, por analogia, da mesma forma que o caso C_1 ;
3. Logo, o caso C_2 deve ser tratado da forma T

Q₁: Por que o caso C_1 é tratado da forma T ?

1. Se o texto legal L dispõe que caracterizada a hipótese C deve ser dispensado o tratamento T e o caso C_1 caracteriza a hipótese C , então o caso C_1 deve ser tratado da forma T ;
2. O texto legal L dispõe que caracterizada a hipótese C deve ser dispensado o tratamento T e o caso C_1 caracteriza a hipótese C ;
3. O caso C_1 deve ser tratado da forma T .

Q₂: Por que o caso C_2 deve ser tratado por analogia?

1. Se há lacuna para o caso C_2 , ele deve ser decidido por analogia;
2. Há lacuna para o caso C_2 ;
3. Logo, o caso C_2 deve ser decidido por analogia.

Q_{2.1}: Por que há lacuna?

1. Se não é possível construir uma interpretação satisfatória para o caso C_2 a partir da interpretação da Lei por meio dos expedientes tradicionais, então há lacuna para o caso C_2 ;

uma norma geral e abstrata, válida para todo x , para uma individual e concreta, válida para uma constante a):

" $Ta \rightarrow ORa$;

Ta ;

ORa ".

2. Não é possível construir uma interpretação satisfatória para o caso C_2 a partir da interpretação da Lei por meio dos expedientes tradicionais;
3. Logo, há lacuna para o caso C_2 .

Q₃: Por que o caso C_2 deve ser tratado da mesma forma que o caso C_1 ?

1. Se o caso C_2 é semelhante ao caso C_1 , isto é, possui os mesmos atributos $f_1... f_n$ do caso C_1 , que são relevantes para determinar o tratamento jurídico a este dispensado, então o caso C_2 deve ser tratado da mesma forma que o caso C_1 ;
2. O caso C_2 é semelhante ao caso C_1 , isto é, possui os mesmos atributos $f_1... f_n$ do caso C_1 , que são relevantes para determinar o tratamento jurídico a este dispensado;
3. Logo, o caso C_2 deve ser tratado da mesma forma que o caso C_1 .

Essa reestruturação é útil para verificar se a decisão se encontra internamente justificada: cada um dos silogismos estará internamente justificado se não ofender as regras de consistência do discurso racional e se, considerando-se suas premissas como verdadeiras e aceitáveis, a conclusão delas decorrer. A decisão estará internamente justificada se seus argumentos forem logicamente consistentes, ou seja, se, assim reestruturada, resultar em silogismos logicamente consistentes.

Observe-se que a argumentação pode ter diversas cadeias de silogismos, e.g., uma cadeia para justificar a lacuna (a cadeia formada por Q_2 e $Q_{2.1}$) e outra para justificar o argumento por analogia em si (Q_3). A profundidade de cada cadeia, por sua vez, é *a priori* indefinida. A justificação acima apresenta três cadeias (Q_1 , Q_2 e Q_3), sendo Q_2 justificada por mais uma cadeia. Ademais, qualquer um dos silogismos poderia ser objeto de questionamentos, aprofundando a respectiva cadeia.

Também é importante destacar que nenhum dos silogismos é uma reconstrução dedutiva do argumento por analogia, mormente porque ele não comporta inferência dedutiva e não pode ser reduzido a um silogismo⁵⁶.

⁵⁶ Como visto, no argumento por analogia, ainda que as premissas sejam verdadeiras (isto é, que ambos os casos sejam semelhantes nos aspectos $f_1...f_n$ e que estes atributos sejam determinantes para a produção de uma consequência jurídica T para um caso C_1), não necessariamente o caso C_2 deverá também ensejar a produção da mesma consequência jurídica T , especialmente porque podem existir diferenças que desautorizem a analogia: uma vez que dois casos podem ser similares em diferentes graus, é possível que uma semelhança não seja forte o suficiente para tornar aceitável a

Tampouco essa combinação é dedutiva, uma vez que, segundo Aulis Aarnio (1991, p. 170), os silogismos não são conectados dedutivamente, isto é, a passagem de um silogismo ao outro e das cadeias de silogismos à interpretação não é dedutiva e nem mesmo depende de uma inferência; ao contrário, depende do convencimento obtido através da justificação externa.

4.2.2 A justificação externa de uma interpretação baseada no expediente da analogia jurídica

No âmbito externo, a argumentação gira em torno da justificação das premissas do argumento por analogia, ou seja, os elementos de semelhança e sua relevância, bem como as diferenças e porque não desautorizam a analogia. Ademais, na analogia jurídica, ainda é necessário justificar a própria existência de lacunas e a interpretação do caso análogo.

Nesse sentido, a justificação de uma decisão judicial unicamente com um argumento de primeiro nível, muitas vezes, não é suficiente e a justificação precisa ser sustentada com outros argumentos. A justificação externa, assim, é uma argumentação em que são oferecidas razões em defesa de um outro argumento.

No caso da analogia jurídica, a justificação da decisão por meio da simples menção ao expediente da analogia em um argumento de primeiro nível não é suficiente, mormente em razão da complexidade do argumento por analogia e da valoração inerente ao juízo de semelhança. O juiz deve, portanto, justificar externamente a decisão através da justificação da própria analogia jurídica.

A justificação externa equivale ao acréscimo de novos silogismos à cadeia de silogismos a fim de justificar as premissas utilizadas. Não obstante, sua forma não é dedutiva. O objetivo dela, portanto, não é garantir que a decisão seja logicamente consistente, mas sim oferecer razões para convencer o destinatário e assegurar o ideal de certeza jurídica (AARNIO, 1991, p. 170).

conclusão. Por outro lado, é certo que se pode dizer que existem casos semelhantes (x e y) que devem ser tratados da mesma forma (sendo S o predicado “são semelhantes” e OM o predicado “devem receber o mesmo tratamento”): $(\exists x)(\exists y)(Sxy \rightarrow OMyx)$. Todavia, essa premissa não garante que dois casos semelhantes C_1 e C_2 estejam entre aqueles que devem ser tratados da mesma forma.

Destaque-se a justificação externa, como forma do discurso racional, deve ser guiada pelas regras da racionalidade-D, e, como forma de discurso jurídico, deve fazer uso de razões jurídicas. As razões que são capazes de garantir a certeza jurídica são ao mesmo tempo públicas, *i.e.*, que são expostas pelo juiz na justificação, e juridicamente aceitáveis, assim entendidas aquelas que fazem jurídica a decisão, amparadas no ordenamento jurídico (AARNIO, 1990, p. 37).

Nessa perspectiva, a justificação externa de uma interpretação analógica visa convencer o auditório de que: existe uma lacuna e é possível utilizar a interpretação analógica; a norma cuja interpretação analógica se deseja justificar prescreve que o caso análogo (construído a partir da norma que se aplica analogicamente) seja tratado de uma determinada forma *T*; o caso a ser julgado é semelhante ao análogo em aspectos relevantes para determinar o tratamento *T*; a inferência das semelhanças para o tratamento igualitário é possível, aceitável e não é infirmada por diferenças relevantes. Enfim, visa convencer que, em razão de todos esses fatores, o caso a ser julgado deve ser tratado da forma *T*.

Ressalte-se, ainda, que a exigência de justificação externa não pretende que o juiz seja obrigado a descrever detalhadamente os passos de seu raciocínio. O que se defende é que uma decisão que apenas diga “aplica-se por analogia o artigo x” não é suficientemente justificada para atender de forma satisfatória a exigência de racionalidade e, por conseguinte, de certeza jurídica; ao contrário, uma decisão dessa forma deixa aberta ampla margem de indesejada arbitrariedade, em especial por dificultar a avaliação racional da analogia.

O que se pretende, portanto, é tão somente fixar alguns parâmetros que devem guiar a justificação externa da analogia, ou, noutras palavras, quais aspectos ela deve contemplar para que garanta de forma ótima o ideal de certeza jurídica.

4.2.2.1 A justificação da lacuna

Como visto, a existência de lacuna é um dos requisitos para a realização de uma interpretação analógica. Embora a lacuna não integre o núcleo do argumento por analogia em si, sua justificação deve ser o primeiro passo para a justificação de uma

interpretação analógica. A justificação da lacuna corresponde a acrescentar o a sequência de silogismos em resposta ao questionamento Q_2 à cadeia de silogismos da justificação de I_a .

Já foi dito que, no mínimo, o juiz terá a opção⁵⁷ entre a analogia jurídica e um *argumentum a contrario* e que este decorrerá naturalmente da não utilização da interpretação analógica: o juiz só utilizará a analogia se não vislumbrar por outros meios uma construção interpretativa que, segundo julga, deveria existir. De acordo com Karl Engisch (2001, p. 281), para que se considere uma ausência de norma como lacuna, é necessário, primeiro, “sentir sua falta”.

A importância de se justificar a lacuna é ainda maior quando se considera que ela é necessariamente interpretativa, e, portanto, não pode ser simplesmente percebida a partir de uma constatação empírica de que não há uma norma para o caso.

Destarte, o juiz deve, primeiro, apresentar as razões pelas quais não há interpretação adequada a ser construída por outras técnicas interpretativas e afastar a conclusão *a contrario*. Ainda, de acordo com as regras da sinceridade, deve o juiz afastar, justificadamente, razões contrárias. Assim, se uma parte alega que não deve ser feita a analogia porque não há lacuna, uma vez que o caso caracteriza a hipótese de uma norma N , o juiz deve apresentar argumentos pelos quais essas alegações não devem ser acolhidas (*i.e.*, que é jurídica e racionalmente aceitável não acolhê-las).

Observe-se que a justificação da existência de lacuna, em regra, faz uso de razões práticas. As razões práticas são tidas por Aulis Aarnio (1991, p. 132) como fontes do Direito e, via, de regra, assumem a forma de argumentos consequentialistas. Na classificação das fontes do Direito, as razões práticas são fontes meramente

⁵⁷ É importante lembrar que quando se diz que o juiz tem a opção não se quer significar que a ele é dada uma autorização para realizar uma livre escolha, para exercer como bem entender. Diz-se, em verdade, que o juiz pode construir interpretações distintas, embora não necessariamente ambas sejam boas, porquanto as interpretações são juridicamente limitadas pelas fontes do Direito e pelas regras da interpretação jurídica. Só será uma opção aceitável aquela que puder ser racional e juridicamente justificada. Assim, se uma das interpretações não passa pelo crivo da justificação jurídica racional, ela já desponta como uma interpretação inadequada. O discurso racional é, assim, um pressuposto: sem justificação, só há como se falar em interpretações arbitrárias. E, ainda que as interpretações distintas possam ser justificadas, a justificação se estende por meio de uma meta-justificação até que se possa chegar a uma conclusão coerente e racionalmente aceitável sobre qual das interpretações é a mais bem justificada, *i.e.*, é melhor apoiada pelas fontes do Direito e diretrizes de interpretação.

permitidas, sem nenhuma força vinculante, e materiais, ou seja, sua força depende de seu conteúdo, não de autoridade (AARNIO, 1991, p. 137-139).

Assim, dizer que a lacuna corresponde a uma insatisfação equivale a dizer que a consequência que pode resultar do *argumentum a contrario* não se coaduna com a ordem jurídica. Essa insatisfação, todavia, não pode ser meramente moral; ela deve ser, simultaneamente, jurídica e amparada em uma fonte do Direito autoritativa⁵⁸.

Tomando como base os critérios propostos por Eveline Feteris (2008, p. 24) para a justificação de uma interpretação teleológica, na justificação a respeito da existência de lacuna, o juiz deve mostrar que a interpretação da regra de forma a garantir o aspecto material da certeza jurídica, naquele caso, é preferível a uma interpretação que garanta a previsibilidade. Deve ainda mostrar quais seriam os resultados da aplicação *a contrario*, bem como qual a razão subjacente da norma e por que motivos esses resultados são incompatíveis com a coerência da ordem jurídica, além de mostrar os resultados produzidos por uma interpretação ampliadora e por que motivos (circunstâncias relevantes) ele seria mais coerente com a razão subjacente⁵⁹.

Veja-se um exemplo. O *caput* do art. 45⁶⁰ da Lei 8.213/91 estipula um acréscimo de 25% no valor pago a título de aposentadoria a um aposentado por invalidez que necessite de “assistência permanente de outra pessoa”. Uma pergunta possível é: pode o texto ser interpretado analogicamente para conferir o acréscimo de 25% para aposentados de outras categorias que também dependam de assistência permanente de outra pessoa?

Para saber se é possível uma interpretação analógica, primeiro é necessário saber se há lacuna: ou o fato de o texto legal mencionar apenas a aposentadoria por invalidez é uma lacuna, pois entender que o benefício deve se restringir a apenas

⁵⁸ Uma fonte material, tal como uma razão moral, não pode, por si só, ser tida como justificação jurídica. Ela deve ser utilizada de forma vinculada a um texto legal a fim de apoiar uma interpretação (AARNIO, 1991, p. 138-139). A utilização de uma determinada fonte material depende, portanto, de seu emprego em uma justificação jurídica coerente, de forma interligada com fontes autoritativas, para obter relevância jurídica através do discurso racional (AARNIO, 2011, p. 127).

⁵⁹ O resultado, adaptando-se a proposta de Eveline Feteris (2008, p. 28), é a formulação de uma regra segundo a qual, dadas as circunstâncias $C_1, C_2...C_n$ do caso, o sentido normativo construído por meio de uma interpretação analógica, por conduzir a um resultado R_1 compatível com a razão subjacente G , deve ser preferido ao sentido construído *a contrario*, que conduz a um resultado R_2 incompatível com a razão subjacente G .

⁶⁰ “Art. 45. O valor da aposentadoria por invalidez do segurado que necessitar da assistência permanente de outra pessoa será acrescido de 25% (vinte e cinco por cento)”.

essa categoria de aposentados é uma solução insatisfatória ou incoerente com o ordenamento, ou não é lacuna, pois representa uma exclusão satisfatória e legítima de outros tipos de aposentadoria, ficando a analogia desautorizada em favor de um *argumentum a contrario*.

Ao analisar a questão na decisão proferida nos Embargos Infringentes nº 0017373-51.2012.404.9999/RS (2014), o Tribunal Regional Federal da 4ª Região julgou pela impossibilidade de extensão do acréscimo de 25% a um aposentado por idade. O Desembargador Relator Néfi Cordeiro assim registrou em seu voto:

A falta de proteção a outros beneficiários com igual necessidade de assistência não constitui necessária lacuna ou violação da igualdade, pela razoável compreensão de que ao inválido o grau de dependência é diretamente decorrente da doença motivadora do benefício - isto não se dando automaticamente nos demais benefícios previdenciários.

A razão oferecida para afastar a caracterização de lacuna é que existe motivo razoável para diferenciar a aposentadoria por invalidez de outras categorias, ou seja, que tal diferenciação é juridicamente aceitável e satisfatória e não ofende o princípio da isonomia.

Em sentido contrário, na decisão do Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 0001419-66.2005.4.02.5051 (2012), o Tribunal Regional Federal da 2ª Região entendeu por estender o acréscimo a categoria diversa de aposentado. No voto do Relator, Desembargador Américo Bedê Freire Júnior, ficou consignado:

Nesse passo, a interpretação meramente literal do dispositivo acima invocado pode causar distorções na garantia que se pretendeu conferir aos portadores de enfermidades com alta potencialidade incapacitante, igualmente dependentes de ajuda alheia. [...] Tecidas essas ponderações, entende-se que a aplicação do acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento) única e exclusivamente ao aposentado por invalidez que necessitar da assistência de outra pessoa não se coaduna com os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, pelo que a aplicação prática da regra prescrita no art. 45 da Lei n.º 8.213/91 deve efetivar-se sob o enfoque da Constituição Federal, de modo a abranger todo o aposentado em situação de invalidez geradora da necessidade de auxílio permanente.

Embora não haja a utilização do termo “lacuna”, pode-se perceber que o Relator rejeitou a utilização do *argumentum a contrario* (“interpretação meramente literal” e “aplicação [...] única e exclusivamente ao aposentado por invalidez”) e entendeu que o acréscimo deveria ser estendido a aposentados por idade ou por tempo de contribuição que necessitem de assistência permanente de terceiros (semelhança determinante), pois, se assim não fosse feito, poder-se-ia “causar distorções na garantia que se pretendeu conferir aos portadores de enfermidades com alta

potencialidade incapacitante”, o que não “se coaduna com os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade”. Noutras palavras, não fosse feita uma interpretação ampliadora (isto é, extensiva ou analógica), a utilização do *argumentum a contrario* levaria a resultados juridicamente indesejados e insatisfatórios, o que configura a lacuna.

A questão da lacuna, portanto, deve ser justificadamente enfrentada pelo juiz, que deve não apenas declarar sua interpretação pela existência de lacuna, mas também argumentar em favor dessa interpretação e afastar razões invocadas em favor do *argumentum a contrario* (ou, caso entenda que não há lacuna, deve justificar o *argumentum a contrario*).

Nesse contexto, os critérios de preferência entre analogia e *argumentum a contrario* concebidos por Aleksander Peczenik e por Aatos Alanen e subscritos por Aulis Aarnio (1991, p. 152), podem ser utilizados. Assim, a analogia é mais autorizada em textos mais antigos (em relação aos quais se pode cogitar a necessidade de atualização), ao passo que a argumentação *a contrario* deve ser preferida para normas procedimentais, normas relativas a formas para a prática de atos jurídicos e normas excepcionais (AARNIO, 1991, p. 152). Também outros critérios sugeridos por Aleksander Peczenik (2008, p. 323-328) se revelam úteis: normas que estabelecem proibições, marcos e limites temporais⁶¹, exceções, e ônus e restrições devem preferir um *argumentum a contrario*. A analogia, por outro lado, deve ser, em geral, preferida no Direito Privado (salvo se houver uma das causas de preferência do *argumentum a contrario*, como a fixação de limite temporal) e quando a própria Lei determina que as disposições referentes a um caso se aplicam também a outro (PECZENIK, 2008, p. 323-328).

Como regra geral, portanto, situações que exigem maior previsibilidade e maior concretização da legalidade devem preferir o *argumentum a contrario*, ao passo que a analogia é preferível em situações que exijam maior concretização da isonomia. Como bem observa Aleksander Peczenik (2008, p. 323), a escolha entre analogia e *argumentum a contrario* depende da ponderação entre a previsibilidade, que

⁶¹ Por exemplo, o artigo 1.641, II, do Código Civil, que impõe o regime da separação de bens para pessoas maiores de 70 anos, não deve ser interpretado analogicamente para impor a separação de bens a uma pessoa de 69 por se considerar que ter 69 anos é semelhante a ter 70 anos.

favorece o *argumentum a contrario*, e razões materiais de justiça, que favorecem a analogia, ambos aspectos do conceito de certeza jurídica.

4.2.2.2 A justificação do tratamento que se deseja estender por analogia

Outro aspecto envolvido na analogia jurídica é o tratamento conferido ao caso análogo. Com efeito, se a analogia jurídica conclui que determinado caso deve receber o mesmo tratamento dispensado a um caso análogo, então é necessário saber, primeiro, qual o tratamento que é dado a este último.

No caso da analogia jurídica, o caso análogo é, via de regra, um caso hipotético, criado para fins de efetuar a analogia. Isto porque, se fosse um caso concreto que tivesse sido efetivamente tratado de uma determinada forma por uma decisão judicial, ter-se-ia a utilização de um precedente.

Todavia, os participantes do discurso podem discordar não apenas quanto à possibilidade da analogia jurídica e às semelhanças entre os casos, mas também no que toca ao tratamento dispensado, cuja extensão analógica se defende.

O caso análogo via de regra, é um que caracteriza plenamente a hipótese normativa da norma cuja interpretação analógica deseja-se justificar. Retornando ao exemplo do artigo 45 da Lei 8.213/91, no caso de uma interpretação analógica do citado dispositivo o caso análogo envolveria uma pessoa aposentada por invalidez, que se encontra em uma situação hipotética tal como a do caso a ser julgado. Essa construção do caso análogo é uma ferramenta heurística que viabiliza o raciocínio analógico.

Porém, uma vez que o tratamento a ser estendido decorre de uma interpretação, é possível que esta também precise ser justificada. Por exemplo, no caso do referido artigo 45 da Lei 8.213/91 pode ser necessário esclarecer se determinada situação fática do segurado caracteriza a hipótese normativa de “necessitar de assistência permanente”. Nesse caso, a discussão se voltaria para o que caracteriza “assistência permanente”, discussão esta que poderia ocorrer mesmo se o segurado fosse um aposentado por invalidez. A questão se deslocaria momentaneamente da

interpretação analógica entre os casos para a interpretação do texto legal sobre o tratamento dispensado ao próprio caso análogo.

Observe-se que questionar o tratamento não se trata de infirmar a inferência analógica através de uma diferença, *e.g.*, não equivale a alegar que há uma diferença entre aposentados por invalidez e outras categorias de aposentados que desautoriza a analogia. Em verdade, se trata de argumentar que, ainda que o texto fosse estendido analogicamente, a consequência nele prevista não poderia ser aplicada, em razão da interpretação sobre algo que não é objeto da analogia.

Noutras palavras, equivale a argumentar que, mesmo o caso análogo (*e.g.*, aposentado por invalidez) não deveria receber o tratamento (*e.g.*, ter direito ao acréscimo de 25%) que se deseja estender por analogia, em razão de interpretação do dispositivo legal que se deseja aplicar analogicamente (*e.g.*, porque a situação fática não caracteriza a hipótese de necessidade de assistência permanente⁶²).

Na cadeia de silogismos apresentada, uma justificação deste tipo corresponde à sequência inaugurada pelo questionamento Q_1 .

4.2.2.3 A justificação das semelhanças e diferenças relevantes e da inferência analógica

Um ponto central da justificação de uma analogia jurídica é a justificação das semelhanças relevantes que autorizam a analogia, bem como das diferenças que não a desautorizam. Aqui se chega à estrutura básica do argumento por analogia. Na cadeia de silogismos da justificação interna apresentada, corresponde ao silogismo em justificação ao questionamento Q_3 .

Como visto, o argumento analógico defende que dois casos semelhantes devem ser tratados de uma mesma forma. A justificação do tratamento igualitário para casos

⁶² Seguindo no mesmo exemplo, imagine-se que a parte contra-argumenta alegando que, ainda que fosse possível a analogia entre aposentado por invalidez e outras categorias de aposentados, a consequência jurídica prevista na Lei não poderia ser produzida porque a situação fática não se enquadra no rol do Anexo I do Decreto 3.048/99, que elenca as situações ensejadoras do acréscimo referido, e que tal rol é taxativo. A aplicação da analogia, então, para ser efetiva, teria que ser acompanhada da justificação para a aplicação do tratamento questionado, tal como argumentar em favor de uma interpretação meramente exemplificativa do rol ou justificar ser ele inconstitucional por ter ultrapassado os limites do poder regulamentar.

semelhantes pode ser feita pelo recurso às regras de generalização do discurso racional e ao princípio da isonomia (ALEXY, 2013, p. 274). A dificuldade, portanto, reside em justificar que os dois são realmente semelhantes e que a semelhança é suficiente para ensejar o mesmo tratamento.

O grande problema da justificação das semelhanças reside no fato de que dois casos sempre podem ser semelhantes em algum ou até em um número indefinido de aspectos. E, ainda que se considerem apenas os aspectos relevantes, dois casos podem ser mais ou menos semelhantes (GUARINI, 2004). Por essa razão, a justificação da analogia envolve uma valoração de quais semelhanças são relevantes e de pesos das semelhanças e diferenças.

De acordo com Aulis Aarnio (1991, p. 150), a analogia deve comparar os casos com respeito a determinados aspectos (chave de analogia), que não pode ser identificada empiricamente, mas apenas escolhida através de uma valoração.

Esclareça-se que o fato de envolver uma valoração não torna a analogia arbitrária ou injustificável, mormente porque as formas de vida são partilhadas, ao menos em alguma medida, pelos membros de uma comunidade, de modo que um valor é algo unicamente individual, mas também social, integrado aos jogos de linguagem, que não podem ser dissociados das forma de vida. Por esse motivo, também as valorações integram a linguagem e podem ser contestadas (AARNIO, 2011).

A justificação de valorações, todavia, só pode acontecer até um certo grau. Como é pressuposto do discurso racional a adoção de um sistema de valores, valorações feitas dentro desse sistema podem ser discursivamente argumentadas a partir dos parâmetros de seu próprio jogo de linguagem. O limite da justificação de uma valoração é, assim, o jogo de linguagem, que não pode ser meta-justificado dentro de si mesmo. Não obstante, os diversos jogos de linguagem se aproximam na medida em que eles, assim como as formas de vida subjacentes, possuem pontos de semelhanças entre si (*family resemblances*). Assim, ainda que os participantes do discurso se insiram em formas de vida distintas (ou em variações de uma mesma forma de vida), dois jogos de linguagem suficientemente semelhantes podem levar a um consenso quanto aos critérios de avaliação das valorações. (AARNIO, 1991, 2011).

Dessa forma, também os critérios de valorações das semelhanças da analogia podem ser justificadas dentro do discurso racional. Essa justificação envolve oferecer razões que sustentem a existência de semelhanças e a relevância destas para o tratamento jurídico que se pretende estender por analogia. Para Robert Alexy (2013, p. 275), a valoração acerca das semelhanças pode ser fundamentada por todos os argumentos cabíveis no discurso jurídico.

É neste momento que se verifica a importância da estrutura básica do argumento analógico ora adotada: os casos são comparados em relação aos aspectos $f_1...f_n$ (uma chave de analogia, na terminologia de Aulis Aarnio), que devem ser determinantes para o tratamento jurídico ao caso análogo. O juiz deve justificar, portanto, em que aspectos $f_1...f_n$ os casos se aproximam e de que forma estes atributos são relevantes para determinar o tratamento ao caso análogo.

A relevância, como visto, diz respeito à *ratio legis* da norma que se pretende estender por interpretação analógica. Assim, a justificação da relevância corresponde a argumentar a respeito de como ou em que medida tais aspectos que são relevantes entre os casos são suficientes e necessários para determinar o tratamento jurídico dispensado ao caso análogo.

Significa dizer que aqui há um apelo para uma razão adjacente e à coerência.⁶³ O juiz deve argumentar em favor da existência de uma razão jurídica pela qual o caso análogo é tratado de determinada forma. Deve ainda argumentar que essa razão é capaz de justificar que o mesmo tratamento seja estendido ao caso a ser julgado.

No entanto, dois casos análogos não possuem apenas semelhanças, mas também diferenças. Se assim não fosse, não seriam eles semelhantes, mas iguais. Essa observação é importante uma vez que as diferenças podem infirmar a inferência analógica e, por essa razão, elas também devem ser justificadas com as razões pelas quais elas não desautorizam a analogia (ou razões pelas quais desautorizam, se for o caso de justificar a não aplicação da analogia⁶⁴). A justificação, no que toca às diferenças, se dá tal como em relação às semelhanças: o juiz deve oferecer

⁶³ Neil Maccormick (2009) trata a analogia de forma semelhante a um recurso a princípios, no sentido de serem ambos mecanismos decisórios que visam assegurar a coerência do ordenamento.

⁶⁴ Vale ressaltar que, embora o foco deste trabalho seja a justificação da interpretação analógica, as considerações sobre a justificação da analogia podem ser estendidas à justificação da não aplicação da analogia, com as devidas inversões, ou seja, de justificação de que não há lacuna, não há semelhanças relevantes, etc.

contra-argumentos para rejeitar ou acolher a existência de determinado aspecto distintivo ou sua relevância.

Ressalte-se que a existência de diferenças não torna os casos dissemelhantes, não obstante inviabilize a analogia. Os aspectos distintivos, portanto, não atingem as premissas segundo as quais os casos são semelhantes, mas sim a inferência analógica em si, *i.e.*, a passagem das premissas para a conclusão.

Com efeito, uma vez que casos são semelhantes em diversos graus, é possível que as semelhanças não sejam fortes o suficiente para levar à conclusão de que os casos devem ser tratados da mesma forma. Ou, ainda, é possível que não obstante dois casos sejam extremamente semelhantes em aspectos também muito relevantes, uma única diferença seja suficientemente forte para, apesar de tamanha semelhança, conduzir a um tratamento diferenciado. Noutras palavras, não apenas as premissas (isto é, a existência de semelhanças) podem apresentar graus de força diversificados, mas também o vínculo entre estas e a conclusão podem variar em força (GUARINI, 2004, p. 159).

É precisamente por esse motivo que a analogia não é dedutiva: ainda que os casos sejam semelhantes e que casos semelhantes devam ser tratados da mesma forma, essas premissas não implicam necessariamente que determinados dois casos semelhantes devam ser tratados da mesma forma⁶⁵.

Tal como a justificação das semelhanças, a justificação da inferência é também uma valoração em certa medida, pois significa que o juiz atribui maior peso, força, ou relevância às semelhanças do que às diferenças. Não obstante, é possível justificar quais são os critérios e parâmetros utilizados na inferência (*e.g.*, um princípio que, justificadamente, apoia a inferência; ou, se é invocada a ausência de um elemento como diferença relevante capaz de infirmar a inferência, a inferência pode ser

⁶⁵ É também por esse motivo que estruturas do argumento por analogia que não comportam análise dos aspectos de semelhança (e, por conseguinte, de diferença) não se mostram adequadas. Veja-se, por exemplo, a estrutura proposta por Robert Alexy (2013, p. 273), em que *F sim x* é o predicado “*x* é semelhante a *F*”:

“(x)(Fx v F sim x → OGx);
 (x)(Hx → F sim x);
 (x)(Hx → OGx).”

De acordo com a primeira premissa, todo caso que seja *F* ou similar a *F* deve ser tratado da forma *G*. Uma estrutura de tal forma só admite duas possibilidades para um *x* que não é *F*: ou *x* é similar a *F* e deve ser tratado como *G*, ou *x* não é similar a *F* e não deve ser tratado como *G* (ao menos não em razão de uma semelhança com *F*). Não há, assim, possibilidade de gradação da semelhança e da força da analogia, o que exclui a característica da derrotabilidade e prejudica a própria justificação.

apoiada por um precedente em que a ausência desse mesmo elemento não foi capaz de afastar a aplicação da norma).

A justificação da inferência é, assim, o segundo ponto central do argumento por analogia e que se mostra igualmente complexo. Ela corresponde a uma análise das diversas semelhanças e diferenças, bem como suas respectivas relevâncias, de modo a argumentar que as semelhanças devem prevalecer sobre as diferenças e que são suficientes para que os casos sejam tratados da mesma forma; se trata de convencer o auditório de que, uma vez aceitas as premissas, também deve ser racionalmente aceita a conclusão.

4.3 PARÂMETROS PARA A AVALIAÇÃO DO EXPEDIENTE DA ANALOGIA JURÍDICA

Uma vez que a justificação, para um teórico dialógico da argumentação como Aulis Aarnio, é um procedimento discursivo voltado a convencer um auditório de que determinada interpretação deve ser aceita, é necessário que o auditório possa ser capaz de aceitar racionalmente a justificação. Caso contrário, em nada serviria a justificação, pois o auditório a aceitaria não por suas razões, mas sim pela autoridade de quem a oferece ou por outro motivo persuasivo.

A avaliação também adquire elevada importância prática no processo judicial do ponto de vista da parte, que pode se valer dos parâmetros para reforçar ou contra-argumentar a justificação, do julgador que revisita uma decisão recorrida, que também precisa de parâmetros para examinar a decisão que lhe é questionada, e até do juiz, para decidir se uma decisão que se valeu da analogia jurídica apresenta boas razões para ser utilizada como precedente.

A avaliação é, ainda, intimamente ligada à justificação, como o outro lado de uma mesma moeda. Os parâmetros da justificação guiam a avaliação, na medida em que esta verifica se foram eles atendidos, assim como os parâmetros da avaliação guiam a justificação, porquanto esta objetiva que a interpretação seja, depois de avaliada, racionalmente aceita. Nesse sentido, o juiz que justifica racionalmente a analogia

também a avalia ao longo de sua justificação, como forma de influência, promovida pelo contexto de justificação, no contexto de descoberta⁶⁶.

Para que seja possível a avaliação racional, também é necessário que existam parâmetros que a guiem. Tal como os parâmetros da justificação externa, não se pretende que o atendimento a tais parâmetros seja condição necessária para a utilização da analogia. O que se busca é apenas estabelecer alguns critérios que visem garantir, de forma ótima, a racionalidade da analogia.

Ressalte-se que um primeiro parâmetro para avaliar uma decisão é a própria observância das regras da racionalidade-D: se a decisão não é justificada no âmbito de um discurso racional, ela não satisfaz a exigência de se evitar a arbitrariedade, pelo que não atende ao ideal de certeza jurídica. Assim, decisões com argumentos autoritários ou que não enfrentem racionalmente os argumentos deduzidos, por exemplo, já se mostra inadequada por ofensa às regras procedimentais do discurso.

Da mesma forma, uma decisão que não utiliza de maneira adequada as fontes do Direito é também ruim sob a perspectiva do discurso jurídico. Embora este trabalho não tenha formulado um catálogo de fontes, pode-se considerar, à luz das premissas adotadas com base na teoria de Aulis Aarnio (1991), que uma decisão, no sistema romano-germânico, que não referencia a lei, como fonte autoritativa e principal, ou que utiliza unicamente fontes substantivas, como argumentos morais, sem vinculá-las a uma fonte autoritativa, também são inadequadas.

Os parâmetros que serão analisados, nessa perspectiva, não se debruçam sobre o cumprimento das regras da racionalidade-D e da justificação jurídica, mas se voltam para o conteúdo da analogia jurídica. Ademais, devem ser vistos como meios para tornar a justificação da analogia o mais racional possível, de forma que a interpretação analógica possa ser menos arbitrária, através da fixação de critérios prévios que permitam uma aplicação mais consistente, sistematizada e metódica da analogia.

4.3.1 A avaliação dialética da analogia jurídica a partir de perguntas críticas

⁶⁶ De acordo com Robert Alexy, 2013, p. 227), “as exigências do processo de justificação repercutem no processo de descobrimento”.

A avaliação da analogia jurídica, como expediente de um procedimento argumentativo dialético, deve também se dar de forma dialética. Sob essa perspectiva, a análise pode ser feita por meio de algumas perguntas críticas que podem guiar o avaliador.

Nessa perspectiva, Harm Kloosterhuis (2000) elabora um conjunto de perguntas que servem como parâmetros para a avaliação da analogia jurídica. Elas são divididas em dois grupos: o primeiro contém perguntas que analisam se a analogia pode ser utilizada; o segundo, se a analogia é usada corretamente.

Na análise da possibilidade de utilização da analogia, a primeira pergunta a ser feita é se existe uma lacuna, e se ela é normativa ou axiológica (KLOOSTERHUIS, 2000). Na perspectiva deste trabalho, basta indagar se há lacuna; a pergunta acessória a respeito de sua natureza não é necessária, pois a lacuna é sempre interpretativa.

Havendo lacuna, a segunda pergunta a ser feita é se ela pode ser preenchida por uma analogia. Esse questionamento envolve quatro perguntas acessórias, que versam sobre: a área do Direito em que se faz a analogia, o tipo de regra, o vínculo condicional entre o antecedente e o consequente e os elementos constitutivos da regra (KLOOSTERHUIS, 2000).

Registre-se que a avaliação dessas questões deve ser guiada pelos já mencionados critérios para a preferência entre a analogia e o *argumentum a contrario* formulados por Aulis Aarnio (1991, p. 152) e Aleksander Peczenik (2008, p. 323-328). De fato, o próprio Harm Kloosterhuis (2000) se baseia nas ideias de ambos para a elaboração de tais questionamentos.

A área do Direito é levada em consideração, pois existem alguns campos com restrições e vedações à analogia. O tipo de norma, por sua vez, deve ser considerado, pois é possível que a analogia seja menos autorizada em relação a determinados tipos (KLOOSTERHUIS, 2000). É esse o caso das normas processuais segundo Aulis Aarnio (1991).

O vínculo condicional, por sua vez, deve ser analisado para identificar os aspectos que são meramente suficientes e os que são não apenas suficientes, mas também necessários para o tratamento jurídico dispensado ao caso análogo, ficando a analogia desautorizada se a situação a ser julgada não apresentar tais elementos indispensáveis ao tratamento. Já os elementos constitutivos da norma englobam os

sujeitos e objetos por ela regulados, o modal deôntico e atributos de tempo e espaço (KLOOSTERHUIS, 2000).

Alguns exemplos de influência dos elementos constitutivos na avaliação do uso da analogia podem ser vistos na preferência do *argumentum a contrario* para os casos de normas que restrinjam direitos (objetos), normas proibitivas (modal deôntico) e normas que estabelecem limites temporais (tempo). Também é o caso da vedação de analogia *in malam partem* (sujeito) no Direito Penal (pois ela é permitida para beneficiar o réu).

O segundo conjunto de questionamentos visa avaliar se a analogia, uma vez tida como possível, é aplicada corretamente. As perguntas que o compõem exigem que seja avaliado se a norma análoga é válida, se os casos são realmente similares nos aspectos relevantes, se os casos não são distintos em relação a tais aspectos relevantes, e se uma outra analogia seria aplicável (KLOOSTERHUIS, 2000).

Este conjunto se debruça tanto sobre a norma análoga, que deve ser uma norma de Direito válido, como também sobre o argumento por analogia em si. Vai além, todavia, quando propõe verificar a possibilidade de comparar o caso com outros possíveis análogos, o que permite identificar se existe outra e melhor analogia, que parta de um análogo mais próximo do caso a ser julgado.

Estes critérios não devem ser tomados como definitivos na avaliação de uma analogia, mas sim como questionamentos que podem guiar o intérprete que a avalia em um procedimento dialético de verificação. Eles compõem, acima de tudo, uma estrutura sistematizada de parâmetros para a avaliação das razões que sustentam a analogia, abarcando os elementos que, como visto, devem ser justificados no âmbito externo, desde a existência da lacuna, até a adequação do argumento por analogia.

Ademais, por óbvio, uma vez que a avaliação também se insere no âmbito do discurso racional, a verificação de tais parâmetros também deve ser feita conforme as regras da racionalidade-D e da justificação jurídica.

4.3.2 Aceitabilidade, relevância, e adequação e suficiência das premissas como parâmetros para a avaliação do argumento por analogia

O ponto central da justificação da analogia jurídica se volta para a estrutura do argumento analógico com o objetivo de convencer o auditório acerca de três elementos: a existência de semelhanças, a relevância das semelhanças para o tratamento jurídico, e a aceitabilidade da inferência analógica.

Esses três aspectos refletem o que Trudy Govier (2014, p. 87-88) chama de condições *ARG* (*acceptability, relevance, e good grounds*), as quais são necessárias para que um argumento seja cogente⁶⁷. São elas: que as premissas sejam aceitáveis, que sejam relevantes para a conclusão, e que ofereçam razões adequadas para a conclusão.

A primeira condição (A) diz respeito à aceitabilidade das premissas. Premissas aceitáveis são aquelas que podem ser razoavelmente aceitas, sejam elas verdadeiras ou de veracidade desconhecida, quando não há razão mais forte para que sejam falsas (GOVIER, 2014, p. 87).

Trudy Govier (2014, p. 117-128) identifica as seguintes condições que, em regra, constituem boas razões para aceitar uma premissa como aceitável: quando a premissa é apoiada por outro argumento cogente (o que remonta ao conceito de coerência trabalhado por Aulis Aarnio e Aleksander Peczenik); quando a premissa é tida como verdadeira *a priori* ou decorre do conhecimento geral; quando a premissa é apoiada pelo testemunho de outra pessoa ou quando é apoiada pela declaração racional de um *expert* no campo técnico no qual a premissa se insere (ressalvadas, em ambos os casos, aquelas implausíveis, desprovidas de credibilidade ou que ultrapassem aquilo que a pessoa poderia razoavelmente conhecer ou experimentar); e premissas provisoriamente aceitas, com o fim de avançar na avaliação do argumento ou verificar as consequências.

Por outro lado, são, via de regra, boas razões para não aceitar uma premissa: quando ela é facilmente refutável, em especial por um contraexemplo; quando é falsa *a priori*; quando duas ou mais premissas são inconsistentes ou contraditórias entre si (o que remonta à ideia de consistência e, assim, uma vez mais, à coerência);

⁶⁷ O conceito de argumento cogente é adotado em substituição aos conceitos de argumentos válidos (argumentos dedutivos em que as premissas implicam a conclusão) e corretos (argumentos válidos em que as premissas são verdadeiras). O argumento cogente se diferencia dos corretos em dois aspectos: o requisito de premissas verdadeiras é substituído pelo de premissas racionalmente aceitáveis, e comporta outras formas de inferência além da dedutiva. (GOVIER, 2014, p.108). Noutras palavras, quanto mais cogente um argumento, melhor ele será.

quando ela é vaga ou ambígua (assim devem ser entendidas as excessivamente vagas ou ambíguas, de modo a prejudicar o próprio argumento); e premissa que afirma ou presume a conclusão, formando uma circularidade (GOVIER, 2014, p. 131-135).

A condição de aceitabilidade das premissas remonta à própria ideia de justificação externa como justificação das premissas escolhidas. Assim, novos argumentos podem ser apresentados em favor da aceitabilidade de uma premissa (e o apoio por um argumento cogente é, inclusive, uma boa razão para aceitar a premissa). Esses argumentos se submetem às mesmas condições de avaliação que o argumento principal.

A segunda condição (*R*) diz respeito à relevância das premissas. Ela pressupõe a aceitabilidade das premissas. As premissas são relevantes para a conclusão quando oferecem algum apoio para que ela seja aceita. Esse apoio pode se dar pelos diversos tipos de inferência, inclusive através de uma analogia (GOVIER, 2014, p. 94-95).

Uma premissa pode ser positivamente relevante, quando sua aceitabilidade reforça a aceitabilidade da conclusão; negativamente relevante, quando sua aceitabilidade é contrária à aceitabilidade da conclusão; ou irrelevante, quando não há qualquer vínculo entre ela e a conclusão. Para que um argumento seja cogente, suas premissas devem ser positivamente relevantes para a conclusão, isto é, devem apoiar a conclusão (GOVIER, 2014, p. 148-150).

Por fim, a terceira condição (*G*) é verificada quando as premissas, tomadas em sua totalidade, constituem razões suficientes e adequadas para aceitar racionalmente a conclusão (GOVIER, 2014, p. 87). Ela pressupõe que as premissas sejam aceitáveis e relevantes para a conclusão.

A análise dessa última condição depende em grande parte do tipo de inferência do argumento. No caso de um argumento dedutivo, por exemplo, a condição *G* pode ser avaliada a partir das regras da lógica formal. No argumento analógico, por outro lado, a avaliação da inferência corresponde, como já foi dito, à análise das semelhanças e diferenças de modo a verificar se aquelas devem prevalecer sobre estas.

Uma forma de avaliar a inferência analógica é por meio de uma contra-analogia, que consiste em realizar uma outra analogia, desta vez entre o caso a ser julgado e algum análogo distinto. Caso a conclusão desta seja racionalmente mais aceitável do que a conclusão da analogia que se está a avaliar, ou caso a conclusão da contra-analogia seja inaceitável por alguma razão compartilhada com a analogia, que deva tornar inaceitável também a conclusão desta, a inferência analógica avaliada fica enfraquecida (GOVIER, 2014, p. 338-339).

Nessa perspectiva, uma analogia será cogente (e, portanto, boa) quando as semelhanças entre os casos forem racionalmente aceitáveis (*A*), relevantes para o tratamento jurídico, *i.e.*, determinam a *ratio legis* do caso análogo e são capazes de apoiar a conclusão de que os casos devem ser tratados de forma semelhante (*R*), e suficientes e adequadas para se inferir que os casos efetivamente devem ser tratados de uma mesma forma, ou seja, que são suficientemente fortes para sustentar a conclusão e relativamente mais fortes do que eventuais diferenças (*G*).

Registre-se que, embora as condições *ARG* tenham sido abordadas no contexto do argumento por analogia, elas podem ser utilizadas para avaliar outros argumentos da justificação externa. Assim, por exemplo, a justificação da lacuna também pode ser avaliada a partir da aceitabilidade, relevância e adequação e suficiência das premissas.

Por outro lado, não são esses parâmetros incompatíveis com os critérios apresentados por Harm Kloosterhuis (2000). Em verdade, a aceitabilidade, relevância e suficiência das razões complementam a avaliação dialética a partir das perguntas críticas, pois cada questionamento antes apresentado pode ser respondido ou fundamentado com argumentos que podem ser submetidos à avaliação através destes três parâmetros.

4.3.3 A coerência como critério último de avaliação do conteúdo da justificação jurídica

A avaliação da terceira condição (*G*) pode ser vista à luz do conceito de coerência. De acordo com Aulis Aarnio (1991, p. 257-260), a coerência é um requisito para que

a uma interpretação esteja justificada e é alcançada quando as razões da justificação são relevantes e podem conduzir racionalmente à conclusão.

A coerência requer consistência lógica e apoio das premissas à conclusão, porém exige ainda que esse apoio seja qualificado pelo atendimento, em alguma medida, a determinados critérios. Ademais, a coerência, justamente porque não se resume à consistência lógica, não é uma grandeza binária; ao contrário, pode variar em diversos graus de coerência (AARNIO, 1991, 2011; ALEXY; PECZENIK, 1990).

Dessa forma, a coerência pode ser entendida como um atributo tal que, quanto mais os enunciados que apoiam uma proposição se aproximem de uma estrutura de apoio perfeita, assim entendida como o conjunto de relações de apoio entre os enunciados (argumentos e razões) que sustentam a conclusão, mais coerente ela será (ALEXY; PECZENIK, 1990, p. 131-132).

A coerência é, assim, um atributo da justificação em que a cadeia de argumentos forma uma rede sistematizada que sustenta a conclusão, formando com esta *“una totalidad homogénea parte-todo”* (AARNIO, 1991, p. 259).

A coerência pode ser vista como requisito do ordenamento jurídico: as normas que o compõem devem ser coerentes entre si, de forma que o conjunto de normas faça sentido. A ideia de coerência do sistema é, inclusive, um dos fundamentos para a analogia jurídica, como recurso a um fundamento justificante das normas (MACCORMICK, 2009, p. 197-199). Sob outra ótica, ela também pode ser vista como requisito argumentativo: uma boa justificação exige que os enunciados que a sustentam formem um sistema o mais coerente possível e que o procedimento argumentativo seja o mais racional possível (AARNIO, 1991, p.259; ALEXY; PECZENIK, 1990, p. 145-146). Por conseguinte, a coerência também é um conceito que deve ser utilizado na avaliação de uma interpretação analógica: quanto mais coerente, mais bem justificada.

Por essa perspectiva, alguns critérios podem ser formulados para melhor delimitar o conceito de coerência. Não é necessário, e muitas vezes não é nem possível, que uma decisão ostente todos esses critérios, muito menos que satisfaça a todos o máximo possível. Como a coerência pode ser satisfeita em diferentes graus, saber quais critérios devem ser melhor satisfeitos e em que medida é uma questão de ponderação (ALEXY; PECZENIK, 1990).

Como um primeiro parâmetro, pode-se dizer que quanto mais razões (cadeias de argumentos) sustentarem a interpretação, mais coerente ela será (AARNIO, 2011, p. 145). Será, portanto, mais coerente uma interpretação que não apenas se apoia na existência de lacunas e semelhanças, mas também em precedentes, princípios jurídicos, e outras cadeias de argumentos que reforçam a interpretação de que o caso julgado deve ser tratado de uma determinada forma, de modo que diferentes razões formam um conjunto coerente que apoia a conclusão. No mesmo sentido, quanto mais semelhanças forem justificadas, mais coerente será a analogia.

Por outro lado, também será mais coerente uma interpretação analógica quanto mais profundas forem as cadeias de argumentos (AARNIO, 2011, p. 145; ALEXY; PECZENIK, 1990, p. 133). Cada argumento, por sua vez, será mais coerente quanto mais premissas forem formuladas para apoiar a conclusão (ALEXY; PECZENIK, 1990, p. 136-137). Assim, uma decisão que apenas menciona a aplicação analógica de um determinado dispositivo legal é pouco coerente, ao passo que é mais coerente uma decisão que justifica a analogia através de cadeias de argumentos profundas e exaustivas, compostas por argumentos o mais completos possíveis, abarcando todas as razões para a existência de lacuna, todas as razões que sustentam as semelhanças, diversas razões pelas quais as diferenças não são capazes de infirmar a inferência, etc.

Também será mais coerente a interpretação quanto mais relações de apoio forte existirem na justificação. Um enunciado que apoia fortemente uma conclusão é um enunciado necessário para que ela possa ser inferida (pois a conclusão não pode ser inferida de um subconjunto de premissas que não contenha o enunciado que a apoia fortemente). Ao mesmo tempo, o apoio forte desconsidera premissas irrelevantes (pois, em um subconjunto que contenha o enunciado que apoia fortemente a conclusão, as demais premissas devem ser necessárias em conjunto com esse enunciado) (ALEXY; PECZENIK, 1990, p. 133-136). Sob essa ótica, por exemplo, a analogia requer que o caso a ser julgado seja semelhante ao caso análogo no que toca aos aspectos necessários ao tratamento a este dispensado, de forma que quanto mais aspectos determinantes para o tratamento jurídico se verificarem no caso a ser julgado, mais coerente será a analogia.

Um maior número de relações de prioridades entre razões⁶⁸ também aumenta o grau de coerência da justificação. Foi dito, por exemplo, que o juiz deve apresentar as razões pelas quais as semelhanças devem prevalecer sobre as diferenças. Essas razões devem ser tanto exaustivas e completas quanto for possível (ALEXY; PECZENIK, 1990, p. 137). Esse critério garante que não apenas as prevalências sejam justificadas, mas também que as razões possam ser reciprocamente verificadas, de modo a evitar que razões contraditórias (incoerentes) justifiquem diferentes relações de prevalência.

Outro critério para a verificação do grau de coerência é a existência de apoio recíproco: quanto mais relações de apoio recíproco⁶⁹, mais coerente será a justificação (ALEXY; PECZENIK, 1990, p. 137-140). A existência de apoio recíproco implica que a conclusão é sustentada por argumentos que não apenas a apoiam isoladamente, mas que também que se apoiam, conferindo maior coerência e firmeza às cadeias de argumentos. Essa relação, todavia, não pode significar uma dependência dedutiva entre as cadeias (AARNIO, 2011, p. 145).

Todos esses critérios se referem à estrutura de apoio, de modo que dizem respeito diretamente à justificação. Do ponto de vista da coerência interna da justificação (entre seus enunciados), eles são os mais relevantes. Porém, outros critérios, que dizem respeito às relações entre os enunciados e fatores externos à estrutura de apoio, podem a eles ser acrescentados (ALEXY; PECZENIK, 1990).

Um maior grau de generalidade também aumenta a coerência de uma justificação. De acordo com esse critério, quanto mais enunciados gerais, que possam cobrir um maior número de casos, mais coerência haverá (ALEXY; PECZENIK, 1990, p. 140-142). Uma maior generalidade conduz a um maior grau de coerência, porquanto implica que um maior número de casos poderá ser abarcado pelos mesmos

⁶⁸ Robert Alexy e Aleksander Peczenik (1990, p. 137) dedicam seus comentários às relações de prevalências entre princípios. A ideia de derrotabilidade, todavia, não é exclusiva dos princípios, podendo ser estendidas a razões conflitantes em geral (PECZENIK, 2005, p. 115). É o caso da analogia, em que, havendo razões conflitantes (semelhanças e diferenças), é necessário que algum conjunto de razões prevaleça segundo alguns critérios. Desse modo, quanto mais critérios de prevalência puderem ser formulados entre as razões, independentemente de serem princípios jurídicos, mais coerente será a analogia.

⁶⁹ P_1 apoia uma conclusão Q se pertence a um conjunto de premissas $P = \{P_1; P_2; P_3... P_n\}$ do qual Q pode ser inferido. R_1 apoia uma conclusão S se pertence a um conjunto de premissas $R = \{R_1; R_2; R_3... R_n\}$ do qual S pode ser inferido. P_1 e R_1 apresentam uma relação de apoio recíproco se P_1 pertence a um conjunto de premissas $A = \{P_1; A_1; A_2... A_n\}$ do qual R_1 pode ser inferido e R_1 pertence a um conjunto de premissas $B = \{R_1; B_1; B_2... B_n\}$ do qual P_1 pode ser inferido.

conceitos, garantindo a eles um tratamento mais universal. Sob essa ótica, a própria razão de ser da analogia, vista como forma de garantir a coerência do ordenamento jurídico, é uma expressão deste critério de coerência.

Assim, por um lado, quanto mais semelhantes forem os casos, de modo a se aproximarem de uma mesma categoria mais geral, mais coerente será. Por outro lado, todavia, este critério pode parecer contrário à própria ideia da inferência por analogia, uma vez que ela não visa induzir regras universais a partir dos casos particulares. Não obstante, uma analogia pode ser mais universal (sem que resulte em uma regra universal capaz de ser dedutivamente aplicada) no sentido de que uma mesma analogia feita entre *A* e *B* pode também ser feita entre *A* e *C*. Uma analogia, portanto, é mais coerente quando pode justificar tratamentos coerentes a diversos casos.

Robert Alexy e Aleksander Peczenik (1990, p. 143) observam que, como pode não ser possível satisfazer todos os critérios ao mesmo tempo, é possível que a justificação se torne menos geral quanto mais profundas forem as cadeias de argumentos, aproximando-se cada vez mais de detalhes do caso.

Nessa circunstância, parece ser possível estabelecer que, *prima facie*, é mais importante para a analogia ter cadeias mais profundas do que a utilização de conceitos universais e enunciados gerais, uma vez que ela é baseada em um raciocínio de comparação entre dois casos com suas especificidades próprias.

Por fim, a coerência também é maior quando a justificação faz uso de conceitos de outros campos e a eles é aplicável (ALEXY; PECZENIK, 1990, p. 141-143). Por exemplo, conceitos de diversos ramos do Direito ou de economia, sociologia e outras áreas do conhecimento podem ser utilizados para aumentar a coerência de uma justificação (AANIO, 2011, p. 145).

Destaque-se que a análise da coerência não é incompatível com os parâmetros antes apresentados. Enquanto as perguntas propostas por Harm Kloosterhuis (2000) permitem uma macro avaliação dialética da analogia jurídica e os parâmetros sugeridos por Trudy Govier (2014) conduzem a uma avaliação dos argumentos utilizados como razões para sustentar os diversos aspectos envolvidos na analogia, a coerência é um critério que avalia a justificação como um todo sob duas óticas: se

a cadeia de argumentos é em si coerente e capaz de convencer o auditório a respeito da interpretação e se esta é coerente com o ordenamento.

A coerência, portanto, se apoia nos demais parâmetros de avaliação, na medida em que eles se debruçam sobre razões e fatores que contribuem para que a cadeia de argumentos seja coerente (e.g., a existência de semelhanças e a adequação e suficiência da inferência) e que a interpretação seja coerente com o ordenamento (e.g., através da verificação dos parâmetros para a utilização da analogia em detrimento do *argumentum a contrario*). Ao mesmo tempo, a coerência pode ser identificada como a razão que justifica a necessidade de justificação e de avaliação da analogia e, por conseguinte, a própria formulação dos parâmetros avaliativos: eles existem para verificar se a interpretação é apoiada por uma justificação coerente e se ela é coerente com o ordenamento.

A demanda por um elevado grau de coerência se explica porque a justificação jurídica é inserida no âmbito de um ordenamento jurídico que deve ser, ele próprio, coerente. A justificação deve ser, portanto, coerente como reflexo da coerência do ordenamento, de modo inclusive a reforçá-la caso venha a ser utilizada como razão (*ratio decidendi*) justificatória para outros casos, por meio da aplicação de precedente. A coerência da justificação permite verificar o quanto a justificação se mostra coerente com o próprio ordenamento. Em última análise, ela implica maior certeza jurídica: quanto mais coerente é a justificação, a jurisprudência e o ordenamento jurídico em seu todo, mais racional e previsível é a atividade judicial e mais se garante que a decisão esteja materialmente correta, pois um maior grau de coerência eleva sua consonância com o ideal e parâmetros de justiça do ordenamento jurídico.

É por essa razão que a coerência pode ser tida como um critério maior de avaliação: uma interpretação será tanto mais racionalmente aceita quanto mais coerente for sua justificação.

5 CONCLUSÃO

Ao final de todo este estudo, verificou-se a necessidade e possibilidade acerca da existência de uma metodologia para a aplicação da analogia jurídica que contemple alguns parâmetros para sua justificação e avaliação.

Primeiro, constatou-se, com base na teoria de Aulis Aarnio, que a justificação da interpretação analógica deve ser feita de forma que garanta o máximo possível a certeza jurídica, compreendida em ambos os seus aspectos de previsibilidade e de correção material, e que logre a maior aceitabilidade racional possível na comunidade jurídica.

Para tanto, a justificação deve obedecer às regras do discurso racional e da justificação jurídica, isto é, ser desenvolvida no âmbito de um procedimento argumentativo racional em que o juiz ofereça razões jurídicas, fundamentadas nas fontes do Direito, que sustentem a interpretação, as quais também podem ser novamente justificadas, uma vez que passíveis de questionamentos e contra-argumentos.

Nessa perspectiva, a adequação do uso das fontes do Direito e a observância das regras do discurso racional e da justificação jurídica já despontam como os primeiros parâmetros que compõem a metodologia da aplicação analógica. Em especial, verificou-se que a regra de apoio do discurso racional exige que as razões que sustentam a interpretação sejam capazes de convencer racionalmente o auditório de que a interpretação é racional e juridicamente aceitável.

Concluiu-se, ainda, que a aplicação do Direito é sempre uma atividade interpretativa que não pode ser dissociada da linguagem, que, por sua vez, não pode ser dissociada da realidade social. Essa conclusão tornada premissa e aliada à ideia de que a interpretação é o meio pelo qual o ser humano percebe o mundo descrito em enunciados linguísticos permitiu verificar que a interpretação é uma atividade construtiva, que exige ativa participação do intérprete.

Assim, com apoio nas ideias, principalmente, de Aurora de Carvalho, verificou-se que o ordenamento jurídico não possui lacunas lógico-jurídicas. Constatou-se, ademais, que a existência de lacunas é também resultado da percepção do

intérprete a respeito do ordenamento, de modo que a lacuna a ser preenchida pela analogia jurídica é sempre interpretativa.

Em seguida, revelou-se que o argumento por analogia que se encontra na base da analogia jurídica, possui um tipo de inferência própria, não dedutiva nem indutiva. Verificou-se, ainda, qual é a estrutura básica do argumento por analogia, notadamente com sua comparação de aspectos semelhantes entre os casos, e de que forma ela se mostra relevante para a analogia jurídica. Observou-se, ainda, que a inferência analógica não é dedutiva porque, ainda que os casos sejam semelhantes, não há como se inferir logicamente que devam ser tratados da mesma forma, pois podem existir diferenças que infirmem a passagem das premissas para a conclusão.

Na sequência, verificou-se que a analogia jurídica é um expediente de justificação que tem como objetivo preencher uma lacuna verificada interpretativamente pelo intérprete quando ele interpreta ser possível construir um sentido normativo com base em outros expedientes. Ademais, constatou-se que ela tem como requisitos, além da existência de lacuna, a relação de semelhança entre o caso a ser julgado e um caso análogo, que, via de regra, é um caso construído *a priori* pelo intérprete a partir dos elementos descritos no antecedente da norma que se pretende interpretar e aplicar analogicamente. Essas semelhanças devem ser qualificadas como relevantes em relação à *ratio legis*, assim entendidas as que sejam suficientes para determinar o tratamento jurídico que se pretende estender analogicamente.

Ainda sobre a conceituação da analogia jurídica, constatou-se que a diferença entre analogia e interpretação extensiva é apenas retórica. Verificou-se não ser possível distinguir, conceitualmente e *a priori*, os institutos, a partir de sua natureza nem de seus resultados. Concluiu-se, ainda, que a chamada analogia *juris* não, propriamente, uma analogia jurídica, pois não se baseia em um argumento por analogia, mas sim em uma generalização indutiva. Assim, adotou-se como objeto do trabalho apenas a chamada analogia *legis*.

Em continuidade, tomando todas essas conclusões como premissas, verificou-se que, sendo a analogia um expediente não dedutivo, complexo, que exige a um só tempo a existência de lacuna, uma valoração de semelhanças e suas relevâncias, e uma argumentação em favor da prevalência das semelhanças sobre as diferenças, a

fixação de uma metodologia para sua utilização é de extrema importância para evitar que ela se torne um expediente arbitrário, lançado pelo julgador como forma de justificar qualquer interpretação e de reduzir a possibilidade de controle sobre a decisão tomada..

Com base na teoria de Aulis Aarnio, verificou-se que a justificação da analogia jurídica consiste em oferecer razões jurídicas aceitáveis que apoiem a analogia. Concluiu-se, assim, que a fixação de parâmetros para a justificação e avaliação da analogia é essencial para garantir que ela seja o mais racional e previsível possível, garantindo, assim, que seja capaz de obter maior aceitabilidade racional na comunidade jurídica através das razões oferecidas.

Nessa perspectiva, observou-se que a justificação da analogia, deve se dar nos âmbitos interno e externo. Na dimensão interna, basta que o juiz seja logicamente consistente em sua decisão. Já na perspectiva externa, verificou-se que o juiz deve convencer seu auditório de que a interpretação analógica é jurídica e racionalmente aceitável.

Para tanto, concluiu-se que ele deve justificar externamente a existência de lacuna através de razões jurídicas, apoiando-se, para tanto, em argumentos consequencialistas que recorrem a uma razão subjacente que justifique a norma a ser interpretada analogicamente, de modo que a analogia sirva como meio de garantir a coerência do ordenamento. Com esse fim, foram adotadas diretrizes propostas por Eveline Feteris para a justificação de argumentos teleológicos e os parâmetros de Aulis Aarnio e Aleksander Peczenik para determinar a preferência entre a analogia jurídica e o *argumentum a contrario*.

Na sequência, constatou-se que o juiz deve, também, justificar externamente o tratamento jurídico dispensado ao caso análogo e que se pretende estender por analogia, uma vez que podem existir razões não para infirmar a analogia, mas sim para sustentar que o tratamento jurídico não deve ser dispensado nem ao caso a ser julgado, nem ao análogo, por ausência de algum requisito que não é objeto da analogia.

E, para finalizar as diretrizes da justificação externa, concluiu-se que o juiz deve justificar os aspectos semelhantes entre os casos, porque tais aspectos são relevantes para determinar o tratamento jurídico que se pretende estender

analogicamente e porque, contrapostos as diferenças existentes, essas semelhanças são capazes de sustentar a analogia. Seguindo as ideias de Aulis Aarnio, verificou-se que, não obstante essa justificação faça, inevitavelmente, referência a valorações, também estas podem ser justificadas por outras razões e critérios que justifiquem a semelhança ou sua prevalência sobre uma distinção. Ademais, essas razões devem ser jurídicas, vinculadas a uma fonte do Direito.

Passando para a perspectiva da avaliação, que foi adotada como uma dimensão da metodologia complementar à justificação, uma vez que esta foi entendida como um diálogo, exigindo, portanto, participação do auditório, foram identificados três grupos de parâmetros avaliativos, que se relacionam intimamente com as diretrizes trazidas para a justificação externa.

O primeiro, baseado em perguntas críticas formuladas por Harm Kloosterhuis, analisa se a utilização da analogia em desfavor de outra forma de expediente foi adequada e se a analogia foi utilizada corretamente. Seguindo essa forma dialética de avaliação, devem ser verificados como parâmetros a área do Direito, o tipo de regra a ser estendida por analogia, a natureza do vínculo condicional e os elementos constitutivos da regra a ser estendida; elementos estes que podem interferir na utilização da analogia jurídica, preterindo-a em favor de um *argumentum a contrario*, em especial com base nos critérios utilizados por Aulis Aarnio e Aleksander Peczenik. Também deve ser avaliado se os casos são efetivamente semelhantes e se não essencialmente diferentes, bem como se a analogia feita é a mais adequada.

O segundo grupo, partindo das ideias de Trudy Govier para a avaliação de qualquer tipo de argumento, analisa a aceitabilidade das premissas do argumento por analogia, ou seja, das semelhanças levantadas, a relevância destas premissas para a conclusão, *i.e.*, a capacidade das semelhanças de conduzir ao mesmo tratamento jurídico, e a suficiência e adequação destas premissas, ou seja, se, tomadas como aceitáveis e relevantes, são elas, em seu todo, capazes de convencer o auditório que a conclusão é também aceitável. Essa análise se volta para o núcleo do argumento por analogia e complementa os parâmetros trazidos por Harm Kloosterhuis.

Por fim, o terceiro critério é baseado nas considerações sobre coerência desenvolvidas por Aulis Aarnio e, conjuntamente, por Aleksander Peczenik e Robert

Alexy. Concluiu-se, a partir da adoção dos critérios de coerência para a analogia jurídica, sendo relevante destacar a quantidade e profundidade das cadeias de argumentos, que, quanto mais coerente for a justificação, melhor ela será.

Nesse sentido, observou-se que a coerência possui papel essencial nessa tarefa, servindo como critério último de avaliação, uma vez que uma justificação racional em que os diversos argumentos foram um todo coerente com a interpretação e esta, por sua vez, se mostra coerente ao ordenamento jurídico, resguardando e fortalecendo sua coerência interna, garante de forma melhor a concretização da certeza jurídica, em ambas as suas dimensões, combatendo a arbitrariedade e tornando as decisões jurídicas mais racionais, previsíveis e materialmente melhores, e, assim, mais racionalmente aceitáveis.

Ao final, seguindo os ensinamentos de Aulis Aarnio, concluiu-se que, embora não seja possível tornar a justificação jurídica e sua avaliação atividades completamente objetivas, é possível e necessário fixar parâmetros, critérios e diretrizes que componham uma metodologia de aplicação do expediente em estudo, pelo que foi proposto um método argumentativo de justificação e a avaliação da analogia com base em tais observações, a fim de reduzir a arbitrariedade e garantir maior previsibilidade e correção material, à luz dos critérios de justiça subjacentes ao ordenamento, à decisão judicial, de modo a maximizar sua aceitabilidade racional e a possibilidade de controle jurídico e social sobre a atividade jurisdicional.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. ***La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico***. *Doxa – Cuadernos De Filosofía del Derecho*, Alicante, v. 8, p. 23-38, 1990. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/la-tesis-de-la-nica-respuesta-correcta-y-el-principio-regulativo-del-razonamiento-jurdico-0/>>. Acesso em: 05 nov. 2016.

_____. Aulis. ***Essays on the doctrinal study of law***. Dordrecht: Springer, 2011.

_____. Aulis. ***Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica***. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudos Constitucionales, 1991.

ALEXY, Robert. ***Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica***. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ALEXY, Robert; PECZENIK, Aleksander. ***The concept of coherence and its significance for discursive rationality***. *Ratio Juris*, v. 3, n. S1, p. 130-147, 1990.

ALVES, Alaôr Caffé. ***Lógica: pensamento formal e argumentação: elementos para o discurso jurídico***. 5. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

ATIENZA, Manuel. ***Algunas tesis sobre la analogía en el Derecho***. *Doxa – Cuadernos De Filosofía del Derecho*, Alicante, v. 2, p. 223-229, 1985. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/algunas-tesis-sobre-la-analogia-en-el-derecho-0/>>. Acesso em: 17 out. 2016.

_____. Manuel. ***As razões do direito: teorias da argumentação jurídica***. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Univesitária, 2014.

BOBBIO, Norberto. ***Teoria do Ordenamento Jurídico***. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília: 1995.

BRASIL. **Constituição Federal**, de 05 de outubro de 1988. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 30 mai. 2016.

_____. **Decreto 3.048**, de 6 de maio de 1999. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. 06 mai. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm>. Acesso em: 05 nov. 2016.

_____. **Decreto-Lei 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 3 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 30 mai. 2016.

_____. **Decreto-Lei 5.542**, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, 1 mai. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 30 mai. 2016.

_____. **Lei 4.657**, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro, 4 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 30 mai. 2016.

_____. **Lei 5.172**, de 25 de outubro de 1996. Código Tributário nacional. Brasília, DF, 25 out. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em: 30 mai. 2016.

_____. **Lei 8.213**, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF, 24 jul. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 05 nov. 2016.

_____. **Lei 8.429**, de 2 de junho de 1992. Lei de Improbidade Administrativa. Rio de Janeiro, 2 jun. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 30 mai. 2016.

_____. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 05 nov. 2016.

_____. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 0001419-66.2005.4.02.5051 da Turma Regional de Uniformização de Jurisprudência. Relator: Américo Bedê Freire Júnior. Julgado em: 11/05/2012. Disponível em: <<http://www.trf2.gov.br/iteor/RJ0103610/1/1/404229.rtf>>. Acesso em 27 out 2016.

_____. Tribunal Regional Federal da 04ª Região. Embargos Infringentes nº 0017373-51.2012.404.9999/RS da 03ª Seção. Relator: Néfi Cordeiro. Julgado em: 24/07/2014. Disponível em: <http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=6902657&hash=edd017bc4ffa123c9990ac4f6ff0a349>. Acesso em 27 out 2016.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Editora Noeses, 2012.

CANALE, Damiano; TUZET, Giovanni. *Analogy and interpretation in legal argumentation*. In: RIBEIRO, Henrique Jales (Org.). **Systematic approaches to argument by analogy**. New York: Springer, 2014. p. 227-242.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Teoria Geral do Direito (o constructivismo lógico-semântico)**. 2009. Tese. Orientador: Paulo de Barros Carvalho. (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp098895.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2016.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 24. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

COPI, Irving M.; COHEN, Carl. *Introducción a la lógica*. Trad. Jorge Alejandro Rangel Sandoval. 2. ed. Cidade do México: Limusa, 2013.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações**

probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Trad. Nelson Boeira. 1ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DUARTE, Écio Oto Ramos. **Teoria do discurso e correção normativa do direito: aproximação à metodologia discursiva do direito.** 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2004.

EEMEREN, Frans H.; GARSSSEN, Bart. *Argumentation by analogy in stereotypical argumentative patterns.* In: RIBEIRO, Henrique Jales (Org.). **Systematic approaches to argument by analogy.** New York: Springer, 2014. p. 41-56.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico.** Trad. João Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.** 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FETERIS, Eveline T. **Fundamentals of legal argumentation: a survey of theories on the justification of judicial decisions.** Dordrecht: Springer, 1999.

_____. **A pragma-dialectical approach to legal discussion.** *Informal Logic*, Windsor, v. 15, n. 3, p.180-188, 1993. Disponível em: <http://ojs.uwindsor.ca/ojs/leddy/index.php/informal_logic/article/view/2485/1927>. Acesso em: 05 nov. 2016.

_____. **Weighing and balancing in the justification of judicial decisions.** *Informal Logic*, Windsor, v. 28, n. 1, p. 20-30, 2008. Disponível em: <http://ojs.uwindsor.ca/ojs/leddy/index.php/informal_logic/article/view/511/480>. Acesso em: 05 nov. 2016.

GOVIER, Trudy. ***Analogy and missing premisses***. *Informal Logic*, Windsor, v. 11, n. 3, p.141-152, 1989. Disponível em: <http://ojs.uwindsor.ca/ojs/leddy/index.php/informal_logic/article/view/2628/2069>. Acesso em: 17 out. 2016.

_____. ***A practical study on argument***. 7. ed. Boston: Wadsworth Cengage Learning, 2014.

GRAU, Eros Roberto. ***Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito***. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

GUARINI, Marcello. ***A defence of non-deductive reconstructions of analogical arguments***. *Informal Logic*, Windsor, v. 24, n. 2, p. 153-168, 2004. Disponível em: <http://ojs.uwindsor.ca/ojs/leddy/index.php/informal_logic/article/view/2141/1585>. Acesso em: 17 out. 2016.

GUASTINI, Riccardo. ***Estudios sobre la interpretación jurídica***. Trad. Mariana Gáscon e Miguel Carbonell. Cidade do México: *Instituto de Investigaciones Jurídicas*, 1999.

HURLEY, Patrick J. ***A concise introduction to logic***. 11. ed. Boston: Wadsworth Cengage Learning, 2012.

KELLEY, David. ***The art of reasoning: an introduction to logic and critical thinking***. 4. ed. New York: W. W. Norton & Company, 2014.

KELSEN, Hans. ***Teoria pura do direito***. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KLOOSTERHUIS, Harm. Analogy argumentation in law: a dialectical perspective. *Artificial intelligence and law, local*, v. 8, n. 2-3, p. 173-187, 2000.

LARENZ, Karl. ***Metodologia da ciência do direito***. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Trad. Waldéa Barcellos. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução ao estudo do direito**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Teoria da argumentação jurídica e nova retórica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

PECZENIK, Aleksander. **Scientia Juris: legal doctrine as knowledge of law and as a source of law**. New York: Springer, 2005.

_____. **On law and reason**. 2. ed. Dordrecht: Springer, 2008.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RAZ, Joseph. **The authority of law: essays on law and morality**. Oxford: Oxford University Press, 1979.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

RUIZ, Graciela Fernández. **Argumentación y lenguaje jurídico. Aplicación al análisis de una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación**. Cidade do México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

SINNOTT-ARMSTRONG, Walter; FOGELIN, Robert. **Understanding arguments: an introduction to informal logic**. 9. ed. Stamford: Cengage Learning, 2015.

TELLES JUNIOR, Goffredo. **Tratado da consequência: curso de lógica formal**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

TOLEDO, Cláudia. **Teoria da argumentação jurídica**. Veredas do Direito, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, p. 47-65, 2005. Disponível em:

<<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/116/97>>.
Acesso em: 04 set. 2016.

WALTON, Douglas. *Argumentation schemes for argument from analogy*. In: RIBEIRO, Henrique Jales (Org.). **Systematic approaches to argument by analogy**. New York: Springer, 2014. p. 23-40.

WRIGHT, G. H. **Deontic logic**. *Mind, new series*. Oxford: Oxford University Press, v. 60, n. 237, p. 1-15, jan. 1951.

ZACCARIA, Giuseppe. *Analogy as legal reasoning: the hermeneutic foundation of the analogical procedure*. In: NERHOT, Patrick (Org.). **Legal knowledge and analogy: fragments of legal epistemology, hermeneutics and linguistics**. Dordrecht: Springer, 1991. p. 42-70.