

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**RODRIGO BARALDO MENDONÇA**

**RACIOCÍNIO ANALÓGICO NO DIREITO:  
ENTRE INDETERMINAÇÃO E SEGURANÇA JURÍDICA.**

Porto Alegre

2018

**RODRIGO BARALDO MENDONÇA**

**RACIOCÍNIO ANALÓGICO NO DIREITO:  
ENTRE INDETERMINAÇÃO E SEGURANÇA JURÍDICA.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Wladimir Barreto Lisboa.

Porto Alegre

2018

### CIP - Catalogação na Publicação

Mendonça, Rodrigo Baraldo  
Raciocínio analógico no Direito: entre  
indeterminação e segurança jurídica. / Rodrigo Baraldo  
Mendonça. -- 2018.  
141 f.  
Orientador: Wladimir Barreto Lisboa.

Dissertação (Mestrado) -- Universidade Federal do  
Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de  
Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, BR-RS, 2018.

1. Raciocínio jurídico. 2. Analogia. 3. Coerência.  
4. Estado de Direito. 5. Raciocínio analógico. I.  
Lisboa, Wladimir Barreto, orient. II. Título.

**RODRIGO BARALDO MENDONÇA**

**RACIOCÍNIO ANALÓGICO NO DIREITO:  
ENTRE INDETERMINAÇÃO E SEGURANÇA JURÍDICA.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovada em 22 de janeiro de 2018.

---

Prof. Dr. Wladimir Barreto Lisboa  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul  
Orientador

---

Prof. Dr. Alfredo Carlos Storck  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul  
Examinador

---

Prof. Dr. Cláudio Ari Pinheiro de Mello  
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul  
Examinador

---

Prof. Dr. Paulo Baptista Caruso MacDonald  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul  
Examinador

*À Thais, sem analogias, sem comparações,  
sem metáforas.*

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus.

Agradeço à Thais, minha companheira, com quem partilho sonhos, desafios e esperanças, o amor, a companhia, o incentivo, a confiança.

Agradeço aos meus pais, por acompanharem este meu percurso, por me concederem todas as condições para chegar a esta etapa, por respeitarem minhas escolhas e por me ampararem, de modo sereno e constante, nos caminhos que tenho optado por trilhar.

Agradeço aos meus sogros, Margit e Luiz, e ao Victor, ao Wagner e à Laura o carinho e os momentos compartilhados.

Agradeço ao meu orientador, Wladimir Barreto Lisboa, todas as sugestões, considerações, ponderações e conselhos, tanto durante a graduação quanto no mestrado. Agradeço a incansável disponibilidade nos momentos de orientação, nos quais pude ter acesso a um tanto de sua experiência e de sua percepção séria e profunda sobre os objetos de estudo, tornando claras a sua preocupação com a Universidade e a consciência de seu papel como agente transformador.

Agradeço aos professores Paulo Baptista Caruso MacDonald, Alfredo Storck e Flávio Comim, que acompanharam minha trajetória no mestrado e também me oportunizaram contato com um pouco de seu vasto conhecimento, permitindo-me visualizar o exemplo de postura profissional séria e engajada. Agradeço, também, ao professor Daniel Mitidiero, que foi incentivador e interlocutor de diversos e instigantes debates.

Agradeço aos colegas de pós-graduação, em especial à Mariana Kuhn de Oliveira, à Patrícia Graeff, ao Wagner Fensterseifer, ao Ramiro Peres, ao Fernando Campos e ao Thomaz Spolaor o partilhar desta trajetória. Além deles, agradeço aos colegas de grupos de estudos Artur Tonon, Edison Consiglio, Maria Clara Sales e Augusto Machado as importantes discussões.

Agradeço à Justiça Federal do Rio Grande do Sul, nas pessoas de minhas chefias, Juiz Federal Dr. Marcelo De Nardi, Juíza Federal Substituta Dra. Clarides Rahmeier e Diretora de Secretaria Josiane Noal Garcia, que foram incentivadores dessa trajetória acadêmica e que me oportunizaram o trabalho com questões complexas capazes de suscitar reflexão sobre o tema desta pesquisa. Agradeço, também especialmente, às amigas e colegas de trabalho Elizandra Panziera Arend, Ana Claudia Ochoa Carioli, Thais Negri Arizi, Geziana Locatelli e Daniela Korndorfer Silva. Agradeço aos demais amigos do trabalho, em especial, à Angelita Nunes Jimenez, ao Eduardo Carneiro da Fontoura e à Raquel Santos Herold.

Agradeço aos amigos que, próximo ou longe, acompanharam esta caminhada, Álvaro, Bianca, Marianni, Alana, Rossana, Rafael, Airton, Analaura e Maitê.

Agradeço aos professores Paulo MacDonald e Cláudio Ari Pinheiro de Mello os comentários como arguidores na banca de qualificação. As observações na ocasião permitiram repensar sobre aspectos centrais do trabalho, proporcionando inclusões e reformulações de ideias.

Por fim, agradeço à Universidade Federal do Rio Grande do Sul, pela já longa acolhida e pelas inúmeras oportunidades de reflexão, de estudo e de acesso. Minha vida profissional e acadêmica tem dívida eterna com esta casa.

*Analogies are like a ladder that can be discarded once we have climbed to the top. I think that this metaphor is misleading because it suggests that analogies are dispensable in a way that they are not; analogies are not a ladder to be tossed away, but rather an important basis for our judgments. But a fuller response to this criticism must go deeper. The fuller defense would start with the claim that our considered judgments about particular cases have a kind of priority in deciding what the law is or should be. My suggestion is that because of the distinctive requirements of a legal system, correct answers in law might consist precisely of those particular judgments, once they have been made to cohere.*

SUNSTEIN, Cass R. On Analogical Reasoning. *Harvard Law Review*, vol. 106, n. 3, pp. 741-791, jan. 1993, p. 775.

*[...] analogy is the brainstorm of jurists'-diction.*

BREWER, Scott. Exemplary reasoning: semantics, pragmatics, and the rational force of legal argument by analogy. *Harvard Law Review*, vol. 109, n. 5, pp. 923-1028, mar. 1996, p. 926.

*These simple examples are, however, enough to show that, though 'Treat like cases alike and different cases differently' is a central element in the idea of justice, it is by itself incomplete and, until supplemented, cannot afford any determinate guide to conduct. This is so because any set of human beings will resemble each other in some respects and differ from each other in others and, until it is established what resemblance and differences are relevant, 'Treat like cases alike' must remain an empty form. To fill it we must know when, for the purposes in hand, cases are to be regarded as alike and what differences are relevant. Without this further supplement we cannot proceed to criticize laws or other social arrangements as unjust. It is not unjust for the law when it forbids homicide to treat the red-haired murderers in the same way as others; indeed it would be as unjust if it treated them differently, as it would be if it refused to treat differently the sane and the insane.*

*[...]*

*In certain cases, indeed, the resemblances and differences between human beings which are relevant for the criticism of legal arrangements as just or unjust are quite obvious. This is pre-eminently the case when we are concerned not with the justice or injustice of the law but of its application in particular cases. For here the relevant resemblances and differences between individuals, to which the person who administers the law must attend, are determined by the law itself. To say that the law against murder is justly applied is to say that it is impartially applied to all those and only those who are alike in having done what the law forbids; no prejudice or interest has deflected the administrator from treating them 'equally'. Consistently with this the procedural standards such as 'audi alteram partem' 'let no one be a judge in his own cause' are thought of as requirements of justice, and in England and America are often referred to as principles of Natural Justice. This is so because they are guarantees of impartiality or objectivity, designed to secure that the law is applied to all those and only to those who are alike in the relevant respect marked out by the law itself.*

HART, H. L. A. *The Concept of Law*. 3.ed. New York: Oxford, 2012, pp. 159-160.

## RESUMO

O raciocínio jurídico analógico tem sido visto ora como forma de raciocínio essencial ao Direito, ora como mecanismo pernicioso e arbitrário de tomada de decisões, em prejuízo ao Estado de Direito. O presente trabalho parte da hipótese de que o raciocínio analógico é mecanismo que promove segurança jurídica, e, não, indeterminação. Para sustentar tal ideia, a primeira parte desta discussão apresenta o ponto de vista de diferentes teóricos do direito que procuraram expor ou negar a existência de uma estrutura própria dessa forma de raciocínio. A segunda parte, por sua vez, propõe um balanço acerca dessas perspectivas, identificando-se elementos pertinentes à estrutura do raciocínio analógico e passíveis de análise específica e de crítica, com possibilidade de reformulação ou de melhor compreensão dos pontos colocados em evidência. A terceira parte, por fim, estabelece relação entre raciocínio analógico e coerência, entendendo esta como essencial para compreender de que maneira tal espécie de raciocínio pode promover segurança jurídica; para tanto, discute os conceitos de coerência e de integridade do direito, e, então, propõe que é possível verificar, do ponto de vista prático, relação entre a forma de desenvolvimento de raciocínios analógicos e os institutos jurídicos, de maneira a sustentar, por fim, que a analogia pode constituir mecanismo de segurança jurídica e de densificação do direito. O trabalho conclui que o raciocínio analógico desempenha papel relevante no Estado de Direito, nem sempre percebido como tal.

Palavras-chave: raciocínio jurídico, analogia, coerência, Estado de Direito.



## **ABSTRACT**

Analogical legal reasoning has been seen both as a form of reasoning essential to the law and as a pernicious and arbitrary mechanism of decision-making, undermining the rule of law. The present work is based on the hypothesis that analogical reasoning is a mechanism that increases legal certainty, not indetermination. To support this idea, the first part of this discussion presents the point of view of different legal theorists who sought to expose or deny the existence of a proper structure of this form of reasoning. The second part, in turn, proposes a balance on these perspectives, identifying pertinent elements to the structure of analogical reasoning, which are subject to specific analysis and criticism, with the possibility of reformulation or better understanding of the highlighted points. The third part, finally, establishes a relation between analogical reasoning and coherence, understanding this as essential to comprehend how this kind of reasoning can promote legal certainty; for this, it discusses the concepts of coherence and integrity of the law, and then it proposes that it is possible to verify, from a practical point of view, the relationship between the development of analogical reasoning and institutions of law, in order to sustain, lastly, that analogy can constitute a mechanism of legal certainty and densification of the law. This work concludes that analogical reasoning plays a relevant role in the rule of law, not always perceived as such.

Keywords: legal reasoning, analogy, coherence, Rule of Law.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>1 ABORDAGENS DA ESTRUTURA DO RACIOCÍNIO ANALÓGICO NO DIREITO .....</b>	<b>14</b>
1.1 “ON ANALOGICAL REASONING” (1993), DE CASS SUNSTEIN. ....	23
1.2 “EXEMPLARY REASONING: SEMANTICS, PRAGMATICS, AND THE RATIONAL FORCE OF LEGAL ARGUMENT BY ANALOGY” (1996), DE SCOTT BREWER. ....	29
1.3 “LEGAL REASON: THE USE OF ANALOGY IN LEGAL ARGUMENT” (2005), DE LLOYD WEINREB. ....	39
1.4 “REASONING BY ANALOGY” (2006), DE RICHARD POSNER. ....	43
1.5 “THINKING LIKE A LAWYER” (2008), DE FREDERICK SCHAUER. ....	47
1.6 “DEMYSTIFYING LEGAL REASONING” (2009), DE ALEXANDER E SHERWIN. ....	51
1.7 “THE STRUCTURE OF ARGUMENTS BY ANALOGY” (2016), DE CLÁUDIO MICHELON E LUÍS DUARTE D’ALMEIDA. ....	55
<b>2 ANÁLISE CRÍTICA DAS ABORDAGENS.....</b>	<b>63</b>
2.1 EXCESSIVAS SIMPLIFICAÇÕES TEÓRICAS.....	63
2.2 O CONCEITO DE SIMILARIDADE RELEVANTE E DE PERTINÊNCIA NO RACIOCÍNIO ANALÓGICO: O RACIOCÍNIO ANALÓGICO, EM SI, COMO INSUFICIENTE PARA DEFINIR CRITÉRIOS SOBRE O QUE É SEMELHANÇA RELEVANTE.....	66
2.3 O PROCESSO DE JUSTIFICAÇÃO NA FORMULAÇÃO E NA EXPLICITAÇÃO DE RACIOCÍNIOS ANALÓGICOS .....	72
2.4 O RACIOCÍNIO ANALÓGICO E AS TEORIAS DEDUTIVISTAS: A FORMULAÇÃO DE UM RACIOCÍNIO ANALÓGICO A DEPENDER DA IDENTIFICAÇÃO DE UMA REGRA SUBJACENTE. ....	73
2.5 RACIOCÍNIO ANALÓGICO E RACIOCÍNIO A PARTIR DE PRECEDENTES: DISTINÇÃO POSSÍVEL? .....	80

2.6 LIMITAÇÕES DO RACIOCÍNIO ANALÓGICO COMO ARGUMENTO JURÍDICO .....	83
<b>3 RACIOCÍNIO ANALÓGICO, COERÊNCIA, INTEGRIDADE, INSTITUIÇÕES DE DIREITO E SEGURANÇA JURÍDICA. ....</b>	<b>89</b>
3.1 A COERÊNCIA DO DIREITO.....	92
3.2 O QUE O CONCEITO DE INTEGRIDADE DO DIREITO TEM A DIZER SOBRE O RACIOCÍNIO ANALÓGICO? .....	105
3.3 TIPOS DE ANALOGIA E FORÇA DO ARGUMENTO ANALÓGICO.....	113
3.4 RACIOCÍNIO ANALÓGICO E INSTITUTOS JURÍDICOS: SEGURANÇA JURÍDICA E DENSIFICAÇÃO DO DIREITO. ....	124
3.5 O ESPAÇO DA ANALOGIA NO RACIOCÍNIO JURÍDICO: PARA QUE SERVE PENSAR ANALOGICAMENTE, NO ÂMBITO DO DIREITO? .....	131
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>136</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>138</b>

## INTRODUÇÃO

Atribulados com a prática, com o dia a dia do Direito, nos tribunais e nos contextos de sua aplicação, os juristas tratam com quase desdém o conhecimento acerca do modo pelo qual chegam às soluções jurídicas para os casos: a preocupação com o raciocínio jurídico, em sentido amplo, é quase nula, e apenas algumas iniciativas isoladas de estudo infirmam essa asserção. Os pontos de vista variam entre os que consideram a matéria inútil, desnecessária aos que conhecem o funcionamento do Direito, e os que a consideram inacessível, tema para iniciados: ambas as percepções, no entanto, revelam a concepção de que a formulação de argumentos jurídicos, nos vários contextos em que aparecem, é algo instintivo, em que não se faz necessária sequer a clareza na sua exposição.

No que tange ao raciocínio analógico como forma de raciocínio jurídico, em específico, essa situação parece agravar-se: o conhecimento teórico sobre tal tema é ainda relativamente escasso, objeto de bibliografia densa, de difícil leitura, que não chega, com frequência, ao público que utiliza argumentos jurídicos analógicos de fato. A falta de conhecimento mais aprofundado sobre a matéria revela, por sua vez, outro problema, mais substancial: há pouca clareza para os juristas não apenas acerca de como a analogia funciona (para construir um argumento a partir dela), mas também acerca de como avaliar se um argumento apresentado dessa forma tem maior ou menor força, se há maior ou menor propensão a aceitá-lo como válido, por parte de uma corte.

Esses problemas – da falta de conhecimento teórico e prático acerca dos argumentos analógicos no âmbito do Direito – parecem não ser uma exclusividade dos países que apelam, prevalentemente, às leis como fonte do Direito. *Common law* e *civil law* padecem da falta de estudos da matéria, podendo-se dizer que o tema só veio a fazer parte das discussões, com mais força, a partir da década de 1990, contando apenas com algumas incursões isoladas em momentos anteriores. Nessas discussões mais recentes, o raciocínio analógico despertou um

olhar oscilante por parte dos teóricos, que variam entre percebê-lo como mecanismo que leva à indeterminação e ao arbítrio, espécie de raciocínio instável e pouco passível de controle, ou como instrumento de estabilização do sistema, forma de promoção de tratamento semelhante para situações semelhantes. Essa oposição de perspectivas, que não parece ser realidade específica de sistemas de *common law* ou de *civil law* (já que a comparação de casos é inerente a ambos os sistemas), demonstra, desde logo, a importância do estudo do tema, e desperta inquietação quanto à falta de clareza relativa à forma de funcionamento dessa espécie de raciocínio.

Este trabalho toma como hipótese, justamente, a concepção de que o raciocínio analógico não constitui uma forma de raciocínio jurídico a ser evitada, desempenhando, pelo contrário, papel muito mais importante do que o costumeiramente identificado pelos juristas em geral. Trata-se de uma forma de raciocínio jurídico mais presente do que se costuma observar de modo consciente, ganhando especial relevância nos contextos em que os juristas clamam por tratamento semelhante em casos particulares tomados como semelhantes. Há, nesse sentido, subvalorização dessa forma de argumento, principalmente no que diz respeito às funções por ele desempenhadas. Sustenta-se, assim, que pensar por analogia representa um mecanismo constante da prática jurídica e desempenha importante finalidade para o Estado de Direito.

Em um contexto amplo, à luz dos estudos existentes acerca da matéria, verifica-se a falta de trabalhos panorâmicos sobre a aplicação do raciocínio analógico no Direito e mesmo sobre as formas de raciocínio jurídico em geral. A prática jurídica tem-se revelado, por vezes, avessa à séria demonstração dos raciocínios jurídicos, em prejuízo de clareza no conteúdo do Direito apresentado pelas decisões judiciais. Parece haver uma tentativa de “blindar”, pela obscuridade, os motivos que levam a determinadas decisões judiciais. Uma percepção mais atenta sobre esses fenômenos parece permitir apontar, com mais foco e direção, problemas desse tipo.

Ademais, a falta de clareza sobre a estrutura do raciocínio analógico tende a levar à impressão de que não há qualquer forma de controle, de percepção sobre a força do argumento formulado. O ceticismo quanto à analogia parece ser, em certa medida, resultado desse problema: a desconfiança para com argumentos baseados em raciocínios analógicos talvez seja resultado do próprio desconhecimento relativo aos passos para a produção de um argumento desse tipo.

No contexto brasileiro, essas questões passaram a ter maior relevância, evidenciando-se, inclusive, em dispositivos do Código de Processo Civil brasileiro de 2015 (CPC2015),

principalmente naqueles considerados aplicáveis não apenas à jurisdição civil, mas à jurisdição em geral. Há uma crescente preocupação com a falta de uniformidade na aplicação do Direito por parte dos juízes e dos tribunais, de modo que a verificação de como os casos particulares passados são decididos (para aplicar o Direito da mesma forma a casos futuros) começa a tomar especial relevância. O papel dos precedentes é consectário dessa preocupação, o que se verifica com os arts. 926 e 927 do CPC2015.

O presente trabalho, ainda, relaciona-se com o tema da fundamentação das decisões judiciais, que ganhou maior destaque com a redação do § 1º do art. 489 do CPC2015, na medida em que a justificação da decisão presente, quando tomada a partir de um precedente, depende de exposição clara que relacione os casos (o presente, a ser julgado, e o precedente, que constitui o paradigma). Como se discutirá mais adiante, é bem possível perceber que o estudo sobre o raciocínio jurídico e, mais especificamente, sobre o raciocínio jurídico analógico é, essencialmente, uma reflexão sobre a fundamentação, sobre a justificação de decisões jurídicas.

Muito antes do ingresso do autor no mestrado, os primeiros passos para a concepção deste trabalho foram dados em 2011, quando o seu agora orientador, professor das disciplinas de “Introdução à Ciência do Direito”, recomendou a leitura da obra “Legal reason: the use of analogy in legal argument”, de Lloyd Weinreb. A leitura dessa obra permaneceu como uma importante referência, durante a formação, na graduação. Quando da aprovação no processo seletivo do mestrado, o tema ressurgiu, no âmbito do projeto de pesquisa, que dizia respeito ao raciocínio jurídico em perspectiva mais ampla, no que tange à fundamentação das decisões em geral. O debate aqui apresentado, então, só foi possível por aquela referência, que, agora, permite discussão mais aprofundada.

A percepção do autor deste trabalho quanto ao tema, antes e agora, é de insuficiência na abordagem que empreendeu. De toda sorte, o que parece demandar maior reflexão é o fato de que o raciocínio analógico parece ser importante e útil à obtenção de decisões que considerem necessário o tratamento semelhante de situações semelhantes, como critério de justiça. Subjaz a tal perspectiva um problema paralelo: o de que o mecanismo de decisão baseado na mera subsunção parece não satisfazer, em um bom número de casos, o critério de uma justiça baseada no tratamento semelhante de situações semelhantes. Sob tal perspectiva, o papel do raciocínio analógico não só seria favorável à segurança jurídica e à determinação do Direito, como também seria essencial para que esta e aquela fossem verificadas em um sistema jurídico particular.

Com base em tais considerações, para confirmar a hipótese referida, de que o raciocínio analógico é uma importante – talvez essencial – forma de raciocínio jurídico no Estado de Direito, e, não, elemento de indeterminação e de insegurança jurídica, o presente trabalho subdivide-se em três partes: na primeira, faz-se referência a contributos teóricos acerca do raciocínio jurídico analógico, apresentando-se, em especial, as visões antagônicas que constituem o mote fundamental da discussão, isto é, a oposição entre compreender o raciocínio analógico como prejudicial ou como favorável à segurança jurídica e à determinação do Direito. Na segunda, procura-se analisar, criticamente, essas abordagens, visando a uma compreensão mais abrangente do fenómeno e do que o torna complexo, notadamente no que influencia na sua qualificação como tendente à indeterminação jurídica ou favorável à segurança jurídica. Na terceira, por sua vez, expõe-se, em uma perspectiva mais propositiva, um conjunto de concepções que parecem auxiliar na compreensão e na produção de raciocínios jurídicos baseados em analogias, como forma de perceber de que modo o raciocínio jurídico analógico relaciona-se com a noção de segurança jurídica, em sentido amplo.

Assim, mais especificamente, na primeira parte desta discussão, o objetivo é descrever e analisar o raciocínio analógico no Direito, apresentando possíveis definições sobre o funcionamento desse mecanismo de raciocínio. Pretende-se analisar a estrutura do raciocínio analógico a partir das abordagens de diferentes autores que trataram do fenómeno, quer para considerá-lo como inerente e essencial ao Direito, quer para considerá-lo perigoso, instável e pouco favorável à segurança jurídica. Essa abordagem inicial objetiva não apenas a apresentação das diferentes teorias que se formaram acerca do raciocínio analógico, mas, também, a construção de um vocabulário e de um agrupamento de conceitos comuns que se fazem relevantes para tratar do tema.

Na sequência, na segunda parte do trabalho, essas diferentes perspectivas são abordadas, procurando-se identificar alguns elementos pertinentes à estrutura do raciocínio analógico e passíveis de análise específica e de crítica, com eventual possibilidade de reformulação de alguns pontos que são colocados em evidência e que parecem ser cruciais para uma compreensão melhor do fenómeno. Essa discussão, de papel intermediário, tenta definir em que estado o tema se encontra, para que se possa avançar na reflexão.

A terceira parte do trabalho, enfim, procura estabelecer relação entre o raciocínio jurídico analógico e o conceito de coerência no Direito – a concepção que ampara tal ideia é a de que a coerência constituiria, consciente ou inconscientemente, um guia na produção de argumentos baseados em analogias. Essa linha de análise passa pela contribuição de autores

como Neil MacCormick, com o conceito de coerência, e Ronald Dworkin, com o conceito de integridade do Direito, sendo possível identificar semelhanças nesses conceitos. Na sequência, aborda-se uma espécie de classificação das analogias jurídicas, identificando-se de que modo tal espécie de raciocínio é influenciada pelos institutos jurídicos nos quais se apresenta e é formulada. Encerra-se com uma possível resposta confirmatória à hipótese de que faz sentido pensar o raciocínio jurídico analógico como um mecanismo de promoção de segurança jurídica e de densificação do direito, sendo importante que se tenha ciência dos possíveis papéis desempenhados pelo raciocínio analógico no Direito.

Assim, pode-se dizer que os passos argumentativos que se seguem são os seguintes: (1) o raciocínio analógico é um tipo de raciocínio que demanda descrição de um processo complexo, nem sempre captado pelos teóricos do direito (ou, eventualmente, captado apenas em parte); (2) o conhecimento acerca desse processo é elemento importante para a compreensão de como o argumento analógico funciona, do ponto de vista da razão prática, especialmente no caso da decisão judicial em um Estado de Direito, cabendo a identificação de problemas na descrição do fenômeno (problemas esses que justificariam determinadas concepções equivocadas quanto à força do argumento produzido com base no raciocínio analógico); (3) a identificação de semelhanças, no procedimento do raciocínio analógico, depende de critérios (para que as semelhanças consideradas sejam relevantes); (4) captar semelhanças relevantes e aplicar soluções equivalentes a casos análogos só é possível mediante coerência (a analogia jurídica é uma forma de evidenciação da coerência em um sistema normativo); (5) o raciocínio analógico não é uma forma arbitrária de raciocínio, viabilizando a coerência interna de um sistema normativo, em benefício da segurança jurídica; (6) a analogia, por seu funcionamento (de instanciação e de comparação de casos particulares), desempenha papéis mais complexos do que aquele de (apenas) preencher de lacunas.

Embora o autor do trabalho tenha procurado trazer à discussão textos considerados relevantes ao desenvolvimento do tema, tem consciência de que incorreu em omissões, e fica aberto às referências que possam aprimorar a pesquisa e enriquecer a discussão delineada. De toda sorte, ressalta que procurou apresentar um referencial teórico que pudesse, de alguma forma, contribuir para a reflexão acerca do tema posto. O autor também reconhece, por fim, o grau de complexidade e de abstração da discussão, submetendo-se, desde logo, às críticas que lhe forem apresentadas, como forma de aperfeiçoamento das ideias contidas no trabalho.



## 1 ABORDAGENS DA ESTRUTURA DO RACIOCÍNIO ANALÓGICO NO DIREITO

No Estado de Direito, a analogia jurídica corresponde a uma forma arbitrária de raciocínio ou a um mecanismo de estabilização normativa? O uso de raciocínio jurídico analógico impõe riscos à segurança jurídica, ou promove coerência para o sistema como um todo? O raciocínio analógico é mecanismo essencial e inarredável ao raciocínio jurídico, ou deve ser evitado, por ser “pouco controlável”?

As próprias questões apresentadas dependem de certo esclarecimento prévio. Cabe explicar por que o uso de raciocínio analógico poderia ser considerado por alguns como nefasto à previsibilidade das decisões que seriam tomadas no âmbito de um sistema normativo, e por que, por outro lado, seria possível pensar que o uso desse tipo de raciocínio permitiria maior coerência interna a um sistema normativo, de modo a favorecer a concretização de segurança jurídica e permitir maior previsibilidade das decisões. Embora não aparentem, as questões postas acima podem ser vistas como transordenamentais, sendo pertinentes tanto aos sistemas ditos de *common law* quanto aos de *civil law*, ainda que por vias diversas. A distinção entre esses sistemas parece ter-se enfraquecido, quer porque os países que priorizam os precedentes como fonte do direito têm aberto espaço para o uso de leis (“*statutes*”), quer porque os países em que as leis são, por excelência, a fonte do direito têm apelado à força obrigatória dos precedentes como forma de redução do espaço de indeterminação jurídica.

Nos países considerados tipicamente de *common law*, em que a relevância do precedente é inegável, o raciocínio analógico – que impõe a comparação de casos que comportem, por alguma razão, semelhança – é visto com desconfiança, como forma de decisão menos passível de controle, tendente à insegurança e à indeterminação. O que há de semelhante entre um caso antecedente e o que está para ser julgado dependeria, em grande medida, de qual o critério de comparação escolhido por aquele que decide, e a escolha desse critério não seria plenamente predizível – por essa razão, a aplicação do Direito de um caso a outro, por meio da analogia, não estaria submetida ao rigor que o raciocínio dedutivo comportaria.

Frederick Schauer, em “Thinking like a Lawyer”, e Larry Alexander e Emily Sherwin, em “Demystifying Legal Reasoning”, negam o valor da analogia em si mesma como forma de

raciocínio jurídico<sup>1</sup>. Esses autores, que não veem o raciocínio jurídico com reais particularidades frente aos raciocínios utilizados em quaisquer outros campos do conhecimento, afirmam que a analogia não é capaz de determinar a regra a decidir o segundo caso a partir do que foi decidido no primeiro, isto é, as regras é que devem determinar a existência de eventual analogia entre os casos a serem considerados, e, não, o contrário (não é a analogia que define a regra, mas a regra que define a analogia). Alexander e Sherwin chegam a afirmar que “não é possível ‘raciocinar por analogia’” e que “princípios jurídicos são quiméricos”: “se analogias e princípios jurídicos pudessem, de fato, operar como elementos no raciocínio judicial, eles tenderiam a levar os juízes ao erro, sem os benefícios compensatórios do uso”<sup>2</sup>. O raciocínio analógico, sob essa perspectiva, seria errático – sem o guia de conduta fornecido pela regra, geral, abstrata e aplicável por subsunção (dedutivamente): a analogia dependeria da comparação de características concretas, e tais características poderiam, sempre, levar a resultados diversos, a depender do arbítrio daquele que raciocina e decide o que é semelhante.

Nos países de *civil law*, a percepção não é diferente quanto ao raciocínio analógico, que é visto (ou, ao menos, reconhecido apenas) como um “recurso de último caso”. Em razão da prioridade das regras abstratas e gerais presentes nos sistemas codificados, considera-se que a analogia é destinada, estritamente, a “colmatar lacunas normativas”, constituindo-se, portanto, em instrumento meramente acessório – só será uma opção, quando as fontes e os recursos normativos “mais confiáveis” não fornecerem resposta jurídica. Tomam-se, ilustrativamente, dispositivos do Brasil e da Itália, ambos com tradição de direito legislado. O art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro prevê que, “[q]uando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”, cuja leitura *a contrario sensu* leva à conclusão de que, quando a lei não for omissa, não há espaço para os recursos mencionados no dispositivo<sup>3</sup>. De modo mais analítico, mas de

<sup>1</sup> SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, pp. 96-100. ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. *Demystifying Legal Reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, pp. 64-66.

<sup>2</sup> “[...] we intend to demonstrate that judges cannot be doing what they claim. One cannot “reason” by analogy, and legal principles are chimerical. We argue as well that if analogies and legal principles could in fact operate as elements in judicial reasoning, they would tend to lead judges into error, without the compensating benefits of settlement”. ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. *Op. cit.*, p. 65.

<sup>3</sup> BRASIL. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*: Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm)>.

O conteúdo do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro tem, no Código de Processo Civil brasileiro anterior ao de 2015, dispositivo relacionado: o art. 126 desse código contempla referência à analogia tanto na sua redação original, de janeiro de 1973, quanto na de outubro de 1973. Redação original do Código de Processo Civil de 1973: “Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais ou costumeiras; nos casos omissos

conteúdo semelhante, é o art. 12.2 das “Disposições sobre a Lei em Geral do Código Civil Italiano” (“Disposizioni sulla legge in generale”), que estabelece que “se uma controvérsia não puder ser decidida mediante uma disposição precisa, considerar-se-ão as disposições que regulam casos similares ou matérias análogas; se o caso permanecer ainda duvidoso, decide-se segundo os princípios gerais do ordenamento jurídico do Estado”<sup>4</sup>. Nos dois casos, portanto, a analogia surge como um “recurso extremo”.

A percepção avessa ao fenômeno encontra também suporte em conhecidos nomes da doutrina de *civil law*. Arthur Kaufmann, filósofo do direito da Alemanha, país de tradição da *civil law*, manifesta resistência ao uso da analogia (juntamente com a indução e com a abdução), privilegiando a dedução como forma mais “segura” para o Direito. Apenas de modo vago, faz menção à “existência” e à “necessidade” da analogia<sup>5</sup>, destacando, no entanto, o fato de ser “problemática”, uma vez que não teria o poder de compelir a um determinado resultado, como seria possível pelo silogismo dedutivo:

Há ainda outras inferências para além das apresentadas. Para efeitos da metodologia jurídica interessam sobretudo quatro inferências: a dedução, a indução, a abdução e a analogia. Tirando a dedução, estas inferências são amplamente mais problemáticas, isto é, menos constringentes, do que o silogismo em sentido estrito, especialmente no modo *barbara* (subsunção). Elas só dificilmente se podem formalizar e oferecem forte resistência à sua utilização informática. Mas estas formas de pensamento existem e nós (os juristas) precisamos delas. Temos pois que nos ocupar delas.<sup>6</sup>

---

recorrerá à analogia, e aos princípios gerais de direito”. Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º out. 1973: “Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”. BRASIL. *Código de Processo Civil*: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>.

O Código de Processo Civil brasileiro de 2015, de outra parte, não traz nenhuma observação específica, de acordo com o texto do art. 140, só fazendo menção específica à equidade: “Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico. Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”. BRASIL. *Código de Processo Civil*: Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm)>.

<sup>4</sup> “Art. 12 Interpretazione della legge

[...]

Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell’ordinamento giuridico dello Stato.” ITÁLIA. *Codice Civile e disposizioni transitorie*: Regio Decreto 30 marzo 1942, n. 318. Testo in vigore dal 19-4-1942. Disponível em: <<http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1942-04-17&atto.codiceRedazionale=042U0318>>.

<sup>5</sup> Observa-se, apenas ilustrativamente, que Hans Kelsen, em “Teoria Pura do Direito”, é mais cético ainda: “Que os habituais meios de interpretação do *argumentum a contrario* e da analogia são completamente destituídos de valor resulta já superabundantemente do fato de que os dois conduzem a resultados opostos e não há qualquer critério que permita saber quando deva ser empregado um e quando deva ser utilizado o outro.” KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 392.

<sup>6</sup> KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, pp. 110-111.

O mesmo autor, na sequência de sua reflexão, na mesma obra, considera a analogia como “insegura, incerta e arriscada”, por partir de uma base hipotética. Afirma que não se pode concluir diretamente do particular para o particular, de modo que não se poderia chegar a um resultado partindo do caso. A insegurança, em síntese, derivaria do fato de que tudo que pode ser comparado compartilha semelhanças, mas também diferenças, de modo que alguns podem conferir prioridade àquelas, e outros, a estas: os resultados, portanto, seriam aleatórios. Os comentários a seguir expressam tais ideias:

A analogia é uma inferência de carácter misto dedutivo-indutivo. Ela parte, como a indução, do caso, e visa, como a dedução, o resultado, não todavia por meio do caso e sim por meio da norma; não é portanto analítica como a dedução mas antes sintética como a indução. Conduz a novos conhecimentos, mas partindo duma base hipotética; é por isso insegura, incerta e arriscada. A inferência analógica é frequentemente referida como “inferência horizontal” mas sem razão; não se pode concluir directamente do particular para o particular. Daí que não seja correcta a concepção segundo a qual a determinação do direito seria uma “comparação de casos” sem norma (regra), sem um “tertium comparationis”. [...] Tenha-se bem presente, que onde há uma conclusão por analogia é sempre logicamente possível também uma conclusão a contrario, pois todos os seres são, naturalmente em grau diverso, não só semelhantes mas também diferentes entre si. A diferença entre ambos, isto é, a escolha do *tertium comparationis*, resulta dum juízo de valor.<sup>7</sup>

Há, no entanto, quem não esteja de acordo com tal percepção acerca da analogia. As críticas antecedentes enfraquecem-se por uma gama de autores que atribuem à forma analógica de raciocínio papel central no ordenamento jurídico – em especial naqueles ordenamentos em que os julgados anteriores importam para a decisão dos casos futuros –, cumprindo funções relevantes no Estado de Direito, inclusive no sentido de permitir predições sobre em que medida o caso que está em análise tem semelhança relevante com outros casos já julgados. Lloyd Weinreb sustenta que a analogia é a essência do raciocínio jurídico e, assim, a disciplina mais importante a ser introduzida aos alunos de Direito<sup>8</sup>. Também nessa outra perspectiva, Edward Levi aponta que o raciocínio jurídico em geral fundamenta-se na similaridade dos casos ou, mais ainda, dos fatos dos casos – segundo este autor, atribuem dinamicidade indispensável ao Direito tanto a forma como os julgadores identificam as similitudes, quanto o modo por meio do qual apresentam os casos anteriores como similares aos que devem decidir:

<sup>7</sup> *Ibidem*, pp. 113-114, grifou-se.

<sup>8</sup> WEINREB, Lloyd. *Legal reason: the use of analogy in legal argument*. New York: Cambridge University Press, 2005, p. vii.

O padrão básico de raciocínio jurídico é o do raciocínio pelo exemplo. É o raciocínio do caso a caso. Trata-se de um processo de três etapas descrito pela doutrina do precedente, no qual uma proposição descritiva do primeiro caso transforma-se em uma norma jurídica e, então, é aplicada a uma situação similar seguinte. Os passos são estes: vê-se similaridade entre os casos; anuncia-se, a seguir, a norma jurídica inerente ao primeiro caso; então, a norma jurídica torna-se aplicável ao segundo caso. Este é um método de raciocínio necessário ao direito, mas possui características que, em outras circunstâncias, poderiam ser consideradas imperfeições.

Estas características tornam-se evidentes se o processo jurídico for visto como um método de aplicar normas jurídicas gerais a fatos diversos – em resumo, como se a doutrina do precedente significasse que as normas jurídicas gerais, uma vez determinadas apropriadamente, permanecessem imutáveis e então fossem aplicadas, embora de maneira imperfeita, em casos posteriores. Se esta fosse a doutrina, seria perturbador descobrir que as normas mudam de caso a caso e são reelaboradas em cada caso. No entanto, esta mudança nas regras é uma qualidade dinâmica indispensável ao direito. Ela ocorre porque o escopo de uma regra jurídica, e, por conseguinte, seu significado, depende de uma determinação sobre quais fatos serão considerados similares aos fatos ocorridos quando a lei for anunciada pela primeira vez. A descoberta de similaridades ou diferenças é o passo principal do processo jurídico.<sup>9</sup>

O argumento de Levi pode, hoje, ser reelaborado, no que tange à forma como as normas podem mudar, ou como elas podem ser “reformuladas”, para adequar-se a uma causa específica, aspectos que serão abordados mais adiante. É visível, apesar disso, que o autor não só considera a analogia como forma básica de raciocínio jurídico, como também atribui à analogia a “qualidade dinâmica” ao Direito.

Desse modo, a maneira como, ilustrativamente, Frederick Schauer e Larry Alexander e Emily Sherwin apresentam a analogia corresponde a uma perspectiva de todo diversa da defendida por Weinreb e Levi. A caracterização do raciocínio analógico, em uma abordagem e em outra, confere valores opostos a tal tipo de raciocínio – em um extremo, rechaçado como perigoso (ou mesmo como algo inexistente, uma quimera), e, em outro, defendido como a essência do trabalho do jurista. Nesse contexto, parece clara a divergência, e os pontos de vista suscitados evidenciam a validade dos questionamentos apresentados no início deste

---

<sup>9</sup> “The basic pattern of legal reasoning is reasoning by example. It is reasoning from case to case. It is a three-step process described by the doctrine of precedent in which a proposition descriptive of the first case is made into a rule of law and then applied to a next similar situation. The steps are these: similarity is seen between cases; next the rule of law inherent in the first case is announced; then the rule of law is made applicable to the second case. This is a method of reasoning necessary for the law, but it has characteristics which under other circumstances might be considered imperfections.

These characteristics become evident if the legal process is approached as though it were a method of applying general rules of law to diverse facts—in short, as though the doctrine of precedent meant that general rules, once properly determined, remained unchanged, and then were applied, albeit imperfectly, in later cases. If this were the doctrine, it would be disturbing to find that the rules change from case to case and are remade with each case. Yet this change in the rules is the indispensable dynamic quality of law. It occurs because the scope of a rule of law, and therefore its meaning, depends upon a determination of what facts will be considered similar to those present when the rule was first announced. The finding of similarity or difference is the key step in the legal process.” LEVI, Edward. *An Introduction to Legal Reasoning*. *Chicago Unbound*, vol. 15, n. 3, p. 501, 1948, grifou-se.

trabalho, agora retomados na formulação desta pergunta: lançar mão de raciocínio jurídico analógico<sup>10</sup> é tornar o Direito de tal modo aberto que seja suscetível à indeterminação e à impossibilidade de previsão sobre o que deva ser considerada a decisão para o caso, ou tal modo de raciocinar evidencia a necessária abertura do Direito, tratando-se de mecanismo para a definição de soluções jurídicas que sejam coerentes com o sistema como um todo?

Para responder a essa pergunta, faz-se necessário um percurso que apresente, inicialmente, em que consiste o raciocínio analógico e quais as críticas possíveis frente a tais abordagens, para, depois, identificar se é possível definir critérios no uso do raciocínio analógico, no âmbito jurídico. Assim, inicialmente, são consideradas diferentes perspectivas que procuraram ou explicitar qual a estrutura do raciocínio analógico no Direito (isto é, qual o percurso argumentativo para a produção de uma analogia jurídica), ou negar a sua existência, apresentando-se, também, os argumentos que embasam tais pontos de vista – este é o objeto desta primeira parte do trabalho. Essa análise inicial permitirá uma apreciação crítica dessas formulações, como forma de verificar eventuais falhas ou imprecisões nessas descrições da estrutura do raciocínio analógico, o que constituirá a parte seguinte.

Cabe ressaltar e reiterar, como este trabalho mencionou de início e como desenvolverá em momento posterior, que a analogia, diferentemente do que se pode, à primeira vista, crer, não é uma forma de raciocínio jurídico aplicável apenas aos países de *common law*, em que, modo geral, o Direito estabelece-se a partir do que foi decidido em casos passados. No contexto do *common law*, o uso da analogia apenas é mais evidente. Permeia este trabalho a ideia de que o raciocínio analógico é uma forma de raciocínio pervasiva de qualquer ordenamento jurídico, na medida em que a comparação do tratamento conferido aos casos particulares é algo inerente ao próprio Direito. O argumento depende de desenvolvimento subsequente, mas tem suporte, desde logo, em MacCormick:

Assim, é falso supor que existe qualquer diferença essencial entre direito codificado e direito costumeiro quanto à força e à função dos argumentos por analogia e a partir de princípios, embora possamos concordar com a proposição de que talvez o uso mais característico de tais argumentos esteja na elaboração e na concretização de doutrinas de “caso a caso” – não importa que a *fons et origo* [a fonte e a origem] da doutrina em questão como um “leading case” ou um importante dispositivo da lei,

---

<sup>10</sup> Há autores que discutem os temas relacionados ao presente trabalho que utilizam as expressões “analogia jurídica” e “raciocínio jurídico analógico” de modo intercambiável. Apenas cabe ressaltar, aqui, que o objeto da discussão que ora se apresenta não é, em específico, relativa à compreensão da analogia jurídica, mecanismo integrativo do Direito, necessário ao preenchimento de lacunas, em sentido estrito. A abordagem que se propõe envolve o raciocínio analógico em sentido amplo, como mecanismo presente em outros contextos que não aquele de integração de lacunas. Constituem questões a serem abordadas, no decorrer do trabalho, em que medida isso é possível e em que medida tal fenômeno ocorre mesmo com o Direito legislado.

ou, nesse caso, um princípio declarado por um escritor institucional ou por juízes estrangeiros em precedentes estrangeiros persuasivos.<sup>11</sup>

O objeto do trabalho é analisar, mais especificamente, se as críticas tecidas ao raciocínio analógico são pertinentes, isto é, se o raciocínio analógico tende a produzir argumentos e decisões que levem à indeterminação e à insegurança jurídica, ou o contrário. Assim, cabe frisar que o enfoque volta-se à abordagem do modo de funcionamento do raciocínio analógico e do argumento analógico que se constitui como conclusão dessa forma de raciocínio. A intenção do trabalho não é produzir uma “teoria geral da analogia”, mas, sim, atentar para o próprio mecanismo de raciocínio analógico, avaliando suas limitações e suas possibilidades. Por tal razão, ficam em segundo plano alguns aspectos e conhecimentos mais comumente apreciados, quando se estuda o tema da analogia jurídica, como a distinção entre *analogia legis* e *analogia iuris*<sup>12</sup>, como a definição das circunstâncias em que se aplica o argumento por analogia ou o argumento *a contrario*<sup>13</sup> etc. Não se pode negar que é possível

---

<sup>11</sup> “So it is false to suppose that there is any essential difference between statute and common law as to the force and function of arguments by analogy and from principle, even though we may assent to the proposition that perhaps the most characteristic use of such arguments is in the elaboration and concretization of doctrines from case to case—whether the *fons et origo* of the doctrine in question be a ‘leading case’ or an important statutory provision, or, for that matter, a principle stated by an institutional writer, or by foreign judges in persuasive foreign precedents.” MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. New York: Oxford University Press, 1978, p. 194.

<sup>12</sup> Apenas para fins de esclarecimento, cabe mencionar a distinção apresentada por Carlos Maximiliano, em “Hermenêutica e Aplicação do Direito”, a afirmar que “a analogia *legis* apoia-se em uma regra existente, aplicável a hipótese semelhante na essência; a analogia *iuris* lança mão do conjunto de normas disciplinadoras de um instituto que tenha pontos fundamentais de contato com aquele que os textos positivos deixaram de contemplar; a primeira encontra reservas de soluções nos próprios repertórios de preceitos legais; a segunda, nos princípios gerais de Direito”. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 21.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 192. A pertinência dessa distinção é discutida por Bustamante, que considera que não haveria mais razão para o emprego da expressão *analogia iuris*, dado que a *analogia iuris perfecta* referir-se-ia à aplicação de princípios jurídicos, não havendo razão para denominar o procedimento em questão como “analogia”, e a *analogia iuris imperfecta* seria tão somente uma interação de diferentes argumentos por *analogia legis* que se encaminhariam no mesmo sentido. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Analogia jurídica e argumento a contrario: um caso típico de argumentação por princípios*. In: \_\_\_\_\_. *Teoria do direito e decisão racional: temas de teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 392.

<sup>13</sup> Embora não seja o específico objeto deste trabalho, cabe, a título de nota, referir esse aspecto de distinção, mesmo porque diz respeito a um contexto em que paira dúvida sobre a possibilidade de aplicação do raciocínio analógico. Para abordar a diferença entre argumento *a simili* (analógico) e argumento *a contrario*, imagine-se um enunciado normativo como “A deve indenizar X, no caso Y”. Duas hipóteses opostas colocam-se como interpretações possíveis: a primeira é que, se A deve indenização no caso Y, então B não deve, uma vez que a disposição referiu apenas A, e, não, B (argumento *a contrario*); a segunda é que, se A deve indenização no caso Y, então B também deve, uma vez que A e B são análogos entre si (argumento analógico). Bustamante explica o cabimento de uma e de outra possibilidade, sustentando que, no argumento *a contrario*, não há uma lacuna jurídica identificada, em oposição ao que ocorre com a analogia, que pressuporia a existência de uma lacuna. Esta é a diferenciação proposta por Bustamante: “O argumento *a contrario*, diferentemente da analogia, somente tem lugar quando o operador do direito, após interpretar os enunciados normativos em tese aplicáveis a um caso concreto, conclui que esse caso não configura uma lacuna jurídica, haja vista que a sua falta de regulação expressa, pelo legislador, tem o significado de uma previsão de consequências normativas antagônicas àquelas estipuladas pela norma jurídica derivada da interpretação do dispositivo legal em questão. Trata-se, portanto, de uma situação em que ‘se tenha estabelecido, pela interpretação, que não há lacuna no caso que se discute, e que, portanto, não há lugar para que funcione justificadamente a analogia’.” *Ibidem*, p. 374.

que as ideias desenvolvidas no trabalho venham a, indiretamente, fornecer algum subsídio para a compreensão da analogia jurídica como mecanismo de integração jurídica. A preocupação central do trabalho é, apesar disso, o raciocínio analógico no Direito em sentido mais amplo.

É apenas na literatura mais recente, a partir dos anos 1990, que a analogia, como objeto de estudo do raciocínio jurídico, ganhou maior atenção da Teoria do Direito. Algumas abordagens isoladas são encontradas previamente, como “L’Analogia nella Logica del Diritto” (“A Analogia na Lógica do Direito”), de Norberto Bobbio<sup>14</sup>, em 1938, “An Introduction to Legal Reasoning” (“Uma Introdução ao Raciocínio Jurídico”), de Edward Levi<sup>15</sup>, em 1948, e “Analogie und ‘Natur der Sache’: Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus” (“Analogia e ‘Natureza da Coisa’: ao mesmo tempo, uma contribuição para o ensino dos tipos”), de Arthur Kaufmann<sup>16</sup>, de 1965. Apesar disso, ao que parece, trata-se de tentativas isoladas de abordagem do problema de modo mais sistemático.

Mesmo na doutrina que tem berço no *common law* – em que o raciocínio por meio de casos implicaria um uso conscientemente mais intenso do raciocínio analógico, o tema é objeto de reflexão esparsa. Cass Sunstein é um dos autores que traz à discussão o tema em um artigo publicado na *Harvard Law Review*, “On Analogical Reasoning”, em 1993, e que, posteriormente, em 1996, veio a constituir o livro “Legal Reasoning and Political Conflict”. Em uma síntese sobre o estado da arte do tema da analogia, na mesma linha do que foi dito, assim afirma:

A matéria recebe pouca atenção nas obras mais influentes de filosofia do direito e de teoria do direito. Frequentemente, os próprios advogados são pouco entusiásticos com o raciocínio analógico, argumentando que essa forma de pensar o direito é sem limites ou sequer uma forma de raciocínio de fato. Como resultado, à cultura jurídica falta uma representação simpática de sua própria forma mais característica de proceder.<sup>17</sup>

A pouca consideração para com a analogia implicou reduzida profusão de estudos sobre a matéria. Nos países de *common law*, a despeito de a tarefa de buscar semelhanças entre casos passados e o caso presente, a ser decidido, constituir a forma precípua de atividade

<sup>14</sup> BOBBIO, Norberto. *L’Analogia nella Logica del Diritto*. Torino: Istituto Giuridico della R. Università, 1938.

<sup>15</sup> LEVI, Edward. *Op. cit.*, pp. 501-574.

<sup>16</sup> KAUFMANN, Arthur. *Analogia y “Naturaleza de la Cosa”*: hacia una teoria de la comprension juridica. Santiago (Chile): Editorial Juridica de Chile, 1976.

<sup>17</sup> “The subject receives little attention in the most influential works in Anglo-American jurisprudence and legal theory. Often lawyers themselves are unenthusiastic about analogical reasoning, urging that this way of thinking about law is unconstrained or not a form of reasoning at all. As a result, the legal culture lacks a sympathetic depiction of its own most characteristic way of proceeding.” SUNSTEIN, Cass R. *On Analogical Reasoning*. *Harvard Law Review*, vol. 106, n. 3, p. 741, jan. 1993.



dos juristas, a preocupação com esse mecanismo recebeu poucos estudos mais detidos. A partir de Sunstein é que o tema passou a ser objeto de discussão mais intensa, e, então, nos anos 2000, é possível notar atenção maior ao fenômeno.

A fim de situar a discussão acerca do papel do raciocínio analógico – como mecanismo arbitrário ou estabilizador do sistema –, faz-se necessário analisá-lo pelos vieses de autores que tragam argumentos vinculados à percepção da analogia como relevante ou não ao sistema jurídico e, em especial, que procurem definir (ou negar) a estrutura dessa forma de raciocínio. São abordados, então, a seguir, estes textos: “On Analogical Reasoning” (1993), de Cass Sunstein, “Exemplary reasoning: semantics, pragmatics, and the rational force of legal argument by analogy” (1996), de Scott Brewer, “Legal reason: the use of analogy in legal argument” (2005), de Lloyd Weinreb, “Reasoning by Analogy” (2006), de Richard Posner, “Thinking like a lawyer” (2008), de Frederick Schauer, “Demystifying Legal Reasoning” (2009), de Alexander e Sherwin, e “The Structure of Arguments by Analogy” (2016), de Cláudio Michelin e Luís Duarte D’Almeida.

Ainda que, como dito, não haja quantidade tão significativa de obras acerca desse mecanismo de raciocínio aplicável ao Direito, é certo que o elenco de textos referidos não é exaustivo. A seleção, no entanto, é justificada por três motivos: esses são os textos que (a) procuram, mais detidamente, posicionar-se sobre a importância ou não da analogia como forma de raciocínio da esfera do Direito, (b) apresentam uma abordagem acerca da estrutura do raciocínio analógico (quer para afirmá-la, quer para negar a sua existência), e (c) dialogam, em certa medida, entre si, contrapondo os argumentos já abordados pelos autores anteriores, de modo a perceber-se o debate acadêmico envolvido. A reprodução dos argumentos, nesse primeiro ponto de discussão, faz-se importante não só para a compreensão do debate como um todo (uma vez que a teoria do direito produzida no Brasil tocou apenas em alguns pontos acerca do tema, restringindo-se às discussões quanto à doutrina do precedente), mas, também, para o acesso ao vocabulário envolvido e aos esquemas abstratos mais frequentes quando da descrição do fenômeno – esses aspectos são essenciais, principalmente, para estabelecer críticas às estruturas propostas pelos autores, abrindo-se espaço para as discussões atinentes, então, à segunda parte do trabalho.

### 1.1 “ON ANALOGICAL REASONING” (1993), DE CASS SUNSTEIN.

Cass Sunstein, em seu “On Analogical Reasoning” (“Sobre o Raciocínio Analógico”)<sup>18</sup>, é o autor que, na década de 1990, dá início aos debates mais intensos sobre o papel do raciocínio analógico no Direito. Afirma que sua abordagem quanto ao tema identifica vantagens distintivas sobre outras formas de raciocínio que parecem ser superiores – o raciocínio analógico seria preferível às “teorias gerais”, porque o uso da analogia estaria especialmente relacionado à diversidade e à pluralidade de bens que estão em jogo nas decisões jurídicas e éticas.

Sunstein, de modo simples e direto, apresenta a analogia em sentido amplo como um raciocínio em que se evidenciam os seguintes passos: (1) *A* tem a característica *X*; (2) *B* compartilha essa característica; (3) *A* também tem a característica *Y*; (4) porque *A* e *B* compartilham a característica *X*, conclui-se – o que ainda não é conhecido – que *B* compartilha da característica *Y*, da mesma forma que *A*. Os exemplos de Sunstein são bastante claros: “eu tenho um pastor alemão que é dócil com crianças; quando vejo outro pastor alemão, assumo que este também será dócil com crianças”, ou, ainda, “eu tenho um Toyota Camry que dá a partida mesmo em dias frios de inverno; eu assumo que o Toyota Camry de meu amigo dará também a partida em dias frios de inverno da mesma forma”<sup>19</sup>.

Ao abordar o problema sob essa perspectiva, Sunstein reconhece que está descrevendo uma forma de analogia indutiva, já que se depende de conjecturas preditivas sobre um caso desconhecido, as quais são baseadas em premissas postas, ainda que vão além delas: isso fica claro, quando se percebe que o fato de haver compartilhamento de características entre dois entes, *A* e *B*, não significa que outras características venham a ser também compartilhadas. É por isso que o mesmo autor apontará, de plano, que o raciocínio analógico, para funcionar bem, depende de que as similaridades conhecidas sejam relevantes, isto é, que deem boas razões para crer que há outras semelhanças para além daquela já conhecida<sup>20</sup>.

Sunstein prossegue com a apresentação do raciocínio analógico no Direito, afirmando que essa forma estrutura-se em quatro passos: (1) um fato padrão *A* tem certa característica *X*, ou as características *X*, *Y* e *Z*; (2) o fato padrão *B* difere de *A* em algumas questões, mas compartilha a característica *X*, ou as características *X*, *Y* e *Z*; (3) o Direito trata *A* de certo modo; (4) porque *B* compartilha certas características com *A*, o Direito deveria tratar *B* da

---

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 741.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 743.

<sup>20</sup> *Ibidem*, pp. 742-743.

mesma forma<sup>21</sup>. Exemplificativamente, se é proibido o discurso de ódio do grupo Ku Klux Klan que seja dirigido a incitar ações ilícitas iminentes, uma marcha nazista com essa mesma finalidade (de incitar ações ilícitas iminentes) também deve ser proibida<sup>22</sup>.

Conforme Sunstein, tanto está em questão se os casos *A* e *B* são “relevantemente similares” quanto se não há “relevantes diferenças” entre eles. O desafio maior seria, justamente, decidir quando as diferenças são importantes: o fato de haver não apenas semelhanças significativas entre um caso já julgado e aquele a julgar, mas também de não haver uma diferença relevante o bastante para levar a um segundo julgamento diverso do primeiro dependeria de uma regulação específica – o julgamento de que uma distinção não estaria regulada exigiria o uso de um argumento substantivo<sup>23</sup>. O autor atribui ao raciocínio analógico quatro características que se sobrepõem: consistência principiológica/regulada (“principled consistency”), foco em particulares (“a focus on particulars”), julgamentos incompletamente teorizados (“incompletely theorized judgements”) e princípios operando em um grau baixo ou intermediário de abstração (“principles operating at a low or intermediate level of abstraction”).

Quanto à consistência principiológica/regulada, Sunstein aponta a exigência de que casos específicos tenham julgamentos consistentes entre si, referindo que o raciocínio analógico depende de coerência: “segue-se que, na produção da consistência necessária, algum princípio, a harmonizar resultados aparentemente díspares, será invocado para explicar os casos”<sup>24</sup>. Já o foco em particulares é autoexplicativo, pelo próprio conceito de analogia: envolve a percepção do particular para chegar ao geral – os princípios são desenvolvidos com constante referência aos casos particulares.

A terceira das características – o fato de as analogias derivarem de julgamentos incompletamente teorizados – tem para Sunstein maior importância. Eventualmente, a comparação entre os casos será aparente, visível, sem que seja necessária uma completa teorização acerca das razões envolvidas – a falta de uma teorização completa seria, segundo esse autor, uma vantagem, já que dispensaria que se dependesse de teorias gerais e de

---

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 745.

<sup>22</sup> Aqui, o exemplo difere do original, mas com ele é compatível, no sentido de evidenciar seu aspecto analógico. Sunstein, ao apresentá-lo, trata da impossibilidade de o governo proibir discursos ou marchas que não incitem ação ilícita iminente. O exemplo a que se fez menção aqui apenas aponta o que se encontra na condição de “proibido”, em vez do que se encontra na condição de “permitido”.

<sup>23</sup> O mecanismo referido, embora pouco explorado pelo autor, parece relacionar-se com o de “derrotabilidade”: as condições para aplicar a decisão anterior estariam, em princípio, presentes, mas uma distinção passaria a ser relevante, impondo uma regulação específica e nova (“nova”, no sentido de que “ainda não havia sido expressa”), de modo a derrotar, por assim dizer, a regra anterior, que seria usualmente aplicável ao caso.

<sup>24</sup> “It follows that in producing the necessary consistency, some principle, harmonizing seemingly disparate outcomes, will be invoked to explain the cases”. *Ibidem*, p. 746.

concordância quanto a princípios primordiais para a solução de casos: “em um mundo com tempo e capacidades limitadas, e com acentuadas divergências sobre princípios primordiais, o raciocínio analógico tem algumas características benéficas”, tendo em vista “não exigir que as pessoas desenvolvam teorias completas para explicar suas convicções”<sup>25</sup>. Por sua vez, a quarta característica – de que a analogia produz princípios que funcionam em um grau baixo ou intermediário de abstração – envolve o fato de que a analogia, usualmente, opera sem a necessidade de confiança em princípios gerais sobre o que é correto ou bom<sup>26</sup> (ainda que existam, esses princípios não seriam de conhecimento obrigatório para aquele que pensa analogicamente, isto é, a consciência sobre eles não seria um requisito para o raciocínio). Esta é a descrição do raciocínio analógico, para Sunstein: “o raciocínio analógico, assim, opera quando um julgamento incompletamente teorizado sobre o caso X é invocado para chegar a um acordo em relação ao caso Y, que comporta muito (mas não tudo) em comum com o caso X, e no qual não existe ainda julgamento de todo”<sup>27</sup>.

Sunstein aborda outras formas de raciocínio que considera relevantes para o Direito, e relaciona-as ao raciocínio analógico. O objetivo é tentar definir o raciocínio analógico a partir da comparação (por diferenciação). Afirma que a analogia não tem papel algum nas teorias gerais “top-down”, que operam dedutivamente<sup>28</sup>. Refere que, a despeito da semelhança entre o raciocínio analógico e a busca pelo equilíbrio reflexivo<sup>29</sup> no que tange à densa dependência do julgamento de casos particulares, haveria diferenças substanciais quanto à pretensão de uma e de outra prática: o raciocínio analógico seria menos ambicioso do que aquele obtido no âmbito do equilíbrio reflexivo, já que, na forma do equilíbrio reflexivo, todo julgamento particular dependeria de uma teoria completa e em um nível mais geral neste caso<sup>30</sup>. Ademais, observa que o raciocínio analógico pode operar com base em julgamentos incompletamente teorizados, mas também a partir de práticas incompletamente teorizadas, já que é possível que

---

<sup>25</sup> “[...] in a world with limited time and capacities, and with sharp disagreements on first principles, analogical reasoning has some beneficial features as well. Most important, this form of reasoning does not require people to develop full theories to account for their convictions [...]” *Ibidem*, pp. 790-791.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 747.

<sup>27</sup> “Analogical reasoning thus works when an incompletely theorized judgment about case X is invoked to come to terms with case Y, which bears much (but not all) in common with case X, and in which there is as yet no judgment at all”. *Ibidem*, p. 748.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 749.

<sup>29</sup> Sunstein, aqui, procura estabelecer distinção entre o modo de funcionamento do raciocínio analógico e a noção de equilíbrio reflexivo delineada por John Rawls. Em “A Theory of Justice”, Rawls propõe que o equilíbrio reflexivo envolve uma espécie de ajuste aproximativo entre teoria geral e casos particulares: a noção de “equilíbrio” abrange a coincidência entre os princípios aplicáveis e os julgamentos feitos para cada caso particular, e a de “reflexivo”, por sua vez, diz respeito à percepção de quais princípios conformam os julgamentos e de onde as premissas derivam. RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1999, pp. 39-46.

<sup>30</sup> *Ibidem*, pp. 752-753.

certas práticas sejam relevantes na definição de determinado resultado<sup>31</sup>. Menciona, ainda, que o raciocínio classificatório dependerá, eventualmente, de um processo menos mecânico que a mera inclusão de uma espécie em uma determinada categoria, de modo que, por vezes, uma “classificação espúria” seria, frequentemente, resultado da dissimulação de uma analogia – aqui, Sunstein parece tratar a classificação como algo mais mecânico, já que a analogia comportaria “princípios substantivos”, o que iria além de saber se uma categoria comporta ou não determinada espécie (“princípios semânticos”): definir se um caso é análogo a outro depende de uma ideia substantiva que deve vir justificada<sup>32</sup>. Por fim, afirma que, embora, em alguns casos, o Direito lance mão da racionalidade de meios e fins, o raciocínio analógico seria, frequentemente, silente quanto a isso, em nada ajudando na reflexão sobre consequências sociais, isto é, a analogia não permitiria descobrir as consequências das decisões, sob um ponto de vista sistemático<sup>33</sup>.

Sunstein defende a analogia como forma de raciocínio dominante do *common law*. Procura rebater as objeções de que a analogia é insuficientemente científica e de que é indeterminada na falta de consenso social, a partir do argumento de que a heterogeneidade poderia ser uma força mais criativa do que destrutiva. Nesse sentido, reconhece que a analogia dependeria de alguma concordância prévia em questões fundamentais, sob pena de, diante das diferenças, não ser possível uma analogia que se encaminhe por uma via determinada, mas, segue Sunstein, um grau de consenso é necessário para qualquer forma de raciocínio. O autor cita Ludwig Wittgenstein, em passagem de “Investigações Filosóficas”, a afirmar que, “se a linguagem deve ser um meio de comunicação, deve haver concordância não apenas nas definições, mas também (estranhamente como talvez pareça) nos julgamentos. Isso parece abolir a lógica, mas não o faz”<sup>34</sup>.

Reconhece, igualmente, que há sempre uma inevitável necessidade de critérios nunca suprida pelo raciocínio analógico, no que tange à busca de semelhanças e diferenças relevantes entre os casos: a analogia, por si mesma, não forneceria um aparato capaz de responder a essa exigência, já que “tudo é um pouco similar a, ou diferente de, todo o resto”, ou “tudo é similar de infinitas formas a tudo mais, e também diferente de tudo mais no mesmo número de formas” – um conjunto mínimo de critérios é necessário para definir o que é

---

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 754.

<sup>32</sup> *Ibidem*, pp. 756-757.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 758.

<sup>34</sup> “If language is to be a means of communication there must be agreement not only in definitions but also (queer as this may sound) in judgments. This seems to abolish logic but does not do so.” WITTGENSTEIN, Ludwig, *apud* SUNSTEIN, Cass R. On Analogical Reasoning. *Harvard Law Review*, vol. 106, n. 3, p. 770, jan. 1993.

análogo entre si. Apesar disso, responde a essa crítica afirmando que, “sem analogias, princípios relevantes, frequentemente, não podem ser descritos de modo prévio, exceto em um nível de generalidade altamente não informativo e grosseiro”<sup>35</sup>, já que os princípios seriam tanto gerados quanto testados mediante confronto com os casos particulares, ou, em outras palavras, só se define o escopo de aplicação de um princípio a partir de um conjunto de circunstâncias em que a sua aplicação faz-se clara. Nesse ponto, cabe citar a “metáfora da escada”, em que Sunstein posiciona-se contrário à concepção de que as analogias funcionariam como uma escada que poderia ser descartada depois de atingida uma formulação mais geral do raciocínio, já distante do caso particular – a abstração do caso particular a partir de uma formulação geral não permitiria “abandonar”, de todo, a “ilustração” fornecida pelo caso:

As analogias são como uma escada que pode ser descartada uma vez que tenhamos subido ao topo. Eu penso que essa metáfora é enganosa, porque sugere que analogias são dispensáveis de uma forma que não são; analogias não são uma escada para ser jogada fora, mas, sim, uma base importante para nossos julgamentos. Mas uma resposta mais completa a essa crítica deve ser aprofundada. A defesa mais completa começaria com a alegação de que nossos julgamentos considerados sobre casos particulares têm uma espécie de prioridade na decisão sobre o que a lei é ou deveria ser. Minha sugestão é que, em razão dos requisitos distintivos de um sistema jurídico, as respostas corretas no direito poderiam consistir, precisamente, naqueles julgamentos particulares, uma vez que eles foram feitos para serem coerentes.<sup>36</sup>

O que se procura sobrelevar é a ideia de que deduções a partir de uma teoria generalizante nem sempre são capazes de produzir julgamentos coerentes sobre casos particulares. É possível tomar o exemplo relativo à liberdade de expressão (*free speech*): saber o conteúdo da liberdade de expressão talvez seja extremamente difícil, sem o apelo a um conjunto de casos concretos em que se visualize o direito em questão. Entra em atuação a coerência, nas palavras de Sunstein, como “consistência entre julgamentos particulares e princípios de nível mais concreto [*low-level principles*]”<sup>37</sup>. Sunstein nega que seja possível, por meio do raciocínio analógico, alcançar o equilíbrio reflexivo, na perspectiva de John Rawls, em “A Theory of Justice” (“Uma Teoria da Justiça”): o Direito, afirma Sunstein, não

<sup>35</sup> “Without analogies, relevant principles often cannot be described in advance except at an uninformatively high and crude level of generality.” SUNSTEIN, Cass R. *Op. cit.*, p. 775.

<sup>36</sup> “Analogies are like a ladder that can be discarded once we have climbed to the top. I think that this metaphor is misleading because it suggests that analogies are dispensable in a way that they are not; analogies are not a ladder to be tossed away, but rather an important basis for our judgments. But a fuller response to this criticism must go deeper. The fuller defense would start with the claim that our considered judgments about particular cases have a kind of priority in deciding what the law is or should be. My suggestion is that because of the distinctive requirements of a legal system, correct answers in law might consist precisely of those particular judgments, once they have been made to cohere.” *Ibidem*, p. 770.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 777.

permitiria a “revisibilidade” que é central na perspectiva de Rawls, dada a necessidade de fixar os julgamentos particulares e, a partir deles, promover previsibilidade e estabilidade – nesse aspecto, Sunstein reitera que a consistência desses julgamentos particulares dependeria de critérios externos, que a analogia, por si mesma, não poderia fornecer<sup>38</sup>.

O raciocínio por analogia, então, teria vantagens sob as seguintes perspectivas: (a) seria a melhor abordagem disponível para pessoas com limitações de tempo e de capacidade, já que o equilíbrio reflexivo demandaria demais dos participantes no âmbito do Direito; (b) permitiria que pessoas incapazes de alcançar algo como uma concordância em princípios gerais acordassem quanto a resultados particulares (voltando ao vocabulário de Rawls, seria possível um “consenso sobreposto” no que tange à identificação de similaridade relevante); (c) seria especialmente desejável em contextos em que se busca a evolução moral através do tempo, já que o equilíbrio reflexivo tornaria “rígido e calcificado” o sistema; (d) operaria com precedentes, que têm *status* de “pontos fixos” no sistema, de modo que haveria uma espécie de consenso sobreposto no que tange às matérias já fixadas (a limitação dar-se-ia pela eliminação do desacordo em razão dos pontos já fixados nas decisões anteriores) – assim, seriam viáveis a estabilidade e a previsibilidade do sistema.

Sunstein encerra a reflexão com uma abordagem acerca do conceito de “integridade”, desenvolvido por Ronald Dworkin, juntamente com a imagem do “juiz Hércules”, aquele que teria um domínio ilimitado do Direito. A virtude da integridade, suprema no âmbito do Direito, estaria conectada com o que Sunstein chama de “consistência principiológica” (“principled consistency”) entre os casos: tanto o juiz Hércules quanto o “juiz analógico” estão especialmente preocupados com o desenvolvimento de princípios que organizam casos<sup>39</sup>. Ocorre, critica Sunstein, que os juristas não operam com teorias completas, de modo que a imagem aproximativa da analogia seria mais adequada à realidade prática do Direito: “um juiz que opere ‘de baixo para cima’, em vez de ‘de cima para baixo’, talvez termine sendo hercúleo também”<sup>40</sup>. Esse juiz, que Sunstein nomeia como Harlan, atuará da seguinte forma:

Quando nosso modesto juiz – Harlan, digo, em vez de Hércules – usa raciocínio analógico para dizer que o caso A é como o caso B, ele deve contar com um princípio. E, se ele estiver raciocinando bem, ele terá diante de si uma série de outros casos, C a Z, em que o princípio é testado contra outros princípios e, portanto, refinado. Ao menos se ele for um juiz distinto, ele experimentará uma espécie de “ascensão conceitual”, na qual o princípio de baixo nível, mais ou menos isolado e

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 778.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 784.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 785.

pequeno, é finalmente parte de uma teoria geral, ou de equilíbrio reflexivo. Nesse sentido, talvez concluamos que o raciocínio analógico é, de fato, parte da abordagem de Dworkin, mas apenas como um primeiro passo rumo a algo mais amplo e mais profundo.<sup>41</sup>

Apesar dessa observação, Sunstein é cético quanto à integridade referida por Dworkin, dado que a proposta deste dependeria de algo mais ambicioso do que a pretensão daquele. Um sistema jurídico que comporte variadas cortes não poderia pretender, segundo Sunstein, uma coerência no patamar almejado por Dworkin. A compreensão mais ampla do sistema poderia ficar a cargo de observadores informados que tenham em consideração uma abordagem institucional. Ao cabo, Sunstein observa que um importante papel do raciocínio analógico é que aqueles que lançam mão dessa forma de pensar estão peculiarmente atentos aos resultados inconsistentes e abomináveis, adotando fortes convicções sobre casos particulares, para prover razões para reavaliar suas visões sobre outros casos ou mesmo sobre os princípios gerais aparentemente orientadores<sup>42</sup>.

Esses elementos são suficientes para definir a abordagem de Sunstein quanto à sua descrição do raciocínio analógico e quanto aos argumentos para considerar a analogia importante e favorável à promoção de segurança jurídica. Passa-se à análise da obra de Scott Brewer sobre a matéria.

## 1.2 “EXEMPLARY REASONING: SEMANTICS, PRAGMATICS, AND THE RATIONAL FORCE OF LEGAL ARGUMENT BY ANALOGY” (1996), DE SCOTT BREWER.

A pretensão de Scott Brewer, no artigo intitulado “Exemplary reasoning: semantics, pragmatics, and the rational force of legal argument by analogy” (“Raciocínio por exemplificação: semântica, pragmática e a força racional do argumento jurídico por analogia”), de 1996, é estabelecer critérios claros para o uso da analogia: seus objetivos são explicar a estrutura e definir balizas para avaliar a força racional do argumento por analogia<sup>43</sup>, espécie de argumento que ele enquadra em uma categoria mais ampla, que denomina de “argumento por exemplificação” (“exemplary reasoning”). Reconhecendo que a analogia permanece sendo “a menos bem entendida e explicada forma de raciocínio”<sup>44</sup>, o autor procura abordá-la a partir de uma perspectiva sistematizadora, por meio da qual sejam identificados os

---

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 786.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 791.

<sup>43</sup> BREWER, Scott. Exemplary reasoning: semantics, pragmatics, and the rational force of legal argument by analogy. *Harvard Law Review*, vol. 109, n. 5, p. 930, mar. 1996.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 926.



passos executados, quando se raciocina analogicamente (ou, mais tecnicamente, quando se faz uso de um argumento analógico)<sup>45</sup>.

As abordagens de Sunstein e de Brewer tangenciam muitos pontos de mesmo conteúdo. Apesar disso, o primeiro tem uma abordagem mais panorâmica, em busca de características definidoras da analogia, enquanto o segundo está mais preocupado em apresentar uma compreensão do procedimento de raciocinar analogamente, visando ao estabelecimento de formas de “controle” desse mecanismo, a partir da avaliação, da valoração da analogia produzida. É bem verdade que Sunstein apresenta os passos para a construção de analogia, mas a abordagem parece mais simplista que a de Brewer, quando da explicação das etapas. A intenção de Brewer é, em essência, apresentar a melhor reconstrução possível da sequência padrão de passos do raciocínio que levam à analogia, conduzindo a uma compreensão mais preocupada, assim, com a estrutura padrão desse tipo de argumento (permitindo, dessa forma, a sua valoração):

A melhor forma de interpretar o que “raciocinadores” fazem quando usam analogias em argumentos é reconhecer um padrão inferencial regular que os guia ao fazer julgamentos acerca da verdade das conclusões de argumentos analógicos com base na verdade de suas premissas.

Adotando o ponto de vista amplamente aceito observado acima, acredito que o argumento por analogia funciona por meio da comparação de dois itens e por meio da inferência de que, a partir do fato de que esses itens compartilham algumas propriedades, eles compartilham alguma propriedade adicional. Nos argumentos analógicos jurídicos, os tipos de itens comparados variam amplamente; eles podem ser casos (se reais, como quando os itens comparados são precedentes autorizativos, ou hipotéticos), eventos, pessoas, julgamentos, ou muitas outras coisas. Semelhantemente, as características usadas para comparar esses itens também variam amplamente. Mas, por mais diferentes que sejam os tipos de itens comparados ou as características pelas quais eles são comparados, a estrutura do argumento por analogia é invariável.<sup>46</sup>

---

<sup>45</sup> A proposta de Brewer fica clara, quando o autor compara as tarefas de um teórico (do direito) com um filósofo da ciência: “o teórico busca explicar os *tipos* de argumentos que raciocinadores jurídicos apresentam, assim como o filósofo da ciência busca explicar os tipos de argumentos que cientistas constroem” [“The theorist seeks to explicate the *types* of arguments that legal reasoners present, just as the philosopher of science seeks to explicate the types of arguments that scientists construct...”]. *Ibidem*, p. 986.

<sup>46</sup> “The best way to make interpretive sense of what reasoners do when using analogies in arguments is to recognize a regular inferential pattern that guides them in making judgments about the truth of conclusions of analogical arguments on the basis of the truth of their premises.

Adopting the widely agreed view noted above, I believe that argument by analogy works by comparing two items and by inferring from the fact that these items share some properties that they share some further property. In legal analogical arguments, the types of items compared vary widely; they might be cases (whether actual, as when the items compared are authoritative precedents, or hypothetical), events, persons, judgments, or many other things. Similarly, the characteristics used to compare these items also vary widely. But however different may be the types of items compared or the characteristics by which they are compared, the structure of argument by analogy is invariant.” *Ibidem*, pp. 964-965.

Brewer parte da premissa de que o raciocínio por exemplificação seria uma ampla classe de argumentos baseados em um mesmo padrão de passos, considerando intercambiáveis os termos “raciocínio por analogia”, “raciocínio por exemplo”, “raciocínio caso a caso”, utilizados por autores diversos para fazerem referência a uma forma de raciocínio que permitiria produzir argumentos a partir de uma estrutura idêntica – a sequência para produzir os argumentos dessa natureza, portanto, seria a mesma. O que está em questão é verificar que certos argumentos não identificados, costumeiramente, como pertencentes a uma categoria comum teriam uma estrutura lógica característica cujo foco é o uso de exemplos na sua construção: a estrutura desses argumentos teria seu foco e sua base em exemplos, no processo de inferir conclusões a partir de premissas. Assim, as formas com que se apresenta essa mesma família de argumento dependeriam de uma mesma estrutura básica, ainda que, à primeira vista, não fossem pensadas como argumentos analógicos em geral<sup>47</sup>. É nesse sentido que Brewer pensa que são intercambiáveis as expressões para indicar “argumento por exemplos/por exemplificação”, “argumento por analogia/analógico” e “raciocínio caso a caso/de um caso a outro”.

A ideia de Brewer é que, para fazer uso de um argumento analógico, há uma sequência de três passos (regrados) de raciocínio executados em um contexto de dúvida (dúvida, por exemplo, sobre o significado de um conceito, texto ou regra). Antes de apresentar esses passos e a estrutura do raciocínio analógico pensada por Brewer, no entanto, é importante entender quais são as teorias contra as quais o autor coloca-se, para defender a sua concepção – é possível verificar que é a partir das diferentes perspectivas explicitadas que Brewer molda a própria teoria, isto é, o molde de sua concepção depende das teorias que ele vai, de antemão, descrever. Brewer produz uma taxonomia de teorias que trabalham com o argumento por exemplificação ou analógico, distinguindo duas correntes de autores que teriam concebido o raciocínio analógico em perspectivas antagônicas – a diferença fundamental dessas correntes concentrar-se-ia no que Brewer indica como “força racional” (“rational force”), isto é, “o grau de confiabilidade que a forma do argumento tem na sua forma mais confiável”<sup>48</sup>, sendo que os argumentos dedutivos válidos são considerados os de mais alto grau de força racional, seguindo-se, com menos força racional, os argumentos indutivos e, se bem estruturados, os argumentos abduativos. Nesse contexto, de um lado, então, estariam os místicos, aqueles que conferem aos argumentos analógicos um alto grau de confiança, não sentindo necessidade de esclarecimento para os conceitos de relevância ou de similaridade para a compreensão da

---

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 927.

<sup>48</sup> “‘rational force’ means the degree of reliability the argument form has at its most reliable”. *Ibidem*, p. 951.

analogia; de outro, os céticos, com menos confiança na força racional dos argumentos analógicos<sup>49</sup>.

Sob a forma apresentada por Brewer, os místicos – que se apresentariam de formas variadas e cujo exemplo próximo é Sunstein – supervalorizariam os argumentos analógicos, por depositarem confiança exacerbada em sua força racional<sup>50</sup>. Os céticos, por sua vez, que teriam Posner como representante, não negariam a importância da analogia, mas tratá-la-iam com menos confiança. Brewer cita passagens em que Posner chega a afirmar que o raciocínio por analogia “não tem conteúdo definido ou integridade”, constituindo uma “classe instável de métodos de raciocínio disparatados” e sendo “inevitável em campos em que a teoria é fraca”, de que a ciência militar, a propaganda e o direito seriam exemplos<sup>51</sup>. Ainda no grupo dos céticos, Brewer aloca os teóricos que apenas consideram que o argumento analógico tem integridade racional quando são redutíveis a regras, referindo Frederick Schauer como representante dessa concepção<sup>52</sup>.

Na taxonomia criada por Brewer, surgiria, ainda, uma via intermediária, uma opção terceira, a dele, que se distanciaria tanto das teorias místicas quanto das céticas e que ele denominaria de “racionalista de proposta modesta” (“modest-proposal rationalist”). O autor reconhece as correções das correntes teóricas apresentadas, tanto dos ditos místicos, quanto dos céticos. Os místicos estariam em parte corretos, já que “há, inevitavelmente, um momento imaginativo incodificável no raciocínio analógico, por exemplificação”; sua abordagem seria inadequada, apesar disso, pela falha de não tentar explicar como juízos de similaridade e de dissimilaridade e relevância operam na inferência das conclusões a partir das premissas<sup>53</sup>. Céticos como Posner estariam corretos “em pensar que argumentos analógicos não têm o mesmo grau de força racional que indução ou dedução”, mas ignorariam que indução e dedução teriam um papel vital no argumento analógico<sup>54</sup>. Céticos como Frederick Schauer, por sua vez, estariam corretos em “reconhecer as formas em que o raciocínio por exemplificação é governado por regras, mas talvez estivessem muito precipitados em pensar que tal raciocínio é redutível a raciocínio governado por regras”<sup>55</sup>; apesar disso, a crença excessiva no raciocínio baseado em regras reduziria o papel do caso (particular), tornando-o quase dispensável. Assim, o raciocínio por exemplificação poderia receber explicação melhor

---

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 951.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 952.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 953.

<sup>52</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 954.

<sup>54</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

<sup>55</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

do que a proposta pelos “místicos” no que diz respeito aos conceitos de relevância e de similaridade, e, ao mesmo tempo, seria mais vinculante/compelidor do que os “céticos” reconheceriam<sup>56</sup>. Tomadas tais considerações, Brewer, como “racionalista de proposta modesta”, assume que o raciocínio por analogia deve ser entendido como uma sequência padrão de processos de raciocínio diversos, incluindo abdução e mesmo indução ou dedução<sup>57</sup>.

Retorna-se, então, às etapas dessa sequência proposta por Brewer. Os três passos (de condições individualmente necessárias e conjuntamente suficientes) que constituem a sequência padronizada do argumento por exemplificação podem ser genericamente descritos da seguinte forma: o raciocínio analógico envolveria (1) uma inferência do tipo “abdução”, a partir dos exemplos escolhidos, de uma regra que poderia resolver a dúvida posta (dúvida essa que corresponderia à indefinição jurídica da resposta de um caso), (2) a confirmação ou a refutação, por um processo de ajuste reflexivo, da regra inferida, e (3) aplicação da regra confirmada para o caso que gerou a dúvida. A ideia subjacente à proposta de Brewer é de um modelo controlado, mais seguro, que confira à analogia, do ponto de vista teórico, o mesmo valor já identificado do ponto de vista prático. A explicação de cada um desses estágios é apresentada na sequência.

O primeiro estágio é aquele em que, em um contexto de dúvida sobre a extensão de algum predicado ou sobre o sentido de algum texto, faz-se um raciocínio do tipo abdução<sup>58</sup>. Contextos de dúvida, define Brewer, seriam aqueles em que um conceito jurídico ou termo

---

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 933.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 954.

<sup>58</sup> Brewer lança mão do conceito de “abdução”, nos moldes de compreensão de Charles Sanders Peirce, que fez uso do termo para referir-se ao modo pelo qual, a partir de um número infinito de explicações logicamente possíveis, o cientista seleciona um número menor de hipóteses para investigação (com confirmação ou negação). No texto de Peirce intitulado “Abduction and Induction”, o autor aborda esse fenômeno – a que atribui o nome de “abdução” [*abduction*] ou “retrocesso” [*retroduction*] – pelo qual há a preferência por uma hipótese sobre outras que poderiam, igualmente, explicar os fatos. Confira-se um excerto relevante de Peirce:

“[A forma da abdução perceptiva é:]

Um tipo de objeto bem reconhecido, M, tem, como seus predicados ordinários, P<sub>1</sub>, P<sub>2</sub>, P<sub>3</sub> etc., reconhecidos indistintamente.

O objeto sugerido S tem esses mesmos predicados, P<sub>1</sub>, P<sub>2</sub>, P<sub>3</sub> etc.

Assim, S é do tipo M.

Essa é inferência hipotética na forma. A primeira premissa não é de fato pensada, embora esteja habitualmente em mente. Isso, por si só, não faria uma inferência inconsciente. Mas isso é assim, porque não é reconhecido como uma inferência; a conclusão é aceita sem sabermos como.”

[“[The form of the perceptual abduction is:]

A well-recognized kind of object, M, has for its ordinary predicates P<sub>1</sub>, P<sub>2</sub>, P<sub>3</sub>, etc., indistinctly recognized.

The suggesting object, S, has these same predicates, P<sub>1</sub>, P<sub>2</sub>, P<sub>3</sub>, etc.

Hence, S is of the kind M.

This is hypothetic inference in form. The first premiss is not actually thought, though it is in the mind habitually. This, of itself, would not make the inference unconscious. But it is so because it is not recognized as an inference; the conclusion is accepted without our knowing how.”]. PEIRCE, Charles Sanders; BUCHLER, Justus (ed.). *Philosophical Writings of Peirce*. New York: Dover Publications, 1955, p. 305.

são ativamente vagos, isto é, circunstâncias em que há indecisão, por parte do juiz ou do advogado, sobre a aplicação de um conceito para um dado objeto ou evento – a ideia é, aqui, de descoberta, na medida em que aquele que tem de decidir busca descobrir uma seleção, uma classe em forma de regra a partir desses exemplos<sup>59</sup>. Brewer não vê a abdução de modo negativo, aludindo a Charles Sanders Peirce, que abordou o fenômeno com vistas a explicar o modo pelo qual cientistas selecionam, a partir de um número indefinido de explicações possíveis do ponto de vista lógico, um número bastante mais reduzido de hipóteses para confirmação ou refutação: a abdução, no raciocínio por exemplificação, desempenharia importante papel, constituindo uma “forma disciplinada de inferência”, embora não seja guiada de forma rígida, como a dedução, comportando grau substancial de força racional não só na ciência, mas em outros campos de investigação<sup>60</sup>.

Na abdução, então, é necessário, primeiro, identificar um fenômeno que demande explicação – é a “coisa a ser explicada” ou “*explanandum*” – o próprio fato de selecionar os aspectos acerca dos quais se faz necessária uma análise corresponde a uma observação que leva a julgamentos complexos; a partir daí, é possível notar que determinadas proposições poderiam explicar o fenômeno observado, constituindo a “hipótese explanatória” ou “*explanans*”, e, por último, testar se essa hipótese corresponde a uma correta explicação para o fenômeno. Esta seria esquematização da descrição de Brewer:

*P* – um raciocinador identifica algum *explanandum*, um item que foi notado e, de acordo com interesses do raciocinador, demanda explicação;  
 Se *H*, então *P* – o raciocinador, na sequência, observa que, se a hipótese *H* estiver correta, seria um adequado *explanans* para *P*;  
 Portanto, *H* – o raciocinador estabelece *H* para o propósito de confirmá-lo ou refutá-lo.<sup>61</sup>

O passo central, neste primeiro momento, portanto, é a regra descoberta pela abdução, definida por Brewer como “regra garantidora da analogia” (“*analogy-warranting rule*” ou “*AWR*”). Para que um argumento analógico possa compelir à sua adesão, é preciso haver garantia suficiente de que a presença de alguma ou de algumas características particulares compartilhadas permite inferir outra característica particular compartilhada – essa é a regra garantidora da analogia. Trata-se, segundo Brewer, do estabelecimento de uma relação lógica

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 962.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 947.

<sup>61</sup> “(1) *P* – a reasoner identifies some *explanandum*, an item that has been noticed and, according to the reasoner’s interests, calls for explanation;

(2) If *H* then *P* – the reasoner further observes that if hypothesis *H* were correct, it would be an adequate *explanans* for *P*;

(3) Therefore, *H* – the reasoner settles on *H* for the purpose of confirming or disconfirming it.” *Ibidem*, p. 948.

entre as características que são reconhecidas como compartilhadas e aquelas que são inferidas como compartilhadas<sup>62</sup>.

O segundo estágio seria o de confirmação ou de refutação da AWR que se descobriu no primeiro estágio. O passo envolve testar a AWR, verificando a sua habilidade de satisfazer múltiplas exigências: a AWR, então, é aquilo que o raciocinador, por meio de exemplos, finalmente, estabelece, depois de passar no teste de confirmação, sob a crença de que a AWR efetua uma classificação aceitável dos exemplos considerados<sup>63</sup> – a avaliação da aceitabilidade da classificação dependeria, por sua vez, de um conjunto de proposições explicativas e justificatórias, definidas por “justificações garantidoras da analogia” (“*analogy-warranting rationales*” ou “AWRa”). Como propõe Brewer, o ajuste reflexivo é o dispositivo para confirmar ou refutar a AWR, podendo apresentar-se de três formas: ajuste entre a AWR e os exemplos escolhidos que a AWR seleciona; ajuste entre a AWR e a AWRa que a explica e justifica; ajuste entre a AWRa e os exemplos escolhidos. Essas justificações garantidoras da analogia, que conferem a explicação e a justificação das regras abduzidas, são o suporte a partir do qual a analogia está fundada: uma AWRa explicaria o motivo pelo qual, “aos olhos do direito” (quando o argumento analógico é jurídico) ou à luz dos propósitos do argumento (quando o argumento analógico não é jurídico), a relação lógica entre as características articuladas pela regra garantidora da analogia tanto é quanto deveria ser bem-sucedida<sup>64</sup>.

A AWRa funciona como formulação de razão para o estabelecimento da AWR – a preocupação com a verdade das conclusões a partir das premissas envolve, justamente, um fundamento que permita conferir força racional à AWR. A mera formulação de uma regra que abranja dois itens com características compartilhadas (a AWR) não confere uma real justificação para esse compartilhamento de características, a qual só é possível, portanto, mediante a AWRa (a AWRa explica e justifica a regra formulada).

Nesse aspecto, é possível observar que Brewer tenta alinhar-se à tradição de juristas que veem a necessidade de regras com base justificada quando do uso de argumentos analógicos. Como abordado de início, diversos autores, para conferir força ou cogência à analogia, veem-na como um processo de raciocínio dependente de regras. Brewer cita diversos autores que consideram que só é possível falar em força racional (para usar o termo do próprio Brewer) dos argumentos analógicos, quando eles são redutíveis a regras – entende

---

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 965.

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 962.

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 965.

que essa é posição de MacCormick, Westen, Greenawalt, Eisenberg e Schauer<sup>65</sup>. Apesar disso, o autor que cunhou a expressão “raciocínio por exemplificação”, embora enfatize e reconheça o papel das regras para a força racional da analogia, dá ênfase à abdução no raciocínio analógico, de modo que a sua teoria rejeita a visão de que os argumentos por analogia são redutíveis a argumentos a partir de regras<sup>66</sup>. A AWR formulada e mesmo a AWRa não afastam a importância do item ou do caso particular que originou a analogia, de modo que a formulação de uma regra (acompanhada de sua justificação) não exige da análise dos elementos concretos do caso. É esse o mecanismo pelo qual a forma dedutiva pode ser obtida, mesmo no âmbito do raciocínio analógico, conferindo força racional ao argumento assim construído.

Por fim, o terceiro estágio seria aquele em que o raciocinador aplica a AWR descoberta no primeiro estágio e confirmada no segundo estágio ao exemplo particular ou aos exemplos que, originalmente, ativaram o processo de raciocínio por exemplificação. É o momento em que se obtém o resultado do argumento analógico.

O “modelo básico” que Brewer apresenta guarda alguma proximidade com aquele delineado por Sunstein (1993). No entanto, há, agora, a “regra garantidora da analogia” (“*analogy-warranting rule*” – “AWR”), capaz de tornar mais evidente (ou controlável) o processo por meio do qual se chegou à analogia, e o componente relativo à justificação garantidora da analogia (“*analogy-warranting rationale*” – “AWRa”), isto é, relativo à razão que confirma a proposição da AWR. Essa “lógica” de que Brewer trata reflete-se na sequência de passos que aponta como necessários para que a analogia seja considerada hígida, submetidos, assim, às “*analogy-warranting rules*” e, por sua vez, aos “*analogy-warranting rationales*”. Essa interpretação mais básica do fenômeno apresenta o seguinte esquema para a forma lógica do argumento analógico:

Onde  $x, y, z$  são indivíduos, e  $F, G, H$  são predicados de indivíduos:

Passo 1:  $z$  tem as características  $F, G, \dots$

Passo 2:  $x, y, \dots$  têm as características  $F, G, \dots$

Passo 3:  $x, y, \dots$  também têm a característica  $H$ .

Passo 4: A presença em um indivíduo das características  $F, G, \dots$  provê garantia suficiente para inferir que  $H$  está também presente naquele indivíduo.

<sup>65</sup> Talvez não seja de todo apropriado afirmar que esses autores, em geral, só admitem a força racional do argumento analógico, quando este é redutível a uma regra em sentido estrito. Apesar disso, os autores referidos mencionam a necessidade de que o raciocínio analógico possa ser justificado – “amparado”, nesse sentido – por uma formulação passível de aplicação dedutiva.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 983. A posição de MacCormick, em específico, será abordada na segunda parte do trabalho. Talvez seja possível afirmar que a compreensão de Brewer acerca do pensamento de MacCormick não se afeiçoe, exatamente, ao entendimento deste autor.

Passo 5: Portanto, existe garantia suficiente para concluir que  $H$  está presente em  $z$ .<sup>67</sup>

Brewer confere, nessa perspectiva, importância para o contexto, dado que é o contexto que “orienta” a regra formulada nos casos em comparação. Isso já fica implícito no início do texto do autor: “o contexto no qual um argumento analógico é oferecido molda, significativamente, a estrutura daquele argumento”<sup>68</sup>. A análise proposta tem como base a exigência de justificação de uma decisão de comparação – o que está em questão é o modo como o contexto de justificação molda a estrutura do argumento:

De particular importância na discussão abaixo será a seguinte afirmação sobre a influência do contexto justificatório no argumento jurídico: quando um raciocinador jurídico – paradigmaticamente, um juiz – aceita certos ideais de Estado de Direito, o contexto da justificação jurídica molda a estrutura daquele argumento jurídico analógico do raciocinador, ao exigir-lhe que construa e conte com um tipo de regra *dedutivamente aplicável dentro da analogia jurídica*.<sup>69</sup>

A tentativa é de compor um modelo que integre os elementos particulares que estão em comparação, sem ignorar a importância de regras dedutivamente válidas, a fim de que a analogia seja dotada de maior força racional, constituindo-se, assim, como justificativa bastante para uma decisão jurídica baseada na analogia.

Várias reformulações desse esquema são apresentadas pelo próprio autor, incluindo-se aí aquelas que procuram dar conta de como é possível considerar a existência de uma “dissimilaridade relevante” entre elementos em comparação, o que Brewer chama de “disanalogy” (para representar a falta de possibilidade de analogia). Apesar disso, o que o esquema de Brewer procura demonstrar é que o “passo 4” do esquema básico apresentado é essencial para o estabelecimento do raciocínio analógico, na medida em que apenas ele proveria “garantia suficiente” a permitir a inferência analógica. Ocorre que esse “passo 4” implica a existência de uma dedução no âmago do raciocínio analógico. Com base nessa concepção, só seria possível estabelecer-se raciocínio analógico, se pudesse ser enunciada

---

<sup>67</sup> “Where  $x, y, z$  are individuals and  $F, G, H$ , are predicates of individuals:

Step 1:  $z$  has characteristics  $F, G, \dots$

Step 2:  $x, y, \dots$  have characteristics  $F, G, \dots$

Step 3:  $x, y, \dots$  also have characteristic  $H$ .

Step 4: The presence in an individual of characteristics  $F, G, \dots$  provides sufficient warrant for inferring that  $H$  is also present in that individual.

Step 5: Therefore, there is sufficient warrant to conclude that  $H$  is present in  $z$ .” *Ibidem*, p. 966.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 926.

<sup>69</sup> “Of particular importance in the discussion below will be the following claim about the influence of justificatory context on legal argument: when a legal reasoner – paradigmatically, a judge – accepts certain rule of law ideals, the context of legal justification shapes the structure of that reasoner’s legal analogical argument by requiring him to construct and rely on a type of *deductively applicable* rule *within* the legal analogy.” *Ibidem*, pp. 926-927.



uma regra geral capaz de incidir tanto sobre o elemento ou caso passado quanto sobre o elemento ou caso futuro, o alvo da analogia. Aplicando esses conceitos ao Direito, apenas por meio de um raciocínio dedutivo, em que fosse evidenciada condição suficiente e necessária, é que seria possível concluir que uma situação particular recairia ou não sobre o escopo de um conceito ou de uma regra:

C. Aplicando a “Lei da Forma Dedutiva” a argumentos por analogia e por desanalogia

Com os padrões do argumento analógico e desanalógico (em ambas as variedades, “competing analogy” e “distinguishing”), agora diante de nós, deixe-me voltar brevemente ao argumento apresentado acima sobre a forte evidência da conexão profundamente sentida na prática jurídica anglo-americana entre justificação jurídica e dedução. Como discutido acima, de acordo com a lei da forma dedutiva, em um contexto de dúvida sobre se um indivíduo em um caso *sub judice* enquadra-se no escopo de um conceito jurídico que pertence ao caso, um juiz articulará uma condição suficiente se ele vier a concluir que o indivíduo, de fato, enquadra-se no escopo do conceito, e ele articulará uma condição necessária, se ele vier a concluir que o indivíduo não se enquadra no escopo do conceito.<sup>70</sup>

A proposta de Brewer parece apontar para a existência de uma regra que justifica o fato de dois casos serem submetidos ao mesmo tratamento. Dito de outra forma, apenas por meio de um raciocínio dedutivo, que esclareceria qual a regra para o caso anterior (mais propriamente, a razão da regra), é que seria possível falar em analogia em relação ao caso a ser decidido. A submissão de dois casos ao mesmo tratamento dependeria da identificação não só da similaridade entre eles, mas da formulação de uma regra geral que os abarcasse, justificando-se, assim, o escopo de aplicação, que submete tanto um quanto outro ao mesmo raciocínio jurídico<sup>71</sup>. Ainda que em uma proposta dita “moderada”, Brewer confere valor na

<sup>70</sup> “C. Applying the ‘Law of Deductive Form’ to Arguments by Analogy and by Disanalogy

With the patterns of analogical and disanalogical argument (in both the ‘competing analogy’ and the ‘distinguishing’ varieties) now before us, let me return briefly to the argument offered above regarding the strong evidence of the deeply felt connection in Anglo-American legal practice between legal justification and deduction. As argued above, according to the law of deductive form, in a context of doubt about whether an individual in a case *sub judice* falls within the scope of a legal concept that pertains to the case, a judge will articulate a sufficient condition if he is going to conclude that the individual does fall within the concept’s scope, and he will articulate a necessary condition if he is going to conclude that the individual does not fall within the concept’s scope.” *Ibidem*, p. 1016.

<sup>71</sup> Lloyd Weinreb é crítico dessa posição, porém descreve, de forma clara, o entendimento que a substancia: “Diz-se que não pode haver nenhum raciocínio ‘por meio de exemplo’ de um caso concreto a outro a não ser que ele se dê através de um princípio geral que abranja ambos os casos. Assim, se uma pessoa observa que Sócrates é um homem e é mortal, e raciocina que Alcebiades, sendo um homem, é, por analogia a Sócrates, também mortal, o que ela de fato raciocina é que, uma vez que todos os homens são mortais, e que Alcebiades é um homem, logo Alcebiades é mortal. Caso contrário, ela não *raciocina* em absoluto; se sua conclusão estiver correta, será somente por coincidência. Pois, sem uma proposição geral que associe, de modo pertinente, Sócrates a Alcebiades, não há nenhuma base, analógica ou de outro tipo, para imputar a mortalidade do primeiro ao segundo. O dito argumento analógico, conclui Larry Alexander, é um ‘fantasma’; ‘ele não existe realmente’.” WEINREB, Lloyd. *A razão jurídica: o uso da analogia no argumento jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. XX [“There can be no reasoning ‘by example’ from one concrete instance to another, it is said, except by way

aplicação do raciocínio analógico; apesar disso, sua proposta é criticada por Weinreb, autor que se analisa na sequência.

### 1.3 “LEGAL REASON: THE USE OF ANALOGY IN LEGAL ARGUMENT” (2005), DE LLOYD WEINREB.

A obra “Legal Reason: The Use of Analogy in Legal Argument” (“Razão jurídica: o uso da analogia no argumento jurídico”), de Lloyd Weinreb, é, em essência, uma resposta à Scott Brewer. Weinreb deixa claro que sua obra é resultado das discussões sobre o uso do argumento analógico no Direito. Sua crítica relaciona-se, diretamente, às perspectivas que “medem” o raciocínio jurídico pela sua conformidade aos padrões de raciocínio indutivo e dedutivo e às teorias que procuram encontrar, na analogia, formas disfarçadas de argumentos dedutivos e indutivos. Weinreb reputa indubitável que o uso da analogia encontre-se no centro do raciocínio jurídico, constituindo traço fundamental da própria formação jurídica<sup>72</sup>.

O autor vincula os conceitos de raciocínio analógico e de Estado de Direito: “o raciocínio analógico não ‘mina’ o Estado de Direito, mas, ao invés disso, sustenta-o”<sup>73</sup>. Essa vinculação aponta para algo que vai além da trivialidade de discutir com qual frequência o jurista pensa analogicamente: o argumento de Weinreb é que a preservação dos valores atribuídos ao Estado de Direito dá-se, essencialmente, com a própria forma analógica de raciocínio.

Diversa dos autores antes citados, Sunstein e Brewer, a posição de Lloyd Weinreb dá ênfase à percepção da similaridade, no raciocínio analógico, e, não, à inferência dedutiva da qual derivaria – na visão de Brewer – a analogia. Weinreb, observando as práticas dos juristas em geral<sup>74</sup>, quando formulam argumentos analógicos, sustenta que a percepção desses operadores do Direito está mais atenta à identificação de semelhanças do que, propriamente, à identificação de regras gerais passíveis de aplicação por inferência dedutiva: “em vez de

---

of a general principle that subsumes them both. So, if someone observes that Socrates is a man and is mortal and reasons that Alcibiades, being a man, is, by analogy with Socrates, also mortal, she really reasons that since all men are mortal and Alcibiades is a man, Alcibiades is mortal. If not, she does not, properly speaking, reason at all; if her conclusion is correct, it is only by happenstance. Without some general statement that relevantly associates Socrates and Alcibiades, there is no basis, analogical or otherwise, to ascribe the mortality of the former to the latter. So-called analogical argument, Larry Alexander concludes, is a ‘phantasm’; ‘it does not really exist’.” WEINREB, Lloyd. *Legal reason: the use of analogy in legal argument*. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 10].

<sup>72</sup> WEINREB, Lloyd. *Legal reason: the use of analogy in legal argument*. New York: Cambridge University Press, 2005, p. vii.

<sup>73</sup> *Ibidem*, p. viii.

<sup>74</sup> Notadamente, em um país de *common law*.

compor uma pirâmide de normas estruturadas por inferência dedutiva, os argumentos de advogados e juízes assemelham-se a brinquedos de montar: um caso está ligado a outro por semelhanças factuais que são avaliadas para garantir a aplicação da mesma norma”<sup>75</sup>. Weinreb afirma que a proeminência dos argumentos analógicos no raciocínio jurídico não é algo acidental, como querem fazer crer os autores anteriores. Afirma que a analogia não se constitui como algo arbitrário e contrário ao Estado de Direito.

Weinreb dedica-se a descrever a estrutura que Brewer apresenta, para criticá-la. A força racional de um argumento, diz Weinreb sobre Brewer, dependeria da observância da sequência de passos que inicia com a abdução num contexto de dúvida, que passa pela confirmação ou refutação da AWR e que, por fim, chega à aplicação da AWR. É visível que as críticas em geral de Weinreb dirigem-se, de modo imediato, a Brewer, que teria, com o seu esquema de explicitação da analogia, mais ignorado a real atividade realizada por meio desse raciocínio do que a reforçado. Embora Weinreb não apresente um esquema “fechado” acerca do funcionamento da analogia, procura evidenciar, tanto de modo abstrato quanto a partir de exemplos, que Brewer, na verdade, leva a analogia a uma posição insignificante no raciocínio jurídico:

privando a analogia de qualquer significado independente, a teoria de Brewer sobre o raciocínio jurídico não define os meios pelos quais as normas jurídicas devem ser aplicadas a casos concretos na qualidade de normas, e não simplesmente como uma sugestão recomendável em face das circunstâncias.<sup>76</sup>

Segundo Weinreb, a forma com que Brewer tenta “domesticar” os argumentos jurídicos baseados em analogias vem em prejuízo do Estado de Direito, uma vez que nenhum conjunto fechado de normas pode prescrever, de modo completo, a aplicação das normas aos fatos específicos de um caso concreto<sup>77</sup>: a ênfase na necessidade de formulação de uma regra aplicável dedutivamente leva a analogia a um papel insignificante, face à proeminência da regra, em detrimento da observação comparada entre os elementos particulares.

O que o autor apresenta são linhas de investigação que apontam para o que pode ser mais útil na compreensão do raciocínio analógico: trata do fato de que a analogia corresponde,

<sup>75</sup> *Idem*. *A razão jurídica: o uso da analogia no argumento jurídico*, p. XVIII [“Rather than composing a pyramid of rules held together by deductive inference, the arguments of lawyers and judges resemble a Tinker-toy construction, one case being linked to another by factual similarities that are deemed to warrant application of the same rule.” WEINREB, Lloyd. *Legal reason: the use of analogy in legal argument*. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 8].

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. 19 [“depriving the analogy of any independent significance, his account of legal reasoning contains no means by which rules are made to apply to concrete cases as rules and not simply as the best course to follow, all things considered.” WEINREB, Lloyd. *Legal reason: the use of analogy in legal argument*. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 38].

<sup>77</sup> *Idem*. *Legal reason: the use of analogy in legal argument*, p. 37.

de certa maneira, ao reconhecimento do geral no particular, e diz respeito à percepção de semelhança pertinente. A ideia de pertinência, nesse contexto, permite concluir que, muitas vezes, mesmo que não haja “nenhuma norma ou princípio geral à disposição”, torna-se possível identificar o que há de semelhante:

Embora uma analogia jurídica não possa ser posta à prova da mesma maneira que uma analogia prática, ela está sempre sujeita ao critério de consistência e coerência com normas jurídicas que, juntas, indicam a pertinência de fatos particulares para a matéria em questão, embora não façam, nem individual nem coletivamente, uma prescrição conclusiva para a situação específica. Se as normas diretamente pertinentes mostram-se mudas ou inadequadas para resolver a questão, há ainda o recurso a outras normas mais remotas, seja qual for a luz que elas possam lançar. [...] A discordância que restar, depois de um litígio já ter sido cabalmente apreciado, não será exclusiva ao direito nem será uma falha. Será, isso sim, a concomitância inevitável do esforço para encaixar em normas gerais a multiforme experiência humana.<sup>78</sup>

O caso mais referido por Weinreb é *Adams vs. New Jersey Steamboat Co.*, em que se discute a responsabilidade de uma companhia de barcos a vapor no caso do roubo de dinheiro de acomodação fechada de um dos passageiros<sup>79</sup>. Trata-se do mais debatido caso do *common*

---

<sup>78</sup> *Idem. A razão jurídica: o uso da analogia no argumento jurídico*, p. 111 [“If a legal analogy cannot be put to the test in the same way that a practical analogy can, it is nevertheless subject to tests of consistency and coherence with rules of law that together indicate the relevance of particular facts to the issue in question, although neither individually nor collectively do they prescribe conclusively for the specific situation. If rules that are directly relevant are silent or inadequate to settle the matter, then there is resort to other, more remote rules, for whatever light they may shed. [...] The disagreement that remains after a case has been fully argued and considered is not unique to the law, nor is it a defect. It is the inevitable concomitant of the effort to confine the variety of human experience within general rules.” WEINREB, Lloyd. *Legal reason: the use of analogy in legal argument*. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 138].

<sup>79</sup> A descrição desse caso é feita de modo simples e direto por Weinreb, merecendo transcrição: “Adams ia de Nova York a Albany a bordo do barco a vapor do requerido. À noite, depois de trancar a porta e fechar as janelas de seu camarote, deixou determinada quantia de dinheiro numa de suas roupas. O dinheiro foi roubado por alguém que, ao que parece, conseguiu passar por uma das janelas. Adams moveu uma ação a fim de recuperar o total de sua perda. O júri proferiu um veredito favorável a Adams, que ganhou a causa. O julgamento foi confirmado quando da apelação, e o requerido intentou novo recurso de apelação no Tribunal Recursal de Nova Iorque.

Tudo o que o tribunal tinha de decidir era se o juiz de primeira instância havia instruído devidamente o júri de que, naquelas circunstâncias, o réu tinha responsabilidade objetiva, independentemente da prova de que tivesse sido negligente. Na decisão, depois de feito o relatório, o tribunal invocou, sem nenhuma explicação suplementar, a norma de que os hoteleiros são objetivamente responsáveis pelas perdas de seus hóspedes. A norma, segundo o tribunal, baseava-se na consideração do interesse público: os hoteleiros devem ter um “alto grau de responsabilidade” por causa da “extraordinária confiança (...) necessariamente depositada neles” e pela “enorme tentação de fraudar e pelo risco de saques” ocasionados pelas “relações peculiares entre as partes”. As relações de um operador de barco a vapor com os seus passageiros, prosseguiu o tribunal, “não diferem em nada de essencial”: “o passageiro obtém e paga pelo seu quarto, pelas mesmas razões que um hóspede num hotel”, “havendo as mesmas oportunidades para fraudar e saquear” que instigam um hoteleiro. Com efeito, “um barco a vapor que transporta passageiros sobre a água, provendo-os de quartos e hospitalidade, é, para todos os efeitos, um hotel flutuante”. “Uma vez que as mesmas considerações de interesse público se aplicam a ambas as relações”, a norma, nos dois casos, deve ser a mesma. Por outro lado, poder-se-ia pensar que o camarote do barco a vapor se assemelha mais ao leito do vagão-dormitório de um trem cujo operador não tem responsabilidade objetiva do que a um quarto de hotel, uma vez que aqueles dois casos implicam uma viagem de um lugar a outro. Mas o tribunal pensou de outra maneira e acrescentou uma extensa passagem que distinguia as

*law* acerca do raciocínio analógico, constituindo-se um paradigma da sua forma de aplicação. No entanto, ainda que tal abordagem seja a mais enfatizada pelo autor, a analogia não seria uma forma de raciocínio setorial (no sentido de ser aplicável, apenas, à lógica dos precedentes e do *common law*): Weinreb analisa dois conjuntos de casos – um deles relacionado a direito autoral e radiodifusão, e outro relativo a escutas clandestinas – que evidenciam que a aplicação da legislação e a interpretação da Constituição também podem fazer uso do raciocínio analógico. Weinreb vem a sustentar, por isso, que a prática do direito é dependente, constantemente, da formulação de analogias, a partir de uma reiterada comparação de circunstâncias particulares.

Com a perspectiva de Weinreb, encerram-se as abordagens mais favoráveis à aplicação do raciocínio analógico. Posner, Schauer e Alexander e Sherwin, na sequência, são bastante céticos em relação à analogia, chegando a propor que seja mesmo evitada. As ideias desses autores são discutidas a seguir.

---

relações de um operador de barco a vapor com seus passageiros das de um operador de vagão-dormitório de trem com seus passageiros. O tribunal, então, voltou para a questão principal. Um barco a vapor é um desses “modernos palácios flutuantes”, e um viajante a bordo de um barco a vapor “estabelece, com aquele que o transporta, relações jurídicas que não podem ser completamente distinguidas das que existem entre o hoteleiro e seus hóspedes (...) As duas relações, embora não sejam idênticas, são tão análogas entre si que devem ser regidas pela mesma norma de responsabilidade”. *Idem. A razão jurídica: o uso da analogia no argumento jurídico*, pp. 21-23 [“Adams was a passenger on the defendant’s steamboat, going from New York to Albany. During the night, having locked the door and fastened the windows of his stateroom, he left a sum of money in his clothing. The money was stolen by someone who apparently managed to reach through one of the windows. Adams sued to recover the amount of his loss. The jury returned a verdict for Adams, and judgment was entered in his favor. On appeal, the judgment was affirmed, and the defendant took a further appeal to the New York Court of Appeals.

The only question before the court was whether the trial court had properly instructed the jury that, in the circumstances, the defendant was liable as an insurer, without proof that it had been negligent. In its opinion, having stated the issue, the court turned without further elaboration to the rule that innkeepers were liable as insurers for the losses of their guests. The rule, the court said, was based on public policy: innkeepers should have a “high degree of responsibility” because of the “extraordinary confidence... necessarily reposed in them” and the “great temptation to fraud and danger of plunder” created by “the peculiar relations of the parties.” The relations of a steamboat operator to its passengers, the court went on, “differ in no essential respect”: “[t]he passenger procures and pays for his room for the same reasons that a guest at an inn does,” and “[t]here are the same opportunities for fraud and plunder” that tempt an innkeeper. Indeed, “[a] steamer carrying passengers upon the water, and furnishing them with rooms and entertainment, is, for all practical purposes, a floating inn.” “[S]ince the same considerations of public policy apply to both relations,” the rule in the two cases should be the same. One might have thought that the stateroom of a steamboat resembles a berth in the sleeping car of a railroad, the operator of which did not have an insurer’s liability, more than it does a room at an inn, since both of the former involve travel from one place to another. But the court thought otherwise and added a lengthy passage that distinguished the relations between a steamboat operator and its passengers from those between an operator of a railroad sleeping car and its passengers.<sup>6</sup> The court then returned to the main theme. A steamboat is one of those “modern floating palaces,” and a traveler on a steamboat “establishes legal relations with the carrier that cannot well be distinguished from those that exist between the hotelkeeper and his guests... The two relations, if not identical, bear such close analogy to each other that the same rule of responsibility should govern.” WEINREB, Lloyd. *Legal reason: the use of analogy in legal argument*. New York: Cambridge University Press, 2005, pp. 41-43].

#### 1.4 “REASONING BY ANALOGY” (2006), DE RICHARD POSNER.

A visão de Richard Posner acerca da analogia jurídica pode ser identificada, essencialmente, em uma resenha intitulada “Reasoning by Analogy”<sup>80</sup> (“Raciocinando por Analogia”), em que o autor tece considerações acerca da obra de Weinreb. A abordagem desse texto é suficiente para conhecer o pensamento do autor, que tem a tal visão “cética” referida por Brewer. Posner afirma que é tão antagonista de Brewer quanto Weinreb, embora por razões diversas<sup>81</sup> e opõe-se à ideia de Weinreb, segundo a qual o raciocínio jurídico é, por essência, analógico, ou, dito de outra forma, segundo a qual a analogia é a essência do raciocínio jurídico. A resenha questiona se o “raciocínio analógico” é, de fato, uma forma de raciocínio, ou se corresponde à retórica ou, mais precisamente, à retórica judicial.

Em relação ao caso *Adams*, Posner apresenta uma proposta alternativa à de Brewer, segundo a qual um novo caso levaria a buscar uma regra que o contemplasse – assim, no contexto de *Adams*, haveria similaridade entre hotéis e operadores de barco a vapor, já que, em ambas as circunstâncias, o contrato incluiria uma implícita garantia de segurança; o caso do trem (que seria parte da desanalogia), por sua vez, constituiria uma exceção, já que o passageiro desse tipo de transporte, implicitamente, concordaria, como parte do contrato, com tomar conta de sua propriedade, a bagagem, de modo a mantê-la em sua segurança. A visão alternativa que Posner apresenta é a de que os três casos, tomados conjuntamente, instanciarium uma regra mais “fina”, ou, mais apropriadamente, um padrão, de que “o negócio que provê acomodações para dormir aos seus consumidores deve tomar tanto cuidado quanto possível para protegê-los”<sup>82</sup>.

Posner critica a abordagem de Weinreb, na medida em que a mera comparação de casos, dependente da “escavação” dos propósitos subjacentes às políticas (“policies”), seria equivalente a perguntar qual a regra latente no caso dos donos de hotel, e se o propósito dessa regra serviria, por extensão, ao caso do barco a vapor. Nesse sentido, a decisão do caso do trem poderia encaixar-se no caso do hotel como exceção, não havendo tensão entre as “políticas” a embasar as respostas de ambos. Assim Posner discute a decisão do caso:

---

<sup>80</sup> POSNER, Richard A. Reasoning by Analogy: Book Review of “Legal Reason: The Use of Analogy in Legal Argument”. *Cornel Law Review*, v. 91, pp. 761-774, 2006.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 761.

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 763. Com tal formulação, Posner parece não cobrir, satisfatoriamente, o conteúdo que a regra pretende contemplar: talvez seja possível reconstruí-la de modo mais preciso, de forma a não abarcar casos que, indevidamente, incidiriam sobre seu escopo – não há menção, por exemplo, à noção de “acomodação fechada”, que parece ganhar força, na delimitação do conteúdo da regra proposta por Posner. O autor deixa claro esse aspecto na sequência, quando apresenta outra proposta de formulação, em que haveria duas regras, uma para hotéis, barcos a vapor e acomodações fechadas de trens, e outra para compartimentos abertos de trem.

Essa [a situação de que o juiz pensa em categorizar o caso que está diante de si de muitas maneiras, e escolhe aquela que leva a um resultado desejável] é, frequentemente, a situação diante de um juiz, mas não em *Adams*, porque não havia necessidade, lá, de “escolher entre” as duas regras, do trem e do hotel. Elas poderiam coexistir, felizmente. Tudo o que se exigia era delinear o limite entre elas, sob a base das políticas [“*policies*”] que as animam, as quais eram compatíveis. O caso do barco a vapor caiu do lado da margem em que se encontra o dono do hotel<sup>83</sup>.

O que Posner observa é que, embora Weinreb tente fugir de uma abordagem finalística ou de uma abordagem baseada em regras, porque estas mesclariam raciocínio por analogia com análise de políticas (“*policy analysis*”), a primeira delas provocaria tal tipo de confusão de modo mais completo do que a segunda. Em outras palavras, uma abordagem finalística levaria a um modelo mais dependente de questões de análise política do que uma abordagem baseada em regras.

Posner opõe-se à visão de Weinreb acerca da posição especial conferida ao raciocínio jurídico analógico, afirmando que o autor de “*Legal Reason*” não distingue o raciocínio judicial livre (“*untethered*”) e o raciocínio judicial baseado em políticas expressas ou implícitas em casos prévios: na visão de Posner, Weinreb pensa que o raciocínio analógico independe de análise política (“*policy analysis*”) ou de qualquer raciocínio sistemático, ainda que seja apenas o de identificar e de aplicar políticas que figuraram em casos passados. Ao abordar o caso do cortador de grama que não funciona (o qual pode ser pensado analogamente a um carro, no sentido de que uma forma de solução do problema é aguardar um pouco e tentar o seu funcionamento novamente, depois de um tempo), a relação de similaridade, diz Posner, dar-se-ia pelo mecanismo de combustão interna compartilhado por ambos os objetos – desse modo, vê-se que “sempre se exige uma compreensão geral de algum tipo para determinar similaridades relevantes”<sup>84</sup> e, em um caso jurídico, trata-se de compreensão de regras, de princípios, doutrinas e políticas, sendo que todos esses atuam no raciocínio por analogia<sup>85</sup>.

Assim, nas palavras de Posner, “raciocinar por analogia como um modo de expressão judicial é um fenômeno de superfície”<sup>86</sup>, enquadrando-se mais à retórica jurídica de que ao pensamento jurídico. Com isso, Posner distingue o que seria da órbita da forma como os

---

<sup>83</sup> “That is often the situation facing a judge, but not in *Adams*, for there was no need there to ‘choose between’ the two rules, railroad and innkeeper. They could coexist happily. All that was required was drawing the boundary between them on the basis of the policies animating them, which were compatible. The steamboat case fell on the innkeeper side of the boundary”. *Ibidem*, p. 764.

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 765.

<sup>85</sup> *Ibidem*, p. 765.

<sup>86</sup> *Ibidem*, p. 765.

juízes pensam, em oposição à forma como os juízes se expressam<sup>87</sup>. Nessa lógica, as ideias de Weinreb comportariam mais uma abordagem retórica do que uma reflexão sobre a substância do Direito:

raciocinar por analogia tende a obscurecer os fundamentos políticos que determinam o resultado de um caso, porque direciona a atenção do leitor para os casos que estão sendo comparados com cada outro, em vez de direcionar a atenção às considerações políticas que conectam ou que separam os casos<sup>88</sup>.

Posner confere importância à finalidade que leva à criação das regras, colocando em segundo patamar, mais superficial, a comparação entre os casos. A proximidade entre os casos só se justifica mediante o propósito ou mediante a política que anima a regra embasadora. A relevância deriva do conjunto aberto de políticas nas quais as decisões judiciais sensíveis estão fundamentadas. Posner, nesse ponto, indica uma suposta inconsistência no pensamento de Weinreb, já que este, ao mesmo tempo, entenderia ser proibido aos juízes aplicar o direito por si mesmos, devendo procurar o direito como ele é (de modo que os juízes estariam proibidos de pensar em termos políticos, quando frente a um novo caso) e entenderia que, muitas vezes, o que os tribunais devem decidir não está definido pelo próprio direito, dependendo de considerações de outras áreas do conhecimento<sup>89</sup> (embora Weinreb não diga, afirma Posner, qual a base para definir quando esses outros ramos do conhecimento devam ser admitidos na esfera do direito). Nesse ponto, Posner vem a ser mais taxativo:

Não existe uma tal coisa como “argumento analógico”, em qualquer sentido, a não ser no retórico. Você necessita de *razões* para determinar se um caso deveria ser pensado relevantemente similar a outro. Analogias não são razões; razões são o que é necessário para determinar se uma similaridade será tratada como um fundamento para ação, uma decisão guiada por analogia.<sup>90</sup>

---

<sup>87</sup> Aqui, talvez caiba uma menção sobre algo implícito no pensamento de Posner: os juízes decidiriam de um modo e expressariam a justificação de suas decisões, de outro – assim, decidir e justificar não seriam, necessariamente, compatíveis. Do ponto de vista de uma ética da decisão judicial, segundo a qual os juízes devem apresentar uma fundamentação jurídica “sincera”, essa possível incompatibilidade, reconhecida, talvez não deva ser tão bem aceita.

<sup>88</sup> “Reasoning by analogy tends to obscure the policy grounds that determine the outcome of a case, because it directs the reader’s attention to the cases that are being compared with each other rather than to the policy considerations that connect or separate the cases”. *Ibidem*, p. 765.

<sup>89</sup> *Ibidem*, p. 768.

<sup>90</sup> “There is no such thing as an ‘analogical argument’ in any but a rhetorical sense; you need *reasons* to determine whether one case should be thought relevantly similar to another. Analogies are not reasons; reasons are what is necessary to determine whether a similarity shall be treated as a ground for action, an analogy guiding decision.” *Ibidem*, p. 768.



O pensamento de Posner parece levar em conta a proximidade entre decisões tidas por jurídicas e aquelas tomadas como políticas – a distância entre umas e outras seria menor do que as cortes tendem a demonstrar, como se o fato de a decisão jurídica ser produto de uma análise especializada (apenas jurídica) conferisse maior legitimidade à decisão. Posner parece opor-se ainda mais fortemente ao raciocínio de Weinreb no que diz respeito ao que deve ser ensinado nas faculdades de Direito: se Weinreb pensa que o futuro jurista deve ser ensinado, em essência, a raciocinar por analogia, Posner considera que o objeto a ser ensinado é pensar como um criador de políticas ou um legislador e, assim, saber “como entender, por exemplo, qual a regra economicamente correta” e “como falar e escrever no estilo das *judicial opinions*”<sup>91</sup>. Está por trás dessa percepção a existência ou não de limites entre direito e políticas (“policies”) – para Posner, as margens entre esses campos não seriam bem claras. O raciocínio por analogia só evidenciaria o compartilhamento de similaridade relevante mediante políticas comuns tomadas em consideração<sup>92</sup>.

Posner afirma que o erro de compreensão de Weinreb reside no fato de que este pensa que o direito é uma “coisa”, quando se trata, na realidade, de uma “atividade”<sup>93</sup>. No caso do juiz, é a atividade de decidir casos – os materiais utilizados para decidir envolveriam “tudo que a sociedade reconhece como pertinente à decisão jurídica e que certamente inclui considerações econômicas, ao decidir[, por exemplo,] sobre um regime de direitos de propriedade dos recursos naturais”<sup>94</sup>. Posner afirma concordar com Weinreb, quando este refere que “o máximo a que o direito pode aspirar é a razoabilidade humana”, mas pondera que o que é “humanamente razoável” depende de necessidades e interesses práticos, que implicam, por sua vez, a tendência de considerar aspectos políticos na decisão sobre como resolver questões novas<sup>95</sup>. A proposta subjacente que Posner traz à discussão é, em verdade, sobre a autonomia do direito: enquanto Weinreb consideraria a existência de uma autonomia do direito, Posner nega tal possibilidade: “ele [Weinreb] é o último em uma longa série de distintos pensadores do direito [...] a insistir que o direito e o raciocínio jurídico são um conjunto à parte de outros modos de ação e de pensamento, que o direito é uma disciplina autônoma. Na nossa sociedade, pelo menos, não é”<sup>96</sup>. Ao negar a concepção de autonomia do direito atribuída a Weinreb, Posner parece adotar, então, a tese de que a analogia não se

<sup>91</sup> *Ibidem*, p. 769.

<sup>92</sup> *Ibidem*, p. 772.

<sup>93</sup> *Ibidem*, p. 770.

<sup>94</sup> “The materials usable for decision include everything that the society recognizes as pertinent to a legal decision, and that certainly includes economic considerations in deciding on a regime of property rights for natural resources.” *Ibidem*, p. 770.

<sup>95</sup> *Ibidem*, p. 772.

<sup>96</sup> *Ibidem*, p. 774.

estabelece autonomamente pelo direito e, ao mesmo tempo, de que não há resposta jurídica dependente, exclusivamente, de algo alheio ao direito.

A consideração final de Posner é que o dito raciocínio por analogia envolveria, em verdade, uma atividade cautelosa e complementar de produzir leis por juízes (“cautious, incremental judicial legislating”), dada a capacidade e a legitimação limitadas dos juízes como legisladores<sup>97</sup>. Os juízes tenderiam a basear-se na informação passível de ser extraída dos casos prévios, firmando a continuidade entre os casos prévios e o novo, em julgamento: “descrevendo a decisão no caso último como produto de ‘analogia’ a decisões em casos prévios, eles podem, frequentemente, furtar-se de estabelecer uma regra”<sup>98</sup>, deixando tal atividade a futuros juízes ou a acadêmicos que a tornem explícita.

O ceticismo de Posner quanto à analogia é aqui confirmado: na sua visão, só é possível pensar analogicamente mediante algo que é externo à analogia em si mesma. Desse modo, nega-se o poder autônomo do raciocínio jurídico. Ao mesmo tempo, Posner parece apontar, ainda que de modo panorâmico, para o fato de que o estabelecimento de comparações de casos depende de uma aproximação que permita pensar um a partir dos elementos do outro. Passa-se à abordagem de Schauer, que se assemelha, em certa medida, à de Posner.

#### 1.5 “THINKING LIKE A LAWYER” (2008), DE FREDERICK SCHAUER.

Em “Thinking like a Lawyer” (“Pensando como um Advogado”), Frederick Schauer distingue precedente e analogia. O autor estabelece uma diferenciação entre seguir um precedente, circunstância em que a sua observância é obrigatória, e utilizar uma analogia, o que envolveria um raciocínio de identificação de similaridade. Precedente e analogia teriam alguns pontos de relação, mas não seriam, propriamente, o mesmo fenômeno<sup>99</sup>.

O autor esclarece a terminologia adotada pelos psicólogos cognitivos e aplicada no âmbito da analogia jurídica: haveria um caso “fonte”, aquele caso passado que foi objeto de decisão, e o caso “alvo”, o atual, a ser decidido. A analogia corresponde ao procedimento por meio do qual se atribui uma característica do caso fonte também ao caso alvo, adotando-se, assim, a mesma solução para ambos<sup>100</sup>.

Para Schauer, haveria possibilidade de escolha, por parte de quem produz uma analogia, para definir qual caso corresponde a um caso fonte. Os juristas produziriam

<sup>97</sup> *Ibidem*, p. 773.

<sup>98</sup> *Ibidem*, pp. 773-774.

<sup>99</sup> SCHAUER, Frederick. *Op. cit.*, p. 86.

<sup>100</sup> *Ibidem*, p. 87.

analogias, selecionando, entre possibilidades diversas, aquela considerada mais útil para a circunstância, mais passível de convencimento etc.: “as analogias são escolhidas devido à direção que se acredita que elas oferecem, ao esclarecimento que se acredita que elas fornecem, às lições que se pensa que elas ensinam, à persuasão que se pensa que elas viabilizam”<sup>101</sup>.

A situação seria de todo diversa no caso do precedente, quando a sua aplicação seria obrigatória: a existência do precedente impede que uma decisão seja tomada em sentido diferente daquele já definido pelo próprio precedente. A vinculação do juiz representaria essa ausência de poder de escolha, tendo em vista que a sua única opção é observar e aplicar o que fora decidido antes, de modo que a decisão anterior viria a obrigar em casos futuros. Assim define Schauer: “o uso do precedente no direito, portanto, difere substancialmente do uso da analogia no direito, porque, neste último, uma decisão prévia é selecionada com vistas a dar suporte a um argumento atual, enquanto, naquele outro, uma decisão prévia impõe-se, para impedir um resultado de outra forma preferido”<sup>102</sup>. A aplicação do precedente, nesse sentido, não envolveria escolha, na medida em que a mera existência do precedente a regular a situação fática a ser decidida seria suficiente para impedir qualquer decisão diversa por parte do julgador. Isso fica claro neste trecho:

Talvez a diferença mais marcante entre o uso de precedentes e o caso clássico de raciocínio por analogia seja a típica falta de liberdade que um seguidor de precedente percebe na seleção do precedente. Enquanto os raciocinadores por analogia são amplamente vistos como tendo uma escolha entre vários candidatos a fontes análogas, tal liberdade é tipicamente faltante em relação às genuínas restrições do precedente.<sup>103</sup>

O argumento é que há casos em que a presença de uma decisão prévia inviabiliza que se evite o seu conteúdo, ou seja, se não há liberdade possível para decidir de modo diferente, é porque há um precedente obrigatório, de modo que não se aplicaria a ideia de analogia. Para Schauer, a inexistência de controvérsia quanto ao fato de um caso envolver discussão idêntica à ocorrida em um caso anterior levaria à percepção de que se está diante de um precedente, nesse sentido. Não haveria, no precedente, uma escolha, em razão dessa referida

---

<sup>101</sup> “[...] the analogies are chosen because of the guidance they are believed to offer, the illumination they are believed to provide, the lessons they are thought to teach, or the persuasion they are thought to facilitate.” *Ibidem*, p. 88.

<sup>102</sup> *Ibidem*, p. 88.

<sup>103</sup> “Perhaps the most striking difference between precedential constraint and the classic case of reasoning by analogy is the typical lack of freedom that a follower of precedent perceives in the selection of the precedent. Whereas analogical reasoners are widely understood to have a choice among various candidate source analogs, such freedom is typically absent with respect to the genuine constraints of precedent”. *Ibidem*, p. 90.

obrigatoriedade. Por oposição, a analogia não permitiria a mesma percepção: não submeteria a decisão do caso presente às mesmas restrições que o precedente faz submeter.

Schauer não demonstra grande preocupação com uma estrutura específica para descrever o fenômeno da analogia, mas atenta para a importância da determinação da semelhança a constituí-la. Como Posner, Schauer não vê, por exemplo, diferença entre o uso da analogia no cotidiano e no contexto da argumentação jurídica: para que se produza um argumento analógico, é preciso definir uma similaridade entre atos, eventos ou coisas – Schauer, como outros o fazem, reconhece que sempre há similaridades e diferenças envolvidas. É assim que surge o questionamento sobre como definir uma analogia: se tudo é, em parte, semelhante, e, em parte, diferente, o só fato de haver semelhanças não seria suficiente para dizer que duas coisas são análogas entre si – faz-se necessário estabelecer quais são as semelhanças relevantes e quais são as diferenças relevantes:

O que distingue os bons dos maus argumentos, portanto, não é que os bons se baseiam em semelhanças, e os maus, não, pois ambos se baseiam em semelhanças. Em vez disso, os bons argumentos parecem recorrer a uma similaridade relevante, enquanto maus argumentos recorrem a similaridades que não são legalmente relevantes, mesmo que essas similaridades possam ser relevantes para outros propósitos.<sup>104</sup>

Para Schauer, então, a semelhança relevante seria aquela que produziria bons argumentos, não esclarecendo, no entanto, como se obtém ou como se identifica uma semelhança relevante. A clara identificação de uma semelhança relevante, segundo Schauer, pode depender de que a regra do caso anterior seja bem exposta, definindo, de modo preciso, quais espécies de similaridade seriam relevantes e quais não seriam: “quanto mais a questão da relevância jurídica já tiver sido definida por uma regra geral [...], mais um argumento baseado em analogia irá tornar-se um argumento baseado em precedente”<sup>105</sup>. Por oposição, a indeterminação do conteúdo de uma decisão em um caso anterior pode levar a uma maior dificuldade de definir se é possível o argumento analógico. Schauer vê no raciocínio jurídico analógico um aspecto importante, mas não identifica, nele, um traço distintivo para o direito ou no direito<sup>106</sup>.

<sup>104</sup> “What distinguishes the good arguments from the bad ones, therefore, is not that the good arguments are based on similarity whilst the bad ones are not, because both are based on similarity. Rather, the good arguments appear to draw on a relevant similarity, while the bad arguments draw on similarities that are not legally relevant at all, even if those similarities might be relevant for other purposes”. *Ibidem*, p. 94.

<sup>105</sup> “the more the question of legal relevance has already been settled by a general rule [...], the more an argument from analogy will turn into an argument from precedent”. *Ibidem*, pp. 95-96.

<sup>106</sup> *Ibidem*, p. 96.

Schauer diz reconhecer, de toda sorte, a importância do raciocínio analógico, referindo, assim, a sua existência, bem como o fato de que a sua presença encontra-se disseminada nos argumentos jurídicos e no processo decisório. Apesar disso, pondera que o raciocínio analógico ainda precisa responder a um desafio, que ele chama de “desafio cético”, relativo a diferenciar essa forma de raciocínio de outras formas de processo decisório, como aquele que se baseia em regras e aquele que se baseia em políticas<sup>107</sup>. Os céticos admitiriam que a similaridade relevante poderia ser identificada ou em uma declaração, um regramento estabelecido por uma corte, em um caso passado (caso em que a analogia reflete ou corporifica a regra que a corte anunciou em um caso anterior ou em casos anteriores), ou, ainda, com base em uma política, um princípio ou algo mais, identificado em um caso passado e aplicado ao caso presente<sup>108</sup>.

A motivação para esse chamado “desafio cético” é uma preocupação quanto ao modo de proceder de uma corte, ao julgar casos por analogia: ao decidir o caso atual, a corte “finge” que a analogia preexiste à regra que determina a relevância, quando, na verdade, ocorreria o contrário – “a regra determina a analogia, mas a analogia não determina a regra”<sup>109</sup>, ou seja, não é a analogia que determina o resultado, já que este depende da escolha de um regramento aplicável, regramento este que definiria, justamente, o que é relevante na comparação dos casos. Não se trataria de uma similaridade natural a ditar o resultado, mas de uma efetiva escolha de uma regra, política, princípio etc., a regular o caso. Sob esse aspecto, Schauer e Posner aproximam-se em grande medida. Haveria, em verdade, uma tentativa de usar a forma da analogia, para evitar a regra de relevância estatuída de fato e para dissimular uma efetiva escolha da corte, no momento de definir qual a decisão de um caso anterior aplicável<sup>110</sup>.

Schauer ainda procura levar o debate com o incremento teórico dos cientistas cognitivos, especialmente no que diz respeito ao modo como as pessoas pensam em geral<sup>111</sup>: o questionamento é se sempre as pessoas começam a raciocinar por algo geral, realizando aplicações a circunstâncias particulares, ou se, frequentemente, inicia-se com percepções sobre situações particulares e, então, busca-se explicá-las com uma formulação aplicável genericamente. Schauer parece duvidar da segunda possibilidade:

Se grande parte do raciocínio humano envolve esse salto intuitivo e não deliberativo do particular para o particular, então é importante identificar a analogia como a

---

<sup>107</sup> *Ibidem*, p. 96.

<sup>108</sup> *Ibidem*, pp. 96-98.

<sup>109</sup> *Ibidem*, p. 99.

<sup>110</sup> *Ibidem*, p. 98.

<sup>111</sup> *Ibidem*, p. 99.

forma em que esse tipo de pensamento e raciocínio frequentemente se manifesta no argumento jurídico. Mas, se o que se vê como um salto intuitivo do particular para o particular é, na verdade, mediado pela construção de uma generalização em determinado nível de consciência, então muito da celebração do raciocínio jurídico no direito acabará tornando-se uma teoria psicológica rasa.<sup>112</sup>

Schauer pondera que a discussão talvez não seja tão importante no sentido de estabelecer-se qual das opções apresentadas é a melhor para definir o raciocínio jurídico, em especial o analógico, mas, sim, no sentido de permitir não só uma compreensão da ideia de regra determinadora da relevância (que permite a analogia), mas também de saber quando há uma regra preexistente, que, propriamente, permite delinear a analogia, e quando não há – isso permitiria clareza, ao menos, para quem produz uma decisão<sup>113</sup>.

Citando Sunstein, Schauer também discute se a analogia corresponde a um mecanismo de lenta mudança jurídica, dado que se aplicariam, a passos curtos, caso a caso, mudanças jurídicas de certas naturezas, principalmente quando há dificuldades para realizá-las em um âmbito mais geral do direito: a forma de proceder seria mais incremental, isto é, pela lenta inclusão de decisões que se encaminhariam em certo sentido – a “lentidão” seria, sob determinado viés, importante, principalmente porque as modificações mais vagarosas não envolveriam escopos mais amplos de ordem político-normativa, moral e de teoria jurídica.

É nesse ponto que Schauer passa a sustentar que a analogia não poderia ser explicada, estritamente, como uma questão de lógica, de modo que não se poderiam identificar razões lógicas para justificar analogias: raciocinar analogicamente dependeria de perceber similaridades preexistentes, o que, sob tal perspectiva, seria conteúdo externo à lógica<sup>114</sup>. Segue-se, então, com uma abordagem mais cética que a de Schauer, formulada por Alexander e Sherwin, que chegam a negar a existência do raciocínio analógico.

#### 1.6 “DEMYSTIFYING LEGAL REASONING” (2009), DE ALEXANDER E SHERWIN.

Larry Alexander e Emily Sherwin, na obra “Demystifying Legal Reasoning” (“Desmistificando o Raciocínio Jurídico”), defendem que não existem formas especiais de raciocínio no âmbito do Direito – o próprio título demonstra que haveria uma espécie de

---

<sup>112</sup> “If much of human reasoning involves this kind of intuitive and nondeliberative leap from particular to particular, then it is important to identify analogy as the way in which this kind of thinking and reasoning frequently manifests in legal argument. But if what some view as an intuitive leap from particular to particular is actually mediated by constructing a generalization at some level of consciousness, then much of the celebration of analogical reasoning in law will turn out to be on psychological thin ice.” *Ibidem*, p. 100.

<sup>113</sup> *Ibidem*, p. 100.

<sup>114</sup> *Ibidem*, pp. 101-102.

mistificação, na teoria do direito, sobre o modo como se raciocina nesse contexto, mistificação essa que Alexander e Sherwin pretendem explicitar e desconstruir. A proposta mais ampla, assim, é a de que é falsa a crença de que os julgadores praticam formas especiais de raciocínio: o raciocínio jurídico é o raciocínio comum, ordinário, aplicado a problemas jurídicos, sendo que resultados de casos passados não poderiam definir resultados de novas disputas, não existindo, sob essa perspectiva, um tal raciocínio analógico<sup>115</sup>.

Os autores dedicam um capítulo central – “The Mystification of Common-Law Reasoning” – da obra, para negar o raciocínio analógico como modelo de raciocínio jurídico. Sua percepção é taxativa: “não se pode ‘raciocinar’ por analogia, e os princípios jurídicos são quiméricos”<sup>116</sup>. O uso desses elementos na tarefa de julgar mais levaria os julgadores a erros do que compensaria pelos seus benefícios. Embora não se negue que a busca de conexões entre casos passados e presentes seja um hábito profissional que desempenhe um papel importante, não se trataria, propriamente, de uma forma de raciocinar, uma vez que “analogias e princípios não decidem casos, racionalmente, por si mesmos”.

Alexander e Sherwin procuram oferecer uma explicação para a popularidade das analogias e dos princípios jurídicos, por constituírem uma via intermediária entre a existência de limitação à atividade de julgar, ao mesmo tempo em que se mantém um grau de liberdade – constituir-se-ia, portanto, um compromisso ilusório, já que se estaria diante de algo intermediário entre, de um lado, limitação, constrição, e, de outro, flexibilidade, liberdade. A preocupação dos autores parece repousar, em certo sentido, justamente, na suposta falta de efetiva limitação das possibilidades abertas ao julgador, na medida em que essa abertura levaria a um grau de indefinição: a possibilidade de vincular-se ou não ao decidido em casos passados estaria dentro das opções disponíveis ao próprio julgador. Esse problema é evidenciado nas três formas de analogias “caso a caso” referidas, uma vez que, em todas elas, é a corte do caso presente que avalia o grau de vinculação a que está submetida – isso fica especialmente claro na terceira das formas apresentadas abaixo:

Primeiro, o resultado de um caso precedente pode ditar um resultado semelhante no novo caso, se os casos forem semelhantes do ponto de vista fático. Segundo, o resultado de um caso precedente pode ditar o resultado de um novo caso *a fortiori*, porque o novo caso apresenta condições para um mesmo resultado. Essas duas versões do método analógico são pensadas como fontes de limitação: a analogia entre o caso precedente e o novo é a razão, e possivelmente uma razão conclusiva, para a corte, no novo caso, alcançar um resultado paralelo ao resultado do caso precedente, mesmo se a corte acreditar, tudo considerado, que o resultado é errado.

<sup>115</sup> ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. *Op. cit.*, p. 3.

<sup>116</sup> “One cannot ‘reason’ by analogy, and legal principles are chimerical.” *Ibidem*, p. 65.

De fato, a corte precedente exerce autoridade ao descrever um conjunto de fatos e determinar um resultado que pode controlar o resultado dos casos futuros. A terceira forma na qual as cortes têm a intenção de raciocinar por analogia é para “distinguir” regras precedentes baseadas em dissimilaridades factuais entre os casos em que as regras foram anunciadas [antes] e novos casos que parecem enquadrar-se nos termos das regras [anteriores]. Distinção é o outro lado da moeda de uma tomada de decisão *a fortiori*, na medida em que a desanalogia fornece uma fuga à autoridade [da decisão]. A corte precedente exerce autoridade legislativa por anunciar uma regra geral, mas a corte, no novo caso, pode evitar a regra e voltar ao raciocínio natural.<sup>117</sup>

Retomando o mesmo aspecto citado por outros, os autores referem que a existência de similaridades e de diferenças tende ao infinito, de modo que só é possível falar em decisões semelhantes para casos tidos por semelhantes, se for identificada, entre eles, uma relação de similaridade importante, isto é, se for possível produzir uma proposição geral que possa conectar os casos em questão, demonstrando que são importantemente semelhantes – sem tal vinculação adicional, um caso não teria nada a dizer ao outro. Essa percepção, como se vê, guarda proximidade com a regra garantidora da analogia (AWR) e com a justificação garantidora da analogia (AWRa) apresentadas por Brewer, o qual visualiza, na regra e na justificação formuladas, o elemento dedutivo capaz de conferir força racional ao argumento analógico.

Há, sob essa perspectiva, uma preocupação com a justificação da decisão judicial, uma vez que é preciso, segundo Alexander e Sherwin, que o raciocínio em que os julgadores se envolvem para chegar às suas conclusões consubstancie-se em uma proposição geral a apoiar a analogia. Os autores notam que – se Weinreb estava correto, ao afirmar que, no caso *Adams vs. Steamboat Co.*, a corte identificou uma similaridade entre navios a vapor e hotéis, sem se basear em uma generalização – a analogia não teria real poder de vinculação, uma vez que a similaridade envolvida poderia ser outra, entre barcos e trens, ambos móveis – tal similaridade seria igualmente válida, e, então, não seria possível determinar o resultado desse caso pela analogia (as analogias à disposição poderiam levar a resultados opostos, uma vez que a

---

<sup>117</sup> “Judges use, or claim to use, case-to-case analogies in three ways. First, the outcome of a precedent case may dictate a like outcome in the new case if the cases are factually similar. Second, the outcome of a precedent case may dictate the outcome of a new case *a fortiori*, because the new case presents at least as strong a case for the same result. These two versions of the analogical method are thought to be sources of constraint: the analogy between precedent case and new case is a reason, and possibly a conclusive reason, for the court in the new case to reach a result that parallels the result of the precedent case, even if the court believes, all things considered, that the result is wrong. In effect, the precedent court exercises authority by describing a set of facts and determining an outcome that can control the outcome of later cases.

The third way in which courts purport to reason by analogy is to ‘distinguish’ precedent rules based on factual dissimilarities between the cases in which the rules were announced and new cases that appear to fall within the rules’ terms. Distinguishing is the flip side of a *fortiori* decision making, in that disanalogy provides an escape from authority. The precedent court exercises lawmaking authority by announcing a general rule, but the court in a new case can avoid the rule and return to natural reasoning.” *Ibidem*, p. 67.



regulamentação no caso dos trens levaria à inexistência de responsabilidade por parte da empresa).

Para testar as variadas descrições sobre o modo como se decidem casos no âmbito do direito, Alexander e Sherwin apresentam um caso de base, em relação ao qual abordam algumas formas de raciocínio jurídico: tomam, exemplificativamente, o caso em que Heidi deve decidir se Karl, que mantém uma jaguatirica em sua casa, deve submeter-se ao mesmo julgamento de um caso passado, no qual a corte determinou que Edward removesse seu urso de estimação de uma vizinhança residencial – o raciocínio seria que uma jaguatirica seria semelhante a um urso, de modo que Heidi deveria, da mesma forma, determinar que Karl a removesse<sup>118</sup>. Os autores fazem menção a algumas formas de estruturar o caso e chegar à solução, cabendo, aqui, apenas a menção àquela que aborda aspecto mais diretamente voltado à analogia. Se se considerar que há similaridade entre jaguatiricas e ursos, quando colocados em bairros residenciais, dizem eles, a semelhança deve ser abordada com cautela:

[...] um julgamento de semelhança que parece ser intuitivo pode, na verdade, ser baseado em uma regra geral. Em outras palavras, Heidi pode, no curso da vida, ter internalizado certas generalizações tão profundamente que ela pode agir com base nelas, sem trazê-las, de modo consciente, à mente.<sup>119</sup>

Nesse caso, se estiver correta a descrição sobre como Heidi pensa, o seu julgamento seria resultado de uma regra geral subjacente, e, não, de modo estrito, da comparação de casos. Para a decisão ser considerada resultado de um raciocínio, é preciso que se estabeleça essa tal proposição mais geral que possa relacionar as propriedades comuns entre jaguatiricas e ursos, com vistas à solução do problema posto frente ao julgador – seria possível afirmar, por exemplo, que “animais selvagens perigosos não deveriam ser mantidos em bairros residenciais”, mas, nesse caso, a similaridade em si desempenharia papel menor, uma vez que o resultado deriva da regra formulada<sup>120</sup>. Apesar disso, ainda que se considere a “similaridade importante”, não há maneira de definir se um julgamento acerca de tal qualificação é certo ou errado – a preocupação dos autores, ao que parece, diz respeito à necessidade de que a autoridade julgadora estabeleça escolhas que não sejam resultado de mera intuição “cega, não testada e não testável”<sup>121</sup>.

<sup>118</sup> *Ibidem*, p. 68.

<sup>119</sup> “[...] a judgment of similarity that appears to be intuitive may in fact be based on a general rule. In other words, Heidi may, in the course of a lifetime, have internalized certain generalizations so deeply that she can act on them without bringing them consciously to mind.” *Ibidem*, p. 72.

<sup>120</sup> *Ibidem*, pp. 73-74.

<sup>121</sup> *Ibidem*, p. 76.

Alexander e Sherwin negam, portanto, que o raciocínio analógico possa funcionar, por si, como um limitador da decisão judicial, que possa ditar resultados paralelos em casos similares ou que possa determinar quando juízes podem evitar regras precedentes. O argumento é, em essência, o seguinte: se se considera que a identificação de similaridades importantes é intuitiva, não há efetiva vinculação para que o resultado do caso novo seja, de modo previsível, semelhante ao caso anterior (importantemente similar); por outro lado, se se considera que há um processo dedutivo mediante a identificação de regras ou princípios que governam a similaridade, então o resultado é determinado pelas regras ou princípios, e, não, pela similaridade em si mesma<sup>122</sup>.

A posição dos autores revela, portanto, descrença no argumento analógico. O que fica claro é que, a partir de sua perspectiva, a previsibilidade das decisões não seria alcançada pelo raciocínio analógico por si só. Aqui, parece haver uma intensa valorização de um viés da segurança jurídica, no sentido de poder-se prever, com grau de certeza, um resultado futuro a ser proferido pela corte, em um caso. O raciocínio analógico, na visão de Alexander e Sherwin, não permitiria isso<sup>123</sup>. A visão a seguir, de Michelon e D’Almeida, no entanto, parece dar nova perspectiva ao raciocínio analógico no Direito.

#### 1.7 “THE STRUCTURE OF ARGUMENTS BY ANALOGY” (2016), DE CLÁUDIO MICHELON E LUÍS DUARTE D’ALMEIDA.

A abordagem de Cláudio Michelon e Luís Duarte D’Almeida, em “The Structure of Arguments by Analogy” (“A Estrutura dos Argumentos por Analogia”), aponta para vários problemas não identificados nas apresentações anteriores do fenômeno do raciocínio analógico. Sua descrição envolve perceber determinados detalhes no procedimento de produzir uma analogia que não se encontram nas estruturas desses modelos. As abordagens da analogia até então desenvolvidas no âmbito do direito parecem, segundo os autores, não contemplar todos os elementos necessários para uma correta percepção dos problemas – seria necessário que uma teoria acerca da estrutura do argumento analógico pudesse desincumbir-se, pelo menos, de dois ônus: o primeiro é que a conclusão de um argumento analógico deve corresponder a uma asserção normativa sobre como decidir o caso alvo (aquele em que uma

<sup>122</sup> *Ibidem*, p. 87.

<sup>123</sup> É importante referir que, no capítulo IV da obra analisada, Alexander e Sherwin chegam a abordar o método da analogia em uma perspectiva um pouco mais favorável, procurando justificar por que seria uma forma tão frequente na prática do direito. Apesar disso, os autores referem, mais uma vez, a incapacidade de vinculação e de limitação do conteúdo das decisões judiciais anteriores pela analogia, sendo que a analogia não seria de todo necessária, constituindo-se um método que teria seus riscos. *Ibidem*, pp. 118-120.

decisão deve ser tomada); o segundo é que a estrutura não deve falhar em refletir o fato de que o caso fonte foi decidido, com autoridade, de certa maneira<sup>124</sup>.

A crítica principal é direcionada ao modelo mais frequente para abordar o raciocínio analógico – aquele em se seguem estes passos: são identificadas características compartilhadas entre duas entidades; verifica-se a presença de uma característica pertencente a uma delas, sem se saber ao certo que a outra também a tem, e, tomando em consideração as tais características compartilhadas, conclui-se que, a menos que haja alguma particularidade, a característica sabidamente possuída por uma das entidades é também compartilhada pela outra<sup>125</sup>. Tal modelo é atribuído como a popular abordagem de Martin Golding sobre o raciocínio analógico, na obra “Legal Reasoning”, embora seja referida por outros, como Austin, em “Lectures on Jurisprudence”, Sunstein, em “On Analogical Reasoning” e Brewer, em “Exemplary reasoning: semantics, pragmatics, and the rational force of legal argument by analogy”.

A abordagem de Golding, visivelmente, não daria conta dos requisitos mencionados pelos autores. O primeiro problema é que a forma de apresentação das premissas não garante a veracidade da conclusão: haveria apenas uma probabilidade de que as características sabidamente compartilhadas levassem ao também compartilhamento de uma característica adicional. Para levar esse aspecto em consideração, segundo os autores, Golding proporia a necessidade de um argumento adicional para estabelecer a existência não apenas de características compartilhadas, mas, também, de uma premissa que indique a relevância desse compartilhamento para o fim de que se possa afirmar o compartilhamento de uma característica adicional:

- (1) *x* tem as características *F*, *G* ...
  - (2) *y* tem as características *F*, *G* ...
  - (3) *x* também tem a característica *H*.
  - (4) *F*, *G* ... são características relevantes para *H*.
- Portanto, [de (1)-(4)],
- (5) A menos que existam considerações que se contraponham, *y* tem a característica *H*.
  - (6) Não existem considerações que se contraponham.

<sup>124</sup> MICHELON, Cláudio; D’Almeida, Luís Duarte. The Structure of Arguments by Analogy in Law. *Argumentation*, n. 31, p. 18, 2017.

<sup>125</sup> Esta é a apresentação esquemática referida por Michelin e D’Almeida, e apresentada e discutida pelos autores analisados anteriormente:

“(1) *x* has characteristics *F*, *G* ...  
 (2) *y* has characteristics *F*, *G* ...  
 (3) *x* also has characteristic *H*.  
 (4) *F*, *G* ... are *H*-relevant characteristics.  
 Therefore [from (1)–(4)],  
 (5) Unless there are countervailing considerations, *y* has characteristic *H*.” *Ibidem*, p. 2.

Portanto, [a partir de (5) e (6)],  
(7) *y* tem a característica *H*.<sup>126</sup>

Embora, com tal formulação, haja uma espécie de vinculação à conclusão a partir das premissas, Michelon e D’Almeida discordam da possibilidade de considerar que essa formulação revele o que seja, de fato, o raciocínio analógico no âmbito do Direito. Golding teria apresentado a estrutura da analogia a partir de características relevantes compartilhadas entre fonte e alvo, não considerando que o contexto normativo comporta peculiaridades: não se trataria, apenas, de mero compartilhamento de características. Quando cortes produzem argumentos jurídicos analógicos, não buscam esquemas que levem a uma provável certeza quanto à solução de um caso: o objetivo é alcançar soluções que sejam verdadeiras ou corretas, e, não, meramente prováveis ou possivelmente verdadeiras ou corretas<sup>127</sup> – já seria possível afirmar, de plano, nesse sentido, que a abordagem de Golding e de outros não atenderia aos requisitos mencionados de início.

Em verdade, ao formular um esquema em que os casos particulares podem ser dispensados, mantendo-se apenas a regra que estabeleceu a semelhança relevante, estabelecida de maneira a aplicar-se dedutivamente, a analogia em si passaria a ser dispensável, sob essa perspectiva. Se está à disposição uma afirmação passível de aplicação dedutiva, a analogia, em si, far-se-ia logicamente redundante<sup>128</sup>. Golding, segundo Michelon e D’Almeida, ter-se-ia equivocado, ao tratar o movimento de (1) a (4) para (5) como um único argumento, quando, em verdade, seria possível distinguir dois deles: uma inferência não dedutiva, a partir de duas premissas-fonte para a premissa relevante, tendo, na sequência, uma inferência a partir da premissa relevante e da premissa-alvo para a conclusão final, como demonstrado:

- (1) *a* tem as características *F*, *G* ...  
(3) *a* também tem a característica *H*.  
Portanto [a partir de (1) e (3) (por indução, ou por inferência, para melhor explicação)]  
(4) Para todo *x*, se *x* tem as características *F*, *G* ..., então *x* tem a característica *H*.

<sup>126</sup> “(1) *x* has characteristics *F*, *G* ...

(2) *y* has characteristics *F*, *G* ...

(3) *x* also has characteristic *H*.

(4) *F*, *G* ... are *H*-relevant characteristics.

Therefore [from (1)–(4)],

(5) Unless there are countervailing considerations, *y* has characteristic *H*.

(6) There are no countervailing considerations.

Therefore [from (5) and (6)],

(7) *y* has characteristic *H*.” *Ibidem*, p. 2.

<sup>127</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>128</sup> *Ibidem*, p. 10.

- (2) *b* tem as características *F*, *G* ...
- (5) *b* tem a característica *H*.<sup>129</sup>

Essa abordagem, segundo Michelin e D’Almeida, seria semelhante à de Brewer, principalmente em relação à formulação de uma regra garantidora da analogia. Haveria um problema adicional, já referido, relativo ao fato de que o argumento jurídico analógico envolve não apenas compartilhamento de características, mas uma conclusão sobre como um caso ou uma classe de casos deve ser tratada – o compartilhamento não seria de características, mas de consequências normativas. A questão, enfim, reduz-se a como seria possível que afirmações descritivas embasassem afirmações normativas: de que modo seria possível “‘induzir’ asserções normativas sobre como um dado caso deve ser tratado, puramente com base em asserções descritivas sobre como algum caso prévio – e limitado – foi, de fato, julgado?”<sup>130</sup>. Quando se afirma que argumentos analógicos, no direito, realizam-se “de caso a caso”, o que está em jogo é que o movimento argumentativo da fonte ao alvo seria realizado sem ser, necessariamente, identificada uma regra abrangente (que se aplique a ambos os casos) – os autores reconhecem, inclusive, que, no famoso caso *Adams*, não se articulou uma regra geral a partir da qual tanto proprietários de hotel quanto companhias de barcos a vapor fossem responsabilizados. Apesar disso, Michelin e D’Almeida não se vinculam a essa perspectiva, sustentando que é possível propor outra estrutura para os argumentos por analogia, não só evitando as deficiências dos modelos anteriores, como também deixando mais articulada a noção de uma regra geral abrangente a conectar os casos em análise<sup>131</sup>. Os ônus já referidos de início são os seguintes: a conclusão do argumento analógico deve ser uma asserção normativa (ou seja, é preciso incluir uma premissa normativa), e o caso fonte precisa ser definido, decidido, de tal forma que não se torne argumentativamente inerte<sup>132</sup>. O esquema é, então, o seguinte:

- (1)  $G_T$  é uma questão geral não resolvida com autoridade.
- (2)  $G_S$  é uma questão geral resolvida com autoridade.

<sup>129</sup> “(1) *a* has characteristics *F*, *G* ...

(3) *a* also has characteristic *H*.

Therefore [from (1) and (3) (by induction, or by inference to the best explanation)],

(4) For every *x*, if *x* has characteristics *F*, *G* ..., then *x* has characteristic *H*.

(2) *b* has characteristics *F*, *G* ...

Therefore, [from (4) and (2) (by universal modus ponens)],

(5) *b* has characteristic *H*.” *Ibidem*, pp. 10-11.

<sup>130</sup> “How could we ‘induce’ normative claims about how a given case ought to be settled, purely on the basis of descriptive claims about how some previous – and narrower – case has in fact been settled?” *Ibidem*, p. 16.

<sup>131</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>132</sup> *Ibidem*, p. 18.

- (3) Existe uma questão (mais) geral da qual ambas  $G_T$  e  $G_S$  são subquestões, e para as quais existe uma resposta uniforme (chame-se esta questão mais geral de “ $G_C$ ”).
- (4) Para todo  $x$  e todo  $y$ , se (a)  $x$  é uma questão geral que não é resolvida com autoridade, (b)  $y$  é uma questão geral resolvida com autoridade, e (c) existe uma questão (mais) geral (“ $G_C$ ”) da qual tanto  $x$  quanto  $y$  são subquestões, e para a qual existe uma resposta uniforme, então existe razão para adotar, em relação a  $x$ , a resposta que está implícita na mesma resposta uniforme para  $G_C$ , que implica resposta para  $y$  adotada com autoridade.
- Portanto, [a partir de (1)–(4)],
- (5) Existe razão para adotar, em relação a  $G_T$ , a resposta que está implícita na mesma resposta uniforme para  $G_C$  que implica a resposta a  $G_S$  adotada com autoridade.
- (6) A resposta que está implícita, com respeito a  $G_T$ , pela mesma resposta uniforme a  $G_C$  que implica a resposta para  $G_S$  é a resposta  $A$ .
- Portanto, [a partir de (5) e (6)],
- (7) Existe razão para adotar, em relação a  $G_T$ , a resposta  $A$ .<sup>133</sup>

Os autores reconhecem a complexidade do esquema, e explicam-no a partir de circunstâncias que vêm a lembrar como o caso *Adams* foi decidido. Imagina-se uma juíza, Amy, que se coloca frente a determinadas situações a decidir, apresentas por Barbara. Essas situações lembrarão o caso *Adams*, assim como aqueles outros dois casos com que dialoga: respectivamente, o caso da responsabilidade das companhias de barco a vapor pelos bens que os que contratarem o serviço de transporte levarem consigo, em suas acomodações fechadas, o caso da responsabilidade dos proprietários de hotéis pela bagagem de seus hóspedes em suas acomodações, e o caso da responsabilidade da companhia de trem, pelos pertences que os que contratarem o serviço de transporte levarem consigo, em suas acomodações abertas.

O primeiro caso a ser analisado por Amy é o do hotel:

na noite de 27 de junho de 2015, o Sr. G fez *check-in* no hotel da Sra. H; foi-lhe dado o quarto de nº 158 no primeiro andar; ele tinha duzentas libras com ele; o dinheiro foi roubado de seu quarto durante a noite; não houve negligência de sua parte; a Sra. H, proprietária do hotel, também não fora negligente de qualquer maneira<sup>134</sup>.

<sup>133</sup> “(1)  $G_T$  is a general question that is not authoritatively settled.

(2)  $G_S$  is a general question that is authoritatively settled.

(3) There is a (more) general question of which both  $G_T$  and  $G_S$  are subquestions, and to which there is a uniform answer. (Call this more general question “ $G_C$ ”.)

(4) For every  $x$  and every  $y$ , if (a)  $x$  is a general question that is not authoritatively settled, (b)  $y$  is a general question that is authoritatively settled, and (c) there is a (more) general question (“ $G_C$ ”) of which both  $x$  and  $y$  are sub-questions, and to which there is a uniform answer, then there is reason to adopt, with regard to  $x$ , the answer that is implied by the same uniform-answer-to- $G_C$  that implies the authoritatively adopted answer-to- $y$ .

Therefore [from (1)–(4)],

(5) There is reason to adopt, with regard to  $G_T$ , the answer that is implied by the same uniform-answer-to- $G_C$  that implies the authoritatively adopted answer-to- $G_S$ .

(6) The answer that is implied, with regard to  $G_T$ , by the same uniform-answer-to- $G_C$  that implies the authoritatively adopted answer-to- $G_S$ , is answer  $A$ .

Therefore [from (5) and (6)],

(7) There is reason to adopt, with regard to  $G_T$ , answer  $A$ .” *Ibidem*, p. 18.

<sup>134</sup> “[...]on the night of June 27th, 2015 Mr G checked in at Ms H’s hotel; that Mr G was given room #158 on the first floor; that he had £200 with him; that the money was stolen from his room during the night; that there was

A questão particular colocada é se a Sra. H deve ser responsabilizada pelo dinheiro roubado do quarto do Sr. G, sendo que a Sra. H, na visão da juíza Amy, deveria ser responsabilizada. Michelin e D’Almeida, então, vão supor, além da primeira questão (“a Sra. H deveria ser responsabilizada pelo dinheiro roubado do quarto do Sr. G?”), algumas situações adicionais, que demandariam questionamentos relacionados: a Sra. H deveria ser responsabilizada pelo relógio roubado do Sr. G na mesa do café da manhã?; se, em vez da Sra. H, fosse o Sr. O o dono do hotel, ele também deveria ser responsabilizado pelo roubo do quarto do Sr. G?; e se, em uma formulação mais geral, fosse questionado se os proprietários de hotel devem ser responsabilizados pelo dinheiro roubado dos quartos de seus hóspedes sem negligência de quaisquer das partes? A diferença entre tais formulações será que a última delas não corresponde a uma questão particular, mas a uma questão geral – trata-se de uma questão normativa sobre qualquer situação individual que satisfaça a descrição geral relevante (os autores vão denominar de “questão normativa geral”), e a resposta para tal questão, “sim” ou “não”, cobrirá o seu inteiro domínio, constituindo, portanto, uma regra<sup>135</sup>.

Os autores cogitam, então, outra circunstância que Barbara poderia suscitar a Amy: “o caso da Sra. P, uma passageira em um navio a vapor operado pela companhia S. O dinheiro da Sra. P foi roubado de sua cabine, de madrugada, sem negligência de sua parte ou da companhia”. A questão que se coloca, então, é se uma companhia de navio a vapor deveria ser responsabilizada pelo dinheiro roubado da cabine da Sra. P. A ponderação feita é a seguinte:

Mas a própria questão de Barbara a Amy não é diretamente sobre as visões de Amy em Q5 [nessa questão]. A questão de Barbara é, de novo, se a visão de Amy no caso original da Sra. H não a vincula, ao menos se ela quiser ser coerente, à visão de que a companhia do navio a vapor deveria também ser responsabilizada neste caso.<sup>136</sup>

Nesse momento é que os autores questionam o que são as características tomadas por relevantes ou irrelevantes: se, por certo, características como a identidade do dono do hotel, o andar do quarto, o dia da semana em que houve o crime, não são importantes para a decisão, seria relevante tratar-se, especificamente, de um quarto de hotel? Ou seria possível, por outro lado, falar em “acomodação fornecida comercialmente”, incluindo, assim, cabines de navio a

---

no negligence on his part; and that Ms H, the hotel proprietor, had also not been negligent in any way.” *Ibidem*, p. 19.

<sup>135</sup> *Ibidem*, pp. 20-21.

<sup>136</sup> “But Barbara’s own question to Amy is not directly about Amy’s views on (Q5). Barbara’s question is again whether Amy’s views on the original case of Ms H do not commit her, at least if she wants to be coherent, to the view that the steamboat company too should be held liable in this case.” *Ibidem*, p. 21.

vapor? Amy poderia dizer, então, que a formulação inicial da regra para o caso do hotel poderia ser descartada, em favor de outra, de uma regra mais abrangente que capture as características compartilhadas entre o quarto de hotel e a acomodação do barco a vapor<sup>137</sup>.

É importante observar, nesse contexto, que os autores apontam para o fato de que questões gerais formuladas em certo momento podem constituir subquestões de outras, ainda mais gerais. Não se trata de abandonar o que foi decidido antes, mas de viabilizar a revisão das justificações anteriores, como forma de reformulação e de adaptação. Do ponto de vista sistemático, isso parece extremamente importante, principalmente para que o direito possa desenvolver-se em outros ramos, ainda não regulados de modo completo. Ao revisar a instância original de justificação, Amy passa a revisar sua asserção original, uma vez que encontra uma formulação mais ampla, que ela considera igualmente verdadeira, para referendar a decisão sobre a regra aplicável. Surge, então, o conceito de “resposta uniforme”, uma resposta que possa compreender os casos envolvidos a partir de uma formulação de regra mais geral<sup>138</sup>.

Os autores vão tratar, ainda, do risco da superinclusão, concernente ao modo como são identificadas as características relevantes compartilhadas e, assim, dispostas em uma formulação justificatória. Barbara poderia apresentar outro caso a Amy: “o caso do Sr. B, que embarcou em uma viagem noturna como passageiro em um trem pertencente à companhia da Sra. T”, sendo que “o Sr. B ocupa uma acomodação de dormir; ele mantém seu dinheiro em sua bagagem, que ficou disposta na acomodação; e o dinheiro foi roubado sem negligência de parte do Sr. B ou da companhia de trem”. A questão, então, é se a companhia de trem da Sra. T deveria ser responsabilizada pelo dinheiro roubado da acomodação do Sr. B: Amy, dizem Michelin e D’Almeida, considerará o caso diverso dos anteriores, uma vez que estes dizem respeito ao uso de compartimentos fechados, diferentemente do caso do trem, que é uma acomodação aberta, que não pode ser trancada. Neste último caso, aquele que contrata esse tipo de serviço de transporte não pode esperar o mesmo grau de segurança<sup>139</sup>.

Se se observarem as formulações anteriores, será possível identificar, no entanto, que o fato de a acomodação ser fechada ou aberta, em específico, não foi contemplado. Ao não constar, na formulação da regra, o tipo de acomodação – se aberto ou fechado – abarcou-se, indevidamente, mais do que se deveria abarcar. Portanto, o fenômeno, no caso de formulação

---

<sup>137</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>138</sup> *Ibidem*, p. 24.

<sup>139</sup> *Ibidem*, p. 25.



de regras, nesse contexto, pode ocasionar a superinclusão, amplificação do escopo de uma regra que seria aplicada de modo mais restrito.

As ponderações acima demonstram que Michelin e D’Almeida modificam, substancialmente, a abordagem acerca do raciocínio analógico no âmbito do direito. Os conceitos em questão parecem afeiçoar-se, de modo mais prático, à forma como, efetivamente, ocorre a dinâmica do raciocínio jurídico analógico. A percepção envolve, igualmente, o modo como se produzem justificações jurídicas e como elas vão sofrendo modificações. O esquema formulado provê elementos, justamente, para permitir identificar de que forma a analogia viabiliza uma espécie de desenvolvimento do direito, inclusive com enunciação mais precisa sobre o conteúdo decidido em casos anteriores.

A apresentação dos argumentos de todos os autores citados até aqui permite conhecer uma gama de perspectivas que tratam o raciocínio analógico quer como elemento que leva à indeterminação jurídica, quer como mecanismo de estabilização e de segurança jurídica. Ao mesmo tempo, viabiliza o conhecimento de uma espécie de vocabulário comum, que oportuniza que a discussão seja encaminhada com uma percepção mais precisa sobre o que se tem em foco. O balanço crítico acerca das abordagens é feito na sequência.

## 2 ANÁLISE CRÍTICA DAS ABORDAGENS

Parece ser possível afirmar que os modelos de apresentação sobre como funciona o raciocínio analógico acabam por ser, em parte, os motivadores da desconfiança que se forma contra ela. A abordagem seguinte, então, vem a apresentar esses problemas, expondo por que são prejudiciais determinadas compreensões sobre o fenômeno.

Sunstein, Brewer, Weinreb e Michelon e D'Almeida dedicam-se a uma compreensão da forma de funcionamento do raciocínio analógico, abordando-o como mecanismo presente e, em maior ou menor grau, constante no raciocínio jurídico. Posner, Schauer e Alexander e Sherwin, por sua vez, parecem negá-lo, valorizando as regras e a forma dedutiva do raciocínio jurídico como mais seguros.

Essa polarização parece ter relação com o fato de a matéria discutida ser recente, e comportar, sob certo sentido, ainda pouca reflexão. Com efeito, dos estudos existentes, a maioria é resultado de pesquisas que datam das décadas de 1990 e 2000, o que denota a falta de uma tradição de discussão sobre o tema em específico. Apesar de alguns estudos isolados anteriores à década de 1990, como o de Levi, o de Bobbio e o de Kaufmann, antes citados, as demais abordagens significativas têm poucos anos, e ainda, como visto, dependem de amadurecimento.

Pretende-se tratar de alguns pontos das abordagens descritas no tópico anterior e que têm relação, direta ou indiretamente, com a percepção dos teóricos acerca do raciocínio analógico como favorável ou pernicioso à segurança jurídica. Os aspectos suscitados são estes: a existência de excessivas simplificações teóricas, que não fazem jus à complexidade da analogia, a importância de uma compreensão mais clara sobre o que constitui similaridade relevante, a preocupação com as formas de justificação da decisão baseada no raciocínio analógico, a relação entre o raciocínio analógico e a dependência de identificação de uma regra dedutivamente aplicável subjacente, e, por fim, as limitações do raciocínio analógico como argumento jurídico.

### 2.1 EXCESSIVAS SIMPLIFICAÇÕES TEÓRICAS

A estrutura do argumento jurídico analógico apresentada por Sunstein (e que é acompanhada por diversos autores) é excessivamente simplificadora, essencialmente, por dois motivos: o primeiro é que não há explicação acerca do modo pelo qual a existência de determinadas características compartilhadas implica que outras o sejam; o segundo é que o

modelo confunde a noção de compartilhamento de características (entre os entes que são objeto da analogia) com a noção de submissão a idênticas consequências normativas (que não constituem, propriamente, uma “característica” dos entes, mas correspondem a um resultado normativo, decorrente da identificação de características comuns entre os entes).

Ao estabelecer que a existência de determinadas características compartilhadas leva ao compartilhamento de outras, sem qualquer mecanismo de “garantia” para tanto, o modelo em questão parece levar a analogia a um grau de imprecisão e de incerteza que não se coaduna com a atividade realizada pelo jurista, ao produzir um raciocínio analógico. A teoria, ao simplificar o fenômeno, obscurece a riqueza prática dessa forma de raciocínio no âmbito do Direito. Em certo sentido, parece ser essa a crítica de Weinreb a Brewer, quando aquele afirma que a sua preocupação está mais vinculada à maneira como se percebem, nos entes do mundo, as semelhanças e as diferenças relevantes para o direito, deixando, em segundo plano, uma formulação rígida e fixa – como Brewer mesmo propõe – sobre a configuração estrutural do raciocínio analógico.

Faz-se importante retomar os passos descritos por Sunstein para a analogia em geral: “(1) A tem a característica X; (2) B compartilha essa característica; (3) A também tem a característica Y; (4) porque A e B compartilham a característica X, conclui-se – o que ainda não é conhecido – que B compartilha da característica Y, da mesma forma”<sup>140</sup>. Do ponto de vista lógico, como aponta Brewer, há inconsistência na descrição, levando o raciocínio analógico a ser, de fato, falho: o fato de A e B compartilharem uma ou mais características não garante que características adicionais sejam compartilhadas. Só se faz possível afirmar que o compartilhamento de certas características implica o compartilhamento de características adicionais, se há razões comuns para o compartilhamento não só das características sabidamente compartilhadas, mas também da(s) adicional(is). A inexistência de uma premissa abordando tal aspecto levaria a uma conclusão com um grau de probabilidade desconhecido e, portanto, de pouca relevância, se se pretende obter segurança jurídica. O problema, nesse caso, parece ser mais decorrente de uma imprecisa descrição do fenômeno do que, propriamente, do fenômeno em si<sup>141</sup>.

No caso do direito, em específico, os passos descritos por Sunstein seriam estes: “(1) um fato padrão A tem certa característica X, ou as características X, Y e Z; (2) o fato padrão B difere de A em algumas questões, mas compartilha a característica X, ou as características X, Y

<sup>140</sup> SUNSTEIN, Cass R. *Op. cit.*, p. 743.

<sup>141</sup> Uma descrição mais precisa do processo de raciocínio analógico talvez venha em benefício do seu uso qualificado, na medida em que haveria um sistema de avaliação ou de valoração do cabimento ou não dessa forma de raciocínio para determinado caso.

e Z; (3) o Direito trata *A* de certo modo; (4) porque *B* compartilha certas características com *A*, o Direito deveria tratar *B* da mesma forma”<sup>142</sup>. Aqui, nota-se o problema da influência que o Direito sofreu dos modelos analógicos utilizados em outros campos, que acabou por omitir que há diferença entre comparar características e comparar consequências decorrentes da aplicação de normas. As perspectivas que consideram apenas o compartilhamento de características entre objetos, fatos etc., parecem ignorar que o foco, no raciocínio jurídico analógico, é que a comparação entre esses objetos, fatos, etc. leve a uma consequência jurídica: o que está em discussão não seria, portanto, apenas o compartilhamento de características, mas a consequência normativa compartilhada entre casos, o que não corresponderia, propriamente, a uma característica (não seria algo próprio do objeto).

Para além dos dois motivos referidos, também se pode dizer que o modelo é problemático, no que tange à definição das características, porque não estabelece de que modo são selecionadas as características compartilhadas. Em um sentido amplo, é possível dizer que as semelhanças e as diferenças tendem ao infinito: sendo assim, é impossível estabelecer quais as características a serem selecionadas para produzir, de fato, um raciocínio analógico pertinente. Dito de outro modo, não há como saber em que circunstâncias será possível identificar um raciocínio analógico que tenha selecionado características compartilhadas de modo importante, de forma a produzir consequências jurídicas também compartilhadas.

A crítica acima descrita é a identificada, por exemplo, em Posner, em Schauer e em Alexander e Sherwin: se tudo é assemelhado e desassemelhado, sob determinadas perspectivas, seria arbitrária a escolha de casos, para que se formulasse um raciocínio analógico (que ficaria mais a depender de intenções arbitrárias daquele a raciocinar analogicamente). Esse ponto, no entanto, merece análise na sequência, relativamente à noção de semelhança relevante: como se verá, uma comparação, para produzir resultados jurídicos, depende de que sejam identificados casos relevantemente similares, isto é, similares sob determinado sentido relevante para o direito. A arbitrariedade, mais uma vez, parece ser um problema de descrição do fenômeno, e, não, do raciocínio analógico em si mesmo.

---

<sup>142</sup> *Ibidem*, p. 745.

## 2.2 O CONCEITO DE SIMILARIDADE RELEVANTE E DE PERTINÊNCIA NO RACIOCÍNIO ANALÓGICO: O RACIOCÍNIO ANALÓGICO, EM SI, COMO INSUFICIENTE PARA DEFINIR CRITÉRIOS SOBRE O QUE É SEMELHANÇA RELEVANTE.

Os estudos acerca da analogia em geral permitem afirmar que o *argumento* analógico é uma representação explícita do *raciocínio* analógico, de modo a apontar similaridades aceitas entre dois sistemas, e, por consequência, apoiar a conclusão de que uma similaridade ulterior existe<sup>143</sup>. Essas similaridades “aceitas” são assim consideradas porque contemplam semelhanças percebidas como relevantes por aqueles que produzem ou que avaliam a analogia formulada.

Ocorre que, no contexto de decisões jurídicas, trabalha-se com predicacões de textura aberta. O número de circunstâncias fáticas envolvidas em um caso não é totalmente dado de modo prévio, e a comparação só se torna possível quando há, diante do jurista, um novo caso para análise, que demande a busca pela solução nos casos anteriores. Como afirma Paul Bartha, predicados de textura aberta podem levar a múltiplas camadas de raciocínio analógico<sup>144</sup>. A preocupação envolve, nesse sentido, um aspecto percebido, notadamente, por Hart, relativo ao fato de que o Direito depende, predominantemente, de referências a classes de atos, coisas e circunstâncias, de forma que o sucesso de suas operações sobre vastas áreas da vida social depende da capacidade de reconhecer atos, coisas e circunstâncias particulares como instâncias das classificações gerais elaboradas pelo Direito<sup>145</sup>. Casos passados só são capazes de enunciar regras jurídicas, porque fazem uso de termos que apontam para classes de atos, coisas e circunstâncias. É isso que permitiria o grau de abstração necessário para que uma decisão não constitua uma particular arbitrariedade:

Seja qual for o dispositivo escolhido, precedente ou legislação, para a comunicação de padrões de comportamento, estes, a despeito da facilidade com que atuam sobre a grande massa de casos ordinários, revelar-se-ão como indeterminados em certo ponto em que a sua aplicação esteja em questão; possuirão aquilo que foi designado como textura aberta. Até aqui, apresentamos tal, no caso da legislação, como um aspecto geral da linguagem humana; a incerteza na linha de fronteira é o preço a ser pago pelo uso de termos classificatórios gerais em qualquer forma de comunicação que respeite a questões de fato. As línguas naturais como o inglês, quando usadas desse modo, têm irredutivelmente uma textura aberta. É, contudo, importante apreciar por que razão, posta de parte esta dependência da linguagem tal como de

<sup>143</sup> BARTHA, Paul F. A. *By parallel reasoning: the construction and the evaluation of analogical arguments*. New York: Oxford, 2010, p. 1.

<sup>144</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>145</sup> HART, H. L. A. *The Concept of Law*. 3.ed. New York: Oxford, 2012, pp. 127-128.

fato ocorre, com as suas características de textura aberta, não devemos acalentar, mesmo como um ideal, a concepção de uma regra tão detalhada, que a questão sobre se se aplicaria ou não a um caso particular estivesse sempre resolvida antecipadamente e nunca envolvesse, no ponto de aplicação efetiva, uma escolha nova entre alternativas abertas. Dito de forma breve, a razão reside em que a necessidade de tal escolha é lançada sobre nós porque somos homens, não deuses. É um aspecto da condição humana (e, por isso, da legislativa) que trabalhemos sob a influência de dois obstáculos relacionados, sempre que procuramos regular, de forma não ambígua e antecipadamente, alguma esfera da conduta por meio de padrões gerais a ser usados, sem diretiva oficial ulterior, em ocasiões particulares. O primeiro obstáculo é a nossa relativa ignorância de fato; a segunda a nossa relativa indeterminação de finalidade. Se o mundo em que vivemos fosse caracterizado só por um número finito de aspectos e estes, conjuntamente, com todos os modos por que se pudessem combinar, fossem por nós conhecidos, então poderia ser feita cláusula antecipada para cada possibilidade. Poderíamos fazer regras cuja aplicação a casos concretos nunca implicasse uma escolha subsequente. Tudo poderia ser conhecido e, uma vez que pudesse ser conhecido, poder-se-ia, relativamente a tudo, fazer algo e especificá-lo antecipadamente através de uma regra. Isto seria um mundo adequado a uma jurisprudência “mecânica”.<sup>146</sup>

Embora a reflexão envolvendo a textura aberta do Direito e a analogia dependa de desenvolvimento específico mais aprofundado, parece ser possível afirmar que é nesse contexto que se faz tão importante o raciocínio baseado em casos ou em circunstâncias (concretas). Os casos permitem delinear a compreensão do significado das regras jurídicas neles enunciadas (ou sustentadas). Assim, a regra contida ou evidenciada em um precedente, ao ser aplicada em um caso seguinte, define, de modo mais claro, quais os limites de conteúdo da decisão anterior.

Para que isso seja possível no âmbito do raciocínio analógico, no entanto, é necessário que a similaridade identificada entre os casos seja “relevante”, “pertinente”. Estes dois termos são utilizados para caracterizar a similaridade que permite produzir uma analogia jurídica.

---

<sup>146</sup> “Whichever device, precedent or legislation, is chosen for the communication of standards of behaviour, these, however smoothly they work over the great mass of ordinary cases, will, at some point where their application is in question, prove indeterminate; they will have what has been termed an open texture. So far we have presented this, in the case of legislation, as a general feature of human language; uncertainty at the borderline is the price to be paid for the use of general classifying terms in any form of communication concerning matters of fact. Natural languages like English are when so used irreducibly open textured. It is, however, important to appreciate why, apart from this dependence on language as it actually is, with its characteristics of open texture, we should not cherish, even as an ideal, the conception of a rule so detailed that the question whether it applied or not to a particular case was always settled in advance, and never involved, at the point of actual application, a fresh choice between open alternatives. Put shortly, the reason is that the necessity for such choice is thrust upon us because we are men, not gods. It is a feature of the human predicament (and so of the legislative one) that we labour under two connected handicaps whenever we seek to regulate, unambiguously and in advance, some sphere of conduct by means of general standards to be used without further official direction on particular occasions. The first handicap is our relative ignorance of fact: the second is our relative indeterminacy of aim. If the world in which we live were characterized only by a finite number of features, and these together with all the modes in which they could combine were known to us, then provision could be made in advance for every possibility. We could make rules, the application of which to particular cases never called for a further choice. Everything could be known, and for everything, since it could be known, something could be done and specified in advance by rule. This would be a world fit for ‘mechanical’ jurisprudence.” *Ibidem*, pp. 127-128, grifou-se.

Dito de outra forma, a analogia jurídica só se torna possível se houver uma semelhança relevante entre os casos, capaz de permitir a aplicação de uma solução jurídica que se encaminhe em um mesmo sentido<sup>147</sup>. Paul Bartha deixa claro que o espaço de percepção do que é “relevante”, quando se identificam semelhanças no âmbito das ciências físicas e matemáticas, é bastante mais limitado, de modo que o raciocínio analógico nessa seara não se torna, em grande medida, objeto de desconfiança, mas, antes, mecanismo de compreensão de fenômenos. Weinreb, evidenciando como a situação difere no âmbito jurídico, aponta para a impossibilidade de controles efetivos quanto ao resultado, diante do caráter normativo do Direito:

O raciocínio de um médico ou de um engenheiro é posto à prova sem delongas, no decurso normal dos acontecimentos: a saúde do paciente melhora ou não; a ponte resiste ou desaba. Já em relação ao raciocínio jurídico, não há prova comparável. Embora falemos sobre o que é o direito, como se fosse uma questão factual, como um diagnóstico médico ou o peso que uma ponte é capaz de suportar, o conteúdo do direito é normativo: ele prescreve o que deve – quer dizer, deveria – ser feito. [...] Como no fim o raciocínio jurídico não oferece uma prova objetiva de seu mérito, não surpreende que nos ocupemos mais insistentemente com o processo de raciocínio em si.<sup>148</sup>

Nesse aspecto – relativo à pertinência ou à relevância da similaridade –, é que parece residir o problema mais significativo no que tange ao controle do raciocínio analógico, na medida em que se trata de conceitos vagos, imprecisos. Note-se que a noção de relevância e a noção de garantia suficiente pressupõem um conteúdo que permanece indefinido – por mais que Brewer procure um esquema que dê conta do processo inerente ao raciocínio analógico, não é capaz de vislumbrar solução para esse aspecto do problema, o que é admitido neste trecho:

---

<sup>147</sup> Há um aspecto passível de nota neste ponto. Os estudos apontados neste trabalho, quando descrevem a analogia, costumam apresentá-la da seguinte forma: “A tem as características X, Y, Z; B tem as características X, Y; como A e B compartilham as características X e Y, conclui-se que B também compartilha da característica Z”. Ocorre que compartilhar características talvez não possa ser comparável – pelo menos tão diretamente – a compartilhar resultados de decisões. Essa percepção do fenômeno talvez implique uma necessária reformulação do esquema a partir do qual se explicita a analogia. Nesse sentido, Weinreb afirma que a forma como Sunstein, Brewer e outros esquematizam a analogia jurídica acaba por nulificar o que há de mais importante no raciocínio analógico, isto é, a ampla (e aberta) possibilidade de comparação entre particulares.

<sup>148</sup> WEINREB, Lloyd. *A razão jurídica: o uso da analogia no argumento jurídico*, pp. XII-XIII [“The reasoning of a doctor or an engineer is readily and in the normal course put to the test. The patient’s health improves, or it does not; the bridge stands, or it falls. There is no comparable test of legal reasoning. Although we talk about what the law is, as though it is a matter of fact like a medical diagnosis or the weight a bridge will support, the content of the law is normative: It prescribes what is – that is to say, ought – to be done. [...] Because the outcome of legal reasoning does not furnish an objective test of its merit, it is unsurprising that we attend more insistently to the process of reasoning itself.” WEINREB, Lloyd. *Legal reason: the use of analogy in legal argument*. New York: Cambridge University Press, 2005, pp. 2-3].

Obviamente, o conhecimento da forma lógica do argumento por analogia (um “saber que”) não fornecerá todas as habilidades de que alguém necessita para fazer ou criticar tais argumentos (um “saber como”). Nem pode a lógica dizer o que as características compartilhadas relevantes e inferidas são ou qual a forma lógica que as AWRs de um argumento exemplificativo deveriam ter de modo que a explicação e a justificação vitais possam somente ser supridas por *analogy-warranting rationales*. A Filosofia pode, no entanto, perceber que cada um desses elementos deve estar presente para que um argumento exemplificativo seja racionalmente persuasivo, e a lógica e o bom senso possam ajudar no seu julgamento.<sup>149</sup>

Weinreb, que em muito contra-argumenta as ideias de Brewer, neste ponto concorda, admitindo que a analogia comporta dificuldade na “verificação” de seu cabimento:

Um argumento dedutivo está sujeito às normas da lógica formal de acordo com essas normas, quer um argumento seja válido, quer inválido, e não há nada mais a ser dito. Um argumento indutivo não está formalmente determinado da mesma maneira, mas a sua conclusão pode ser testada experimentalmente e, mais uma vez, ele é comprovado ou não. Já a semelhança, condição central do argumento analógico, não é tão evidente e manifesta quanto à validade de um argumento dedutivo. As coisas (pessoas ou eventos) são semelhantes e dessemelhantes entre si e em relação a todos os outros tipos de coisas, de incontáveis maneiras, todas ao mesmo tempo. Simplesmente não existem normas que prescrevam o grau ou o tipo de semelhança suficiente para sustentar as analogias em geral ou uma analogia em particular. Tampouco é possível testar experimentalmente uma analogia, pois a semelhança da qual ela depende poderá até não ser questionada, mas não tem nada a ver com a conclusão que se diz dela seguir, seja essa conclusão verdadeira ou falsa.<sup>150</sup>

Embora procure enfatizar que a forma de raciocínio analógico não se constitui de mera inferência dedutiva, Weinreb não ignora a necessidade de existência ou de formulação de uma regra que se aplique a ambos os elementos em comparação, com vistas a que a analogia seja bem-sucedida em sua finalidade:

<sup>149</sup> “Obviously, a knowledge of the logical form of argument by analogy (a ‘knowledge-that’) will not provide all the skills one needs to make or criticize such arguments effectively (a ‘knowledge-how’). Nor can logic tell one what the relevant shared and inferred characteristics are or what logical form an exemplary argument’s AWRs should have that vital explanation and justification can only be supplied by *analogy-warranting rationales*. Philosophy can, however, discern that each of these elements must be present in order for an exemplary argument to be rationally persuasive, and logic and good sense can assist one’s judgment thereof.” BREWER, Scott. *Op. cit.*, p. 1027, grifou-se.

<sup>150</sup> WEINREB, Lloyd. *A razão jurídica: o uso da analogia no argumento jurídico*, pp. XIV-XV [“A deductive argument is subject to the rules of formal logic. According to those rules, an argument is either valid or invalid, and there is no more to be said one way or the other. An inductive argument is not formally bound in the same way; but the conclusion can be tested experimentally, and, again, either it is verified, or it is not. The similarity at the heart of an analogical argument, on the other hand, does not display its significance, as a deductive argument displays its validity. Things (or persons, or events) are similar and dissimilar to one another and to all sorts of other things in countless ways, all at the same time. There simply are no rules that prescribe how much or what sort of similarity is enough to sustain analogies generally or to sustain a particular analogy. Nor can an analogy be tested experimentally, for the similarity on which it depends may be unquestioned but have nothing to do with the conclusion that is said to follow from it, whether the conclusion be true or false.” WEINREB, Lloyd. *Legal reason: the use of analogy in legal argument*. New York: Cambridge University Press, 2005, pp. 4-5].



[...] em vez de supor que, se o sal remove uma mancha de vinho, provavelmente removerá também uma mancha de suco de mirtilo, poder-se-ia facilmente supor que, sendo ambos vermelhos, você ficará bêbado se tomar muito suco de mirtilo, ou então que, sendo brancos o sal e o talco em pó, uma pitada deste vai realçar o gosto da sopa. [...] Pode-se passar de uma semelhança à outra apenas se a primeira é pertinente como explicação ou pelo menos como um indicador da explicação, da última. Desse modo, afirma-se que, para que uma analogia seja bem-sucedida, é preciso haver, em algum lugar – se não explícita, então implicitamente, se não consciente, então inconscientemente –, uma norma que se aplique a ambas as coisas sob comparação e estipule que todos os membros da classe à qual ambas pertencem (assinalada, talvez, pela semelhança observada entre essas coisas) têm a característica adicional posta em dúvida.<sup>151</sup>

Está em questão, portanto, não só a existência de semelhanças relevantes para a formulação de raciocínios analógicos, mas também a inexistência de dessemelhanças relevantes, o que corresponderia à ocorrência de uma “desanalogia”. É interessante observar que Sunstein leva a crer que as dessemelhanças relevantes constituiriam o que chama de “requisito substantivo”, entendimento que permitiria a inferência de que apenas as dessemelhanças dependeriam de um argumento substantivo para o não compartilhamento das mesmas consequências normativas. A despeito disso, parece claro que não apenas as dessemelhanças, mas também as semelhanças relevantes dependem de um argumento substantivo, para justificar-se a aproximação ou o distanciamento dos entes comparados. Tanto as semelhanças quanto as diferenças encontram-se permeadas por uma definição de escopo que não está alheia à consideração de um ponto de vista envolvido – haverá uma semelhança ou uma dessemelhança relevante “à luz” de um critério envolvido, e esse critério não pode constituir-se como a “mera observação” dos fatos. Mesmo que se considere que a observação das semelhanças e das dessemelhanças dá-se a partir de um critério jurídico, este demandará esclarecimento adicional, para que faça sentido e seja devidamente justificado. A exaustiva menção à ocorrência de “semelhanças relevantes”, no caso do raciocínio analógico, não permite qualquer conclusão quanto à forma como é identificada a tal “relevância”.

Os autores estudados não deixam claro de que modo é possível, minimamente, verificar a consistência do raciocínio jurídico analógico, ou, em outras palavras, de que modo é possível aferir se o que há de semelhante constitui, de fato, uma analogia pertinente do

<sup>151</sup> *Idem. A razão jurídica: o uso da analogia no argumento jurídico*, p. 84 [“[...] instead of supposing that if salt removes a wine stain, it will probably also remove a cranberry juice stain, one might as easily suppose that, both being red, drinking too much cranberry juice will make you drunk, or that salt and talcum powder both being white, a pinch of talcum powder will improve the taste of the soup. [...] One can take the step from one similarity to another only if the former is relevant as an explanation, or at least an indicator of the explanation, of the latter. So, it is argued, in order for an analogy to succeed, there must be about somewhere, if not explicitly then implicitly, if not consciously then unawares, a general rule that applies to both things being compared and provides that all members of a class to which both belong (signaled, perhaps, by the observed similarity between them) have the further characteristic that is in doubt.” WEINREB, Lloyd. *Legal reason: the use of analogy in legal argument*. New York: Cambridge University Press, 2005, pp. 109-110].

ponto de vista jurídico. Schauer, para analisar uma abordagem sobre a questão, mais especificamente, não deixa claro qual a forma de identificar uma semelhança relevante. Ao dizer que “bons argumentos parecem recorrer a semelhanças relevantes”, Schauer não permite identificar nem o que é uma semelhança relevante, nem o que é um bom argumento: os dois conceitos ficam a depender, dada a sua circularidade, de uma explicação externa.

O mesmo problema, no entanto, parece ser reconhecido por esse autor, quando este afirma que o raciocínio analógico não pode ser explicado, exclusivamente, a partir de uma razão lógica. Schauer, nesse aspecto, está a confirmar que seria preciso, nessa linha, buscar respostas para a analogia em outros campos. Se a lógica não pode dizer o que é uma semelhança relevante entre dois casos, precisa-se de algo que esteja fora desse escopo e que permita tal identificação. A forma de identificação desse nexo de relevância para a identificação de similaridades será objeto da terceira parte deste trabalho.

Nesse contexto, parece estar claro que uma significativa preocupação no uso do raciocínio analógico, no Direito, diz respeito ao modo de identificar o que é relevante e pertinente para a semelhança que justifica a replicação da solução jurídica de um caso em outro. Esse aspecto parece estar alheio às descrições sobre a estrutura do raciocínio analógico, ou, dito de outra forma, percebe-se que a estrutura do raciocínio analógico não é capaz de definir, por si só, o que é uma semelhança relevante – o raciocínio, em si, aliás, não é capaz de fornecer critérios para definir o que são semelhanças e o que são diferenças.

O argumento analógico, então, estaria a depender de algo além da mera disposição lógica das premissas, na formulação do argumento: em outras palavras, a forma do raciocínio analógico, por si mesmo, não é capaz de fornecer critérios de avaliação para além daqueles atinentes à própria estrutura do argumento. A dependência de avaliação da semelhança ou da dessemelhança relevante a partir de outros critérios – alheios à própria estrutura do argumento analógico –, apesar disso, não permite concluir que o raciocínio, em si, seja falho ou inseguro<sup>152</sup>. Esse ponto será objeto de discussão mais aprofundada posteriormente, ao tratar-se dos conceitos de coerência e de integridade no Direito. Por enquanto, é possível passar à

---

<sup>152</sup> Apenas para fins de observação, de modo singelo, é de notar-se que também o raciocínio dedutivo, considerado pelos autores em geral como “mais seguro”, não se basta apenas pela sua forma lógica: a conclusão só se torna verdadeira, se verdadeiras forem as premissas maior e menor, e a avaliação da veracidade ou da falsidade da conclusão também é dependente, em certo sentido, de algo externo ao silogismo em si mesmo. McCormick, no capítulo III de “Rhetoric and the Rule of Law”, relacionado ao silogismo jurídico, observa que existem quatro espécies de questionamentos que dizem respeito ao silogismo (na fórmula simplificada “Sempre que FO [fato operativo], então CN [consequência normativa]”) e que podem ser suscitados em um caso passível de debate: “problema relacionado à prova”, “problema de classificação”, “problema de interpretação” e “problema de relevância”. Confira-se MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law: a theory of legal reasoning*. New York: Oxford University Press, 2005, p. 43.

abordagem da relação entre a explicitação do funcionamento do raciocínio analógico e o processo de justificação jurídica.

### 2.3 O PROCESSO DE JUSTIFICAÇÃO NA FORMULAÇÃO E NA EXPLICITAÇÃO DE RACIOCÍNIOS ANALÓGICOS

O desenvolvimento do tema relativo ao raciocínio analógico, no âmbito do Direito, vem, em regra, no escopo de discussões formuladas por autores atentos ao processo de raciocínio jurídico em geral, envolvendo aspectos pertinentes ao processo argumentativo e decisório e à justificação do discurso jurídico. Nesse sentido, percebe-se que os autores que abordam o fenômeno debruçam-se, de uma forma ou de outra, sobre temas que dizem respeito, em última análise, à necessidade e à importância da justificação, em especial, das decisões judiciais.

A abordagem relativa à força do argumento analógico perpassa todos os autores estudados. Quando Sunstein defende que a analogia seria mais favorável, por não depender de raciocínios completamente teorizados, sua preocupação está diretamente relacionada à redução do ônus argumentativo e, assim, a um aspecto da justificação: a concordância prática acerca da semelhança de circunstâncias (de modo a levar às mesmas consequências jurídicas) seria mais fácil do que a aceitação de teorizações mais significativas, que demandassem conjecturas mais profundas e discussões a evidenciar maior embate de posições.

A preocupação de Brewer quanto à justificação é nítida: a necessidade de estabelecer uma regra garantidora da analogia (a AWR) evidencia a preocupação com uma formulação que possibilite a clara enunciação do escopo de incidência da regra. E isso não é suficiente, ainda, para Brewer, uma vez que o autor também considera necessária a formulação de uma regra que possa justificar a própria formulação da regra garantidora da analogia, isto é, a justificação garantidora da analogia (a AWRa). Weinreb, ao citar Brewer, também revela a mesma preocupação com a justificação, uma vez que se verifica atenção intensa à avaliação do uso de argumentos analógicos e à observação de como tais argumentos são apresentados e encontram-se em funcionamento no Estado de Direito.

Quando Posner enfatiza a relação entre a definição de políticas e a solução de casos, sua preocupação reside no modo como as decisões são justificadas, ainda que a analogia, na sua concepção, dependa da explicitação de algo que não se encontra, propriamente, no raciocínio analógico. O apelo de Schauer à formulação de regras, quando do uso de analogias, evidencia a perspectiva de que há necessidade de clara demonstração de qual o fundamento da

decisão tomada para um caso. Por sua vez, a abordagem de Alexander e Sherwin, por mais que negue o raciocínio analógico em si, não deixa de referir como os julgadores lançam mão de justificações desse tipo.

De modo bastante particular, a preocupação com a justificação também fica evidente em Michelon e D'Almeida. Como se aponta, mais detalhadamente, à frente, a reformulação de regras definidas em casos anteriores, para aplicação no caso atual e, eventualmente, nos seguintes, reflete o interesse em que a aplicação do direito possa contar com regras acessíveis, com clara abordagem do conteúdo da decisão.

Todas essas perspectivas parecem evidenciar que, independentemente da crença no raciocínio analógico como forma de raciocínio jurídico autônomo ou dependente de regras formuladas e aplicadas dedutivamente, os autores identificam mecanismos por meio dos quais fica claro um compromisso por parte da autoridade de fazer justificar sua decisão. À exceção de Alexander e Sherwin, que parecem menos propensos a acatar à própria existência do raciocínio analógico, é possível identificar que todos veem, em algum nível, a relação entre raciocínio analógico e a explicitação de argumentos.

A definição, enfim, da estrutura do raciocínio analógico não deixa de ser uma forma de aprimorar a justificação das decisões (inclusive e principalmente, o controle da justificação). Ao teorizarem sobre o raciocínio analógico, as discussões acabam por atestar, por alguma via, a necessidade de fundamentação consistente, no âmbito da argumentação jurídica, e da identificação da razão de decidir atual a partir das decisões passadas e presentes. O tema vincula-se, diretamente, nesse sentido, à busca de mecanismos de promoção de determinação e de segurança jurídica, dada a preocupação voltada à clareza quanto ao modo de produção da decisão. Passa-se à análise de como o raciocínio analógico pode, certo sentido, com as formas de argumentação dedutiva.

#### 2.4 O RACIOCÍNIO ANALÓGICO E AS TEORIAS DEDUTIVISTAS: A FORMULAÇÃO DE UM RACIOCÍNIO ANALÓGICO A DEPENDER DA IDENTIFICAÇÃO DE UMA REGRA SUBJACENTE.

Resta claro que os autores divergem quanto à necessidade de o raciocínio analógico, para ser aplicado, depender da identificação de uma regra que, então estabelecida a partir do caso anterior, seria aplicada de modo dedutivo ao caso presente. O que parece aqui estar em questão é o valor da forma dedutiva de raciocínio, no âmbito do raciocínio analógico.

Brewer, preocupado com a força do raciocínio analógico, vê que a necessidade de valoração do raciocínio analógico está de todo relacionada à frequente desconfiança de que padece: a atenção relativa ao “controle” do processo garantiria um rigor maior na formulação do raciocínio, que nem sempre tem seus passos explicados a partir de um método mais fixo ou regrado. A concepção de uma “sequência padrão de passos” do raciocínio analógico viria a estabelecer um aprimoramento da noção mais básica e, ademais, permitiria a criação de uma regra aplicável dedutivamente<sup>153</sup>. O clássico “*Hermenêutica e Aplicação do Direito*”, de Carlos Maximiliano, aborda uma descrição semelhante do fenômeno, neste ponto:

Alguns autores consideram a analogia como uma subespécie de indução incompleta. A verdade é que no campo do Direito, como nos demais, aquele processo lógico participa um pouco do método indutivo e também do dedutivo. Por indução imperfeita se vai do preceito existente até uma regra mais geral e mais alta que abrange os dois casos semelhantes; depois se chega por dedução à norma especial de que se precisa para resolver a hipótese em apreço.<sup>154</sup>

Essa ideia de que um argumento analógico tem valor a partir da explicitação da regra que garanta a aplicação do raciocínio analógico não é tão diversa daquelas concepções de Posner, Schauer e Alexander e Sherwin, que valorizam a formulação ou a identificação prévia da regra a regular o caso anterior, regra essa que seria aplicável dedutivamente aos casos seguintes. Posner visualiza o “raciocinar por analogia” como um fenômeno de superfície, havendo, em verdade, dependência em relação a uma “compreensão geral de algum tipo, para determinar similaridades relevantes”. Schauer afirma, por sua vez, que é a regra que existe previamente à formulação da analogia – assim, o regramento aplicável é que definiria o que é relevante para o caso (trata-se, aqui, do “desafio cético”). Já Alexander e Sherwin, na mesma linha de Schauer, consideram que a semelhança relevante considerada só se estabelece, porque se encontra amparada por uma regra geral, dedutivamente aplicável. Zenon Bankowski, cuja obra não se analisou em específico, por não se dedicar muito detidamente ao raciocínio analógico, assim se refere sobre a relação entre raciocínio dedutivo e raciocínio analógico, em uma posição intermediária que remete, ainda que de forma relativamente simplificada, às ideias de Brewer:

---

<sup>153</sup> Entre “místicos” e “céticos”, Brewer prefere considerar-se um “racionalista de proposta modesta”. Se há algo pouco passível de abordagem mais regrada, no que diz respeito ao momento de identificação dos entes particulares envolvidos (o que Brewer chama de “abdução”), há um conjunto de passos identificáveis no raciocínio analógico capaz de apresentar a “força racional” desejada – nesse contexto, os passos mais rígidos viriam a constituir melhor instrumento de controle. A existência de um plano de formulação da regra e de um plano de formulação da justificação permitiria essa maior explicitação do fenômeno.

<sup>154</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 21.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 189.

A analogia poderia ser vista, de modo aproximado, da mesma maneira. Você toma algo já definido, compara outras coisas com essa definição e você tem uma resposta fácil. A parte complicada pode ser estabelecer a definição, mas, depois disso, tudo se segue de modo simples. Fazemos uma questão descritiva, em vez de uma questão normativa. Como isso funciona nos casos de argumentação por analogia? Primeiramente, você toma um caso e o define, isto é, decide qual é a essência desse caso. Feito isso, a questão é ver se outros casos se encaixam na definição, para aplicá-la. Assim, embora a analogia pareça significar mover-se de caso a caso, ela pode também ser vista de uma maneira dedutiva, pois a definição da essência do caso tomado como base torna-se, então, o princípio de onde deduzimos as consequências. É claro, isso não funciona de maneira assim tão simples, e a formalização torna-se bastante complexa.<sup>155</sup>

Diferentemente do que refere Sunstein, por exemplo, a decisão judicial, no Estado de Direito, não pode constituir-se, apenas e estritamente, por operações do particular para o particular: a preocupação com formulações justificatórias em níveis mais abstratos, dependentes da definição de regras, não pode ser ignorada. É pertinente a apresentação, ainda que breve, de alguns argumentos de MacCormick sobre o tema, verificando-se a sua concepção acerca da importância da universalização como parte do processo justificatório:

Já houve, e há, teorias acerca do julgamento prático que consideram as razões para decidir e emitir julgamentos como razões fundamentais e intrinsecamente particulares. Essas teorias nos dizem, e nisso estão corretas, que nossas decisões são sempre decisões sobre coisas particulares. Assim, a tomada de decisões nos exige que sopesemos as razões particulares a favor e contra uma ou outra linha de conduta aberta a nós. Essas razões particulares são encontradas entre os fatores particulares e as circunstâncias do caso que demanda decisão. Proposições universais – regras e princípios – podem ser construídas por meio de generalizações indutivas, a partir das razões particulares utilizadas em casos particulares. Mas essas generalizações, ainda que possam ser úteis, para o fim de fornecerem uma orientação geral, não são nunca adequadas em si mesmas para justificar a decisão. Isso porque elas não podem suplantam a necessidade, em qualquer dilema particular, de analisar e avaliar, completa e cuidadosamente, todas as considerações que são relevantes, para fazer uma escolha entre uma ou outra solução para o problema.

Este livro não endossa nenhuma dessas teorias puramente particularistas. Ele apresenta a universalização como algo essencial à justificação no campo da argumentação prática. Essa tese está alinhada com aquela visão do princípio do Estado de Direito que ressalta seu caráter universalista e, portanto, igualitário.<sup>156</sup>

<sup>155</sup> “Analogy could be looked at in roughly the same way. You get something defined, compare other things with that definition and you have an easy answer. The tricky part might be establishing the definition but then everything follows. We ask a descriptive question rather than a normative question. How does this work in cases of reasoning by analogy? Firstly, you take a case and define it, effectively by deciding what the essence of that case is. Once that is done, it is a matter of seeing if other cases match up and then applying it. Thus though analogy appears to mean moving from case to case, it can also be seen in a deductive way. For the definition of the essence of the baseline case then becomes the principle from which we deduce the consequences. Of course it does not work out quite as simply as that and the formalisation becomes pretty complex.” BANKOWSKI, Zenon. *Living lawfully: love in law and law in love*. Dordrecht: Springer, 2001, pp. 144-145.

<sup>156</sup> MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 103. “There have been, and are, theories of practical judgement that represent reasons for decision and for judgement as fundamentally and intrinsically particular. Such theories tell us, quite correctly, that our decisions are always decisions to do particular things. Hence decision-making requires us to weigh the particular reasons for and against the one and the other particular course of conduct open to us. These particular reasons are found among the particular facts and circumstances of the case for decision. Universal—rules and principles—may be

O conceito de universalizabilidade empregado por MacCormick não deixa de ter relação com a reivindicação dos autores que pretendem que o raciocínio analógico dependa de ou esteja ligado a uma formulação de regra aplicável tanto ao caso prévio, já decidido, quanto ao caso presente, a ser decidido. Como é possível depreender de “Rhetoric and the Rule of Law”, na perspectiva de MacCormick, o valor dessa formulação é algo caro ao Estado de Direito e à argumentação jurídica. Ao criticar a posição que Levi defende em “An Introduction to Legal Reasoning”, Melvin Eisenberg, em “The Nature of the Common Law”, aborda, também a necessidade de que os argumentos tenham origem em razões objetivas pautadas por critérios, sendo essencial que se delineie a “máxima” ou a “regra” a partir da qual os exemplos são postos em tratamento equivalente:

A posição de Levi é errônea. Pode ser que o exemplo tenha um papel a desempenhar no salto intuitivo de descoberta. Os tribunais, no entanto, não podem deixar as questões dessa forma. Os tribunais devem justificar seus resultados por razões objetivas que atendam a certos critérios e devem rejeitar conclusões intuitivas que não possam justificar dessa maneira. Em um contexto normativo, o raciocínio justificatório pode prosseguir apenas a partir de padrões [*standards*], e “argumentar por exemplo”, como tal, é praticamente impossível. A razão não pode ser usada para justificar uma conclusão normativa com base em um exemplo sem, primeiro, desenhar uma máxima ou uma regra a partir do exemplo (ou, o que é o mesmo, sem primeiro concluir que o exemplo “representa” uma máxima ou uma regra).<sup>157</sup>

Weinreb é relutante em aceitar a necessidade de formulação proposta por Brewer de uma regra aplicável dedutivamente: ao incluir a aplicação dedutiva de uma regra nos passos de um raciocínio analógico, diz Weinreb, o papel da própria analogia de considerar os entes particulares em comparação seria perdido. A crítica de Weinreb a Brewer é, em parte, correta, e, em parte, incorreta. É correta, dado que Brewer toma como um trabalho “acabado” a

---

constructed by way of inductive generalization from particular reasons in particular cases. But such generalizations, though they may be useful by way of general guidance, are never in themselves adequate to justify a decision. For they cannot supplant the need in any particular dilemma for a full and careful review and evaluation of all the considerations that are relevant to making a choice between the one and the other horn of the dilemma.

This book does not endorse any purely particularistic theory. It presents universalization as essential to justification within practical reasoning. This is in line with that strand in thought about the Rule of Law that stresses its universalist, and thus egalitarian, character.” MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law*. New York: Oxford University Press, 2005, p. 78.

<sup>157</sup> “Levi’s position is misconceived. It may be that example has a part to play in the intuitive leap of discovery. Courts, however, cannot leave matters at that. Courts must justify their results by objective reasons that meet certain criteria, and must reject intuitive conclusions that they cannot justify in this way. In a normative context, justificatory reasoning can proceed only from standards, and ‘reasoning by example,’ as such, is virtually impossible. Reason cannot be used to justify a normative conclusion on the basis of an example without first drawing a maxim or rule from the example (or, what is the same thing, without first concluding that the example ‘stands for’ a maxim or rule).” EISENBERG, Melvin Aron. *The Nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988, p. 86.

identificação da regra (AWR) e da justificação (AWRa) garantidoras da analogia: o engano reside no fato de que é possível que haja reformulações posteriores da regra e da justificação – pode-se perceber, como referem Michelin e D’Almeida, que não havia sido notado que a formulação da razão de decidir a abarcar os casos alvo e fonte não era a mais fidedigna ao julgamento em si ou, dito de outra forma, a formulação da *ratio decidendi* do caso não teria contemplado, adequadamente, todos os casos que poderia regular. Nesse aspecto, como afirma Lamond, “[o]s teóricos que têm enfatizado que o uso de analogias não pode ser reduzido à aplicação de regras ou critérios estão destacando o fato de que o domínio de um conceito, raramente, é redutível a possuir um conjunto de condições necessárias e suficientes para seu uso”<sup>158</sup>. Então, os raciocínios universalizáveis podem ser provisórios em dois sentidos: podem ser provisórios, porque podem mudar, eventualmente, por conta da evolução do próprio Direito (fala-se em *overruling*); e podem ser provisórios, porque pode ocorrer uma reformulação da *ratio decidendi*, de modo a explicar melhor a própria *ratio*.

A provisoriedade relativa à formulação da razão de decidir tem relação com o fato de que o seu enunciado não contempla, de modo antecipado, todos os possíveis casos de semelhança relevante que possam vir a ser enquadrados como passíveis de comparação. As formulações justificatórias podem sofrer ajustes<sup>159</sup>. Lançando mão do exemplo de Alexander e Sherwin, já abordado, pense-se em um caso fonte, em que se decidiu que A, proprietário de uma casa em bairro residencial, restou proibido de manter uma jaguatirica na casa, por tratar-se de um animal perigoso – poder-se-ia chegar a um caso alvo, em que se demandaria decisão sobre a possibilidade de B manter um urso em sua residência, com aplicação de uma regra comum de que animais perigosos do porte de um urso ou de uma jaguatirica não podem permanecer em áreas de bairros residenciais. Agora, imagine-se outro caso, em que cumpre decidir se C, morador de uma casa também em bairro residencial, deve poder manter, em sua propriedade, um imenso aquário com um tubarão: se se considerar que a decisão para C não seria a mesma que a tomada nos casos de A e B, mas que os três casos guardam entre si alguma relação, parece simples concluir que a formulação da regra, quando dos casos A e B, não foi capaz de antever um possível caso que, devidamente considerado, implicaria reelaboração da regra.

<sup>158</sup> “Those theorists who have emphasized that the use of analogies cannot be reduced to the application of rules or criteria are highlighting the fact that mastery of a concept is rarely reducible to possessing a set of necessary and sufficient conditions for its use.” LAMOND, Grant. Analogical Reasoning in the Common Law. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 34, n. 3, pp. 567-588, jun. 2014, p. 575.

<sup>159</sup> Essa compreensão responde, em parte, a uma das dificuldades do argumento analógico apontadas por Raz, quando este refere que se deve explicar como o raciocínio analógico pode ser, ao mesmo tempo, forte e contundente, mas não vinculante. RAZ, Joseph. *The Authority of Law*. New York: Oxford University Press, 1979, p. 202.



O problema de uma teoria exclusivamente dedutivista (a embasar a analogia tão somente em regras) é que a regra parece tornar o caso particular supérfluo. Fosse a analogia secundária, todo o direito estaria nos precedentes, de modo que seria possível elencar, ainda como hipótese, todas as regras disponíveis pelos precedentes anteriores (não haveria mais a necessidade de novos precedentes) – tal parece absurdo e avesso ao conceito de direito. Cabe ressaltar, entretanto, que nem sempre a mediação da analogia a partir de uma regra geral é percebida previamente: por vezes, a comparação entre os entes em si mesmos é muito mais perceptível que a regra subjacente a que ambos os casos estão submetidos.

A aplicação ou não de uma regra também depende de interpretação. Não está imune à análise de políticas públicas. Essa dependência é apenas ignorada por Posner, como se a produção de uma decisão não dependesse de escolhas relativas à definição da regra aplicável, dentre as muitas existentes. Por vezes, há múltiplas regras que poderiam levar a resultados igualmente diversos, dependendo-se, igualmente, de “*policies*” para a definição da decisão. Assim como é possível comparar um caso com muitos outros (variados), não é possível apelar para muitas e variadas normas gerais e aplicá-las dedutivamente? As críticas ao raciocínio analógico parecem aplicar-se, sob certo sentido, também à aplicação das regras. Sobre esse aspecto, Brewer cita Cohen, que afirma o seguinte:

A lógica elementar ensina-nos que toda decisão jurídica e todo conjunto finito de decisões podem ser subsumidos sob um infinito número de regras gerais diferentes, assim como um infinito número de diferentes curvas pode ser traçado através de um ponto ou de um conjunto finito de pontos. Toda decisão é uma escolha entre diferentes regras que, logicamente, ajustam-se a todas as decisões passadas, mas, logicamente, ditam resultados conflitantes no caso presente (em discussão). A lógica provê o trampolim, mas não garante o sucesso de qualquer mergulho em específico.<sup>160</sup>

Hart, no texto intitulado “Problems of the Philosophy of Law” (“Problemas da Filosofia do Direito”), nos “Essays in Jurisprudence and Philosophy” (“Ensaio sobre Teoria do Direito e Filosofia”), também aborda essa questão, ainda que sob outro viés. Discute, em específico, que o caso anterior (tomado em consideração para decidir um caso presente) funciona como uma exemplificação da regra, no sentido de que a decisão poderia ser “deduzida” a partir da afirmação da regra e da afirmação dos fatos do caso – ocorre que esse processo, de consideração do que decidido no caso anterior, seria, em verdade, uma aplicação

---

<sup>160</sup> “Elementary logic teaches us that every legal decision and every finite set of decisions can be subsumed under an infinite number of different general rules, just as an infinite number of different curves may be traced through any point or finite collection of points. Every decision is a choice between different rules which logically fit all past decisions but logically dictate conflicting results in the instant case. Logic provides the springboard but it does not guarantee the success of any particular dive.” BREWER, Scott. *Op. cit.*, p. 932.

inversa do raciocínio dedutivo, sendo igualmente possível optar por outra solução entre um indefinido número delas, igualmente aceitáveis:

Sem dúvida é verdade que os tribunais constantemente se referem a casos anteriores, tanto para descobrir regras quanto para justificar a aceitação dessas regras como válidas. Afirma-se que os casos anteriores são “autoridade” para as regras deles “extraídas”. É evidente que uma condição necessária deve ser satisfeita para que os casos anteriores justifiquem, dessa forma, a aceitação de uma norma em termos lógicos: o caso anterior deve ser uma hipótese prevista na regra no sentido de que a decisão no caso poderia ser deduzida a partir de uma descrição da regra juntamente com uma descrição dos fatos do caso. O raciocínio, no que diz respeito à satisfação dessa condição necessária, é na verdade uma aplicação inversa do raciocínio dedutivo. Mas essa condição é, sem dúvida, apenas uma condição necessária e não uma condição suficiente para que o tribunal aceite uma norma com base em casos anteriores, já que, para qualquer precedente dado, existe, do ponto de vista lógico, um número indefinido de regras gerais alternativas que podem satisfazer a condição. Portanto, a seleção de uma determinada regra a partir dessas alternativas como a regra para a qual o precedente é considerado autoridade deve depender do uso de outros critérios que limitam a escolha, e esses outros critérios não são questões de lógica, mas questões importantes que podem variar de um sistema para outro e de uma época para outra dentro do mesmo sistema.<sup>161</sup>

Posner ignora que é possível ter um conjunto bastante amplo de regras relativamente claras e com escopo bastante definido e, mesmo assim, que não respeitem um critério de coerência, o que vem a tornar-se evidente apenas na comparação de casos. Na comparação, é possível ver a incoerência das regras tomadas em conjunto: se se trata A de uma forma, e B, de outra, e A e B são relevantemente similares a ponto de deverem receber o mesmo tratamento, o tratamento diverso é indevido, e incorre em uma espécie de injustiça. A comparação de tratamento dado a casos particulares é essencial para que o direito cumpra com um requisito de justiça. Sob essa perspectiva, não se pode imaginar que um mecanismo de tratamento de “relevantemente semelhantes” de modo semelhante possa ser invocado como arbitrário.

---

<sup>161</sup> HART, H. L. A. Problemas da Filosofia do Direito. In: \_\_\_\_\_. *Ensaio sobre Teoria do Direito e Filosofia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, pp. 112-113. No original, “It is of course true that courts constantly refer to past cases both to discover rules and to justify their acceptance of them as valid. The past cases are said to be ‘authority’ for the rules ‘extracted’ from them. Plainly, one necessary condition must be satisfied if past cases are in this way to justify logically the acceptance of a rule: the past case must be an instance of the rule in the sense that the decision in the case could be deduced from a statement of the rule together with a statement of the facts of the case. The reasoning in so far as the satisfaction of this necessary condition is concerned is in fact an inverse application of deductive reasoning. But this condition is, of course, only one necessary condition and not a sufficient condition of the court’s acceptance of a rule on the basis of past cases, since for any given precedent there are logically an indefinite number of alternative general rules which can satisfy the condition. The selection, therefore, of one rule from among these alternatives as the rule for which the precedent is taken to be authority must depend on the use of other criteria limiting the choice, and these other criteria are not matters of logic but substantive matters which may vary from system to system or from time to time in the same system.”. HART, H. L. A. *Problems of the Philosophy of Law*. In: \_\_\_\_\_. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. New York: Oxford University Press, 1983, p. 101, grifou-se.

Mais uma vez, verifica-se que o raciocínio analógico pode colocar em evidência os problemas citados. Nessa linha, tal processo não vem em favor de uma indeterminação jurídica: ao contrário, busca-se, na comparação de circunstâncias particulares, certa postura que visa ao tratamento voltado à uniformidade de situações semelhantes. Iniciada a discussão sobre a relação entre o raciocínio analógico e as formas dedutivas, torna-se importante abordar a possibilidade ou não de distinção entre a aplicação da analogia e a aplicação do precedente.

## 2.5 RACIOCÍNIO ANALÓGICO E RACIOCÍNIO A PARTIR DE PRECEDENTES: DISTINÇÃO POSSÍVEL?

Schauer é o autor que enfatiza a distinção entre raciocinar por analogia e raciocinar a partir de precedentes. Além do capítulo “The Use and Abuse of Analogies” (“O Uso e Abuso de Analogias”), de “Thinking like a Lawyer” (“Pensando como um Advogado”), dedica-se ao tema em um artigo intitulado “Why precedent in law (and elsewhere) is not totally (or even substantially) about analogy”<sup>162</sup> (“Por que o precedente no direito (e em outros lugares) não é totalmente (ou mesmo substancialmente) sobre analogia?”). A posição de Schauer vem em oposição à de Levi, de Weinreb e de outros autores que situam a analogia como tema central do raciocínio jurídico, notadamente, no caso do *common law*.

Segundo o autor, no precedente, o resultado, a decisão “impõe-se”, enquanto, na analogia, há uma seleção que visa a suportar um encaminhamento de decisão, isto é, o precedente teria, de fato, um caráter vinculante, enquanto a analogia envolveria uma atividade mais discricionária, na seleção do caso que originasse a tal semelhança relevante. O precedente comportaria cogência na sua observância, o que apontaria para a natureza limitadora a impedir que o juiz persiga outras possibilidades de resultados (para além do previsto no próprio precedente). Por oposição, a analogia conteria, implicitamente, um processo de escolha entre fontes de analogia diversas, a partir das quais (dentre as múltiplas possibilidades), seria escolhida uma, de mais valor ou de maior força persuasiva, para embasar a decisão.

A pergunta que cabe fazer é a seguinte: quão semelhante ao caso passado deve ser o caso presente, para que se considere que o anterior constitui um precedente, de modo a não se estar diante de uma aplicação de raciocínio analógico? O fundamento para a questão é que, se

---

<sup>162</sup> SCHAUER, Frederick. Why Precedent in Law (and Elsewhere) is Not Totally (or Even Substantially) About Analogy. *Perspectives on Psychological Science*, vol. 3, n. 6, pp. 454-460, 1º nov. 2008.

os casos sempre são semelhantes e dessemelhantes em alguma medida, não há como afirmar que a aplicação de uma decisão de um caso anterior é tão imediata a ponto de não haver qualquer tipo de comparação entre as situações fáticas particulares<sup>163</sup>. Eisenberg faz menção à impossibilidade de clara distinção entre raciocinar por precedentes e raciocinar por analogia, sustentando que a distinção dá-se apenas no âmbito da forma:

Considera-se, às vezes, que o raciocínio por analogia, no *common law*, consiste simplesmente em comparar similaridades e diferenças entre casos, ou em raciocinar “por exemplo”. Se essas concepções fossem corretas, o raciocínio por analogia seria qualitativamente diferente do raciocínio a partir de precedente ou de princípio, ambos os quais ativam raciocínio a partir de padrões [*standards*]. Essas concepções são, no entanto, incorretas. O raciocínio por analogia difere do raciocínio do precedente e do princípio apenas na forma.<sup>164</sup>

Segundo Eisenberg, a “forma” é o que distingue o precedente da analogia, porque seria apenas ela que diferenciaria os modos de fazer uso do que foi decidido no caso anterior: a eventual diferença na forma de a corte explicitar a argumentação para um caso é que permitiria a distinção, e essa distinção daria respeito, apenas, ao grau de generalidade com que formulada a razão de julgamento do caso. O mesmo autor observa que haveria uma concepção comum entre o que se chama de raciocínio a partir de precedentes e o que se chama de raciocínio analógico: a doutrina do *stare decisis* (de respeito às decisões já tomadas, com vinculação para decisões futuras) e o padrão de uma estabilidade doutrinária seriam encontrados tanto em um quanto em outro mecanismo de raciocínio. Tanto o precedente quanto a analogia desenvolvem os valores refletidos nos princípios de replicabilidade e suporte, ajudam a assegurar que casos semelhantes sejam tratados semelhantemente, e permitem que o seu uso pelas cortes enriqueça o repositório de regras jurídicas. Eisenberg formula o seguinte argumento acerca desse ponto: se a regra disposta em um precedente, substancialmente, satisfaz os padrões de congruência social e consistência sistêmica, devendo ser aplicados aos casos que incidem no âmbito da regra e não podem distinguir-se

<sup>163</sup> Sobre a questão, do ponto de vista da Psicologia Cognitiva, cabe menção aos seguintes textos de Spellman, que debate as ideias de Schauer: SPELLMAN, Barbara A. Judges, Expertise, and Analogy. *Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper*, n. 2009-20, 15 set. 2009. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1473809>>; \_\_\_\_\_. Reflections of a recovering lawyer: how becoming a cognitive psychologist – an (in particular) studying analogical and causal reasoning – changed my views about the field of psychology and law. *Chicago-Kent Law Review*, vol. 79, pp. 1187-1214, 2004.

<sup>164</sup> “Reasoning by analogy in the common law is sometimes thought to consist simply of comparing similarities and differences between cases, or of reasoning ‘by example.’ If these conceptions were correct, reasoning by analogy would be qualitatively different from reasoning from precedent or principle, which both turn on reasoning from standards. These conceptions are, however, incorrect. Reasoning by analogy differs from reasoning from precedent and principle only in form.” EISENBERG, Melvin Aron. *Op. cit.*, p. 83.

consistentemente, então a regra deveria ser estendida aos casos que não incidem no âmbito da regra, mas que não podem distinguir-se consistentemente<sup>165</sup>.

A existência de fortes pontos de contato entre o raciocínio a partir de precedentes e o raciocínio analógico parece bastante clara e justificada. Apesar disso, os motivos para a impossibilidade de distinção dos processos em questão não parecem tão claros. Embora enfatize, mais de uma vez, que se trata de um mesmo fenômeno, na última nota de rodapé acerca do raciocínio por analogia, Eisenberg parece fazer uma concessão:

Ao raciocinar a partir do precedente, a corte parte de uma regra que é aplicável de plano. Ao raciocinar por analogia, não. Como uma questão prática, o primeiro tipo de regra é mais propício a estar disponível que o último. Encontrar uma regra que é aplicável de plano requer apenas habilidades de pesquisa relativamente diretas. Encontrar regras que são aplicáveis por analogia também pode exigir, ademais, imaginação jurídica legal. Normalmente, no entanto, quaisquer regras analógicas importantes serão prontamente acionadas por uma pesquisa de fontes secundárias, como tratados e artigos de revisão em direito, porque os autores dessas fontes provavelmente terão considerado a questão.<sup>166</sup>

A distinção entre raciocínio a partir de precedentes e raciocínio por analogias parece estar vinculada a um aspecto que se evidencia em graus, podendo não ser de todo razoável estabelecer uma definição tão clara entre um campo e outro. Se, por um lado, é possível imaginar casos em que as semelhanças levariam à aplicação de uma mesma regra com algum grau de certeza, por outro, essa imagem parece demandar contra a compreensão de que todas as circunstâncias assemelham-se e desassemelham-se, sob determinado sentido – em outras palavras, como imaginar uma “identidade” entre um caso passado e o caso presente? MacCormick parece oferecer uma resposta conciliatória:

[...] todo caso tem seus próprios fatos e circunstâncias particulares que são relevantes para a tal relação juridicamente definida, e uma decisão pode funcionar como um modelo ou analogia de referência para qualquer outro. Mas, a menos que exatamente os mesmos fatores ocorram de novo, com exatamente o mesmo peso associado a eles no contexto, nenhuma decisão poderia ser um precedente vinculante para qualquer outra.<sup>167</sup>

---

<sup>165</sup> *Ibidem*, p. 96.

<sup>166</sup> In reasoning from precedent, the court starts with a rule that is applicable on its face. In reasoning by analogy, it does not. As a practical matter, the former type of rule is more likely to be ready to hand than the latter. Finding a rule that is applicable on its face requires only relatively straightforward research skills. Finding rules that are applicable by analogy may require legal imagination as well. Typically, however, any important analogical rules will be readily turned up by a search of secondary sources, like treatises and law review articles, because authors of those sources are likely to have considered the issue. *Ibidem*, p. 183.

<sup>167</sup> “[...] every case has its own particular facts and circumstances relevant to that legally defined relationship and one decision can function as a model or guiding analogy for any other. But except if exactly the same factors recurred with exactly the same weight attaching to them in context, none could be a binding precedent for any other.” MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law: a theory of legal reasoning*. New York: Oxford University Press, 2005, pp. 212-213.

O que se conclui é que um discurso que se fundamente na oposição entre precedentes e analogias parece fundar-se na tentativa de propor uma oposição entre algo que seria mais seguro, vinculativo, e algo que seria mais variável e passível de escolha, de opção por parte do jurista – nessa perspectiva, a segurança jurídica seria, em tese, obtida pelo primeiro, e, não, pelo segundo. Essa distinção, no entanto, talvez dependa de um aspecto mais prático, relativo à certeza que se tem quanto ao conteúdo de um caso anterior: a interpretação estável do que constitui a razão de decidir de um caso é que, talvez, confira tal possibilidade – mas, como se pode observar, esse aspecto diz respeito a um problema que não se resolve nem com a “clareza” da decisão do caso anterior, nem com a “certeza” da semelhança com o caso presente: a “redundância” da analogia, para usar uma expressão do próprio Schauer, acaba dependendo de um elemento mais amplo, relativo ao modo pelo qual o conteúdo de uma decisão anterior é pacificamente compreendido pela comunidade de juristas que o toma em consideração. Afirma-se, assim, a dificuldade de clara distinção entre uma e outra forma de raciocínio. Passa-se, enfim, à discussão relativa às limitações do raciocínio analógico como argumento jurídico.

## 2.6 LIMITAÇÕES DO RACIOCÍNIO ANALÓGICO COMO ARGUMENTO JURÍDICO

O problema da limitação da analogia pode ser identificado em um significativo embate entre o pensamento de Cass Sunstein e o de Ronald Dworkin, especialmente no que tange à oposição que este último autor propõe entre “abordagens teóricas” e “abordagens práticas” quanto ao raciocínio jurídico. Sunstein, como visto, considera favorável a formulação de argumentos jurídicos analógicos, dado que permitiriam a elaboração de “julgamentos incompletamente teorizados”, como forma de evitar dissensos desnecessários (acerca das “razões de fundo”): sendo incompletamente teorizados, os julgamentos envolvidos no raciocínio analógico restariam desacompanhados de um aparato mais substancial – a justificação, sob esse aspecto, seria mais superficial e garantiria maior adesão dos juristas (do ponto de vista retórico), dado que não haveria uma preocupação com formulações mais abstratas e abrangentes a regular os casos, o que poderia suscitar discórdia e dissenso.

Em “Justice in Robes” (“A Justiça de Toga”), Ronald Dworkin dedica o capítulo intitulado “In Praise of Theory” (“O Elogio da Teoria”) ao papel da teoria no raciocínio jurídico e na prática jurídica, opondo-se a autores como Cass Sunstein, que enfatizariam uma “abordagem prática”, em oposição à sua, “teórica”. A questão subjacente à oposição suscitada

por Dworkin é mais ampla e mais profunda, e diz respeito à identificação da “maneira adequada de raciocinar ou apresentar argumentos sobre a veracidade de alegações de direito”<sup>168</sup>: Dworkin defende a abordagem teórica, sustentando que o raciocínio jurídico envolvido nos problemas jurídicos particulares depende da aplicação de uma vasta rede de princípios de natureza jurídica ou de moralidade política, não sendo possível, pelo menos como melhor descrição do fenômeno, uma tal abordagem estritamente prática, voltada à identificação acerca “do que funciona” no raciocínio jurídico. O autor observa que é latente, no raciocínio jurídico, o processo de “ascensão justificadora”, relativo à sempre presente possibilidade de lançar mão de argumentos mais abrangentes, que demandem uma compreensão mais sistemática e harmônica com o sistema como um todo:

Quando elevamos nossos olhos um pouco dos casos particulares que parecem mais pertinentes de modo imediato e olhamos para as áreas vizinhas do direito, ou, talvez, quando elevamos nossos olhos um pouco mais e olhamos de modo geral, digamos, a responsabilidade civil por acidentes de modo geral, o direito constitucional de modo geral, ou os nossos pressupostos sobre poder ou responsabilidade judicial de modo geral –, nós podemos descobrir uma séria ameaça à nossa afirmação de que o princípio que estávamos prestes a endossar nos permite ver nossas práticas jurídicas sob a melhor luz. Porque podemos descobrir que esse princípio é incompatível ou não se harmoniza, de alguma outra forma, com outro princípio com o qual devemos contar para justificar alguma outra área mais ampla do direito.<sup>169</sup>

O que Dworkin deixa claro é que essa “escada da ascensão teórica” corresponde a um instrumento de que os juristas nem sempre lançam mão, mas que se encontra presente, disponível, para o momento em que seja necessário: nem sempre será possível uma busca profunda, como a de um juiz Hércules, para a solução jurídica de um caso, mas os instrumentos estarão latentes, à espera de uma compreensão mais vasta da decisão:

[...] a escada da ascensão teórica está sempre ali, como possibilidade, mesmo quando ninguém se predispõe a dar sequer o primeiro passo para subir por ela. Isso é o que pretendi capturar, para o direito, na história de Hércules. Minha afirmação, para repetir, é que o raciocínio jurídico pressupõe um vasto domínio de justificação, incluindo princípios muito abstratos de moralidade política, que nós tendemos a tomar essa estrutura por certa, tanto quanto a engenheira toma a maior parte do que ela sabe por certo, mas que nós podemos ser obrigados a reexaminar alguma parte

<sup>168</sup> DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 50.

<sup>169</sup> “When we raise our eyes a bit from the particular cases that seem most on point immediately, and look at neighboring areas of the law, or maybe even raise our eyes quite a bit and look in general, say, to accident law more generally, or to constitutional law more generally, or to our assumptions about judicial competence or responsibility more generally, we may find a serious threat to our claim that the principle we were about to endorse allows us to see our legal practices in their best light. For we may discover that that principle is inconsistent with, or in some other way sorts badly with, some other principle that we must rely on to justify some other and larger part of the law.” *Ibidem*, p. 53.

da estrutura de vez em quando, embora nunca possamos ter certeza, de antemão, quando e como.<sup>170</sup>

Em “O Elogio da Teoria”, a crítica às abordagens ditas práticas volta-se aos pensadores oriundos da “Escola de Chicago”, especificamente, Richard Posner e Cass Sunstein. Para o que se encontra discutido neste trabalho, no entanto, as questões mais relevantes encontram-se relacionadas à posição teórica de Cass Sunstein. Para Dworkin, Sunstein teria retomado e aperfeiçoado uma concepção “extremamente profissionalizada da argumentação jurídica”, concepção essa que já teria origem no pensamento de Edward Levi, com a obra “An Introduction to Legal Reasoning” (“Uma introdução ao raciocínio jurídico”), de modo que a perspectiva defendida por esses dois autores seria a de raciocinar por analogia, de um grupo de decisões de casos concretos a outro. Nesse ponto, vê-se que as ponderações de Dworkin têm forte relação com o que foi discutido sobre o raciocínio analógico e, talvez mais especificamente, com o que se mencionou sobre a identificação de semelhanças relevantes, em tópico anterior.

Dworkin aponta a insuficiência de um julgamento incompletamente teorizado e, em sentido mais amplo, da “abordagem prática” desses autores. O argumento analógico, então, como argumento jurídico, não poderia ser considerado a única via de acesso a soluções para o Direito. Conclui Dworkin que haveria uma distinção possível entre “raciocinar de dentro para fora” e “raciocinar de fora para dentro”, não havendo inconsistência entre a imagem de um juiz Hércules, a pensar de fora para dentro do sistema, e a de um juiz mortal, a raciocinar de dentro para fora. O “dentro” e o “fora” a que Dworkin faz menção fica mais claro com a imagem de que lança mão, de uma engenheira que constrói um novo tipo de ponte – seu trabalho é “de dentro para fora”, porque, dificilmente, os problemas com que deparará exigirão repensar algum princípio de metalurgia ou a física de partículas<sup>171</sup>; a engenheira, nesse caso, estaria em equivalência com o jurista que produz raciocínios analógicos, com raras preocupações com toda a escala ascendente de justificação.

Agora, porém, imagine uma situação muito diferente: você é um juiz tentando decidir se os laboratórios farmacêuticos são, de fato, solidariamente responsáveis pelo dano que a paciente sofreu, a despeito do fato de que a maioria deles não

---

<sup>170</sup> “[...] the ladder of theoretical ascent is always there, on the cards, even when no one is tempted to take even the first step up it. That is what I hoped to capture, for law, in the story of Hercules. My claim, to repeat, is that legal reasoning presupposes a vast domain of justification, including very abstract principles of political morality, that we tend to take that structure as much for granted as the engineer takes most of what she knows for granted, but that we might be forced to reexamine some part of the structure from time to time, though we can never be sure, in advance, when and how.” *Ibidem*, p. 56.

<sup>171</sup> *Ibidem*, p. 56.



causou esse dano, e dizem a você para não se preocupar com o que é realmente verdadeiro, mas apenas ver o que funciona. O conselho, agora, é totalmente inútil, pois você tem de decidir o que é verdade a respeito de um grande número de questões, por exemplo, a respeito do que é justo – antes de poder decidir sobre o que “funciona”, porque agora – ao contrário do caso do carro enguiçado ou mesmo do elusivo Big-Bang – você não tem nenhum critério independente de todo em relação ao que significa “funcionar”.<sup>172</sup>

É bem verdade que Dworkin parece extremamente cético com a forma analógica do raciocínio para o direito. Apesar disso, é possível concordar com o fato de que o raciocínio analógico não constitui uma forma de produção de argumentos capazes de solucionar todas as questões jurídicas que aparecerem. Talvez seja possível afirmar que, em casos de semelhança mais “aparente”, da qual os integrantes de uma comunidade pouco duvidem, a falta de teorização, de fato, pode ocorrer: nem todo caso dependerá de um juiz que aspire ao esforço de Hércules. Por outro lado, em casos mais complexos, é difícil que a mera semelhança “prima facie” possa ser alegada e sustentada, dependendo-se, nesses casos, de formulações mais substanciais, para verificarem-se a semelhança relevante e, assim, a pertinência da analogia formulada.

Cabe observar, também, que uma fundamentação baseada em julgamentos incompletamente teorizados, em certo sentido e a depender do ordenamento jurídico particular, tende a ser deficiente, dado que a razão de decidir seria limitada – a razão resumir-se-ia ao fato de ter havido uma aplicação anterior, no Direito, com igual teor. Aparentemente, nada impediria que a mera semelhança fática entre os casos levasse à semelhança entre as consequências jurídicas aplicáveis; apesar disso, a justificção limitada à semelhança em si, sem a reconstrução da forma do argumento do caso prévio, eventualmente, levaria a um panorama pouco profícuo para fins de orientação jurídica em casos futuros – há que se ter em mente que, uma vez formulada uma analogia sob determinado viés, será possível, eventualmente, usá-la como esquema de orientação de conduta posterior.

Talvez seja, de fato, exagerado afirmar, como o faz Weinreb, que o raciocínio analógico seja, de modo isolado, a forma essencial do raciocínio jurídico. A asserção parece ter um efeito retórico, se se considerar que o raciocínio jurídico depende de outros instrumentos igualmente relevantes, para além da comparação de casos, em sentido estrito. A analogia, enfim, talvez não permita soluções, em todos os casos, dependentes de decisões

---

<sup>172</sup> “But now suppose a very different situation: You are a judge trying to decide whether the drug companies are really jointly and severally liable for the damage the patient suffered in spite of the fact that most of them did not cause that damage, and you are told not to worry about what is really true but just to see what works. The advice is now entirely useless, because you have to decide what is true about a variety of issues—about, for example, what is fair—before you can decide what ‘works,’ because now—unlike the case of the stalled car or even the elusive big bang—you have no independent standard at all as to what ‘working’ means.” *Ibidem*, p. 64.

anteriores, no âmbito de um sistema normativo. Em determinados casos, não será possível achar uma decisão anterior a figurar como paradigma, para “orientar” a situação nova (que demande nova resposta jurídica): as “luzes” dos casos passados não serão, sempre, suficientes, para orientar a sociedade. A mera reprodução do raciocínio aplicado a casos anteriores não será capaz de dar conta do fenômeno jurídico como um todo:

Se Sunstein realmente pretende “negar” essa descrição do raciocínio jurídico, ele deve supor que um advogado ou um juiz deveria recusar-se a confrontar problemas relativos à integridade quando estes se manifestam, ou que não deveria refletir sobre tais problemas de modo a não ter consciência deles. Imagine um juiz forçado a resolver um de nossos problemas de exemplos. Ele não pode simplesmente apelar ao precedente, tanto porque não existe precedente a respeito, quanto porque os precedentes mais diretamente relacionados parecem-lhe inconsistentes com os princípios reconhecidos alhures. A integridade pede-lhe para prosseguir na sua investigação, expandindo seu escopo teórico se e como for necessário.<sup>173</sup>

A crítica de Dworkin a Levi e Sunstein revela que, a despeito das insuficiências da forma analógica para a solução de determinados tipos de problemas jurídicos, não se pode ignorar que se trata de uma prática frequente dos juristas. Ademais, como apontado na subseção que discuti a importância da formulação de regras, no plano justificatório da aplicação de um raciocínio analógico, é possível, sim, que este venha acompanhado de algum tipo de “ascensão teórica” que evidencie compromisso com determinadas posições. A resposta de Sunstein a esse texto de Dworkin indica isso:

Dworkin também sabe que algumas pessoas não desejam que os juízes “construam interpretações de grande escala dos princípios morais fundamentais” (eu sou um dos principais alvos de Dworkin aqui). De acordo com aqueles que estão a favor do “minimalismo” judicial, os juízes deveriam permitir que o direito “crescesse lentamente, incrementalmente, por analogia, em vez de grandes princípios, testando seus passos um a um, tentando, pouco a pouco, fazer o direito funcionar melhor”. O problema é que não podemos saber se algum passo em particular “funciona” sem referência a um princípio geral. Os minimalistas querem que os juízes evitem afirmações teóricas ambiciosas, mas não podem sempre o fazer, porque suas respostas pressupõem, às vezes, uma posição teórica ambiciosa. Este é o problema com o raciocínio analógico: “analogias sem princípios são cegas. Qual analogia deveria a Suprema Corte adotar quando questionada se mulheres têm um direito ao aborto precoce? Um aborto é, de alguma forma, como infanticídio, de outra, como ablação do apêndice e, de outros, como a destruição de um trabalho de arte”. O raciocínio analógico bem pode exigir um tipo de ascensão teórica no qual os juízes acabem assumindo posições controversas, mesmo que eles tentem evitá-las.

---

<sup>173</sup> “If Sunstein really means to ‘deny’ this account of legal reasoning, he must suppose that a lawyer or judge should refuse to confront problems about integrity when these are manifest, or should close his mind to such problems so that he is unaware of them. Imagine a judge forced to decide one of our sample problems. He cannot simply appeal to precedent, either because there is no precedent on point, or because the precedents most directly on point seem to him inconsistent with principles recognized elsewhere. Integrity asks him to continue his inquiry, expanding its theoretical scope if and as necessary. What contrary advice would Sunstein give?” *Ibidem*, p. 68.

O rechaço de Dworkin ao proceder judicial minimalista está ligado ao seu rechaço geral do pragmatismo como uma abordagem do raciocínio jurídico.<sup>174</sup>

Como dito, o raciocínio jurídico analógico não precisaria ser considerado alheio a uma concepção ligada a formulações justificatórias mais amplas e abstratas. Com efeito, aliás, é o que ocorre, depois de um julgamento que vem a fixar determinada forma de compreensão “englobante” de casos particulares que são postos em relação evidenciada, isto é, que são postos e apreciados como um conjunto dependente de um tratamento comum. Se, por um lado, essa parece ser uma limitação de que o raciocínio analógico não padece, é visível, por outro, que, em determinados casos, apelar à forma com que o Direito trata casos semelhantes será de pouca utilidade ou mesmo impossível, quer porque se está a tratar de uma nova espécie de ente que não recebeu tratamento peculiar anterior, quer porque o que se pretende é uma modificação na forma mesma de tratamento desses entes.

As presentes considerações visaram a uma compreensão mais clara dos pontos centrais que demandam compreensão, quando se trata do raciocínio analógico. Passa-se, na sequência, a uma abordagem mais propositiva, no sentido de buscar elementos que permitam uma compreensão mais precisa não apenas sobre o modo de funcionamento do raciocínio analógico em si, mas sobre as bases substanciais que permitem a formulação de argumentos desse tipo. A análise dos conceitos de coerência e de integridade parece fornecer subsídios para essa compreensão, com os elementos adicionais que são apresentados subsequentemente.

---

<sup>174</sup> “Dworkin also knows that some people do not want judges to ‘construct large-scale interpretations of grand moral principles.’ (I am one of Dworkin’s principal targets here.) According to those who favor judicial ‘minimalism,’ judges should allow the law to ‘grow slowly, incrementally, by analogy rather than grand principle, testing its steps one by one, attempting bit by bit to make the law work better.’ The problem is that we cannot know whether any particular step ‘works’ without reference to general principle. Minimalists want judges to avoid ambitious theoretical claims, but they cannot always do that, because their answers will sometimes presuppose an ambitious theoretical position. This is the problem with analogical reasoning: ‘analogies without principles are blind. Which analogy should the Supreme Court have adopted when asked whether women have a right to an early abortion? An abortion is in some ways like infanticide, in others like an appendectomy, and in others like the destruction of a work of art.’ Analogical reasoning might well require a kind of theoretical ascent in which judges end up taking controversial stands even if they try to avoid them. Dworkin’s rejection of minimalist judging is tied to his general rejection of pragmatism as an account of legal reasoning.” SUNSTEIN, Cass R. *Virtues and Verdicts: Review of Ronald Dworkin’s Justice in Robes*. *The New Republic*, 22 maio 2006. Disponível em: <<https://newrepublic.com/article/62018/virtues-and-verdicts>>.

### **3 RACIOCÍNIO ANALÓGICO, COERÊNCIA, INTEGRIDADE, INSTITUIÇÕES DE DIREITO E SEGURANÇA JURÍDICA.**

W é juiz e está em sessão, em uma audiência que preside. W decide proibir o uso de celulares para os advogados que se encontram na solenidade, sob a alegação de que não poderiam ser feitas gravações e transmissões ao vivo do ato a pessoas externas. Ao mesmo tempo, W decide permitir o uso de computadores para os mesmos advogados, justificando que é necessário que estes tenham acesso aos documentos do processo. Um procurador presente poderia, face à situação, insurgir-se contra a decisão, alegando que as funções desempenhadas por um computador são as mesmas que as possíveis com um celular: gravar e transmitir dados, fazer ligações, acessar documentos etc., de modo que proibir o primeiro aparelho e permitir o segundo implicaria incoerência. A situação revela, em um microcosmo, uma espécie de problema do raciocínio jurídico analógico por excelência: juristas estão, a todo o momento, frente à comparação de entes, de instâncias, de casos, com expectativa (ao menos, em tese) de que sejam proferidas decisões assemelhadas para situações semelhantes. Sempre está em jogo visualizar a relação entre decisões particulares a partir de um paradigma universalizante, que não esteja submetido a um mero arbítrio por parte daquele que decide: espera-se que seja dada uma interpretação sistemática tal que impeça que a decisão definida para um caso seja particularista. Essa possibilidade de relação entre os particulares e os universais parece só se fazer possível mediante uma espécie de raciocínio jurídico, que é o analógico, tema deste trabalho.

As comparações que ficam sob a responsabilidade dos juristas nem sempre são de tão óbvia compreensão, como é a do caso acima. Muitas vezes, a percepção das semelhanças e das diferenças envolve algo mais complexo, que depende não apenas do conhecimento estrutural da forma do raciocínio analógico, o que foi explorado na primeira parte deste trabalho. Com o que nela se discutiu, pôde-se concluir que tal espécie de raciocínio, vista apenas por esse viés estrutural que lhe é pertinente, tem limitações. A análise das semelhanças relevantes e das diferenças relevantes depende de uma percepção embasada em uma teoria mais substancial sobre o Direito, algo que não se encontra, propriamente, alocado na própria estrutura do raciocínio analógico.

Os modelos apresentados quanto ao raciocínio analógico só permitem uma compreensão dos passos que nele podem ser seguidos, não garantindo nada mais que isso. Em verdade, afinal, isso não pode ser compreendido sequer como uma limitação, mas como algo que lhe é inerente: o que se pode aferir, estruturalmente, é se o raciocínio analógico amolda-se

a qualquer das sequências de passos apresentadas. Mais do que isso dependerá de uma compreensão relativa a algo que vai além da estrutura em si, afinal, a identificação de semelhanças relevantes sempre dependerá, por óbvio, da definição do que é “relevante”, e isso não pode ser obtido, estritamente, pela estrutura. Nesse mesmo contexto, semelhanças e diferenças não podem e não devem ser definidas de modo aleatório, pelo menos se a intenção é criar uma analogia jurídica que constitua um argumento consistente e que não implique a produção de uma decisão isolada, desconexa com o sistema em que está inserida. Está em questão, aqui, uma significativa atenção ao julgamento dos casos particulares – entra em relevo uma espécie de adequação e de compatibilidade entre o julgamento desses casos particulares (os casos entre si analisados).

Hart confere, em “The Concept of Law”, importante lição acerca da relação entre direito, justiça e o tratamento semelhante de casos relevantemente semelhantes. A noção contida na máxima “*treat like cases alike and different cases differently*” (“tratar casos semelhantes semelhantemente, e casos diferentes, diferentemente”) não estará completamente determinada e tampouco servirá como guia de conduta, enquanto não houver uma definição sobre quais são as semelhanças e diferenças relevantes, conforme o Direito:

[...] embora “tratar semelhantemente casos semelhantes, e diferentemente casos diferentes” seja um elemento central na ideia de justiça, isso é, por si mesmo, incompleto e, até que complementado, não pode dar conta de nenhum guia de conduta determinado. Isso é assim porque qualquer conjunto de seres humanos assemelhar-se-á entre si em alguns aspectos e diferirá entre si em outros, e, até que se estabeleçam quais semelhanças e diferenças são relevantes, “tratar casos semelhantes semelhantemente” deve permanecer uma forma vazia. Para preenchê-la, devemos saber quando, para os propósitos em questão, casos devem ser considerados como semelhantes e quais diferenças são relevantes. Sem esse complemento ulterior, não podemos criticar as leis ou outros arranjos sociais como injustos. Não é injusto para o direito, quando ele proíbe o homicídio, tratar os assassinos ruivos do mesmo modo que os demais; de fato, seria tão injusto se os tratasse diferentemente, quanto o seria se recusasse tratar diferentemente o são e o insano.

Existe, portanto, certa complexidade na estrutura da ideia de justiça. Nós podemos dizer que isso consiste em duas partes: uma característica uniforme ou constante, resumida no preceito “tratar casos semelhantes semelhantemente” e um critério mutável ou variável usado para determinar quando, para um dado propósito, casos são semelhantes ou diferentes. [...]

Em certos casos, de fato, as semelhanças e diferenças entre seres humanos que são relevantes para a crítica dos arranjos jurídicos como justos ou injustos são bastante óbvias. Esse é o caso, de modo proeminente, quando nos preocupamos não com a justiça ou injustiça do direito, mas com a sua aplicação em casos particulares. Porque aqui as semelhanças e diferenças relevantes entre indivíduos, as quais a pessoa que administra o direito deve observar, são determinadas pelo direito mesmo. Dizer que a lei contra o assassinato é justamente aplicada é dizer que é imparcialmente aplicada a todos aqueles e apenas àqueles que são semelhantes em ter feito o que a lei proíbe; nenhum preconceito ou interesse desviou o administrador de tratá-los “equitativamente”. Consistentemente com isso, os padrões processuais tais como o “*audi alteram partem*” e “não é permitido a ninguém ser juiz em causa

própria” são considerados como requisitos de justiça, e, na Inglaterra e nos Estados Unidos, são frequentemente referidos como princípios de Justiça Natural. Isso é assim, porque eles são garantias de imparcialidade ou objetividade, projetadas para garantir que o direito seja aplicado a todos aqueles e apenas àqueles que sejam semelhantes a respeito de algo relevante balizado pela própria lei.<sup>175</sup>

Dizer que a máxima referida permanecerá uma forma vazia, até que o Direito defina, e aquele que o administra nos casos particulares considere a definição de semelhanças e diferenças relevantes é dizer que o mundo dos fatos, por si só, não garantirá o estabelecimento de semelhanças e diferenças consideradas relevantes sob o prisma do Direito. Conseqüência desse padrão é a administração do Direito por aqueles que se revistam das garantias de imparcialidade ou de objetividade, como forma de assegurar essa aplicação, nesses moldes. A forma desse “germe de justiça”<sup>176</sup> é essencial para a compreensão dos limites do raciocínio analógico como estrutura e para a percepção de que será necessária uma teoria do direito que confira suporte a esse ideal de tratamento perante o Direito.

O objeto desta terceira parte do trabalho visa a conferir uma compreensão sobre aspectos que vão além de uma perspectiva meramente estrutural do raciocínio analógico. Procura desenvolver noções sobre esse objeto de estudo a partir de outras abordagens, trazendo em perspectiva reflexões que permitam verificar, ainda, se o raciocínio analógico é capaz de promover alguma espécie de segurança jurídica, ou se, simplesmente, provoca

---

<sup>175</sup> “[...] though ‘Treat like cases alike and different cases differently’ is a central element in the idea of justice, it is by itself incomplete and, until supplemented, cannot afford any determinate guide to conduct. This is so because any set of human beings will resemble each other in some respects and differ from each other in others and, until it is established what resemblance and differences are relevant, ‘Treat like cases alike’ must remain an empty form. To fill it we must know when, for the purposes in hand, cases are to be regarded as alike and what differences are relevant. Without this further supplement we cannot proceed to criticize laws or other social arrangements as unjust. It is not unjust for the law when it forbids homicide to treat the red-haired murderers in the same way as others; indeed it would be as unjust if it treated them differently, as it would be if it refused to treat differently the sane and the insane.

There is therefore a certain complexity in the structure of the idea of justice. We may say that it consists of two parts: a uniform or constant feature, summarized in the precept ‘Treat like cases alike’ and a shifting or varying criterion used in determining when, for any given purpose, cases are alike or different. [...]

In certain cases, indeed, the resemblances and differences between human beings which are relevant for the criticism of legal arrangements as just or unjust are quite obvious. This is pre-eminently the case when we are concerned not with the justice or injustice of the law but of its application in particular cases. For here the relevant resemblances and differences between individuals, to which the person who administers the law must attend, are determined by the law itself. To say that the law against murder is justly applied is to say that it is impartially applied to all those and only those who are alike in having done what the law forbids; no prejudice or interest has deflected the administrator from treating them ‘equally’. Consistently with this the procedural standards such as ‘audi alteram partem’ ‘let no one be a judge in his own cause’ are thought of as requirements of justice, and in England and America are often referred to as principles of Natural Justice. This is so because they are guarantees of impartiality or objectivity, designed to secure that the law is applied to all those and only to those who are alike in the relevant respect marked out by the law itself.” HART, H. L. A. *The Concept of Law*. 3.ed. New York: Oxford, 2012, pp. 159-160.

<sup>176</sup> O tema do “germe de justiça” é discutido amplamente no trabalho monográfico de Augusto Sperb Machado, “Da tese do germe de justiça ao ideal do Estado de Direito: um estudo sobre o valor de proceder conforme uma regra na obra de H. L. A. Hart.”.

indeterminação. Subjaz às páginas seguintes o entendimento de que há elementos capazes de contribuir para a compreensão do raciocínio analógico nas obras de diferentes teóricos, ainda que não tenham considerado essa forma de raciocínio, em específico, em sua abordagem.

Esta última parte do trabalho tem início com a abordagem do conceito de coerência, e segue com o estudo do conceito de integridade, ambos, em certo sentido, relacionados e apontando para algo comum. Subsequentemente, analisa uma espécie de classificação das analogias, e relaciona essa compreensão, na sequência, à ideia de que os raciocínios analógicos dependem, em maior ou menor grau, dos institutos jurídicos envolvidos na comparação, procurando estabelecer uma relação que parece possível entre o raciocínio analógico e as noções de segurança jurídica e de densificação do direito, a partir do que foi apresentado nos itens antecedentes. Por fim, avalia, em perspectiva, o papel do raciocínio analógico no âmbito do Direito.

### 3.1 A COERÊNCIA DO DIREITO

Neil MacCormick, em suas duas grandes obras sobre o raciocínio jurídico, “Legal Reasoning and Legal Theory” (1978) e “Rhetoric and the Rule of Law” (2005) – as quais demonstram, por comparação, a evolução do pensamento do autor –, vincula os temas da coerência, dos princípios e das analogias, em uma abordagem unificada. Com efeito, embora haja um núcleo em comum que constitua o cerne do pensamento de MacCormick sobre as matérias em questão, podem-se perceber, na comparação entre as obras, refinamentos na teoria, alguns dos quais são discutidos a seguir. O que se procura apontar, essencialmente, é que a coerência corresponde a um importante elemento de compreensão do raciocínio analógico, uma vez que o tratamento semelhante de situações relevantemente semelhantes envolveria estabelecer um paradigma de compreensão do que é, de fato, relevante do ponto de vista normativo, o que dependeria, dessa forma, da coerência normativa.

MacCormick afirma que a coerência no direito constitui a propriedade de as normas de um sistema jurídico fazerem sentido, quando consideradas em conjunto: “fazer sentido em conjunto” envolve a percepção de que as normas – um conjunto delas – podem ser tomadas como compatíveis com uma norma mais geral, podendo-se tomar cada uma como manifestação mais específica ou concreta dessa norma mais geral, a que se poderia chamar de “princípio”, com poderes justificatórios (a regra é considerada uma boa regra a seguir, porque é valorizada em si mesma ou como um meio para um fim almejado) e explicativos (a referência a um princípio pode ajudar a explicar, no contexto de dúvida sobre o significado de

uma regra, como esta deve ser compreendida)<sup>177</sup>. O autor fornece um exemplo que permite identificar, com maior clareza, sobre o que trata:

Um conjunto incoerente de normas pode ser tal que cada uma poderia ser cumprida sem infringir nenhuma outra, mas o todo parece não fazer sentido como constituindo ou mapeando uma ordem razoável de conduta – imagine uma casa dentro da qual todos os habitantes devem deixar seus quartos tão desordenados quanto possível às segundas, quartas e sextas-feiras, e, então, arrumá-los com a maior perfeição às terças, quintas e sábados, sendo o domingo estritamente observado como um dia de descanso. É possível ter e observar tais regras da casa – mas que sentido faz?<sup>178</sup>

O exemplo já permite distinguir coerência de consistência: se a consistência é a propriedade de um conjunto de proposições poder ser afirmado, sem que se incorra em contradição, a coerência, por sua vez, é a propriedade por meio da qual um conjunto de proposições faz sentido na sua totalidade<sup>179</sup>. As disposições da casa imaginária, que oscila entre determinações que visam à desordem e à ordem totais, com um dia de descanso na semana, não padecem de qualquer contradição: as “regras” estabelecidas, no caso, podem ser perfeitamente cumpridas, a cada dia da semana que passa, sem que a realização de uma das medidas determinadas conflitasse com as demais, pelo menos sob o ponto de vista de ser impossível a sua realização – afinal, seria factível que se desarrumasse um quarto ao máximo, em um dia, e que se arrumasse a mesma acomodação no dia seguinte (logicamente, as medidas seriam plenamente possíveis), e, assim, sucessivamente. Se a mesma situação, no entanto, for posta à prova da coerência, o resultado será diferente: a menos que se identifique uma finalidade muito particular, impensável à primeira vista, o regramento da casa referida será considerado incoerente, não fazendo qualquer sentido.

Como afirma MacCormick, a consistência completa não é uma condição necessária de coerência: ainda que presentes inconsistências parciais, será possível vislumbrar, por exemplo, a relativa coerência de uma história – é certo, porém, que uma “coerência perfeita” demandará a eliminação de qualquer inconsistência<sup>180</sup> – é, aliás, por esse motivo, que

---

<sup>177</sup> MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. New York: Oxford University Press, 1978, p. 152. *Idem*. *Rhetoric and the Rule of Law: a theory of legal reasoning*. New York: Oxford University Press, 2005, p. 190.

<sup>178</sup> “An incoherent set of norms might be such that each could be fulfilled without infringing any other, yet the whole seems to make no sense as constituting or mapping out a reasonable order of conduct — imagine a house within which all inhabitants are to make their rooms as untidy as possible on Mondays, Wednesdays and Fridays, then tidy them up to the highest perfection on Tuesdays, Thursdays and Saturdays, Sundays being strictly observed as a day of rest. To have, and to observe, such house rules is possible — but what sense does it make?” *Idem*. *Rhetoric and the Rule of Law: a theory of legal reasoning*. New York: Oxford University Press, 2005, p. 189.

<sup>179</sup> *Ibidem*, p. 190.

<sup>180</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*



Michelon afirma que a consistência, em sentido mais geral, é, sim, condição necessária (embora não suficiente) para a coerência. Este mesmo autor considera não contradição (consistência) e unidade como as duas características centrais e imbricadas na ideia de coerência. A não contradição (consistência) implicaria uma percepção de “tudo ou nada”, no sentido de que é possível, apenas, aferir a sua ocorrência ou a sua inoocorrência. Surgem, nesse contexto, alguns mecanismos para a eliminação da contradição (com vistas a evitar a invalidade do argumento em razão da contradição identificada), a exemplo da contração e da reinterpretção: enquanto a contração permite evitar contradições por meio da eliminação de uma ou mais das proposições contraditórias, a reinterpretção permite que se delimite o significado das proposições em conflito, de maneira a eliminar a contradição (considera-se, por exemplo, que uma das proposições em conflito aplica-se geralmente, enquanto a outra se aplica, especificamente, em determinados casos). A unidade, por sua vez, envolve a propriedade de identificar-se um agrupamento de elementos que estariam a pertencer ao conjunto por uma razão, mediante uma conexão intencional entre esses elementos, o que envolveria a busca de um significado do conjunto formado pelos elementos; em outras palavras, é preciso que os distintos elementos formem um efetivo conjunto, submetido a uma razão para tanto<sup>181</sup>.

É interessante observar que Michelon considera duas vantagens fundamentais na adoção da coerência como critério de racionalidade – a coerência constitui garantia de consistência, e a coerência é garantia de unidade (entre as entidades postas em conjunto)<sup>182</sup>. Os aspectos suscitados acima permitem ampla relação com o raciocínio analógico no âmbito do Direito. O raciocínio analógico revela que os atributos da coerência auxiliam na compreensão da analogia, sob determinado viés. A consistência, ao relacionar-se ao tratamento não contraditório, implica que, identificadas semelhanças relevantes, essas devem submeter os casos às mesmas consequências jurídicas, salvo se existirem razões que se contraponham, como, por exemplo, a necessidade de superação da decisão anterior. A noção de unidade, de outra parte, envolve a dita conexão intencional entre os elementos envolvidos e postos em comparação; nesse contexto, identifica-se que a noção de pertencimento ao conjunto por alguma razão jurídica confere o próprio significado da consideração dos casos, entes, instâncias em conjunto, de modo a justificar-se o tratamento semelhante para um caso e outro – como afirma Michelon, “[...] a existência de coerência entre diferentes unidades

---

<sup>181</sup> MICHELON, Claudio. Las Razones de la Coherencia. *Discusiones*, Alicante, n. 10, pp. 139-153, 2011, pp. 141-142.

<sup>182</sup> *Ibidem*, p. 141.

aparentemente discretas afirma que estas podem ser tomadas como elementos de um conjunto formado de forma intencional, em outras palavras, é uma garantia de unidade entre esses elementos”<sup>183</sup>.

A conexão, assim, envolveria a percepção do aspecto que, valorativamente, conforme o Direito, poderia ser suscitado, de modo a conferir a unidade de tratamento aos casos. MacCormick afirma que as normas falham em fazer sentido, se não há nenhum valor comum ou feixe de valores que possa servir ao ordenamento de tais normas. Aqui, mais uma vez, o exemplo que o autor utiliza é significativo: se se imaginar um contexto em que os veículos devam ter limitações de velocidade conforme a sua cor, e a cor revela apenas questão de gosto, não interferindo nos fins a que visa o limite de velocidade (não envolve a segurança dos usuários da estrada, a economia no uso de combustível, o desgaste da superfície das estradas), parece claro que não seria possível identificar qualquer valor a cobrir a norma em questão – a determinação (da limitação de velocidade pela cor do veículo) envolverá arbitrariedade, qualificando-se como incoerente<sup>184</sup>.

Os princípios, para MacCormick, poderiam desempenhar esse papel de constituir um aspecto da coerência<sup>185</sup>. A linha de compreensão atinente ao papel dos princípios na formulação e na apreciação de analogias é, em grande medida, o objeto do capítulo da obra de 1978 desse autor, capítulo esse que, desde o início, afirma pretender aprimorar uma teoria que aloque importância aos princípios gerais na argumentação jurídica, estando, a despeito disso, expressamente, mais em posição complementar que subversiva à teoria de Hart, diferentemente da posição de Dworkin<sup>186</sup>. Esse tema é retomado pela obra de 2005 de MacCormick, quando os princípios, do ponto de vista teórico, já haviam adquirido maior relevância na teoria do direito. MacCormick afirma que um conjunto de regras é coerente se

---

<sup>183</sup> “[...] la existencia de coherencia entre diversas unidades aparentemente discretas afirma que éstas pueden ser tomadas como elementos de un conjunto formado intensionalmente [*sic*], en otras palabras, es una garantía de unidad entre estos elementos.” *Ibidem, loc. cit.*

<sup>184</sup> MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law: a theory of legal reasoning*. New York: Oxford University Press, 2005, p. 191.

<sup>185</sup> Convém atentar para a seguinte observação de Michelon, ao abordar os princípios e a coerência na argumentação jurídica: “Como vimos, a maior parte dos argumentos que utilizam princípios jurídicos é redutível a argumentos de coerência. Todavia, há uma parte que não pode ser vista apenas como uma forma de argumentação por coerência. Como também foi dito, isso não significa que não haja formas de justificar a argumentação por princípios em contextos em que essa argumentação não representa uma busca por coerência na compreensão do sistema jurídico, mas esse é talvez a maior dívida de uma teoria da argumentação jurídica politicamente responsável deve adimplir [*sic*].” MICHELON, Cláudio. Princípios e coerência na argumentação jurídica. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada. *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 284-285.

<sup>186</sup> MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. New York: Oxford University Press, 1978, p. 154.

todas elas satisfazem ou são exemplos, concretizações de um único princípio mais geral<sup>187</sup>. Esta é a definição de princípios que o autor apresenta, na obra de 1978: “[o]s princípios de um sistema jurídico são as normas gerais conceptualizadas por meio das quais seus agentes racionalizam as regras que pertencem ao sistema em virtude de critérios observados internamente”<sup>188</sup>. Na obra de 2005, observa o autor que os princípios fornecem orientação mais ampla sobre a busca de valor, no contexto de atividades reguladas por regras – as considerações a seguir esclarecem a relação estabelecida entre princípios e valores:

“Valores” não são meramente propósitos, objetivos, metas ou fins *de facto*, perseguidos de tempos em tempos por pessoas individuais ou agências institucionais. Eles são, na verdade, estados de coisas ou de questões perseguidos ou possivelmente perseguidos que são concebidos como legítimos, desejáveis, valiosos ou mesmo (a escala ascende gradualmente) obrigatórios para a busca como propósitos permanentes, objetivos, metas ou fins. Se essas duas proposições são aceitas, parece haver uma sobreposição considerável entre “valores” e “princípios”. Para qualquer valor V, existe um princípio segundo o qual V pode ou deve ser, na ausência de considerações contrapostas, ou deve normalmente ser, ou deve ser, na ausência de considerações derogatórias, perseguido ou realizado. A observância de tais princípios não é um meio instrumental, mas intrínseco, de realizar valores. Que V é verdadeiramente um valor não significa, obviamente, que esteja consagrado em qualquer princípio estabelecido de um sistema jurídico específico. Princípios jurídicos dizem respeito a valores operacionalizados localmente dentro do sistema jurídico de um estado ou de alguma outra ordem normativa análoga.<sup>189</sup>

A coerência envolveria, portanto, a justificação de um conjunto de normas, com base em princípios e valores de ordem superior, “desde que os princípios e valores de ordem superior ou suprema pareçam aceitáveis, no delineamento de uma forma de vida satisfatória, quando tomados em conjunto”<sup>190</sup>. Esse papel relevante, no processo de justificação, em especial, das decisões jurídicas, contemplaria uma concepção de racionalidade da vida prática, o que exige universalidade e o maior grau de generalidade possível nos princípios práticos –

<sup>187</sup> *Idem. Rhetoric and the Rule of Law: a theory of legal reasoning*. New York: Oxford University Press, 2005, p. 192.

<sup>188</sup> “The principles of a legal system are the conceptualized general norms whereby its functionaries rationalize the rules which belong to the system in virtue of criteria internally observed.” *Idem. Legal Reasoning and Legal Theory*. New York: Oxford University Press, 1978, p. 155.

<sup>189</sup> “‘Values’ are not merely the *de facto* purposes, aims, goals, or ends actually pursued from time to time by individual persons or institutional agencies. They are actually pursued or possibly pursued states of being or of affairs which are conceived to be legitimate, desirable, worthy, or even (the scale ascends by degrees) mandatory for pursuit as standing purposes, aims, goals, or ends. If these two propositions are accepted, then there appears to be considerable overlap as between ‘values’ and ‘principles’. For any value V there is a principle according to which V either may be, or ought in the absence of countervailing considerations to be, or ought normally to be, or must in the absence of overriding considerations be, pursued or realised. Observance of such principles is not an instrumental, but an intrinsic, means of realising values. That V is genuinely a value does not, of course, mean that it is enshrined in any established principle of a particular legal system. Legal principles concern values locally operationalized within a state’s legal system or some other analogous normative order.” *Idem. Rhetoric and the Rule of Law: a theory of legal reasoning*. New York: Oxford University Press, 2005, p. 192.

<sup>190</sup> *Ibidem*, p. 193.

essas características, aliás, conforme MacCormick, dizem respeito à possibilidade de informação adequada, relativa clareza e previsibilidade razoável do direito, uma vez que – ao menos, espera-se – o direito não pode ser um conjunto arbitrário de regras, isto é, as regras, tanto quanto possível, deveriam constituir desdobramentos de princípios mais gerais<sup>191</sup>. É importante observar, de toda sorte, que o autor vincula a coerência a uma possibilidade de derivação, em um sentido fraco, de uma nova decisão jurídica a partir do direito preexistente, uma vez que, embora seja uma característica desejável de um sistema jurídico, não é a única, havendo outras características ideais em competição.

Que o direito não constitua um conjunto arbitrário e sem sentido de regras é, evidentemente, uma aspiração a que se vincula o Estado de Direito: como refere MacCormick, “é preferível que a aplicação e a interpretação do sistema sejam guiadas pela suposição de que as suas disposições mais detalhadas sejam tratadas como derivações ou exemplos de alguns princípios gerais”<sup>192</sup>. As analogias, nesse sentido, ao desempenharem um papel justificatório, envolveriam a definição de algum princípio geral capaz de abranger os casos agrupados em torno de uma compreensão comum:

Se um princípio pode mostrar-se ancorado no direito vigente, é, então, relevante para justificar, juridicamente, a decisão, no caso imediato, embora a decisão seja a que, em sentido estrito, “estende o direito”. Ao considerar como argumentos podem ser elaborados, para justificar uma decisão, parece correto dizer que analogias que funcionam como justificações o fazem em razão do modo pelo qual concretizam a implementação de algum princípio jurídico geral que cobre ambos (ou todos) os casos.<sup>193</sup>

Os casos, particularmente considerados, portanto, não podem corresponder a circunstâncias de aplicação de parte de um emaranhado de normas que não façam sentido entre si – os princípios seriam a correspondente forma de “conceptualização” das regras aplicáveis, de modo a visualizar a coerência do sistema, setorial ou integralmente. Essa noção acerca dos princípios e do seu papel tem, segundo MacCormick, importância no contexto das analogias, em especial no que tange à forma de justificar as semelhanças relevantes. Veja-se o que afirma o autor, ao abordar a oposição conceitual entre princípios de direito (“principles of law”) e regras de direito (“rules of law”):

<sup>191</sup> *Ibidem*, pp. 201-202.

<sup>192</sup> “[...] it’s preferable that application and interpretation of the system be guided by the supposition that its more detailed provisions are treated as deriving from or instantiating some general principles.” *Ibidem*, p. 202.

<sup>193</sup> “A principle that can be shown to be itself anchored in established law it is then relevant to legally justifying the decision in the instant case, albeit the decision is one that in the restricted sense ‘extends the law’. In considering how arguments can be made to justify a decision, it does seem correct to say that analogies that work as justifications do so because of the way they instantiate the implementation of some general legal principle that covers both (or all) cases.” *Ibidem*, p. 211.

Permitam-me reafirmar o que eu acredito que queremos dizer, quando falamos de “princípios de direito” como distintos das regras de direito. A minha opinião é que as regras jurídicas (permitam-me, para esse propósito, chamá-las de “regras jurídicas compulsórias”), isoladamente, ou, muito mais comumente, em grupos relacionados, podem ser concebidas como tendentes a garantir ou visando a garantir algum fim concebido como valioso ou algum modo geral de conduta concebido como desejável: expressar a política [*policy*] de alcançar esse fim ou a conveniência desse modo geral de conduta, em uma declaração normativa geral, é, então, declarar “o princípio do direito” subjacente à regra ou às regras em questão.<sup>194</sup>

O modo de abordar essa distinção não deixa de ser próximo daquele delineado por Scott Brewer, ao tratar daqueles estágios de formulação de raciocínios analógicos identificados como “regra garantidora da analogia” e “justificação garantidora da analogia”: se, por um lado, a regra, compulsória, indica quais os entes que estão, na analogia, submetidos ao mesmo tratamento (a regra submete os entes a um tratamento em comum), é apenas por meio da justificação garantidora da analogia que se encontra o fundamento para o modo equivalente de tratar os casos postos em comparação – a forma com que MacCormick define os princípios de direito parece representar, assim, aquele estágio que Brewer define como de justificação garantidora da analogia, no qual evidenciado o que, juridicamente, é subjacente ao conteúdo “simples” da regra compulsória. A coerência, portanto, faz-se possível, porque a analogia encontra-se justificada não apenas no plano que põe em evidência os entes em comparação, mas também no plano da justificação desse tratamento equivalente – afinal, segundo MacCormick, “explicar os princípios é racionalizar as regras”<sup>195</sup>, e, então, não há uma linha clara a ser traçada entre argumentos a partir de princípios e a partir de analogias<sup>196</sup>. É interessante observar que, em uma linha de compreensão semelhante, David Duarte entende que, no que tange à analogia, os princípios desempenhariam um duplo papel, uma vez que serviriam à provisão de fins e, ao direcionarem a solução de casos, serviriam à redução de lacunas<sup>197</sup>.

<sup>194</sup> “Let me restate what I believe we mean when we speak of ‘principles of law’ as distinct from rules of law. My opinion is that legal rules (let me for this purpose call them ‘mandatory legal rules’), singly, or much more commonly, in related groups may be conceived of as tending to secure, or being aimed at securing, some end conceived as valuable, or some general mode of conduct conceived to be desirable: to express the policy of achieving that end, or the desirability of that general mode of conduct, in a general normative statement, is, then, to state ‘the principle of the law’ underlying the rule or rules in question.” *Idem. Legal Reasoning and Legal Theory*. New York: Oxford University Press, 1978, p. 156.

<sup>195</sup> “[...] to explicate the principles is to rationalize the rules.” *Ibidem*, p. 157.

<sup>196</sup> *Ibidem*, p. 161.

<sup>197</sup> DUARTE, David. Analogy and Balancing: The Partial Reducibility Thesis and Its Problems. *Revus*, 25, 8 jun. 2015. Disponível em: <<http://revus.revues.org/3244>>. DOI: 10.4000/revus.3244. O texto em questão, na verdade, discute a tese desenvolvida, principalmente, por Bartosz Brożek quanto à “parcial reducibilidade da analogia”: na visão de Brożek, a analogia poderia conectar-se à ponderação, dada a possibilidade de que similaridades diferentes levassem a princípios diferentes a ampararem as analogias formuladas, de modo que o

A concepção constante de “Legal Reasoning and Legal Theory”, de 1978, demonstra que MacCormick não apresenta a analogia e os princípios gerais como prejudiciais e inconstantes para o Direito. O autor é enfático na inter-relação entre analogias e princípios, conferindo a esses elementos um papel significativo no raciocínio jurídico. Em parte, o autor distingue as circunstâncias em que incidiriam regras compulsórias (“mandatory rules”) e os contextos dos casos não cobertos por tais tipos de regras, nos quais, então, haveria espaço para as analogias e para os princípios gerais de direito<sup>198</sup>. Essa visão, em determinado sentido, assemelha-se àquela diferenciação que se encontra em Schauer, ao opor decisões baseadas em precedentes e decisões amparadas por analogias, como fenômenos que se distinguem, especificamente, pela cogência, pela compulsoriedade do primeiro grupo, o que não ocorreria com o segundo<sup>199</sup>.

A justificativa para esse espaço mais limitado da analogia – ainda que se possa discutir se seus contornos são tão claros – envolve uma concepção sobre o papel dos juízes, de fazer “justiça de acordo com o direito”, o que não implica, segundo MacCormick, que tenham de decidir casos, justificadamente, apenas por meio de “simples dedução por meio de regras jurídicas compulsórias” (“mandatory legal rules”); por outro lado, segue MacCormick, a referida concepção não implica, tampouco, que estejam os julgadores livres para perseguir suas próprias intuições de utilidade da justiça e de senso comum livre de qualquer limitação: impõe-se a demonstração de uma fundamentação jurídica para o que fazem, o que é possível, sim, obter, por meio dos recursos da analogia e dos princípios gerais de direito:

Os “princípios gerais” que provêm essa orientação necessária, por um lado, mas limitação, por outro lado, expressam os motivos subjacentes para as regras específicas que existem. Como tais, eles não são descobertos, mas criados; dar o princípio *p* como a “razão subjacente” da regra *r*, ou das regras *r*, *r*<sub>2</sub>, *r*<sub>3</sub> e assim por diante, é imputar àqueles que nela introduziram pela primeira vez alguma política [*policy*] geral cuja introdução deveria promover ou, alternativamente, determinar o que parece ser a melhor justificativa contemporânea para sustentá-la. O conteúdo das regras, parcialmente, determina a possível gama de razões que poderiam ser aduzidas como explicativas delas. Os padrões contemporâneos dos valores recepcionados (o que os juízes chamam de “senso comum”) limitam ainda mais o assunto; apenas o que é concebido como bom ou desejável pode contar como uma política cujo impulso pela introdução ou manutenção de regras jurídicas pode ser proposta como a justificativa subjacente e a racionalização das regras em questão.

---

mecanismo de ponderação fosse considerado uma forma de decisão possível. A resposta de Brožek a Duarte é encontrada em BROŽEK, Bartosz. *Analogy and Balancing: A Reply to David Duarte*. *Revus*, n. 25, 28 jul. 2015. Disponível em: <<http://revus.revues.org/3264>>. DOI: 10.4000/revus.3264.

<sup>198</sup> MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. New York: Oxford University Press, 1978, pp. 163-164.

<sup>199</sup> *Ibidem*, p. 179.

As declarações de “princípios jurídicos” são expressões normativas de tais políticas racionalizantes ou justificatórias.<sup>200</sup>

O autor sustenta que não se duvida nem de que os princípios possam ser aduzidos como justificação racionalizante de um ramo do direito, nem que eles sejam aceitos por muitos juízes e advogados como princípios racionalizantes do direito<sup>201</sup>. Reconhece, no entanto, que há casos em que princípios conflitantes podem proporcionar o necessário amparo jurídico para uma decisão em uma direção ou em outra, de modo que a escolha depende de uma avaliação acerca de qual princípio é desejável seguir – assim, não se nega que haja casos em que, dados os princípios reconhecidamente passíveis de aplicação, mais de um resultado seria igualmente possível e amparado pelo direito<sup>202</sup>. Nesses contextos, por evidente, não se pode apelar a um ou a outro princípio, meramente, para fornecer uma justificação definitiva: a justificação da escolha em si mesma é uma questão de argumento avaliativo<sup>203</sup>.

O que MacCormick aponta, implícita ou explicitamente, é que haverá casos em que, de fato, os princípios a sustentarem a possível decisão para o caso não fornecerão uma solução, de plano, única, o que demandará um trabalho de justificação adicional; reconhecer que tal situação existe conduz à ciência de que há casos em que a mera alusão a um princípio não será suficientemente determinante, por exemplo, para solucionar um caso. Parece ser esse, aliás, o motivo da percepção cética de Alexander e Sherwin, para com os princípios e com as analogias; em contraponto à visão desses autores, talvez seja possível afirmar que esses espaços em que não há uma regra compulsoriamente aplicável, de fato, existem, sendo, talvez, uma “quimera” supor que não ocorram. Essa tarefa voltada à argumentação por princípios e por analogias, no entanto, não deixará de ser eminentemente judicial:

[...] só pode pertencer aos juízes e não ao domínio do legislador fazer tais avaliações e dar-lhes efeito, se houver, dentro da lei, concorrentes analogias ou regras gerais ou princípios tais que a decisão – de qualquer forma tomada – possa mostrar-se ser

---

<sup>200</sup> “The ‘general principles’ which provide this needed guidance on the one hand, but limitation on the other hand, express the underlying reasons for the specific rules which exist. As such, they are not found but made; to give principle *p* as the ‘underlying reason’ of rule *r*, or rules *r*, *r*<sub>2</sub>, *r*<sub>3</sub> and so on, is to impute to those who first introduced it some general policy whose introduction it was supposed to promote, or alternatively to state what seems the best contemporary justification for maintaining it. The content of the rules partly determines the possible range of reasons which could conceivably be adduced as explanatory of them. The contemporary standards of received values (what judges call ‘common sense’) further limit the matter; only what is conceived good or desirable can count as a policy whose furtherance by the introduction or maintenance of legal rules can be propounded as the underlying justification and rationalization of the rules in question. Statements of ‘legal principles’ are normative expressions of such rationalizing or justifying policies.” *Ibidem*, p. 166.

<sup>201</sup> *Ibidem*, p. 167.

<sup>202</sup> *Ibidem*, pp. 168-169.

<sup>203</sup> *Ibidem*, p. 171.

suportada pelo direito existente, mesmo que não constanja de uma maneira ou de outra por uma regra inequívoca de caráter compulsório.<sup>204</sup>

Essa afirmação de que as analogias e os princípios só se encontram nos contextos em que não há uma regra compulsoriamente aplicável, talvez, tenha de ser tomada com parcimônia. MacCormick observa que o tratamento de determinadas analogias como mecanismos de preencher “lacunas” no direito envolve uma prévia predisposição daquele que as formula no sentido de buscar que a solução esperada para o caso seja dada com determinado encaminhamento:

Analogias desse tipo são relevantes para aquilo que os juízes chamam de “desenvolver o Direito”, isto é, estender ou reafirmar uma regra ou um princípio jurídico, para que ele cubra ou para mostrar como ele cobre situações novas de um tipo que Joseph Raz sugere chamar de “casos não regulados”. Pode-se também pensar no uso da analogia para preencher “lacunas” no Direito, o que capta, com precisão, o modo pelo qual juízes e advogados dedicam extensa pesquisa para certificarem-se de que, realmente, não há lei ou decisão judicial prévia que regule o caso em questão. Entretanto, usar o termo “lacuna” expressa o juízo de valor de que, em algum ponto de vista, deve haver uma disposição jurídica a lidar com a questão de um certo modo, nomeadamente, o modo proposto pelo julgamento que preenche a lacuna. O termo, realmente, expressa uma conclusão sobre o que deve ser feito, em vez de uma razão sobre por que isso deve ser feito. O consequencialismo jurídico, normalmente, fornece esta última razão. Alternativamente, uma “lacuna” pode significar que uma situação está coberta por um princípio reconhecido (ou por um princípio recentemente declarável) que cubra as regras mesmas que, por si, não cobrem o caso, ou que explique o caso análogo no sentido de identificar no que se assemelha de modo relevante.<sup>205</sup>

Ademais, como observa Dworkin, cuja obra é analisada subseqüentemente, é possível pensar que princípios devam nortear a própria produção legislativa – Dworkin usa o conceito de integridade, para fundamentar tal perspectiva, e permite concluir que a busca pela coerência, para usar a expressão de que MacCormick lança mão, também é algo almejado no âmbito das leis (que vem a ser) estatuídas. De todo modo, a preocupação evidenciada no texto

<sup>204</sup> “[...] it can only fall within the judges’ rather than the legislature’s province to make such evaluations and give effect to them if there exist within the law competing analogies or general rules or principles such that the decision - whichever way made - can be shown to be supported by the existing law even though it be not compelled one way or the other by an unequivocal rule of mandatory character.” *Ibidem*, p. 173.

<sup>205</sup> “Analogies in this way are relevant to what the judges call ‘developing the law’, that is extending or restating a legal rule or principle to make it cover, or to show how it covers, novel situations of a kind that Joseph Raz suggests calling ‘unregulated cases’. This can also be thought of as using analogy to fill ‘gaps’ in the law, which is accurate enough in capturing the way judges and counsel dedicate extensive research to satisfying themselves that there really is no prior statute or decision that does regulate the matter in hand. Nevertheless, using the term ‘gap’ does express the value judgement that on some ground there ought to be a legal provision dealing with the matter in a certain way, namely the way proposed by the ‘gap-filling’ judgement. The term really expresses a conclusion about what ought to be done rather than a reason why it ought to be done. Juridical consequentialism normally supplies the latter. Alternatively, it can be taken as signifying that a situation fits with an acknowledged principle (or with a freshly statable principle) that covers the very rules which themselves do not cover this case, or that accounts for the analogous case which this one is found relevantly to resemble.” *Idem. Rhetoric and the Rule of Law: a theory of legal reasoning*. New York: Oxford University Press, 2005, pp. 206-207.



de 1978 de MacCormick parece voltada, mais especificamente, ao contexto de produção do raciocínio jurídico judicial. O seguinte trecho parece evidenciar isso, relativamente ao papel do Judiciário, no tratamento de casos com argumentação baseada em analogias:

Esses princípios potencialmente conflitantes podem ser mantidos em equilíbrio, ao sustentar-se o princípio de que a distinção e a separação devem ser estabelecidas entre as funções e os poderes legislativos e judiciais, não nos termos excessivamente simplificados de que os legisladores fazem as leis, e os juízes apenas julgam com base nessas leis, mas nos termos de que a necessária função legisladora judicial exigida no interesse da consistência e da busca de valores de “senso comum” devem estar sujeitas a restrições definíveis. O reconhecimento altamente desejável de um poder judicial para criar o direito deve ser restringido pelo reconhecimento do dever de fazê-lo apenas “intersticialmente”. Portanto, deve haver um critério para distinguir legislação intersticial de estrutural. Um critério possível é que tanto uma analogia relevante quanto um princípio estabelecido é um elemento necessário da justificação de uma decisão inovadora. Assim, se buscarmos uma razão pela qual os argumentos a partir de analogia ou de princípio têm a força que eles têm no argumento jurídico, a resposta é a existência de uma regra convencional altamente desejável que confere poderes aos juízes para estender a lei para cobrir circunstâncias que não são diretas ou inequivocamente governadas por regras compulsórias estabelecidas, mas que impõe limites à extensão desse poder.<sup>206</sup>

Cabe ressaltar que MacCormick pondera que a argumentação por analogia não é exclusivamente direcionada à aplicação do direito em relação a casos, tendo também papel relevante no direito codificado: “o argumento a partir de analogia não é, de modo algum, incomum ou desimportante na aplicação e na interpretação das leis”, atuando, em especial, nos contextos em que ocorrem problemas a envolver a aplicação de uma lei em um caso<sup>207</sup>.

Na obra de 1978, MacCormick envereda, com alguma ênfase, pela discussão sobre o caráter compulsório ou não das analogias e dos princípios, apontando, com alguma frequência, para o fato de que a sua forma, embora necessária à solução do caso, não implicaria uma justificação conclusiva, para agir de acordo com o que seria uma regra nova. Independentemente da correção desse modo de apresentação do fenômeno, quanto a esse

---

<sup>206</sup> “These potentially conflicting principles can be kept in equilibrium by maintaining the principle that distinction and separation ought to be maintained between legislative and judicial functions and powers, not in the oversimplified terms of legislators making the laws and the judges only adjudicating upon those laws, but in terms that the necessary judicial law-making function required in the interests of consistency and the pursuit of ‘commonsense’ values ought to be subject to definable restrictions. The highly desirable recognition of a judicial power to make law must be restricted by recognition of a duty to make it only ‘interstitially’. Therefore there must be a criterion for distinguishing interstitial from architectural legislation. One possible criterion is that either a relevant analogy or an established principle is a necessary element of justification of an innovative decision. So if we seek a reason why arguments from analogy or from principle have the force they have in legal argument, the answer is the existence of a highly desirable conventional rule conferring power on judges to extend the law to cover circumstances not directly or unambiguously governed by established mandatory rules, but imposing limits on the extent of that power.” *Idem. Legal Reasoning and Legal Theory*. New York: Oxford University Press, 1978, pp. 187-188.

<sup>207</sup> “[...] argument from analogy is by no means uncommon or unimportant in the application and interpretation of statutes [...]” *Ibidem*, p. 193.

ponto, o autor observa, com precisão, que a conclusão acerca da aplicação de princípios jurídicos depende da avaliação e da percepção que juízes e advogados têm das linhas almejadas de desenvolvimento do direito<sup>208</sup>.

MacCormick reconhece a importância da consistência e da coerência como elementos que constituem um aspecto de justiça, de tratar casos semelhantes semelhantemente e refrear diferenciação arbitrária de casos<sup>209</sup>. O autor, mais de uma vez, apontará para o fato de que as similaridades relevantes, no contexto das analogias a serem analisadas, são criadas, produzidas, e, não, descobertas: “[o] novo caso coincide parcialmente no sentido de que seus fatos podem ser atribuídos a um conjunto de categorias parcialmente semelhantes, ou a um conjunto de categorias que, juntamente com o conjunto anterior, podem ser apresentadas como espécies de um gênero maior”<sup>210</sup>. A similaridade, portanto, é dada com relação às categorias em questão, que conferem determinado tratamento, de acordo com o direito, sendo que “as analogias apenas fazem sentido se existirem razões de princípio subjacentes”<sup>211</sup>, o que implica um juízo avaliativo da decisão, sob a luz da coerência, de modo que se verifique que o ato decisório não constituiu uma arbitrariedade isolada – como afirma MacCormick, “o direito, tal como administrado pelas cortes, deve exibir coerência de princípios, e não deveria ser uma ‘selva de exemplos isolados’”.

Tudo isso considerado, a coerência passa a ter o seu papel identificado mais claramente: a coerência normativa pode constituir uma chave de compreensão do funcionamento do raciocínio analógico no direito, porque tem como finalidade, justamente, uma concepção integrada das soluções jurídicas não em um ou outro contexto, mas mais amplamente, em uma ordem normativa. O próprio conceito de coerência normativa presente na obra de MacCormick intitulada “Rhetoric and the Rule of Law”, de 2005, evidencia esse aspecto, ao afirmar que o teste de coerência normativa “relaciona-se à justificação de soluções jurídicas ou de proposições normativas, mais genericamente, no contexto de um sistema jurídico concebido como uma ordem normativa”<sup>212</sup>. Essa obra mais recente é que, em verdade, aborda o tema da coerência, especificamente e com mais precisão, apresentando um arcabouço conceitual que permita compreender melhor a relação entre coerência e raciocínio analógico:

<sup>208</sup> *Ibidem*, pp. 179-180.

<sup>209</sup> *Ibidem*, p. 179.

<sup>210</sup> “The new case partially overlaps in the sense that its facts can be assigned to a partially similar set of categories, or a set of categories which, together with the earlier set, can be presented as species of some larger genus.” *Ibidem*, p. 186.

<sup>211</sup> “Analogies only make sense if there are reasons of principle underlying them.” *Ibidem*, p. 186.

<sup>212</sup> *Idem*. *Rhetoric and the Rule of Law: a theory of legal reasoning*. New York: Oxford University Press, 2005, p. 189.

[...] é muito claro que a relevância da analogia depende do princípio mais amplo do qual cada caso pode ser mostrado como uma exemplificação. Dessa maneira, o raciocínio analógico para preencher “lacunas” ou para “desenvolver o Direito” pertence, clara e confortavelmente, ao âmbito da coerência como um valor jurídico de larga escala, e é simplesmente uma ilustração particularmente vívida da argumentação por coerência.<sup>213</sup>

É importante atentar, de todo modo, para as limitações de que o conceito de coerência pode padecer. Talvez seja possível afirmar que a coerência, ainda que desempenhe um papel substancial na justificação do tratamento de situações relevantemente semelhantes, precisamente porque confere as razões pelas quais há uma submissão aos mesmos critérios normativos em um caso e outro, não é capaz de resolver os casos em que mais de uma “solução coerente” faz-se viável – nesse ponto, seu papel na justificação da decisão seria relevante, mas, por si mesma, a coerência não poderia conceder a resposta final, tal como refere Michelon:

Em primeiro lugar, na dinâmica do uso de argumentos de coerência, há uma fase crucial que não pode ser decidida a partir dos critérios de não contradição e unidade. Na primeira fase, os elementos relevantes são gerados ou identificados; na segunda, diversas alternativas que reconduzem esses elementos a uma unidade não contraditória são construídas; na terceira, argumentos distintos são aduzidos a favor de uma ou outra das alternativas (Amaya, 29). A terceira fase é particularmente problemática, uma vez que é perfeitamente possível que os critérios de não contradição e unidade sejam insuficientes para decidir racionalmente qual é a melhor maneira de conectar os elementos. Em outras palavras, a coerência não fornece “[...] qualquer critério de decisão para escolher entre diferentes conjuntos alternativos de crenças que são igualmente coerentes” (Amaya, seção 8). O problema não surge habitualmente, mas está potencialmente presente em qualquer discussão sobre a coerência de um grupo de elementos.<sup>214</sup>

De todo modo, tomada sob o ponto de vista desenvolvido, essencialmente, por MacCormick, parece tornar-se difícil sustentar que o raciocínio analógico, relacionado como foi à coerência normativa, faz incorrer em indeterminação e insegurança jurídicas. A

<sup>213</sup> “[...] it is very clear that the relevance of the analogy depends on the broader principle of which each of the cases can be shown to be an instantiation. In this way, analogical reasoning to fill ‘gaps’ or to ‘develop the law’ clearly belongs comfortably within the framework of coherence as a grand-scale value, and is simply a particularly vivid illustration of coherentist reasoning.” *Ibidem*, p. 207.

<sup>214</sup> “En primer lugar, en la dinámica del uso de argumentos de coherencia, hay una fase crucial que no puede ser decidida a partir de los criterios de no-contradicción y de unidad. En la primera fase son generados o identificados los elementos relevantes; en la segunda, diversas alternativas que reconducen estos elementos a una unidad no-contradictoria son construidas; en la tercera, distintos argumentos son aducidos a favor de una u otra de las alternativas (Amaya, 29). La tercera fase es particularmente problemática, una vez que es perfectamente posible que los criterios de no-contradicción y de unidad sean insuficientes para decidir racionalmente cuál sea la mejor manera de conectar los elementos. En otras palabras, la coherencia no proporciona ‘[...] ningún criterio de decisión para elegir entre distintos conjuntos alternativos de creencias que son igualmente coherentes’ (Amaya, sección 8). El problema no se plantea habitualmente, pero está potencialmente presente en cualquier discusión sobre la coherencia de un grupo de elementos.” MICHELON, Claudio. *Op. cit.*, p. 148, grifou-se.

compreensão esperada segue-se no sentido de perceber que os raciocínios analógicos, no âmbito do Direito, estão submetidos não apenas à identificação de uma regra comum que se faça aplicável aos casos relacionados, mas também ao estabelecimento – preferivelmente explícito, mas, eventualmente, tácito – de uma justificação quanto ao tratamento assemelhado que cumpra o requisito da coerência, “fazendo sentido”, portanto. Passa-se, a seguir, a outro conceito que, relacionado ao de coerência, mas sob o viés central de outro autor, pode fornecer elementos para a compreensão da relação do raciocínio analógico com a indeterminação ou com a determinação jurídicas – analisa-se o conceito de integridade do direito, desenvolvido por Ronald Dworkin.

### 3.2 O QUE O CONCEITO DE INTEGRIDADE DO DIREITO TEM A DIZER SOBRE O RACIOCÍNIO ANALÓGICO?

Mesmo um leitor pouco atento consegue perceber que Dworkin coloca-se reticente quanto ao dito “raciocínio jurídico analógico”. De início, neste ponto, basta retomar os argumentos que foram lançados no tópico relativo às limitações do raciocínio analógico, o que ficou evidenciado no debate que se estabeleceu entre esse autor e Cass Sunstein. Retomam-se, aqui, as ideias de Dworkin, em seu texto “In Praise of Theory” (“O Elogio da Teoria”):

Deveria o juiz tentar decidir se os laboratórios farmacêuticos são solidariamente responsáveis sem perguntar se é justo naquele caso, de acordo com critérios inscritos em nossa tradição, impor responsabilidade na ausência de qualquer conexão causal? Deveria ele tentar decidir se as mulheres têm o direito constitucional ao aborto, sem perguntar se o feto é uma pessoa no sentido de nossa estrutura constitucional, ou se a cláusula do devido processo legal é devidamente usada para proteger uma liberdade fundamental, ou se a liberdade de controlar a reprodução por meio do aborto é uma liberdade fundamental? Se assim for, por que ele deveria recusar-se a levar em consideração essas questões obviamente pertinentes? Se não, quais questões “teóricas” deveria ele deixar de considerar, e por que são elas mais teóricas, ou teóricas de um modo diferente? A partir de que base diferente, e menos “completamente” teórica, deveria ele decidir?

A resposta de Sunstein à última dessas perguntas é inútil. Ele oferece a solução de Levi: ele diz que juízes deveriam decidir casos difíceis não se voltando a níveis mais abstratos de teoria, mas de uma forma mais advocatícia – por analogia. Mas esse é um falso contraste, porque (parafrazeando Kant), analogia sem teoria é cega. Uma analogia é uma maneira de afirmar uma conclusão, e não de chegar a uma conclusão, e a teoria deve fazer o trabalho real. Julgar todos os laboratórios farmacêuticos responsáveis seria mais semelhante a julgar pessoas responsáveis que, realmente, causaram dano, ou mais semelhante a procurar pessoas que não tiveram nada a ver com um acidente de todo, e fazê-las pagar os seus custos? Queimar a sua própria bandeira é mais semelhante a fazer um discurso no Hyde Park Corner ou a agredir pessoas com insultos agressivos? O aborto assemelha-se mais ao infanticídio ou à apendicectomia? Não podemos nem começar a responder a essas questões sem

uma expedição profunda na teoria: sem fazer perguntas básicas sobre a conexão entre causação e responsabilidade, ou por que a liberdade de expressão é de importância especial, ou de que modo o valor intrínseco da vida humana é mais bem compreendido e expresso.<sup>215</sup>

Os questionamentos que Dworkin formula acima levam à compreensão mais imediata de que pouco valor teria o raciocínio analógico, por si só, para o Direito: não seria possível furtar-se a uma concepção dita “teórica” do Direito – abordagens diversas dessa, proposta por Dworkin, estariam fadadas a não serem capazes de fundamentar, devidamente, as decisões jurídicas tomadas. Ao afirmar que “a teoria deve fazer o trabalho real”, o que o autor parece dizer é que não há como responder a qualquer questão jurídica – casos fáceis ou difíceis – sem uma tal “expedição profunda na teoria”: resolver um caso – mormente um caso difícil – não exigiria aproximação, mas, sim, afastamento de níveis mais concretos e aproximação de níveis mais abstratos de teoria.

Ao afirmar que “analogia sem teoria é cega”, Dworkin parece aproximar-se da ideia que Hart abordou em “The Concept of Law”, quanto a ser uma “forma vazia” a máxima de tratamento semelhante aos casos semelhantes e de tratamento diferente aos casos diferentes – a relevância da semelhança e da diferença, tanto para Hart quanto para Dworkin, parece não se verificar pela identificação da semelhança ou da diferença em si. É por isso que Hart emprega a expressão “forma vazia” para a máxima, e Dworkin adjetiva a analogia como “cega”, se desprovida de uma teoria que a embasa<sup>216</sup>. Ambos os autores estão a abordar o

---

<sup>215</sup> “Should the judge try to decide whether the drug manufacturers are jointly liable without asking whether it is fair, according to standards embedded in our tradition, to impose liability in the absence of any causal connection? Should he try to decide whether women have a constitutional right to an abortion without asking whether a fetus is a person within the meaning of our constitutional structure, or whether the Due Process Clause is properly used to protect fundamental liberty, or whether freedom to control reproduction through abortion is a fundamental liberty? If so, why should he refuse to consider these obviously pertinent issues? If not which ‘theoretical’ issues should he decline to consider, and why are these more or differently theoretical? On what different, and less ‘completely’ theoretical, basis should he decide?”

Sunstein’s answer to the last of these questions is unhelpful. He offers Levi’s solution: He says judges should decide hard cases not by turning to more abstract levels of theory but in a more lawyer-like way—by analogy. But that is a false contrast because (to paraphrase Kant) analogy without theory is blind. An analogy is a way of stating a conclusion, not a way of reaching one, and theory must do the real work. Would holding the drug manufacturers all liable be more like holding people liable who actually do cause damage or more like seeking out people who had nothing to do with an accident at all and making them pay its costs? Is burning your own flag more like making a speech on Hyde Park Corner or assaulting people with offensive insults? Is abortion more like infanticide or appendectomy? We cannot even begin to answer those questions without a deep expedition into theory: without asking basic questions about the connection between causation and responsibility, or why the liberty of speech is of special importance, or how the intrinsic value of human life is best understood and expressed.” DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, p. 69.

<sup>216</sup> Essa mesma ideia parece ficar clara no seguinte trecho de Eisenberg, em que se observa que não é o número de similaridades que define a aplicação ou não de um raciocínio analógico: “Suponha que (1) em 1º de janeiro de 1987, (2) um fabricante (3) de máquinas de argamassa (4) em Cleveland (5) vende uma máquina de argamassar (6) para um vendedor de loja de máquinas, (7) em Cleveland, (8) o qual, no dia 1º de março, (9) fere sua mão enquanto usa a máquina, (10) como resultado de um defeito na máquina. O tribunal decide que o fabricante é responsável sob o princípio da responsabilidade estrita do produto. Agora, surge um segundo caso, que difere do

mesmo problema, e, apesar das significativas diferenças de posições, mesmo Sunstein concorda com Dworkin no que tange à necessidade de um fundamento à aplicação analógica, tal como afirma: “Dworkin está muito certo ao dizer que a analogia sem princípio é cega, mas alguns princípios são mais controversos que outros. Com frequência, é possível à corte decidir de uma forma tal que evite as controvérsias mais amplas”<sup>217</sup>.

Mesmo distante tanto do convencionalismo quanto do pragmatismo, ao desenvolver o conceito de integridade do direito, Dworkin parece oferecer contribuições a uma compreensão do raciocínio analógico. A posição que o autor revela, à primeira vista, é de considerar pouco útil uma concepção sobre o raciocínio analógico – a despeito disso, a integridade do direito parece ter algo a dizer sobre essa forma de raciocínio. O que se pretende, então, é visualizar qual a aproximação possível entre esse conceito (que tem relação com o de coerência, antes apresentado), o raciocínio analógico e a segurança jurídica. Para tanto, é necessário delinear, ainda que brevemente, os pressupostos de Dworkin.

É em “Law’s Empire” (“O Império do Direito”) que Dworkin desenvolve, essencialmente, seu conceito de integridade. A integridade é um ideal político, sendo que os princípios de integridade política são ou de ordem legislativa – com a exigência de que os legisladores procurem tornar o conjunto de leis moralmente coerente –, ou de ordem jurisdicional, decisória – com o preceito de que a lei, tanto quanto possível, seja vista de modo coerente, nesse sentido<sup>218</sup>. As ideias do autor partem da discussão de um “modelo” de direito “conciliatório”, criticando as bases arbitrárias com que, em determinadas ocasiões, os conjuntos de leis são concebidos – Dworkin está-se referindo às “leis que mostram incoerência de princípio e que podem ser justificadas – se é que o podem – somente com base

---

primeiro apenas porque a lesão não resulta de um defeito na máquina. Aqui há nove semelhanças entre os casos e apenas uma diferença, mas, obviamente, a diferença é decisiva, e seria decisiva se mais noventa outras semelhanças fossem adicionadas. Os casos não são determinados no *common law*, simplesmente, comparando semelhanças e diferenças.” [“Assume that (1) on January 1, 1987, (2) a manufacturer (3) of grouting machines (4) in Cleveland (5) sells a grouting machine (6) to a machine-shop operator (7) in Cleveland (8) who on March 1 (9) injures his hand while using the machine (10) as a result of a defect in the machine. The court holds that the manufacturer is liable under the principle of strict product liability. Now a second case arises, which differs from the first only in that the injury does not result from a defect in the machine. Here there are nine similarities between the cases and only one difference, but obviously the difference is decisive, and it would be decisive if ninety more similarities were added. Cases are not determined in the common law simply by comparing similarities and differences.”] EISENBERG, Melvin. *Op. cit.*, p. 84.

<sup>217</sup> “Dworkin is quite right to say that analogy is blind without principle, but some principles are more controversial than others. Often it is possible for the Court to rule in a way that avoids the largest controversies.” SUNSTEIN, Cass R. *Virtues and Verdicts: Review of Ronald Dworkin’s Justice in Robes*. *The New Republic*, 22 maio 2006. Disponível em: <<https://newrepublic.com/article/62018/virtues-and-verdicts>>.

<sup>218</sup> DWORKIN, Ronald. *Law’s Empire*. Cambridge: The Belknap Press, 1986, p. 176.

em uma distribuição equitativa do poder político entre as diferentes facções morais”<sup>219</sup>, para o que o autor utiliza a imagem de um jogo de tabuleiro (“checkerboard”), em que as decisões envolvem determinados movimentos de peças (em uma forma vulgar, move-se uma peça aqui, para obter-se um resultado almejado mais adiante). Esse formato de deliberação, segundo Dworkin, haveria de ser rejeitado, uma vez que as decisões teriam de fundamentar-se em “algum princípio coerente cuja influência estenda-se aos limites naturais de sua autoridade”<sup>220</sup> Note-se, porém, que não há uma negativa geral à arbitrariedade: em alguns contextos, como o de decisão sobre em qual lado da rua estacionar, talvez não seja razoável ou necessário apelar a razões de princípio; em outros, porém, não considerar tal tipo de razões seria, exatamente, prejudicial à compreensão do direito como integridade. Confira-se o excerto a seguir:

Suponha que você pensa que o aborto é assassinato e que não faz diferença se a gravidez é resultado de estupro. Você não pensaria que uma lei que proíba o aborto exceto no caso de estupro é distintamente melhor que uma lei que proíba o aborto exceto para mulheres nascidas em uma década específica de cada século? Ao menos, se você não tivesse razões para pensar, qualquer uma delas permitiria, de fato, mais abortos? Você vê a primeira dessas leis como uma solução que dá efeito a dois princípios de justiça identificáveis, ordenados de certa forma, mesmo que você rejeite um dos princípios. Você não pode tratar a segunda da mesma forma; ela, simplesmente, afirma, para algumas pessoas, um princípio que nega a outras. Assim, para muitos de nós, nossas preferências em casos particulares põem o mesmo enigma que nossa rejeição mais abrangente da solução de jogo de tabuleiro como uma estratégia geral para resolver diferenças sobre princípios.<sup>221</sup>

Se, por um lado, Dworkin liga à noção de integridade a ideia de que deve haver um tratamento não arbitrário, em geral, pelo direito, por outro, essa noção vai além dessa perspectiva preliminar. Entender o direito sob o prisma da integridade envolve, também, a adesão a um determinado modelo geral de associação política que o autor identifica por “modelo de princípios”, no qual o direito estaria submetido, em termos mais gerais, a um sistema de princípios que embasa as decisões particulares tomadas pelas instituições

---

<sup>219</sup> “‘Checkerboard’ [...]. I mean to use the word only to describe statutes that display incoherence in principle and that can be justified, if at all, only on grounds of a fair allocation of political power between different moral parties.” *Ibidem*, p. 435.

<sup>220</sup> *Ibidem*, p. 179.

<sup>221</sup> “Suppose you think abortion is murder and that it makes no difference whether the pregnancy is the result of rape. Would you not think a statute prohibiting abortion except in the case of rape distinctly better than a statute prohibiting abortion except to women born in one specified decade each century? At least if you had no reason to think either would in fact allow more abortions? You see the first of these statutes as a solution that gives effect to two recognizable principles of justice, ordered in a certain way, even though you reject one of the principles. You cannot treat the second that way; it simply affirms for some people a principle it denies to others. So for many of us, our preferences in particular cases pose the same puzzle as our more comprehensive rejection of the checkerboard solution as a general strategy for resolving differences over principle.” *Ibidem*, p. 183.

políticas<sup>222</sup>. No caso da atividade de decisão judicial (“adjudication”), há uma exigência de que os juízes, tanto quanto possível, tratem o sistema que lhe é atual de “padrões públicos” (“public standards”) como expressando e respeitando um conjunto coerente de princípios, interpretando esses padrões de modo a identificar padrões implícitos entre e sob os explícitos<sup>223</sup>.

A abordagem do direito como integridade estabelece-se como um “programa de interpretação”, e, não, como uma teoria interpretativa, que seria o caso do convencionalismo e do pragmatismo: o convencionalismo exigiria que os juízes estudassem os repertórios jurídicos e os registros parlamentares para descobrir quais as decisões tomadas pelas instituições a que, convencionalmente, atribui-se poder legislativo, enquanto o pragmatismo demandaria que os juízes pensassem de modo instrumental sobre as melhores regras para o futuro. Por oposição, o direito como integridade “é tanto produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração”: o viés, aqui, é de continuidade do processo interpretativo, que põe em evidência o que é o direito<sup>224</sup>.

É nesse contexto que se identifica a imagem da “cadeia do direito” (“the chain of law”), a partir da metáfora do “romance em cadeia” (“the chain novel”). Dworkin afirma que é possível comparar a forma pela qual um juiz decide o que é o direito em uma questão judicial com a forma pela qual um crítico literário desmembra as várias dimensões de valor de uma peça ou poema complexo; no entanto, essa comparação não seria a melhor – seria possível encontrar uma comparação mais fértil entre o que é literatura e o que é direito ao criar-se o gênero literário artificial assim apresentado:

Neste empreendimento, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que lhe foram dados, para escrever um novo capítulo, que é, então, adicionado ao que o próximo romancista recebe, e assim por diante. Cada um tem o trabalho de escrever o seu capítulo, de modo a tornar o romance construído da melhor forma possível, e a complexidade dessa tarefa modela a complexidade de decidir um caso difícil sob o [conceito de] direito como integridade.<sup>225</sup>

Surge, assim, um ideal avaliativo a ser observado por parte daquele que está, agora, a escrever: ele deverá considerar o que já foi produzido pelos “romancistas” anteriores. Duas

---

<sup>222</sup> *Ibidem*, p. 211.

<sup>223</sup> *Ibidem*, p. 217.

<sup>224</sup> *Ibidem*, p. 226.

<sup>225</sup> “In this enterprise a group of novelists writes a novel seriatim; each novelist in the chain interprets the chapters he has been given in order to write a new chapter, which is then added to what the next novelist receives, and so on. Each has the job of writing his chapter so as to make the novel being constructed the best it can be, and the complexity of this task models the complexity of deciding a hard case under law as integrity.” *Ibidem*, p. 229.



dimensões de observação surgirão, assim, uma dimensão de adequação, atinente à impossibilidade de adotar-se uma interpretação tal alheia à imaginação do que pudesse escrever qualquer outro autor designado para o romance, e outra dimensão, que, por sua vez, exigiria que, das leituras elegíveis, fosse escolhida a que se amolda melhor à obra, tudo considerado<sup>226</sup>. A integridade no direito, assim, envolveria a busca pela melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade<sup>227</sup>. Eis a formulação de Dworkin no que tange à tarefa dos juízes, relativamente ao direito como integridade:

O direito como integridade pede aos juízes que assumam, tanto quanto possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre justiça e equidade e devido processo legal, e pede-lhes que façam cumprir estes nos novos casos que lhes são submetidos, de modo que a situação de cada pessoa seja equitativa e justa de acordo com os mesmos padrões. Esse estilo de decisão judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios.<sup>228</sup>

O pensamento de Dworkin, quanto a esse ponto, tratando da atividade de decisão judicial, parece plasmar ao conceito de integridade o de coerência, como se, para a atividade do julgador, a integridade consistisse na coerência mesma. Da forma como apresentada por Dworkin, o direito como integridade parece ter um escopo bastante semelhante ao do conceito de coerência, uma vez que a integridade contemplaria uma busca pela coerência entre os princípios fundamentais. Um princípio que passe a abranger, com o desenvolvimento do direito, julgamentos de casos diversos levaria a uma espécie de dimensão de peso que faz “pender a balança” em favor da manutenção da mesma linha das decisões passadas, a menos que determinadas espécies de razões venham a contrapor-se:

Uma vez formulado, um princípio tal proporciona um fundamento que permite posterior desenvolvimento do direito, desde que seja justificado pela conveniência (na visão dos juízes) de etapas particulares de desenvolvimento, com base na “experiência cumulativa do Judiciário”. Podemos tomar emprestada a metáfora de Dworkin e dizer que, a cada etapa, pendendo a balança contra a inovação, deve haver boas razões consequencialistas adicionadas ao peso do princípio, para pender a balança em favor de uma decisão inovadora; e pode ser que o acúmulo de

<sup>226</sup> *Ibidem*, p. 231.

<sup>227</sup> “Conforme o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras, se elas constam ou derivam de princípios de justiça, equidade e devido processo legal que ofereçam a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade.” [“According to law as integrity, propositions of law are true if they figure in or follow from the principles of justice, fairness, and procedural due process that provide the best constructive interpretation of the community’s legal practice.” *Ibidem*, p. 227.

<sup>228</sup> “Law as integrity asks judges to assume, so far as this is possible, that the law is structured by a coherent set of principles about justice and fairness and procedural due process, and it asks them to enforce these in the fresh cases that come before them, so that each person’s situation is fair and just according to the same standards. That style of adjudication respects the ambition integrity assumes, the ambition to be a community of principle.” *Ibidem*, p. 243.

experiência judicial demande contra a uma ampliação da confiança no princípio. Se, por outro lado, ele passa pelo teste de reavaliação numa linha uniforme de precedentes, pode vir a adquirir peso para inclinar a balança por seu próprio movimento, a menos que sejam consideradas razões contrapostas suficientes de política ou de princípio (como em *Rondel v. Worsley*) que digam contra. Ele deixa de ser simplesmente permissivo, para ser obrigatório, ainda que sujeito à derrota [...].<sup>229</sup>

Cabe notar que Dworkin, ademais, aponta para uma distinção entre integridade e consistência. O autor é enfático na diferenciação, afirmando que a integridade envolveria algo mais complexo que a consistência: esta diria respeito, apenas, a decidir casos semelhantes de modo semelhante, e aquela envolveria uma específica forma de consistência, que seria a consistência entre os princípios – afinal, na perspectiva de Dworkin, a integridade condena a inconsistência de princípios entre os atos do Estado personificado<sup>230</sup>.

Aqui, percebe-se, mais claramente, de que modo Dworkin é reticente para com o raciocínio analógico. O autor distingue a consistência da integridade, porque a consistência poderia apresentar-se em uma forma perversa, na qual um dado tratamento semelhante de situações semelhantes que fosse injusto poderia estender-se a todas, mesmo podendo, em algumas, ser evitado. Dworkin questiona, exatamente, se é melhor o tratamento injusto em alguns casos ou em todos, questiona se é preferível punir, de modo injusto, alguns ou todos – a integridade restaria, portanto, diferenciada da consistência, porque os preceitos desta estariam mais limitados ao “mero” tratamento semelhante de situações semelhantes<sup>231</sup>.

Com o que foi exposto até aqui, parece já ser possível tratar, em específico, da relação entre o conceito de integridade e o tema do raciocínio analógico. No horizonte teórico delineado por Dworkin, a integridade é apresentada como um conceito central, e, embora o autor não negue a importância dos casos anteriores para as decisões a serem tomadas presentemente, parece não tratar, de modo mais detido, sobre como os casos anteriores devem ser considerados para uma eventual decisão a ser tomada presentemente.

---

<sup>229</sup> “Once formulated, such a principle provides a permissive ground for further development of the law, so far as justified by the desirability (in the judges’ view) of particular steps of development, on the basis of ‘the cumulative experience of the judiciary’. We may borrow Dworkin’s metaphor, and say that at each stage, the balance being weighted against innovation, there must be good consequentialist reasons added to the weight of the principle to bring down the balance in favour of an innovative decision; and it may be that the accumulation of judicial experience goes against extended reliance on the principle. If, on the other hand, it passes the test of revaluation in a steady line of authorities, it may come to acquire such weight as to tip the balance by its own movement, unless what are deemed to be sufficient countervailing reasons of policy or principle (as in *Ronde[ v. Worsley]*) tell against it. It passes from being simply permissive to being mandatory subject to defeasance [...]” MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. New York: Oxford University Press, 1978, pp. 160-161.

<sup>230</sup> “[...] it is inconsistency in principle among the acts of the state personified that integrity condemns.” DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, p. 184.

<sup>231</sup> *Ibidem*, p. 184.

A atenção aos casos particulares envolve, em específico, relação com o raciocínio analógico, e é nesse ponto que a integridade dworkiniana tem especial relevância. A integridade do direito, diferentemente do que se poderia, à primeira vista, pensar, não está alheia à consideração sobre como foram decididos, em particular, os casos passados. Não se pode dizer, nessa linha, que raciocínio analógico e integridade sejam totalmente desprovidos de relação entre si. O conceito de integridade parece prover o aspecto que vai além da estrutura do raciocínio analógico. Semelhanças e diferenças relevantes teriam de ser identificadas sob um viés interpretativo do próprio direito – nisso, desde já, reside a importância da percepção sobre o modo usual com que os demais juízes decidiram e decidem o que é o direito, imposição essa que se encontra na própria metáfora, antes vista, do “romance em cadeia”: “juízes deveriam decidir o que o direito é interpretando a prática dos outros juízes a decidir o que o direito é”<sup>232</sup>. Os casos anteriores ficam implicitamente considerados, na perspectiva de Dworkin, quando este afirma que “[a]dequar-se ao que os juízes fizeram é mais importante do que adequar-se ao que eles disseram”<sup>233</sup>.

Dworkin reconhece que, em termos de princípios, o direito está longe de contemplar uma consistência perfeita, mas parece ser algo a esperar, tanto quanto possível, que haja integridade na prestação jurisdicional, de modo que o direito seja considerado e tomado como algo consistente e estruturado<sup>234</sup>. Nesse contexto, ganha importância a ideia da prioridade local e do que Dworkin chama de “círculos concêntricos” – usando seu modelo de juiz, Hércules, Dworkin demonstra que uma espécie de prioridade local regula a “força” dos casos passados aos presentes:

Devo chamar atenção especial para uma característica da prática de Hércules que ainda não se mostrou claramente. Seus julgamentos de ajuste expandem-se do caso imediato que lhe foi submetido em uma série de círculos concêntricos. Ele pergunta quais interpretações em sua lista inicial encaixam-se nos casos de danos morais do passado, depois, quais são aqueles que se encaixam nos casos de dano acidental à pessoa de modo em termos mais gerais, e, então, quais se ajustam a dano a interesses econômicos, e assim por diante, e assim por diante em áreas cada vez mais próximas do problema original da McLoughlin. Esse procedimento dá uma espécie de prioridade local ao que poderíamos chamar de “áreas” do Direito. [...] Mas, na opinião de Hércules, se um princípio não se enquadra na lei de acidentes – se isso for contradito por quase todas as decisões na área que possam ter confirmado isso – isto conta, dramaticamente, contra ele como uma interpretação elegível dessa área do direito, mesmo se ele se encaixa perfeitamente em outras áreas do direito. Ele não

---

<sup>232</sup> “Judges should decide what the law is by interpreting the practice of other judges deciding what the law is.” *Ibidem*, p. 410.

<sup>233</sup> “Fitting what judges did is more important than fitting what they said.” *Ibidem*, p. 297.

<sup>234</sup> *Ibidem*, 268.

tratará esta doutrina da prioridade local como absoluta, no entanto; ele estará pronto para substituí-la, como veremos em breve, em algumas circunstâncias.<sup>235</sup>

Dworkin, finalmente, postula que o império do direito é definido por uma atitude construtiva do direito, que atenta para a consistência das normas jurídicas e para a integridade do direito, “como se o Estado tivesse uma única voz”. A consistência de princípios é requerida, demandada pela integridade. Trata-se de uma percepção que, sendo possível aliá-la à concepção de funcionamento do raciocínio analógico, vem apenas em favor de um ideal de estabilidade do direito, e, não, de indeterminação. A partir dessas ideias, então, e, em especial, com base no último ponto discutido nesta subseção, é possível pensar que há alguma relação possível entre espécies de raciocínios analógicos e a sua força argumentativa, tendo em vista os contextos em que são percebidas as semelhanças relevantes. É o que se apresenta no item subsequente.

### 3.3 TIPOS DE ANALOGIA E FORÇA DO ARGUMENTO ANALÓGICO

Grant Lamond, no artigo intitulado “Analogical Reasoning in the Common Law” (“Raciocínio Analógico no *Common Law*”)<sup>236</sup>, apresenta uma proposta que pode elucidar, ao menos em parte, por que o raciocínio analógico é percebido e considerado à luz de posições tão variadas e divergentes. A ideia central do texto é delinear uma tipologia das formas de raciocínio analógico, de modo a perceber distinções entre elas que levem a uma compreensão do fenômeno mediada pela prévia identificação do tipo de analogia considerada.

De início, cabe considerar que o título é, como visto, expresso em mencionar que a abordagem relaciona-se ao contexto de *common law*, sendo que o autor refere, explicitamente, que enfocará a descrição do fenômeno no âmbito dessa tradição, uma vez que as analogias que têm as leis como “fonte” envolveriam um mecanismo mais limitado e complexo que

---

<sup>235</sup> “I must call special attention to a feature of Hercules’ practice that has not yet clearly emerged. His judgments of fit expand out from the immediate case before him in a series of concentric circles. He asks which interpretations on his initial list fit past emotional injury cases, then which ones fit cases of accidental damage to the person more generally, then which fit damage to economic interests, and so on into areas each further and further from the original McLoughlin issue. This procedure gives a kind of local priority to what we might call ‘departments’ of law. [...] But in Hercules’ view, if one principle does not fit accident law at all—if it is contradicted by almost every decision in the area that might have confirmed it—this counts dramatically against it as an eligible interpretation of that body of law, even if it fits other areas of the law superbly. He will not treat this doctrine of local priority as absolute, however; he will be ready to override it, as we shall soon see, in some circumstances.” *Ibidem*, pp. 250-251.

<sup>236</sup> LAMOND, Grant. Analogical Reasoning in the Common Law. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 34, n. 3, pp. 567-588, jun. 2014.

aquele relacionado aos casos<sup>237</sup>. A restrição estipulada pelo autor parece ter finalidade de resguardo quanto a eventuais críticas a envolver a capacidade ou não de o fenômeno ser descrito, de modo adequado, para os sistemas jurídicos que não adotam, estritamente, o *common law*. Independentemente da restrição, no entanto, é possível descrever o seu modo de apresentação das formas de raciocínio analógico presentes na comparação de casos, em razão do seu potencial de esclarecimento do fenômeno – a proposta apresentada contribui para uma compreensão raciocínio analógico não só em contextos de uma estrita tradição jurídica ligada aos precedentes como fonte prioritária do Direito.

Lamond sustenta que os teóricos que abordam o raciocínio analógico debatem entre si, em grande medida, porque discorrem, frequentemente, sobre tipos de analogias diversos, embora imaginem estar analisando o mesmo objeto. Há aqueles que veem o raciocínio analógico como “pedra de toque do *common law*” (por exemplo, Levi e Weinreb); há aqueles que consideram que o raciocínio analógico constitui “mera decoração de vitrine” (por exemplo, Posner e Alexander e Sherwin), e há, ainda, aqueles que entendem que a força normativa das analogias deve-se a um elemento independente, como os princípios (por exemplo, MacCormick e Dworkin) ou a justificação subjacente, isto é, o “*rationale*” (por exemplo, Brewer e Raz).

Nesse contexto, o que se verifica é que o tom de desconfiança no raciocínio analógico, por parte de alguns teóricos, de confiança excessiva, por parte de outros, e de confiança moderada, ainda, por parte de um terceiro grupo, poderia revelar relação com os tipos de raciocínios analógicos que estariam no horizonte de compreensão de cada um desses grupos. Os “desacordos” seriam aparentes, uma vez que seriam resultado do fato de os autores não perceberem que haveria três formas de raciocínio analógico no *common law*, cada qual a depender de uma abordagem particularizada, apresentando características próprias<sup>238</sup>. A falta de pacificação quanto a algumas das questões atinentes ao raciocínio analógico, assim, seria decorrente, segundo Lamond, do fato de que os teóricos não estariam a atentar que abordam fenômenos diversos, quando tratam de raciocínio analógico.

Lamond distingue três formas de raciocínio analógico: analogias classificatórias (“*classificatory analogies*”), analogias próximas (“*close analogies*”) e analogias distantes (“*distant analogies*”). Embora constituam uma “tipologia”, o autor esclarece que não haveria, em todas as circunstâncias em que identificado o raciocínio analógico, uma perfeita pertinência a uma dessas três categorias: essa categorização teria o papel de permitir melhor

---

<sup>237</sup> *Ibidem*, p. 569.

<sup>238</sup> *Ibidem*, p. 567.

compreensão, exatamente, do próprio raciocínio analógico e do que motiva as disputas teóricas acerca de sua natureza<sup>239</sup>.

As analogias classificatórias são formuladas nos contextos em que estão em disputa as caracterizações de um caso para fins jurídicos – a questão que se coloca, assim, é decidir se os fatos encontram-se no mesmo escopo de uma regra jurídica já existente, de modo a encaminhar-se determinado resultado. Diante da ausência de clareza acerca da caracterização dos fatos, torna-se um procedimento relevante observar como casos com fatos similares foram decididos, isto é, os casos com fatos tomados como similares vêm a auxiliar na definição da solução<sup>240</sup>. Conforme Lamond, as analogias classificatórias auxiliam na determinação da caracterização jurídica dos fatos de um caso – nos contextos em que a resposta acerca de um caso não é clara, busca-se, em circunstâncias que apresentam fatos similares, ver como as cortes resolveram a questão, com vistas a encontrar orientação para o caso presente, afinal, compreender o significado jurídico de “intenção”, “empregador” etc. envolve, em parte, saber como esses termos já foram aplicados em casos particulares anteriores<sup>241</sup>.

De maneira um pouco diversa, talvez seja possível afirmar que o procedimento pode não ser, propriamente, o de buscar a semelhança de fatos em si mesma, mas, sim, o de identificar quais os fatos anteriores que ensejaram a aplicação de uma regra determinada, que se imagina seja aquela a incidir no caso ora em decisão. Dito de outra forma, nas analogias classificatórias, busca-se identificar como se deu a aplicação de uma determinada regra no passado – busca-se identificar, na verdade, quais fatos foram abrangidos pela regra anteriormente aplicada e supostamente passível de aplicação no caso presente. O que se procura, assim, pode ser uma confirmação de que o modo presente de aplicação de uma regra encontra suporte na aplicação passada da regra, para fatos considerados semelhantes – o que se busca é um viés confirmatório, no sentido de que, se determinados fatos receberam tal qualificação jurídica, é esta que deve se aplicar, também, no caso presente.

Embora Lamond limite seu horizonte de análise ao *common law*, identificando as analogias classificatórias apenas no contexto dos casos, sua abordagem parece permitir aproximação com o contexto de aplicação de regras produzidas pelo direito legislado. Os movimentos argumentativos acima citados aplicam-se, igualmente: em uma primeira formulação, é possível identificar casos anteriores que já receberam decisão e que guardam similaridade fática relevante – tomando como corretas as decisões anteriores, que definiram o

---

<sup>239</sup> *Ibidem*, p. 568-569.

<sup>240</sup> *Ibidem*, p. 568.

<sup>241</sup> “Classificatory analogies are used to help determine the legal characterization of the facts of a case.” *Ibidem*, p. 572.

escopo de aplicação da regra subjacente, é possível, então, aplicar ao caso presente a mesma regra, confirmando o mesmo modo de tratamento dos casos anteriores e do presente (todos submetidos à mesma regra) – a lógica de aplicação que se constata é que, se os fatos são similares entre si, as qualificações jurídicas e as consequências daí advindas, salvo existente um argumento contraposto, não podem variar. Note-se que, nessa primeira formulação, aquele que raciocina parte da comparação dos fatos em si mesmos, para verificar como se deu o tratamento nos casos anteriores. Um esquema poderia ser assim proposto – aqui, a atenção repousa não na comparação, mas no mecanismo para buscar a “fonte” do raciocínio analógico:

*Primeira formulação (comparação de fatos).* Há que se decidir qual a solução jurídica de um caso A, que se constitui de um conjunto de fatos a'. Identifica-se que o caso B constitui-se de um conjunto de fatos b' semelhantemente relevantes a a' (sem diferenças relevantes) e que recebeu o tratamento disposto na regra X. Dada a semelhança relevante (sem diferenças relevantes) entre os fatos do caso A, a', e os fatos do caso B, b', o caso A também deve receber o tratamento disposto na regra X.

Em uma segunda formulação, no entanto, não se identificam, inicialmente, fatos semelhantes, mas, sim, uma regra presumivelmente aplicável para o caso: presume-se que o caso presente deva ser tratado mediante a aplicação de uma determinada regra. A fim de verificar se essa aplicação presumida é passível de confirmação, identificam-se aplicações anteriores dessa mesma regra, e identifica-se se há compatibilidade entre os fatos dos casos já decididos pela regra e os fatos do caso que teria, presumivelmente, a aplicação da mesma regra – a lógica de aplicação, então, é que, se uma regra anterior foi aplicada a fatos semelhantemente relevantes ao fato presente, a mesma regra deve, então, ser agora aplicada, salvo existente algum argumento contraposto. Um esquema para isso poderia ser assim proposto:

*Segunda formulação (comparação de aplicação de regras).* Há que se decidir qual a solução jurídica de um caso A, que se constitui de um conjunto de fatos a'. Identifica-se uma regra presumivelmente aplicável X. A fim de confirmar se aplicável o tratamento disposto na regra X ao caso A, identificam-se outros casos, B, C..., que se constituem de conjuntos de fatos b', c'... e que receberam o tratamento disposto na regra X. Confirmada a semelhança relevante (sem diferenças relevantes) entre os conjuntos de fatos do caso A (a') e dos casos B (b'), C (c')..., o caso A deve receber o tratamento disposto na regra X.

Quer na primeira, quer na segunda formulação, o que está em jogo é um aspecto do contexto de descoberta da solução jurídica aplicável. Em ambas as formulações, procura-se identificar uma espécie de relação que se estabelece entre os fatos e as regras que se

identificam como aplicáveis. É visível, ainda, que essa necessidade de “caracterização” jurídica dos fatos depende mais da análise dos fatos dos casos anteriores, quando há um contexto de dúvida, ideia compatível com a de Brewer, que defende que o raciocínio analógico ocorre em contexto de dúvida. Lamond analisa essa questão, sob uma perspectiva mais pontual, identificando que as analogias classificatórias relacionam-se, em certo sentido, à forma como se concebem os conceitos jurídicos, havendo casos em que os conceitos são dotados de mais ou menos precisão, em sua definição:

Um importante resultado de uma concepção pluralista é que, ao mesmo tempo em que os conceitos jurídicos podem ter uma forma bastante determinada, eles também podem ser bastante fragmentados e indeterminados. Alguns conceitos serão associados a um conjunto de casos que compartilham uma caracterização amplamente aceita, e o papel do conceito em seu contexto legal será bastante incontroverso, assim como o será sua relação com conceitos jurídicos intimamente relacionados. Mas, no caso de outros conceitos, haverá abordagens concorrentes sobre a melhor caracterização dos casos e sobre o papel desse conceito em seu contexto jurídico. A diferença entre conceitos jurídicos “estabelecidos” e “não estabelecidos” é de grau e não é imutável. Ao longo do tempo, um conceito estabelecido pode tornar-se instável, e vice-versa. No entanto, os dois compartilham muito em comum, quando se trata de usar analogias classificatórias. Tome, primeiramente, o caso de conceitos relativamente determinados. Casos análogos são citados aqui, em que um caso tem aspectos que suportariam sua colocação dentro da categoria, bem como aspectos que ajudariam a colocá-lo fora. O que faz um novo caso “semelhante” a um caso existente depende, em parte, de por que as cortes, nos casos anteriores, atribuíram uma categoria particular aos fatos do caso anterior (ou se recusaram a fazê-lo).<sup>242</sup>

Lamond ressalva que delinear analogias classificatórias não deixa de envolver o uso de critérios aceitos, de antemão, para a aplicação de um conceito, quando disponíveis; apesar disso, essa noção de que o domínio de um conceito é redutível a ter em vista o conjunto de condições necessárias e suficientes para o seu uso parece não ser suficiente. O que se quer dizer, então, é que essa descrição do fenômeno (de definição de condições necessárias e suficientes) não é suficiente para o processo que ocorre quando se aplica um conceito jurídico, e as analogias classificatórias desempenham um papel importante na decisão quanto à

---

<sup>242</sup> “One important upshot of a pluralistic conception is that while legal concepts can have a very settled shape, they can also be quite fragmented and unsettled. Some concepts will be associated with a set of cases that share a widely accepted characterization, and the role of the concept in its legal context will be fairly uncontroversial, as will its relationship to closely connected legal concepts. But in the case of other concepts there will be competing accounts of the best characterization of the cases, and of the role of that concept in its legal context. The difference between ‘settled’ and ‘unsettled’ legal concepts is one of degree, and is not immutable. Over time a settled concept may become unsettled, and vice versa. Nonetheless, the two share a lot in common when it comes to the use of classificatory analogies. Take the case of relatively settled concepts first. Analogous cases are cited here where a case has aspects that would support its placement within the category as well as aspects that would support placing it outside. What makes a new case ‘similar’ to an existing case depends in part on why the courts in the earlier cases attributed a particular category to the facts of the earlier case (or refused to do so).” *Ibidem*, p. 574.



alocação ou não de um caso a uma categoria jurídica já existente<sup>243</sup>. O excerto a seguir sumariza a ideia de que a consideração pelos casos anteriores, no âmbito das analogias classificatórias, guarda importância na produção de decisões jurídicas, em especial se se tomar em consideração o ideal do Estado de Direito:

É uma característica particular da tomada de decisões jurídicas que a classificação também deva ser consistente em relação aos casos anteriores, ou seja, com as decisões existentes que o direito já tomou, mesmo quando esses casos anteriores poderiam muito razoavelmente ter sido decididos de outra forma. O ponto é que, mesmo que a linha delineada entre os casos seja, em um sentido relevante, arbitrária, está sendo delineada de uma forma sistemática, em vez de deixar os argumentos discordantes serem decididos de forma *ad hoc* pelas cortes, individualmente. O uso de analogias não pode, é claro, eliminar a necessidade de as cortes fazerem julgamentos sobre as similaridades relevantes, mas procura reduzir e restringir o grau de julgamento individual envolvido. Por isso, procura aproximar o uso da classificação ao ideal do Estado de Direito, onde o resultado do caso não depende das visões individuais daquele que decide, especificamente, mas, sim, do entendimento comum do que o Direito exige.<sup>244</sup>

À vista das preocupações que se apresentam acima, parece difícil considerar que a consideração pelas decisões nos casos anteriores, na forma descrita, relativamente às analogias classificatórias, implique prejuízo ao Estado de Direito, quando, em verdade, ocorre o contrário: o que está em questão é um viés da segurança jurídica, pela constância, no mais das vezes, de um modo de proceder conforme o direito, que se concretiza e que se estabiliza.

Analisadas as analogias classificatórias, passa-se à segunda e à terceira categoria de analogias apresentadas por Lamond, às quais este atribui os nomes de “analogias próximas” e “analogias distantes”. Nestes dois casos, o que está em questão não é o enquadramento de fatos em determinadas qualificações jurídicas, como no contexto das “analogias classificatórias”, mas, propriamente, a definição de soluções para questões jurídicas que não encontram resposta clara no Direito – aqui, o problema não é como caracterizar os fatos, em si, mas como resolver a nova questão jurídica suscitada por esses fatos<sup>245</sup>.

As analogias próximas são utilizadas para ajudar na resolução de uma nova questão jurídica suscitada pelos fatos do caso – não havendo norma clara acerca da questão, faz-se

<sup>243</sup> *Ibidem*, p. 575.

<sup>244</sup> “It is a particular feature of legal decision-making that the classification should also be consistent with previous cases, ie with the existing decisions that the law has made, even when these earlier cases could quite reasonably have been decided otherwise. The point is that even if the line being drawn between cases is, in a significant sense, arbitrary, it is being drawn in a systematic way, rather than leaving arguable cases to be decided on an *ad hoc* basis by individual courts. The use of analogies cannot of course eliminate the need for courts to make judgements about the relevant similarities, but it seeks to reduce and constrain the degree of individual judgement involved. It thereby seeks to bring the use of classification closer to the rule of law ideal where the outcome of the case does not depend upon the individual views of the particular decision-maker, but upon the common understanding of what the law requires.” *Ibidem*, p. 576.

<sup>245</sup> *Ibidem*, p. 568.

necessário observar como o tipo de problema que se tem foi tratado em outros ramos da mesma “doutrina jurídica” [“*legal doctrine*”]. O termo “legal doctrine” tem, aqui, sentido que merece análise mais detida. As doutrinas jurídicas envolvem um conjunto de regras, princípios, máximas, teorias que se encontram consolidadas, de modo a estabelecerem-se como forma de decidirem casos. Emerson Tiller e Frank Cross afirmam que “a doutrina jurídica estabelece os termos para resolução futura de casos em uma área. A doutrina pode assumir várias formas, pode ser dependente de fato e, portanto, limitada, ou estender-se em sua amplitude”<sup>246</sup>. Conforme Peczenik, doutrina jurídica, no direito europeu continental, consiste nos escritos jurídicos profissionais, como manuais, monografias etc. cuja tarefa é sistematizar e interpretar o Direito válido<sup>247</sup>. É possível, de todo modo, fazer alguma transposição entre o conceito de “doutrina jurídica” e o que se entende por “ramo do Direito”: a ideia de as analogias próximas dependerem de um tratamento de casos sob a luz da mesma “doutrina jurídica” indica o ideal de conexão imediata entre os fatos e a sua regulação jurídica diretamente considerada.

Nas analogias próximas, então, a caracterização dos fatos pode ser suficientemente clara, mas, devido à inexistência de uma norma jurídica diretamente aplicável, surge a necessidade de buscar a resposta por meio de uma analogia no âmbito da doutrina jurídica em que identificada a questão. Assim, as analogias próximas envolveriam uma operação dentro de uma mesma doutrina jurídica, e a sua força, tendentemente, dependeria desse enquadramento. Assim, na perspectiva de Lamond, as abordagens das analogias jurídicas estariam incompletas, uma vez que apenas visualizariam o problema por meio da comparação de dois casos considerados análogos e da relação entre eles, deixando de considerá-los à luz da doutrina jurídica envolvida<sup>248</sup>.

Um conjunto de fatos deve estar alocado em algum campo ou campos do direito, tal como suscitar uma questão de direito contratual ou de direito administrativo. Esses campos do direito formam redes sistemáticas com estruturas distintas. A característica mais relevante para o raciocínio por analogia é a forma como os campos da doutrina jurídica formam estruturas hierarquizadas, desde doutrinas muito amplas e abstratas até compartimentos do direito muito detalhados. O direito da responsabilidade civil, por exemplo, tem uma série de ações – danos dolosos, danos por negligência, danos de responsabilidade objetiva. Dentro de um delito individual, frequentemente, haverá subcategorias adicionais: a negligência, por exemplo, cobre locatários, prática profissional e responsabilidade pelo produto, entre

<sup>246</sup> “Legal doctrine sets the terms for future resolution of cases in an area. Doctrine may take many forms, it may be fact dependent, and therefore limited, or sweeping in its breadth.” TILLER, Emerson; CROSS, Frank. What is Legal Doctrine. *Public Law and Legal Theory Papers*, n. 41, maio 2005. Disponível em: <<<http://law.bepress.com/nwwps-plltp/art41>>>.

<sup>247</sup> PECZENIK, Aleksander. A Theory of Legal Doctrine. *Ratio Juris*, vol. 14, n. 1, pp. 75-105, mar. 2001

<sup>248</sup> LAMOND, Grant. *Op. cit.*, p. 576;

outros. Dentro da negligência profissional, há negligência médica, negligência de advogados, contadores etc. À medida que se desenvolve mais, o direito torna-se cada vez mais especializado e cada vez mais refinado. As áreas especializadas são consideradas tanto como uma abordagem distintiva com um assunto particular que suscita suas próprias considerações distintivas quanto como parte de um campo mais amplo que dá forma geral à área.<sup>249</sup>

A preocupação volta-se, aqui, à identificação dos casos relacionados e, então, na possibilidade de o caso passado abordar, de alguma forma, o que está em discussão no caso presente – nesse ponto, o que se analisa é se a razão pela qual a corte tomou a decisão no primeiro caso alcança a possível decisão a ser tomada para o caso presente, de modo a fundamentar a mesma solução. Nesse ponto relativo aos estágios pertinentes à formulação de analogias próximas, Lamond faz observação oportuna sobre o fato de alguns teóricos considerarem que o processo de identificação de analogias depende de intuição na apreciação da similaridade entre os casos ou depende de reconhecer a relevância da justificação (“rationale”) de um caso para o outro: em verdade, o processo de identificação de analogias não seria totalmente desgovernado, uma vez que haveria uma preocupação em buscar possíveis decisões com autoridade, preferencialmente, no âmbito de uma mesma doutrina jurídica em que o caso encontra-se.

Quanto à relação que se poderia traçar entre essa categoria das analogias próximas e a determinação ou indeterminação jurídica que poderia ser provocada por elas, quando utilizadas como argumentos jurídicos, verifica-se que a sua finalidade é de aumentar o grau de previsibilidade e de consistência na tomada de decisão: é por isso que Lamond considera que analogias próximas implicam vinculação para as cortes inferiores, sendo que a conclusão do raciocínio analógico, nesse caso, corresponderia a uma razão suficiente para a decisão (ausentes razões em sentido contrário). A concepção subjacente é de que, quanto maior a proximidade, maior seria a capacidade de compelir ao resultado: “à medida que as analogias

---

<sup>249</sup> “A set of facts must be located within some field or fields of law, such as raising a question of contract law, or administrative law. These fields of law form systematic networks with distinctive structures. The most relevant feature for reasoning by close analogy is the way in which fields of legal doctrine form nested structures, from very broad and abstract doctrines to very detailed compartments of law. The law of torts, for example, has an array of actions—intentional torts, torts of negligence, strict liability torts. Within an individual tort there will often be further sub-categorizations: the law of negligence, for instance, covers occupiers, professional practice and products liability, among others. Within professional negligence there is medical negligence, negligence of lawyers, accountants, etc. As one drills further down, the law becomes more and more specialized and more and more fine-grained. Specialized areas are regarded as both distinctive—dealing with a particular subject-matter that raises its own distinctive considerations—and part of a wider field that gives the general shape to the area.” *Ibidem*, pp. 576-577.

se tornam mais distantes, as diferenças contextuais tornam-se maiores, e as razões para adotar a analogia, menos vinculativas”<sup>250</sup>.

O autor defende que a diferença entre a aplicação de um precedente vinculante e uma analogia próxima seria uma questão de grau, não sendo possível uma distinção tão clara entre aplicação de precedentes e aplicação de analogias. Havendo um precedente vinculante ou uma analogia próxima, tanto um quanto outro proveriam uma razão bastante forte para que se seguisse a conclusão a que se chegou, em um caso ou em outro. A consideração a seguir parece captar uma noção semelhante à que Michelin e D’Almeida postulam, quando abordam o problema da formulação da razão que orienta a aplicação de um raciocínio analógico:

Quanto mais estrita a *ratio* de um caso, menor o nível de generalidade em que é fixado, e mais limitado o seu alcance de aplicação direta. Contudo, por mais estrita que seja a decisão, a base para a decisão é potencialmente aplicável a uma classe mais ampla de casos por meio de uma analogia próxima. Por outro lado, quanto mais ampliada a *ratio* de um caso, maior o nível de generalidade e maior o seu alcance, mas maior o escopo para distinguir a decisão e, assim, estreitar a sua aplicação.<sup>251</sup>

De outra parte, seria possível identificar, ainda, o potencial de as analogias próximas promoverem a coerência interna, dada a noção subjacente de solução concertada no contexto de uma mesma doutrina jurídica:

As analogias não simplesmente suavizam a relevância dos limites dos precedentes, mas elas também servem para promover a coerência interna dentro das doutrinas jurídicas. As várias subdivisões de uma doutrina jurídica são (idealmente) desenvolvidas “com um olho em outras subdivisões cognatas”. Isso reflete o fato de que o direito não é simplesmente um conjunto de regras: é um conjunto de doutrinas fundamentadas que estão interligadas e inter-relacionadas. As doutrinas jurídicas são constituídas não apenas por grupos de regras que regulam e criam atividades, mas pelos valores e interesses que racionalizam e justificam essas regras e padrões. As analogias próximas fornecem a extrapolação da doutrina existente a novos contextos e também permitem que as cortes considerem se há algo distintivo sobre o contexto que conta contra a simples extensão. Como a prática da distinção [*distinguishing*], o uso de analogias próximas injeta um grau de sensibilidade contextual no desenvolvimento da doutrina jurídica.<sup>252</sup>

<sup>250</sup> “As analogies become more distant, the contextual differences loom larger, and the reasons for adopting the analogy less compel.” *Ibidem*, p. 580.

<sup>251</sup> “The narrower the *ratio* of a case, the lower the level of generality at which it is pitched and the more limited its directly applicable range. But however narrow the decision, the basis for the decision is potentially applicable to a wider class of cases by way of close analogy. Conversely, the wider the *ratio* of a case, the higher the level of generality and the greater its range, but the greater the scope for distinguishing the decision and thus narrowing its application.” *Ibidem*, p. 581.

<sup>252</sup> “Analogies do not simply soften the cut-off relevance of precedents, however, they also serve to promote internal coherence within legal doctrines. The various sub-divisions of legal doctrine are (ideally) developed with one eye on other cognate sub-divisions. This reflects the fact that law is not simply a body of rules: it is a body of reasoned doctrines that are interconnected and interrelated. Legal doctrines are constituted not simply by groups of rules that regulate and create activities, but by the values and interests that rationalize and justify those rules and standards. Close analogies provide for both the extrapolation of existing doctrine to novel contexts, and

Mesmo no âmbito do direito legislado, essa compreensão parece fazer sentido. Se se tomar em consideração um determinado ramo do direito (como o civil, o administrativo, o penal etc.), nota-se, com frequência, que os fatos de um caso podem ser colocados em relação com outros, no escopo de um ramo comum, quando assim subordinados, de modo a poderem ser agrupados e tratados a partir de uma lógica comum. A força de vinculação, portanto, derivada de uma comparação de tratamentos de determinadas categorias de fatos postas em relação e mediadas por uma “lógica” subjacente ao ramo do direito em questão, parece fornecer elementos que apontam para um modo de compreensão de “classes” de problemas.

Essa premissa – de tratamento prioritariamente equivalente quanto a classes de fatos semelhantes, no âmbito de um mesmo ramo do direito – guarda relação com a já mencionada reivindicação de coerência interna, afinal, é pressuposto de um ramo do direito que sejam conferidos tratamentos “que façam sentido”, quando tomados em conjunto, relativamente às classes de atos, fatos e pessoas que regulam. As analogias próximas, portanto, na medida de sua possibilidade, fornecem elementos capazes de ampliar determinação e certeza no Direito, diante da postulação de tratamentos em conformidade com a semelhança dos fatos que estão em questão e em conformidade com o ramo do Direito a que vinculados esses mesmos fatos.

Passa-se, por fim, às “analogias distantes” (“distant analogies”), aquelas que, embora se destinem, como as analogias próximas, à solução de questões jurídicas novas suscitadas pelos fatos de um caso, quando não há norma jurídica clara quanto à questão, diferem das analogias próximas, por envolverem soluções não da mesma doutrina jurídica, mas de doutrinas jurídicas mais distantes. A força das razões de analogias distantes é considerada menor, uma vez que os raciocínios analógicos assim formulados forneceriam “uma” razão em favor da solução jurídica assim proposta, mas não a única, podendo ser identificadas razões de outras ordens, em sentido contrário. O fundamento para um raciocínio analógico desse tipo seria a necessidade de uma concepção de coerência geral do direito (não apenas dentro de uma doutrina jurídica)<sup>253</sup>.

As analogias distantes, assim, envolveriam relações entre casos decididos em doutrinas jurídicas diversas, ou, na linha de reformulação antes proposta, em ramos do Direito diversos – passa-se a observar outros “campos” de normatividade jurídica, para verificar como determinados tipos de questões foram resolvidos. Duas condições para uma analogia

---

also allow the courts to consider whether there is anything distinctive about the context that counts against simple extension. Like the practice of distinguishing, the use of close analogies injects a degree of context-sensitivity into the development of legal doctrine.” *Ibidem*, p. 581.

<sup>253</sup> *Ibidem*, p. 568.

distante seriam necessárias, conforme Lamond: a questão suscitada no caso presente e a questão resolvida no caso anterior poderiam ser caracterizadas de uma forma comum, e a justificação para a decisão em questão seria aplicável a essa caracterização comum. Como dito, as analogias distantes teriam menor força argumentativa, provendo apenas uma razão adicional em favor de um resultado, que poderia “competir” com outras razões contra e a favor do mesmo resultado<sup>254</sup>.

Os casos de analogias distantes, segue Lamond, poderiam ser analisados em termos de princípios jurídicos que seriam subjacentes às soluções, lançando mão dos argumentos delineados por MacCormick e Dworkin, citados anteriormente. Embora essa não seja uma linha de concepção adotada por Lamond, este reconhece que as analogias distantes passam a ter vez, de fato, diante da inexistência de um precedente diretamente aplicável ou de uma analogia próxima que se baseie na doutrina jurídica mais imediatamente relacionada. O autor enfatiza, apesar disso, a justificação do uso das analogias distantes pela “coerência global” que estas provêm: haveria uma preferência por um Direito que seja tanto globalmente quanto localmente coerente<sup>255</sup>, muito embora caiba a ressalva de que um tratamento que atente para as analogias distantes à luz da coerência do Direito como um todo tenha de considerar o fato de que é necessário observar a relevância ou a significância de tomar as áreas em questão com base em um ponto de vista comum. Essa é a conclusão quanto às analogias distantes:

Quando se trata de analogias distantes, é mais fácil ver a força do raciocínio analógico em visões céticas. Há, é claro, situações em que a manutenção da coerência entre ou através de diferentes doutrinas é uma preocupação significativa, mas há muitas outras situações em que a falta de sincronização importará pouco, se é que importará. O que importa muito mais é a cogência do raciocínio no caso analógico, ou seja, se apresenta um bom argumento para lidar com um problema de uma certa maneira. Se sim, então, naturalmente, deve ser adotado. Assim, as analogias distantes podem fornecer uma ajuda valiosa para resolver uma questão. Mas elas estão aptas a receber um peso de modo a chegar a uma decisão que exceda o seu valor. Isso aponta para a conveniência de conferir às analogias distantes um papel mais modesto do que atualmente gozam no raciocínio do *common law*. Mesmo assim, elas são mais do que simples acessórios, uma vez que a coerência entre doutrinas importa em muitas situações.<sup>256</sup>

---

<sup>254</sup> *Ibidem*, pp. 582-583.

<sup>255</sup> *Ibidem*, p. 586.

<sup>256</sup> “When it comes to distant analogies, it is easier to see the force in sceptical views of analogical reasoning. There are of course situations where maintaining coherence between or across different doctrines is a significant concern, but there are many other situations where the lack of synchronization will matter little, if at all. What matters far more is the cogency of the reasoning in the analogical case, ie whether it presents a good case for dealing with an issue in a certain way. If it does, then naturally it should be adopted. So distant analogies can provide valuable assistance in resolving an issue. But they are apt to being given a weight in reaching a decision that exceeds their value. This points to the desirability of giving distant analogies a more modest role than they currently enjoy in common law reasoning. Even so, they are more than mere window-dressing, since inter-doctrinal coherence does matter in many situations.” *Ibidem*, pp. 587-588.

Lamond reconhece que as analogias podem representar pesos argumentativos diversos, e os resultados quanto a elas não poderiam representar a mesma força que a das categorias anteriores – nesse ponto, pondera que se justificaria uma espécie de “ceticismo moderado”<sup>257</sup>. O fato de o autor reconhecer a menor força argumentativa das analogias distantes, antes de favorecer a tese de que os raciocínios analógicos são perniciosos ao Estado de Direito, refuta-a: a distinção proposta permite, de alguma forma, aferir a espécie de raciocínio analógico subjacente ao argumento, conferindo-lhe a força a que faz jus.

Nessa perspectiva, entender o tipo de raciocínio analógico em questão permitiria avaliar a força de seu argumento e o grau de aptidão para produção de resultados compatíveis com a esperada determinação do Direito. Na visão de Lamond, portanto, a importância dos raciocínios analógicos residiria na forma como estes serviriam às cortes, para cumprir suas funções decisórias, permitindo o desenvolvimento do Direito com fidelidade às doutrinas jurídicas existentes e com sensibilidade aos novos contextos em que o direito deva ser aplicado<sup>258</sup>. Há, então, papéis significativos a serem desempenhados pelos raciocínios analógicos no Direito, uma vez que forneceriam subsídios capazes de auxiliar, de formas diversas, o desenvolvimento do Direito a partir de bases estáveis, sem ignorar a necessidade de atentar para as particularidades dos casos, as quais são sempre postas em análise. A seguir, formula-se, a partir da perspectiva de Weinreb e de MacCormick, uma abordagem semelhante à de Lamond, que parece referendá-la, quando à relação entre raciocínios analógicos e os ramos do direito envolvidos ou, de maneira relativamente equivalente, quanto à relação entre raciocínios analógicos e os institutos jurídicos envolvidos.

#### 3.4 RACIOCÍNIO ANALÓGICO E INSTITUTOS JURÍDICOS: SEGURANÇA JURÍDICA E DENSIFICAÇÃO DO DIREITO.

A proposta de Lamond parece fornecer subsídios para a percepção da importância do contexto juridicamente qualificado, no qual se formula um raciocínio analógico. Essa concepção vem a ser confirmada por Weinreb, que vincula, de certa maneira, a força do argumento com o ramo do Direito envolvido na controvérsia – quanto mais próximos os ramos envolvidos nos casos em discussão, maior poderá ser a força da analogia produzida. Em uma perspectiva semelhante, postula-se que parece ser possível perceber a força do argumento analógico a partir da relação entre os institutos jurídicos envolvidos nos casos,

---

<sup>257</sup> *Ibidem*, p. 587.

<sup>258</sup> *Ibidem*, p. 588.

lançando-se mão do vocabulário utilizado por MacCormick, nesse ponto. Essas abordagens são apresentadas, a seguir, em conjunto.

A busca por uma analogia que atenda ao requisito da similaridade relevante ou pertinente depende de uma clara compreensão acerca de qual instituto jurídico – qual conjunto de normas jurídicas a reger determinado tipo de relação – está em discussão no caso. Para que uma analogia seja relevante ou pertinente, é preciso que o argumento analógico formulado atente para o que o Direito pretende proteger, diante da situação particular, em coerência com o caso e com o ramo do Direito relacionado, mas também com o ordenamento jurídico como um todo. Essa pretensão de coerência, embora não seja de todo alcançável, constitui um ideal a ser buscado, justamente porque o Direito, ao menos idealmente, não deve configurar-se como um “amontoado” de regras sem sentido.

No que tange ao fato de essa noção de semelhança relevante fazer mais sentido em um determinado ramo do Direito, Weinreb, em linha próxima à de Lamond, aborda alguns requisitos relacionados, e evidencia que a prática de situar um caso diante de uma área específica do Direito ou, eventualmente, no espaço limítrofe entre duas ou mais áreas permite dimensionar quais os fatos que sobressaem como necessários para o estabelecimento de um possível raciocínio analógico. Essa percepção, claramente, não se compatibiliza com a ideia defendida pelos autores que consideram que a seleção dos itens a serem comparados, no desenvolvimento do raciocínio analógico, é feita de modo aleatório:

Dispondo dos fatos de uma causa e buscando nas fontes do direito um fundamento de decisão, a tarefa do advogado ou do juiz consiste, primeiramente, em situar os fatos dentro de uma ampla área do direito que lide com esse tipo de conduta humana e, depois, em levar em conta detalhes cada vez mais específicos para estreitar progressivamente o foco, até que disso emerja uma norma que se aplique diretamente aos fatos em pauta. Em geral, a área aplicável do direito é determinada rápida e facilmente, pois as categorias do direito correspondem – como seria de esperar – aos tipos de controvérsia que surgem. Ocasionalmente, os fatos que dão margem a um litígio não se situam nitidamente dentro de uma ou outra categoria claramente definida, mas recaem na fronteira entre duas categorias bem definidas, de modo que as normas jurídicas de ambas podem igualmente ter alguma influência sobre o resultado. As categorias jurídicas conhecidas – responsabilidade civil, contratos, direito penal, direito ambiental, valores imobiliários e assim por diante – não são, em todo caso, rígidas e mutuamente exclusivas, mas antes rubricas convencionais que se referem a um grupamento de normas relacionadas entre si pelo tipo de conduta com que lidam. Conforme o foco vai se estreitando, mais e mais fatos vão sendo incluídos – a perda de um bem de uma pessoa... que depositava confiança em outra pessoa... sem negligência ou culpa da outra pessoa... num barco a vapor... que oferece alojamento para pernoite... – e a norma vai se delineando de modo cada vez mais preciso, até que surja uma norma singularmente aplicável a esses fatos.<sup>259</sup>

<sup>259</sup> WEINREB, Lloyd. *A razão jurídica: o uso da analogia no argumento jurídico*, pp. 63-64 [“Having the facts of a case before him and looking within the body of the law for a ground of decision, the task of the lawyer or judge



Com efeito, percebe-se que cada ramo do Direito fornece subsídios de algumas categorias básicas que toma como necessárias para a solução das questões jurídicas que se colocam. Disso decorre que o raciocínio analógico deixa de ser considerado como um contexto de mera escolha aleatória de algum caso antecedente que sirva à solução de um caso com decisão pendente de julgamento. Pensar a solução jurídica do caso é, muitas vezes, uma questão de atentar para o âmbito do Direito em que se está concebendo a possível resposta:

Ainda que nenhuma norma imponha uma decisão à maneira de um argumento dedutivo, a escolha da analogia a que se deve dar preferência não é um jogo de cara-ou-coroa. [...] A escolha é instruída também por um amplo entendimento daquilo que é pertinente ao tipo de decisão a ser tomada – o problema da responsabilidade (no caso *Adams*), ou da regulamentação dos negócios (no caso *Jewell-LaSalle*), ou dos direitos individuais (no caso *Katz*) – e, num sentido ainda mais amplo, por aquilo que, de modo geral, “vale alguma coisa” no direito.<sup>260</sup>

Prosseguindo no argumento, a semelhança relevante parece poder encontrar-se justificada por meio do – para utilizar uma expressão de MacCormick – instituto jurídico que está em jogo. MacCormick considera, em uma definição que atribui o nome de “explicativa”, que o direito é uma “ordem normativa institucional” (“institutional normative order”)<sup>261</sup>: a ordem normativa toma a forma de uma ordem normativa institucionalizada, no contexto da estrutura constitucional do Estado moderno, muito embora esse contexto do Estado constitucional ou do Estado de Direito constitua, na concepção do autor, uma, dentre outras classes de direito<sup>262</sup>. MacCormick vê o Direito do Estado contemporâneo como uma forma de

---

is first to locate the facts within a broad area of the law dealing with that kind of human conduct, and then, including more and more particular detail, progressively to sharpen the focus until there emerges a rule that applies squarely to those facts. Ordinarily, the relevant area of the law is quickly and easily determined, because the categories of the law correspond, as they must, to the kinds of controversies that arise. Occasionally, the facts of a case do not lie neatly within one clearly defined category or another but fall on the border between two well-defined categories, so that rules of law from both may alike have some bearing on the outcome. The familiar legal categories – torts, contract, criminal law, environmental law, securities regulation, and so forth – are, in any event, not rigid and mutually exclusive but are rather conventional rubrics that refer to a grouping of rules related together by the kind of conduct with which they deal. As the focus is sharpened, more and more facts are included – a person’s loss of property... while reposing confidence in another... without the other’s negligence or fault... on a steamboat... that provides overnight lodging... – and the rule is drawn more and more narrowly, until there emerges a rule that uniquely applies to those facts.” WEINREB, Lloyd. *Legal reason: the use of analogy in legal argument*. New York: Cambridge University Press, 2005, pp. 87-88].

<sup>260</sup> *Ibidem*, p. 67 [“Although no rule dictates a decision, in the manner of a deductive argument, the choice of which analogy to prefer is not like a flip of the coin. [...] The choice is informed also by a broad understanding of what is relevant to the sort of decision being made – a matter of liability (*Adams*) or regulation of business (*Jewell-LaSalle*) or individual rights (*Katz*) – and, broader still, what generally ‘counts’ in the law.” WEINREB, Lloyd. *Legal reason: the use of analogy in legal argument*. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 91-92].

<sup>261</sup> MACCORMICK, Neil. *Institutions of Law*. New York: Oxford University Press, 2007, p. 1.

<sup>262</sup> *Ibidem*, pp. 2-3.

direito, isto é, como uma espécie de ordem normativa institucional, na qual se pressupõe uma “qualidade sistemática”, no sentido de que os padrões são tomados a partir de categorizações – os padrões envolvem a percepção de uma “totalidade racionalmente inteligível”, de modo que passam a ter relação, nesse sentido, o particular e o universal:

Um conjunto elaborado de padrões de conduta humana é considerado como “vinculante” para todas as pessoas dentro do domínio ordenado, e a ordem prevalece entre aqueles que são seus destinatários, à medida que sucedem em ajustar seu comportamento aos padrões estipulados. A possibilidade de que surja uma ordem a partir da conformidade a tais padrões depende, obviamente, de que o conjunto de padrões que equivalha a ser uma totalidade racionalmente inteligível. Portanto, existe uma qualidade sistemática postulada sobre os padrões de conduta supostos ou sobre as “normas” que subjazem à aspiração de ordem.<sup>263</sup>

Nessa perspectiva de uma teoria normativo-institucional, a atenção de MacCormick volta-se a classes que não são, pura e exclusivamente, “realidades físicas”, mas fatos institucionais, ou seja, esses fatos dependem da interpretação de objetos, eventos e comportamentos por meio de referência a determinado marco ou a determinada estrutura normativa<sup>264</sup>, afinal, seguindo o exemplo de MacCormick, há diferença entre visualizar o ato de uma pessoa que tem em sua mão e passa em uma máquina uma peça de plástico colorida e brilhante com algumas marcas características ou o ato de efetuar o pagamento de uma negociação de compra e venda por meio do cartão de crédito. Esse exemplo, aliás, permite uma consideração importante acerca de como os fatos são inseridos no raciocínio analógico: em certo sentido, sempre há relevância na qualificação jurídica dos fatos (quer porque, mediante a analogia, pretende-se bem qualificar determinado fato à luz do direito, quer porque se pretende, a partir da analogia, definir a resposta de uma solução jurídica que pode ser pensada por comparação entre os fatos em um determinado ramo do direito, em específico, ou entre ramos do direito). Pelo menos do ponto de vista explicativo, não parece suficiente a descrição dos “fatos brutos”: verifica-se o caráter explicativo das instituições e dos fatos institucionais, pois, como refere MacCormick, “a ideia de fatos institucionais vincula-se facilmente à ideia de que um elemento importante no tal Direito [em um Estado contemporâneo] é a existência de ‘instituições’ como o contrato, a propriedade, o matrimônio,

<sup>263</sup> “An elaborate set of patterns for human conduct is taken to be ‘binding’ on all persons within the ordered domain, and order prevails among the persons addressed to the extent that they succeed in matching their conduct to the stipulated patterns. The possibility of orderliness arising out of conformity to such patterns depends, obviously, on the set of patterns amounting to a rationally intelligible totality. Therefore there is a postulated systematic quality about the supposed conduct-patterns or ‘norms’ that underlie the aspiration to order.” *Ibidem*, p. 11.

<sup>264</sup> *Ibidem*, p. 11.

o *trust*, as fundações (*Stiftung*) e assemelhados”, conectando-se, também, com a ideia de que atuam como instituições, também, as cortes, o Legislativo, as forças policiais e outros<sup>265</sup>.

Essa percepção do problema – a partir da noção de fatos institucionais e de suas classes respectivas – envolve, diretamente, a noção de coerência, entendida, conforme já apontado, como “a propriedade de um grupo de proposições que, tomadas em conjunto, ‘faz sentido’ em sua totalidade”<sup>266</sup>. A coerência desempenha um papel de justificação no raciocínio analógico, na medida em que, na comparação, evidencia-se que, tanto no caso originário quanto no caso alvo de análise, há algo em comum a ser protegido:

Há também razões (informação adequada a pessoas afetadas pelo Direito, relativa clareza no Direito e previsibilidade razoável a sua aplicação) para que o Direito deva se expressar por meio de regras relativamente detalhadas. Essas regras relativamente detalhadas serão arbitrárias se não forem também desdobramentos de princípios mais gerais, menos numerosos do que as regras detalhadas, e mais gerais nos seus termos. Além disso, como poucas pessoas podem saber os pequenos detalhes do Direito, é mais provável que o Direito seja inteligível nos seus efeitos e previsível na sua aplicação se for representado concretamente por uma série razoavelmente pequena de princípios gerais que podem ser concebidos como parte do senso comum da comunidade. Esse ponto adicional é um elemento da justiça nas relações entre cidadão e estado. Por fim, pegando emprestado de Jaakko Hintikka e Georg-Henrik von Wright, uma ordem jurídica pode ser concebida como uma ordem ideal no sentido de uma ordenação possível das relações humanas. Essa ordenação estabelece um padrão, ao menos como aspiração, para a conduta real em tais relações humanas. Com base nesse fundamento, não parece suficiente que uma ordem jurídica deva constituir apenas um agregado relativamente detalhado de proposições não contraditórias, mas aparentemente arbitrárias, acrescentando-se ao todo uma única norma geral de que essa ordem deva ser realizada na prática social. Se avaliada por parâmetros da razão prática extrajurídica, uma ordem desse tipo não poderia ser uma forma satisfatória de “ordem ideal” para agentes humanos racionais.<sup>267</sup>

<sup>265</sup> “[...] the idea of institutional facts links up easily with the idea that an important element in such law is formed by ‘institutions’ such as contract, property, marriage, trust, foundation (*Stiftung*), and the like.” *Ibidem*, p. 12.

<sup>266</sup> MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 248. [“the property of a set of propositions which, taken together, ‘makes sense’ in its entirety.” MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law: a theory of legal reasoning*. New York: Oxford University Press, 2005, p. 190]

<sup>267</sup> *Ibidem*, p. 263 [“There are also reasons (fair notice to persons affected by the law, relative clarity in the law, and reasonable predictability in its application) why the law should be expounded at the level of relatively detailed rules. But these relatively detailed rules will be arbitrary if they are not also instances of more general principles, fewer in number than the number of the detailed rules, and more general in their terms. Further, since few people can know much of the detail of the law, they are more likely to find it intelligible in its effects and predictable in its application if it does instantiate a reasonably small range of general principles that can be regarded as part of the common sense of the community. This further point amounts to an element of justice in the dealings between citizen and state. Finally, to borrow from Jaakko Hintikka and Georg-Henrik von Wright, a legal order can be conceived as an ideal order in the sense of a possible ordering of human affairs which is taken to set a pattern at least for aspiration in the actual conduct of affairs. On that ground, it seems not enough that it should constitute merely an aggregate of non-contradictory but apparently arbitrary propositions of a relatively detailed sort, the whole having subjoined to it a single general norm that this order is to be realized in social practice. Judged by the standards of extra-legal practical reason, such an order could not be a satisfactory form of ‘ideal order’ for rational human agents.” MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law: a theory of legal reasoning*. New York: Oxford University Press, 2005, pp. 201-202].

Essa compreensão do fenômeno é intrínseca ao Estado de Direito, na medida em que a coerência mencionada reflete, de modo derivado, a observância do princípio de tratar casos semelhantes de forma semelhante, e casos diferentes, de forma diferente – mas esse tratamento é mediado, por evidente, pelos fatos institucionais, isto é, é sob a perspectiva das instituições jurídicas que os fatos são identificados e qualificados para decisão. Isso é expressamente sustentado por MacCormick, ao afirmar o seguinte, já citado anteriormente:

[...] é muito claro que a relevância da analogia depende do princípio mais amplo do qual cada caso pode ser mostrado como uma exemplificação. Dessa maneira, a argumentação analógica para preencher “lacunas” ou para “desenvolver o Direito” pertence clara e confortavelmente à moldura da coerência enquanto um valor jurídico de escala mais abrangente, e é simplesmente uma vívida ilustração da argumentação por coerência.<sup>268</sup>

Essa percepção do fenômeno da analogia jurídica e de sua aplicação parece compatibilizar-se com a afirmação de que “coerência é a compatibilidade axiológica entre duas ou mais regras, todas justificáveis em vista de algum princípio ou valor comum”<sup>269</sup>. Se se tomar o enfoque não das regras em si mesmas, mas dos fatos sobre os quais incidem as regras, vê-se que o que sustenta a aplicação de uma mesma consequência jurídica a fatos análogos é a existência de uma finalidade comum, visada e justificada pelo Direito, que se delinea pela então referida compatibilidade axiológica. Não se trata, ressalte-se, de conceber que a analogia deve pautar-se por percepções individuais acerca de semelhanças e de dessemelhanças, mesmo porque o Direito moderno não é “um sistema que faz apelo às práticas tradicionais ou à ‘natureza das coisas’ para decidir o que é devido a cada um”<sup>270</sup>.

A instanciação dos casos em ramos jurídicos específicos ou à luz de institutos jurídicos particulares nem sempre poderá ser suficiente para definir qual a solução do caso, pela via do raciocínio analógico. Isso não significa, no entanto, que o raciocínio analógico e a atenção para os casos particulares não tenham valor: ao contrário, é importante reconhecer em quais contextos o raciocínio analógico “funciona” e tem efeitos práticos substanciais, para definir a solução jurídica de um caso, e em quais isso não é possível. A inadequação do

<sup>268</sup> *Ibidem*, p. 270 [“it is very clear that the relevance of the analogy depends on the broader principle of which each of the cases can be shown to be an instantiation. In this way, analogical reasoning to fill ‘gaps’ or to ‘develop the law’ clearly belongs comfortably within the framework of coherence as a grand-scale legal value, and is simply a particularly vivid illustration of coherentist reasoning.” MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law: a theory of legal reasoning*. New York: Oxford University Press, 2005, p. 207].

<sup>269</sup> *Ibidem*, p. 301 [“Coherence is axiological compatibility among two or more rules, all being justifiable by reference by reference to some common principle or value.” MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law: a theory of legal reasoning*. New York: Oxford University Press, 2005, p. 231].

<sup>270</sup> LISBOA, Wladimir Barreto. A representação política e seus intérpretes: acerca da recepção de Thomas Hobbes. *Dois Pontos*, vol. 13, n. 2, p. 103, 2016.

tratamento jurídico de determinada questão será, por vezes, dependente da reivindicação de que deve ser considerada uma semelhança relevante até então ignorada, por exemplo – nesse caso, não se estará adentrando em campos alheios ao direito, inadvertidamente, mas, pelo contrário, observando, com a devida atenção, de que modo o Direito deve conferir determinado tratamento jurídico:

Isso [o que o juiz Robert Walker disse acerca do caso das gêmeas siamesas, “Conjoined Twins”] reconhece que, em certo sentido, novo direito está sendo criado, mas com base no direito existente, porque inteiramente coerente com este e, portanto, já está dentro de seu quadro atual de referência. Porque está sendo criado sob o direcionamento do que parece à corte serem os princípios guias mais relevantes que podem ser construídos a partir do direito estabelecido que trata do homicídio e da santidade da vida.

Tal abordagem caso a caso sugere a possibilidade de que um corpo de normas cresça mais densamente com o decorrer do tempo.<sup>271</sup>

Nesse aspecto, a concepção é de que decisões particulares em um sentido uniforme que tome determinada semelhança relevante em consideração permitem que o direito desenvolva-se de modo direcionado, incorrendo no ônus argumentativo aquele que pretender a alteração de determinada solução jurídica<sup>272</sup>. As decisões anteriores “densificam” o direito, à medida que vão constituindo instanciações de aplicação de um determinado tratamento particular conferido pelo Direito:

A presunção, o ônus do argumento, mudou. A razão para essa mudança é a acumulação constante da experiência judicial do desenvolvimento e aperfeiçoamento desse ramo do direito e, portanto, do testar constante do princípio em novos casos, e do firme reforço para sua adoção – qualificada como necessária – em situações novas.<sup>273</sup>

<sup>271</sup> “This acknowledges both that in a sense new law is being made yet that it is being made with support from the existing body of law, because fully coherent with it and hence already inside its present frame of reference. For it is being made under the guidance of what seem to the court to be the most relevant guiding principles that can be constructed out of the established law dealing with killing and the sanctity of life. Such a case-by-case approach suggests the possibility of a body of law growing more dense over time.” MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law: a theory of legal reasoning*. New York: Oxford University Press, 2005, p. 204.

<sup>272</sup> É importante, aqui, manifestar discordância quanto à noção de desenvolvimento do Direito pelo raciocínio analógico apresentada por Bankowski, que limita, demasiadamente, o papel do raciocínio analógico: o autor entende, por um lado, que o Direito só pode desenvolver-se, analogicamente, dentro do contexto da própria tradição, em uma perspectiva que alude, inclusive, à tese da resposta correta dworkiniana; considera, por outro, que, se o Direito está, nesse sentido, a desenvolver-se no âmbito de uma mesma tradição, não haveria qualquer inovação, de modo que a analogia funcionaria como um modo de raciocínio que não poderia dizer nada de novo, porque estaria “fechada em um discurso e em uma tradição”. BANKOWSKI, Zenon. *Analogical Reasoning and Legal Institutions*. In: \_\_\_\_\_; WHITE, Ian; HAHN, Ulrike (eds.). *Informatics and the Foundations of Legal Reasoning*. Dordrecht: Springer, 1995, p. 189.

<sup>273</sup> “The presumption, the onus of argument, has shifted. The reason for that shift is the steady accretion of judicial experience of the development and refinement of this branch of law, and therefore of the constant testing of the principle in new cases, and of its steady reinforcement by its adoption – qualified as necessary – in novel

Tomadas em conta tais considerações, torna-se pouco crível pensar que o uso da analogia tenda a ser, necessariamente, arbitrário e provocador de insegurança jurídica. Ao contrário, o raciocínio analógico torna-se capaz de, a cada caso em que utilizado, recobrar as finalidades do instituto a partir do qual é formulada a analogia (a partir do instituto que se evidencia relevante, quando posto em funcionamento o raciocínio analógico). O que se pretende, com tal forma de raciocínio jurídico, não é enfraquecer o Direito, mas, na verdade, preservá-lo.

### 3.5 O ESPAÇO DA ANALOGIA NO RACIOCÍNIO JURÍDICO: PARA QUE SERVE PENSAR ANALOGICAMENTE, NO ÂMBITO DO DIREITO?

O raciocínio analógico não é, obviamente, uma forma de raciocínio jurídico que desempenha finalidades apenas nos países de *common law*. Nos casos em que a regra geral e abstrata é aplicável, de modo imediato e claro, aos fatos do caso, o raciocínio analógico parece, de fato, ocupar papel secundário. Nos casos de possível incerteza quanto à extensão da regra ou nos casos de lacuna, porém, a analogia ganha proeminência. Veja-se Weinreb:

Certamente, no entanto, há decisões judiciais em que o argumento analógico está ausente ou desempenha um papel secundário. A necessidade e a proeminência dos argumentos analógicos estão diretamente relacionadas com a extensão da lacuna entre os fatos e a norma, que tais argumentos servem para preencher. Se os fatos de uma causa estão, como se diz, “em correspondência direta” com os fatos de uma causa anterior, enquadrando-se diretamente na norma desta última, quase não há necessidade de formular explicitamente um raciocínio analógico, pois a conjunção dos fatos com a norma se realiza sem ele. [...] Às vezes, mesmo que não haja um caso anterior que trate precisamente da mesma questão, o tribunal ou algum outro tribunal superior, contudo, já indicou, numa sentença justificada, a maneira como uma causa desse tipo deve ser decidida.<sup>274</sup>

A lógica que subjaz a esse raciocínio, já discutida anteriormente, pode ser explicada pela própria distinção que Schauer propõe entre precedente e analogia – segundo o autor, ou

---

situations.” MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. New York: Oxford University Press, 1978, pp. 159-160.

<sup>274</sup> WEINREB, Lloyd. *A razão jurídica: o uso da analogia no argumento jurídico*, pp. 68-69 [“Surely, however, there are judicial opinions in which analogical argument is absent or plays a subordinate role. The need for and the prominence of analogical argument is directly related to the size of the gap between facts and rule that such argument serves to fill. If the facts of a case are, as it is said, “on all fours” with the facts of a prior case and fall squarely under the rule of that case, there is little need to engage explicitly in analogical reasoning, for the conjunction of facts and rule is accomplished without it. [...] Sometimes, although there is not a prior case precisely on point, the court or another superior court has nevertheless indicated in an opinion how a case like that should be decided.” WEINREB, Lloyd. *Legal reason: the use of analogy in legal argument*. New York: Cambridge University Press, 2005, pp. 92-93].

se raciocina com precedente ou se raciocina com analogia, isto é, o espaço da analogia apenas se evidenciaria como forma de preenchimento da “lacuna” deixada pela ausência de precedentes sobre determinada matéria. Apesar disso, ao que parece, o papel da analogia não estaria limitado ao preenchimento de lacuna ou, pelo menos, o conceito de lacuna mereceria uma abordagem mais ampliada.

Nos sistemas em que prevalece o direito legislado, é costume dizer que a aplicação do Direito não depende dos casos, porque a relação entre fatos e normas dar-se-ia, diretamente, entre a regra geral prevista na lei e o caso. Ocorre que, a depender de como forem decididos os casos anteriores (tomando em consideração o sentido atribuído a determinados dispositivos da lei), os casos posteriores deverão, ao menos em princípio, tomar em consideração os encaminhamentos decisórios prévios. Pense-se em um conceito como o de “casa”, constante do inc. IX do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: tendo uma corte, por suposição, uma vez, estabelecido que um consultório de um profissional da saúde encontra-se abrangido pelo conceito de “casa”, será difícil sustentar que um escritório de advogado também não seja abarcado pelo conceito, pelo menos no âmbito de proteção da referida norma (ressalvando-se que a corte não tenha, expressamente, afastado a decisão anterior). Em lógica semelhante, tomando em consideração o mesmo dispositivo, se uma corte considerar que um *trailer* estacionado em via pública constitui “casa” como asilo inviolável daqueles que nele residem, deverá considerar esse julgado em outros casos futuros que venham a envolver a discussão desse mesmo conceito – pense-se, por exemplo, em uma barraca instalada na área de terreno de marinha da beira de uma praia, ou no espaço inferior a uma ponte, utilizado como moradia.

Em casos como o de “é proibido veículos no parque” ou de “é proibido animais na estação de trem”, talvez seja possível afirmar que o que está sob o escopo dessas regras depende de algo que é, em essência, baseado em raciocínios analógicos a partir de decisões anteriores (tomadas analogicamente): a inclusão ou a exclusão de algo (um item, um evento...) do escopo da regra funcionam a partir de uma lógica dedutiva, mas a definição da incidência da regra depende, sob certo viés, de como ela foi aplicada nos casos passados: a aplicação da regra em casos particulares passados passa a influenciar o modo de sua aplicação em casos futuros. Nesses contextos, olhar para os casos passados é importante, mais uma vez, para a noção de coerência:

Essas são analogias no contexto da linguagem de textura aberta, que devem ser aplicadas tendo em vista os méritos do caso em cada ocasião em que o problema surge. É claro, como nos argumentos por coerência considerados na seção anterior,

as analogias são relevantes, precisamente, porque o mesmo conceito (de “empregado”, aqui) está sendo aplicado no contexto da mesma parte da legislação (ou, pode ser, de partes análogas da legislação).<sup>275</sup>

À luz desses exemplos, observa-se que há contextos em que o objeto do raciocínio analógico é a comparação entre situações fáticas que sofrem consequências normativas diversas, a despeito de estarem submetidas à mesma regra jurídica aplicável. De modo mais concreto, imagine-se um mesmo dispositivo normativo a ser aplicado em duas circunstâncias, ocorrendo que, em um caso, uma decisão judicial determina seguir-se uma consequência normativa, e outra decisão determina seguir-se uma consequência normativa diversa ou, até mesmo, oposta. No mais das vezes, há clareza quanto à hipótese e quanto à consequência normativa<sup>276</sup>. Apesar disso, em determinados casos, a generalidade da formulação linguística do escopo de uma regra pode trazer dúvidas sobre a sua incidência ou não em determinado conjunto fático<sup>277</sup>. MacCormick bem coloca a questão da classificação no âmbito do raciocínio analógico nesse sentido:

---

<sup>275</sup> “These are analogies in the context of open-textured language, which must be applied having regard to the merits of the case on each occasion when the problem arises. Of course, as in the coherentist arguments considered in the preceding section, the analogies are relevant precisely because the same concept (‘employee’ here) is being applied in the context of the same piece of legislation (or, it might be, analogous pieces of legislation).” MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law: a theory of legal reasoning*. New York: Oxford University Press, 2005, p. 213.

<sup>276</sup> A noção de raciocínio por exemplificação, de Brewer, fornece um incremento considerável à percepção do fenômeno do raciocínio analógico, nesse ponto. O raciocínio dessa natureza, segundo Brewer, estaria englobado em uma categoria mais ampla, em que seria possível concluir que tal espécie de raciocínio não se daria, necessariamente, com base em casos reais – seria possível lançar mão desse tipo de raciocínio também em casos “imaginados”, que sirvam à finalidade de demonstrar a comparação do tratamento de situações ditas “possivelmente análogas (seria possível, assim, falar em “raciocínio por analogia”, “raciocínio por exemplificação”, “raciocínio por exemplo”). Como bem demonstram Michelon e D’Almeida, esse exercício de vislumbrar situações jurídicas outras, para além daquelas concretamente analisáveis, permite apuração das formulações justificadoras do argumento na forma analógica.

<sup>277</sup> É interessante observar que mesmo Martin Golding, referido como um dos autores paradigmáticos em uma concepção mais “tradicional” do raciocínio analógico no Direito, considera que é possível tomar determinados casos de aplicação dessa forma de raciocínio como circunstâncias que envolvem problemas de classificação. Esse autor chega a afirmar que o próprio *Adams vs. New Jersey Steamboat Co.* poderia ser considerado em termos de questões classificatórias: “Os juízes lidam, de fato, com questões de classificação, mas sua forma é propensa à má interpretação. Não é simplesmente ‘É X um Y?’, mas sim ‘É X um Y para certos propósitos jurídicos?’ – ou, melhor ainda, ‘X deveria ser tratado como um Y para certos propósitos jurídicos?’. Por exemplo, as abelhas deveriam ser tratadas como animais domesticados, para fins de imposto de importação? Se se pretender interpretar o argumento baseado em analogia, no caso *Steamboat* como sendo concernente a uma questão de classificação, deve-se considerar que o juiz O’Brien está a perguntar se os proprietários de barcos a vapor deveriam ser tratados como proprietários de hotéis, para fins de responsabilidade para com seus passageiros (Pode ser claro que, para algum outro propósito, eles não devem ser tratados como hoteleiros.) Esta maneira de colocar a questão tem a vantagem de revelar que a resposta afirmativa do juiz é baseada na afirmação de que o mesmo argumento jurídico *prático* para impor uma rigorosa responsabilidade aos proprietários de hotel também é aplicável aos proprietários de barcos a vapor, devido à similaridade entre os dois casos.” [“Judges do deal with classification questions, but their form is easy to misconstrue. It is not simply ‘Is X a Y?’ but rather ‘Is X a Y for certain legal purposes?’ – or better yet, ‘Should X be treated as a Y for certain legal purposes?’ For instance, should bees be treated as domesticated animals for importation tax purposes? If one wishes to interpret the argument from analogy in the *Steamboat* case as being concerned with a classification question, one should view Judge O’Brien as asking whether steamboat proprietors should be treated as innkeepers for purposes of



A analogia, no entanto, funciona de maneira um pouco diferente em casos que lidam com problemas de classificação. Aqui, o que está em questão é alguma norma jurídica que emprega o predicado ‘P’ como uma condição de alguma consequência normativa em uma configuração relativamente complexa de regras ou conjuntos de regras de direito codificadas ou jurisprudenciais, ou ambos juntos. Uma vez que se sabe o que pode ser provado ter acontecido, ou mesmo enquanto simplesmente se contempla o que se comprovou ter acontecido, surge a questão “Isso conta como um caso de ‘P’?”. Decisões anteriores sobre o que conta como ‘P’ têm uma óbvia relevância em um sistema baseado em precedentes, e, de qualquer forma, teriam algum valor heurístico. Mas todo evento e pessoa e relacionamento, no mundo real, são únicos. O que quer que seja um exemplo de ‘P’ é, de modo suficiente, semelhante a qualquer outro exemplo de ‘P’, mas, em outros aspectos, eles não são idênticos, e podem, de algumas maneiras, diferir amplamente. Como alguém pode satisfazer-se com, e explicar para os outros, a conclusão de que este caso é suficientemente como todos os outros casos de ‘P’ para contar a si mesmo, genuinamente, como ‘P’?<sup>278</sup>

Essa ideia relaciona-se, de modo estreito, com a noção de regras de aplicação discricionária, uma vez que o modo prévio como uma regra foi evocada, sistematicamente considerado, vem a qualificar o seu modo de aplicação. MacCormick assim explica essa noção:

Uma regra é de aplicação discricionária se se espera que aquele que toma a decisão considere cada caso à luz de todos os fatores que parecem relevantes, dados os valores e os objetivos da atividade ou do empreendimento relevante, e decida de acordo com o equilíbrio claro de fatores, mas, quando todas as coisas são iguais, ou quando o equilíbrio de fatores é bastante refinado e difícil de julgar, espera-se que o tomador de decisão use a regra como um guia mais seguro para decidir o caso.<sup>279</sup>

---

liability toward their passengers. (It may be clear that for some other purpose they should not be treated as innkeepers.) This way of putting the question has the advantage of revealing that the judge’s affirmative answer is based on the claim that the same *practical* legal argument for imposing a stringent responsibility on innkeepers is also applicable to steamboat proprietors, because of the similarity between the two cases.”]. GOLDING, Martin. *Legal Reasoning*. Ontario: Broadview Press, 2001, p. 106.

<sup>278</sup> “Analogy does, however, work somewhat differently in cases dealing with problems of classification. Here, what is in issue is some legal norm that deploys a predicate ‘P’ as a condition of some normative consequence in a relatively complex setting of rules or sets of rules of statute law or case law or both together. Once it is known what can be proved to have happened, or even while simply contemplating what is averred to have happened, the question arises ‘Does this count as a case of P?’ Previous decisions about what counts as P have an obvious relevance in a precedent-based system, and anyway would have some heuristic value. But every event and person and relationship in the real world is unique. Whatever is an instance of P is in sufficient ways like whatever else is an instance of P, but in other respects they are not identical and may in some ways differ widely. How does one satisfy oneself about, and account to others for, the conclusion that this case is sufficiently like all the other cases of P to count itself as genuinely P?” MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law: a theory of legal reasoning*. New York: Oxford University Press, 2005, p. 212.

<sup>279</sup> “A rule is of discretionary application if the decision-maker is expected to consider every case in the light of all factors that appear relevant given the values and goals of the relevant activity or enterprise, and to decide in accordance with the clear balance of factors, but when all things are equal, or when the balance of factors is rather fine and difficult to judge, the decision-maker is expected to use the rule as a fall-back way of deciding the case.” MACCORMICK, Neil. *Institutions of Law*. New York: Oxford University Press, 2007, p. 27.

Dada essa consideração acerca do fenômeno do raciocínio analógico, é limitado pensar que a analogia só funciona ou só tem espaço no caso de lacunas – ou, como dito, talvez seja preciso rever o conceito de lacuna. Pensar nas finalidades do raciocínio analógico, no Direito, como restritas aos casos de lacuna em sentido estrito parece ignorar uma importante atribuição dessa espécie de raciocínio, relativamente ao tratamento semelhante de situações semelhantes, mesmo quando há uma regra dedutivamente aplicável ou, utilizando o vocabulário de MacCormick, uma regra de aplicação discricionária (ainda que essa expressão restrinja-se aos casos em que se trata de *standards* de comportamento).

A preocupação demonstrada no presente trabalho quanto à possibilidade de o raciocínio analógico ser mais bem definido, de modo a evidenciar o seu papel de promover a segurança e a determinação jurídicas, enfim, vincula-se ao papel do raciocínio jurídico em uma perspectiva institucional do direito, que atente para a relação entre o tratamento de casos particulares e a formulação de fundamentações universalizantes. Se o Direito não deve ser um conjunto desordenado de regras, e se a sua aplicação deve ser pautada por um critério coerente, raciocinar analogicamente é mais que, meramente, aplicar comparações de resultados de decisões jurídicas, de modo aleatório.

## CONCLUSÃO

Para o Direito, um barco a vapor é mais semelhante a um trem ou a um hotel? Ou, em uma reformulação da questão, uma decisão que envolva um barco a vapor deve tomar como precedente uma situação semelhante ocorrida em um trem ou em um hotel?

Se se tomar em consideração o que foi discutido neste trabalho, é possível perceber que a pergunta sofre de um problema de formulação. Tal como colocada a questão, aparentemente, o julgador que optasse por uma comparação ou por outra estaria procedendo com total arbitrariedade, na medida em que não há qualquer menção à circunstância jurídica em jogo ou ao direito que, supostamente, demandaria proteção. Diante do que foi discutido, pensar que analogias jurídicas são arbitrárias parece ser uma falta de compreensão da técnica envolvida no próprio uso da analogia.

A resposta à questão proposta dependerá, em essência, de que situação jurídica está em jogo, de que ramo do Direito está-se tratando e de qual o instituto jurídico que está em discussão: um barco a vapor será análogo a um trem, se o que demandar proteção por um instituto jurídico no primeiro for equivalente ao segundo, o mesmo ocorrendo se a analogia for estabelecida entre um barco a vapor e um hotel. Isso não exclui, por certo, espaços de discricionariedade diante dos quais o julgador é chamado a tomar decisões que envolvam, inclusive, pretensões sociais ou políticas mais amplas, e interesses que passem a ser considerados de proteção mais importante. Impõe-se observar, no entanto, que não se pode imputar à analogia a crítica de que se trata de uma forma de raciocínio perigoso e arriscado ao Estado de Direito. Sob a perspectiva desenvolvida neste trabalho, o raciocínio analógico depende de uma aplicação coerente do Direito, sendo, assim, instrumento de promoção de segurança jurídica.

O trabalho tenta ser uma pequena contribuição sobre o papel do raciocínio analógico no Direito e sobre a sua importância para a promoção de segurança jurídica e de tratamento de

casos semelhantes de modo semelhante. Ao mesmo tempo, a discussão acaba por abordar a necessidade de aprimoramento da atividade de justificação, em especial das decisões judiciais e, mais especificamente, daquelas que lançam mão do raciocínio analógico, uma vez que o grau de consciência quanto a esses fenômenos tende a permitir maior qualidade e clareza na tarefa de apresentar razões. A reflexão derivou, em geral, da percepção de que a falta de compreensão sobre o raciocínio jurídico tende a provocar justificação deficiente, quando da formulação dos argumentos por juristas em geral.

Em um argumento nada inovador, poder-se-ia dizer que os raciocínios analógicos funcionam como bisturis: ambos podem ser muito perigosos, se mal utilizados. O mau uso, no entanto, não deve ser, por si só, uma objeção à sua utilização – pelo contrário, o que se espera é um melhor treinamento dos profissionais que usem esses instrumentos, para que possam deles lançar mão com a compatível precisão requerida.

O presente trabalho constitui, enfim, uma preocupação para com o âmbito de aplicação institucional do raciocínio jurídico, em especial no que tange ao tratamento de casos particulares. No âmbito do direito brasileiro, o problema parece não ser os usos que as cortes têm, efetivamente, feito do raciocínio analógico, mas, ao contrário, o que se verifica é uma falta de preocupação atinente ao raciocínio analógico e ao tratamento semelhante de situações relevantemente semelhantes – isto é o que merece atenção, afinal, aplicar a fatos que não se distinguem tratamentos diversos é referendar a arbitrariedade, se não houver a justificação a demonstrar tratar-se de situações distintas.

Espera-se que o trabalho possa, em alguma medida, contribuir para atentar para esse problema. A aplicação do Direito apenas “às vezes” é grave e ameaçadora a uma ordem normativa institucional que se afirme respeitar o Estado de Direito. Um ordenamento jurídico que se aplique apenas às vezes é arbitrariedade manifesta.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. *Demystifying Legal Reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

BANKOWSKI, Zenon. Analogical Reasoning and Legal Institutions. In: \_\_\_\_\_; WHITE, Ian; HAHN, Ulrike (eds.). *Informatics and the Foundations of Legal Reasoning*. Dordrecht: Springer, 1995, pp. 177-190.

\_\_\_\_\_. *Living lawfully: love in law and law in love*. Dordrecht: Springer, 2001.

BARTHA, Paul F. A. *By parallel reasoning: the construction and the evaluation of analogical arguments*. New York: Oxford, 2010.

BOBBIO, Norberto. *L'Analogia nella Logica del Diritto*. Torino: Istituto Giuridico della R. Università, 1938.

BRASIL. *Código de Processo Civil*: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>.

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Civil*: Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>.

\_\_\_\_\_. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*: Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm)>.

BREWSTER, Scott. Exemplary reasoning: semantics, pragmatics, and the rational force of legal argument by analogy. *Harvard Law Review*, vol. 109, n. 5, pp. 923-1028, mar. 1996.

BROŹEK, Bartosz. Analogy and Balancing: A Reply to David Duarte. *Revus*, n. 25, 28 jul. 2015. Disponível em: <<http://revus.revues.org/3264>>. DOI: 10.4000/revus.3264.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Analogia jurídica e argumento *a contrario*: um caso típico de argumentação por princípios. In: \_\_\_\_\_. *Teoria do direito e decisão racional: temas de teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

DUARTE, David. Analogy and Balancing: The Partial Reducibility Thesis and Its Problems. *Revus*, 25, 8 jun. 2015. Disponível em: <<http://revus.revues.org/3244>>. DOI: 10.4000/revus.3244.

DWORKIN, Ronald. In Praise of Theory. In: \_\_\_\_\_. *Justice in Robes*. Cambridge: Harvard University Press, 2006. pp. 49-74.

\_\_\_\_\_. *Law's Empire*. Cambridge: The Belknap Press, 1986.

EISENBERG, Melvin Aron. *The Nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988.

GOLDING, Martin. *Legal Reasoning*. Ontario: Broadview Press, 2001.

HART, H. L. A. Problems of the Philosophy of Law. In: \_\_\_\_\_. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. New York: Oxford University Press, 1983.

\_\_\_\_\_. Problemas da Filosofia do Direito. In: \_\_\_\_\_. *Ensaio sobre Teoria do Direito e Filosofia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HART, H. L. A. *The Concept of Law*. 3.ed. New York: Oxford, 2012.

ITÁLIA. *Codice Civile e disposizioni transitorie* (Regio Decreto 30 marzo 1942, n. 318). Testo in vigore dal 19-4-1942. Disponível em: <<http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1942-04-17&atto.codiceRedazionale=042U0318>>.

KAUFMANN, Arthur. *Analógia y "Naturaleza de la Cosa"*: hacia una teoría de la comprensión jurídica. Santiago (Chile): Editorial Jurídica de Chile, 1976.

\_\_\_\_\_. *Filosofia do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LAMOND, Grant. Analogical Reasoning in the Common Law. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 34, n. 3, pp. 567-588, jun. 2014.

LEVI, Edward. An Introduction to Legal Reasoning. *Chicago Unbound*, vol. 15, n. 3, pp. 501-574, 1948.

LISBOA, Wladimir Barreto. A representação política e seus intérpretes: acerca da recepção de Thomas Hobbes. *Dois Pontos*., vol. 13, n. 2, pp. 99-107, 2016.

MACCORMICK, Neil. *Institutions of Law*. New York: Oxford University Press, 2007.

\_\_\_\_\_. *Legal Reasoning and Legal Theory*. New York: Oxford University Press, 1978.

\_\_\_\_\_. *Rhetoric and the Rule of Law: a theory of legal reasoning*. New York: Oxford University Press, 2005.

MACHADO, Augusto Sperb. *Da tese do germe de justiça ao ideal do Estado de Direito: um estudo sobre o valor de proceder conforme uma regra na obra de H. L. A. Hart*. 2017. 110f. Monografia de conclusão de curso (Graduação em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 21.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MICHELON, Claudio. Las Razones de la Coherencia. *Discussiones*, Alicante, n. 10, pp. 139-153, 2011. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmccr6f7>>.

\_\_\_\_\_; D'Almeida, Luís Duarte. The Structure of Arguments by Analogy in Law. *Argumentation*, n. 31, pp. 359-393, 2017 (pub. online 10 set. 2016). DOI 10.1007/s10503-016-9409-3.

\_\_\_\_\_. Princípios e coerência na argumentação jurídica. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada. *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011.

PECZENIK, Aleksander. A Theory of Legal Doctrine. *Ratio Juris*, vol. 14, n. 1, pp. 75-105, mar. 2001.

PEIRCE, Charles Sanders; BUCHLER, Justus (ed.). *Philosophical Writings of Peirce*. New York: Dover Publications, 1955.

POSNER, Richard A. Reasoning by Analogy: Book Review of “Legal Reason: The Use of Analogy in Legal Argument”. *Cornel Law Review*, v. 91, pp. 761-774, 2006.

RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

RAZ, Joseph. *The Authority of Law*. New York: Oxford University Press, 1979.

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

\_\_\_\_\_. Why Precedent in Law (and Elsewhere) is Not Totally (or Even Substantially) About Analogy. *Perspectives on Psychological Science*, vol. 3, n. 6, pp. 454-460, 1º nov. 2008.

SPELLMAN, Barbara A. Judges, Expertise, and Analogy. Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper, n. 2009-20, 15 set. 2009. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1473809>>.

\_\_\_\_\_. Reflections of a recovering lawyer: how becoming a cognitive psychologist – an (in particular) studying analogical and causal reasoning – changed my views about the field of psychology and law. *Chicago-Kent Law Review*, vol. 79, pp. 1187-1214, 2004.

SUNSTEIN, Cass R. On Analogical Reasoning. *Harvard Law Review*, vol. 106, n. 3, pp. 741-791, jan. 1993.

\_\_\_\_\_. Virtues and Verdicts: Review of Ronald Dworkin's Justice in Robes. *The New Republic*, 22 maio 2006. Disponível em: <<https://newrepublic.com/article/62018/virtues-and-verdicts>>.

TILLER, Emerson; CROSS, Frank. What is Legal Doctrine. *Public Law and Legal Theory Papers*, n. 41, maio 2005. Disponível em: <<<http://law.bepress.com/nwwps-plltp/art41>>>.

WEINREB, Lloyd L. *Legal reason: the use of analogy in legal argument*. New York: Cambridge University Press, 2005.

\_\_\_\_\_. *A razão jurídica: o uso da analogia no argumento jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.