

(Fábio Shecaira e Noel Struchiner, “Teoria da Argumentação Jurídica”  
PUC/Contraponto, 2016)

## Capítulo 5

### Integração de lacunas

O capítulo anterior discutiu a interpretação da lei. Este capítulo discute alternativas à lei, isto é, outras fontes do direito e recursos argumentativos a que o profissional do direito costuma apelar quando a lei é “omissa” ou “lacunosa”. Continuará a ser do nosso interesse discutir o caráter mais ou menos institucional de cada um desses diferentes recursos. Os conceitos elucidados são:

- *Lacuna na lei*
- *Princípio*
- *Analogia*
- *Jurisprudência*
- *Doutrina*
- *Costume*

#### 5.1 O que são lacunas na lei

Diz o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB): “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” O que significa dizer que uma lei é omissa ou (o que dá no mesmo) que ela contém uma lacuna?

“Lacuna” é uma palavra ambígua. Às vezes, é usada de forma neutra, para indicar que o texto legal ignora ou pelo menos não regula claramente algum tipo de conduta. Por exemplo, bicicletas elétricas são equiparáveis a motocicletas para efeitos legais? A lei, suponhamos, regula claramente apenas o uso de “motocicletas”, termo de aplicação duvidosa a bicicletas elétricas. Outras vezes, a palavra “lacuna” não é usada com sentido neutro, mas avaliativo. Considere a lei que proíbe o aborto exceto quando o parto gera

grave risco à gestante. Tomada literalmente, essa lei não permite que uma gestante faça aborto com base na justificativa de que a gravidez a lança em depressão profunda, fazendo-a considerar o suicídio. Alguém poderia dizer que a lei em questão é “omissa” porque, apesar de textualmente clara, provavelmente foi criada sem que se levasse em consideração um cenário que *deveria* ter sido considerado — o cenário em que a gravidez gera risco de maneira oblíqua, não porque o parto será complicado, mas porque a gestante adquire tendências suicidas. Se o propósito da lei é proteger a vida da gestante antes mesmo da vida do feto, pode-se dizer que o caso da gestante deprimida também deveria ter sido contemplado. Esse é um exemplo do uso avaliativo de “omissão”.

Neste capítulo, usamos “lacuna” e “omissão” em sentido neutro. Para nós, surge uma lacuna na lei quando ela não regula claramente algum caso específico. A falta de clareza pode decorrer de vagueza (como no caso das bicicletas elétricas), ambiguidade, contradição ou algum fenômeno linguístico análogo. Estamos diante de uma lacuna, em sentido neutro, quando abordamos a lei de acordo com o método gramatical ou textual de interpretação e não conseguimos determinar qual solução ela dá à questão que nos interessa. O texto simplesmente não é claro em relação ao caso em questão.

A nossa escolha pelo sentido neutro de “omissão” não deve ser interpretada como uma sugestão de que a intenção do legislador que criou o art. 4º da LINDB foi usar o termo dessa exata maneira. O legislador brasileiro sequer deu sinal de que percebia a ambiguidade do termo. Note também que, embora façamos referência à LINDB, os conceitos que nela figuram não são conceitos exclusivos do direito brasileiro. O objetivo deste capítulo é discutir os recursos que estão à disposição dos juízes para completar ou “integrar” as lacunas da lei não só no Brasil, mas nos sistemas jurídicos modernos de maneira geral.

## 5.2 Princípios

“Princípio” é uma palavra usada em diversos sentidos na literatura jurídica contemporânea. A ambiguidade é tão grave que não é confissão de ignorância indagar “o que é um princípio?” na maioria das ocasiões em que o termo é usado. Definir a palavra é responsabilidade de quem pretende usá-la. Paulo Dourado de Gusmão formula uma lista interessante de sentidos possíveis da expressão “princípio geral de direito”, que figura na LINDB:

Há grande divergência entres os autores a respeito da natureza desses princípios. Assim, segundo uns, são os do direito natural (Del Vecchio); os da equidade (Osilia, Maggiore); os acolhidos pelos povos cultos; os estabelecidos pela jurisprudência (Pacchioni); os do direito romano (ou os do direito comum) e, por fim, segundo a opinião tradicional, os que informam a legislação, descobertos com o emprego de processo lógico de abstração e generalização progressiva partindo das singulares normas do direito positivo. (Gusmão, 2009: 241)

Assim como é difícil dizer em que exato sentido os autores da LINDB entendiam “omissão”, é difícil saber em que exato sentido entendiam “princípio geral do direito”. Algumas das possibilidades mencionadas por Gusmão são duvidosas. Por exemplo, se princípios gerais do direito são simplesmente princípios estabelecidos em decisões judiciais, por que não se fez na LINDB referência expressa à jurisprudência? É o que ocorre em outros dispositivos da legislação nacional, como o art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho: “As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, *pela jurisprudência*, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho [...]” (grifo nosso).

Princípios de direito natural, princípios acolhidos pelos povos cultos, princípios de direito romano: tudo isso soa um pouco antiquado e distante da realidade jurídica brasileira. Por influência de autores como Ronald Dworkin, é comum que hoje se entenda por princípio o tipo de norma jurídica que faz parte do direito pátrio, mas que não aparece explicitamente na lei ou na jurisprudência (Dworkin, 1977). Dworkin tomava o princípio como uma espécie de norma implícita no direito positivo. É plausível associar o princípio dworkiniano ao *telos* objetivo de uma norma, ou de um conjunto de normas, do direito positivo. Trata-se não dos fins (subjetivos) que o criador da norma tinha em mente, mas dos fins que o intérprete considera substantivamente mais razoável atribuir à norma. Se a norma é compatível com mais de um fim, escolhe-se aquele que seja substantivamente melhor (segundo a opinião do próprio intérprete). Dworkin já comparou o trabalho do juiz ao de um romancista que recebe a incumbência de dar continuidade a um romance iniciado por outro autor. O romancista pretende escrever o melhor livro possível, é claro, mas não pode fazer isso sem manter a harmonia entre a parte que lhe cabe e a parte herdada do primeiro autor. O romancista tem, portanto, de conciliar dois anseios que

eventualmente entram em conflito: o anseio de terminar a obra da melhor maneira possível e o anseio de evitar que os esforços feitos no afã de realizar o primeiro anseio resultem em uma obra incoerente. O juiz, analogamente, deve interpretar a lei e outras fontes do direito à luz dos princípios que lhe pareçam moralmente mais atraentes, tentando, é claro, apresentar o conjunto das fontes como um todo harmonioso e coerente.

A concepção de Dworkin não corresponde exatamente ao que Gusmão identifica como a concepção tradicional dos princípios, “descobertos com o emprego de processo lógico de abstração e generalização progressiva partindo das singulares normas do direito positivo”. Gusmão dá a impressão de que, segundo a concepção tradicional, seria possível induzir princípios a partir de normas de direito positivo sem a necessidade de recurso à deliberação substantiva. Essa ideia é duvidosa. Às vezes parece possível abstrair um princípio a partir de normas singulares sem que se faça qualquer juízo de valor. Segundo Schauer, “uma regra que impede o uso de veículos, instrumentos musicais, rádios e alto-falantes em um parque seria quase certamente uma regra cujo propósito é evitar o barulho...” (Schauer, 2009: 161; tradução nossa). O exemplo de Schauer ilustra como, a partir de uma série de normas específicas (é proibida a entrada de veículos no parque, é proibido o uso de rádios no parque etc.), pode-se extrair por abstração lógica um único princípio (é proibido entrar no parque com objetos barulhentos). Que outro princípio poderia ser induzido a partir dessas normas?

Note como é artificial a regra imaginada por Schauer. Regras de direito positivo não costumam incluir listas tão específicas e pitorescas de objetos. Schauer selecionou cuidadosamente os objetos com a finalidade de garantir que a partir deles fosse possível induzir um único princípio. As normas com que lidamos na vida real não costumam permitir que os princípios sejam identificados por meio de mera abstração lógica, sem o apoio de algum juízo de valor minimamente controvertido. Uma norma do zoológico proíbe que os visitantes alimentem os animais. Outra proíbe que os visitantes toquem os animais. Qual é o princípio por trás dessas normas? Os frequentadores não devem realizar condutas que coloquem os animais em risco? Os frequentadores não devem colocar-se em risco? As duas coisas? Como definir a questão sem perguntar-se qual é o princípio mais desejável? Se até mesmo normas sobre assuntos relativamente triviais como esses são capazes de gerar controvérsia, imagine normas mais importantes de direito civil, penal, trabalhista, tributário etc. Kenneth Vandeveldé dá um exemplo interessante sobre a possibilidade de se inferir um princípio geral a partir de uma série de normas singulares

estabelecidas em decisões judiciais. As decisões tratam das responsabilidades do proprietário de terra em caso de acidente ocorrido dentro da sua propriedade:

Digamos que várias cortes decidam impor aos proprietários de terras a obrigação de advertir os seus convidados sobre certas características do local como poços ocultos, areia movediça ou taludes instáveis. Ante o aumento das decisões, é possível concluir que elas estabelecem, coletivamente, a norma que exige dos proprietários advertir os convidados sobre os riscos. Nessa situação, formula-se uma norma pelo processo indutivo. (Vandavelde, 2005: 61)

Mas Vandavelde reconhece que é enganoso sugerir que a formulação da norma decorre de indução pura e simples. Afinal,

[...] o advogado pode caracterizar as decisões relativas à areia movediça, ao poço oculto e ao talude instável como [i] casos que envolvem condições anormais, uma vez que cada condição era anormal para aquela área. Ou então pode caracterizá-las como [ii] casos que envolvem riscos, pois cada condição era perigosa. Poderá ainda caracterizá-las como [iii] casos que envolvem riscos ocultos, com base na teoria de que nenhum dos riscos era óbvio para o observador casual. Ou os casos podem ser caracterizados como [iv] envolvendo riscos naturais, se não foram resultado da atividade humana. Finalmente, o advogado poderá escolher enfatizar [v] a natureza especialmente grave dos riscos e caracterizar os casos como envolvendo riscos que ameaçam a vida. (Vandavelde, 2005: 62)

A cada uma dessas caracterizações corresponderia um princípio diferente: 1) o proprietário de terras tem o dever de advertir as pessoas que transitam pela propriedade a seu convite sobre quaisquer condições *anormais* na área; 2) o proprietário tem o dever de advertir os seus convidados sobre quaisquer condições *perigosas* na área; 3) o proprietário tem o dever de advertir os seus convidados sobre quaisquer condições *perigosas e ocultas* ao olhar incauto dos convidados; 4) o proprietário tem o dever de advertir os seus convidados sobre quaisquer condições *naturais perigosas*; 5) o proprietário tem o dever de advertir os seus convidados sobre quaisquer condições *perigosas a ponto de gerar ameaça à vida* dos transeuntes. Como diz Vandavelde: “Todas essas caracterizações podem ser igualmente corretas. [...] O advogado só chegará a uma dada caracterização pelo exercício do julgamento” (Vandavelde, 2005: 62).

Para não deixar de fora exemplos peculiares como o de Schauer, e ao mesmo tempo reconhecer a plausibilidade da concepção de Dworkin, talvez devamos entender o princípio, inclusive para fins de interpretação da LINDB, como a norma geral que se induz a partir de normas mais específicas de direito positivo, fazendo-se notar que a indução normalmente tem de ser complementada por juízos de natureza substantiva. Afinal, não é sempre (talvez seja raro) que a abstração lógica permite identificar um único princípio no contexto de casos jurídicos reais.

Considere, por fim, um exemplo real. Entre o final do século XIX e o início do século XX deu-se nos Estados Unidos um debate acerca do suposto direito subjetivo à “privacidade”. Esse direito foi alegado no contexto de controvérsias sobre a publicação não autorizada de imagens e fotografias alheias. Em um artigo influente de 1890, dois juristas famosos, Brandeis e Warren, formularam o seguinte argumento:

A imprensa ultrapassa em todos os sentidos os limites óbvios da propriedade e decência. A fofoca não é mais recurso dos desocupados e perversos, mas tornou-se uma profissão [...].

É nosso propósito considerar se o direito atual fornece um princípio que possa ser invocado para proteger a privacidade do indivíduo; e, se houver tal princípio, determinar a natureza e o alcance da proteção. [...]

O *common law* assegurou a cada indivíduo o direito de determinar, ordinariamente, até que ponto seus pensamentos, sentimentos e emoções serão comunicados a outrem... A mesma proteção é dada a uma carta informal, a uma anotação em um diário e ao mais valioso poema ou ensaio, a um rabisco e a uma obra de arte. Em cada caso cabe ao indivíduo decidir se aquilo que é seu será dado ao público. [...]

Qual é o fundamento do direito de impedir a publicação de um manuscrito ou obra de arte? Diz-se que é a aplicação de um direito de propriedade, e isso não gera controvérsia, desde que se trate apenas da reprodução de composições literárias ou artísticas. [...] Mas, quando o valor do produto não repousa no direito de auferir lucro a partir da sua publicação, mas na paz de espírito ou alívio decorrente do impedimento da publicação, é difícil entender o direito como dizendo respeito à propriedade, no sentido comum da palavra. [...]

Está estabelecido que a proteção jurídica ao autor de qualquer escrito é completamente independente do seu valor pecuniário, mérito intrínseco ou qualquer intenção de publicar o mesmo, e também, é claro, totalmente independente do material, se houver, ou forma através da qual o pensamento ou sentimento foi expresso.

Embora os tribunais tenham dito que suas decisões se baseavam especificamente no direito de propriedade, há menções a uma doutrina mais liberal [...]. Lorde Cottenham disse que um homem “tem o direito de ser protegido no uso e gozo exclusivo do que é seu” [...].

Essas considerações levam à conclusão de que a proteção dada a pensamentos, sentimentos e emoções, expressas por meio da escrita ou da arte [...] é apenas um exemplo da aplicação do direito mais amplo do indivíduo a ser deixado em paz [...]. O princípio que protege escritos e outras produções pessoais, não contra o roubo e apropriação física, mas contra qualquer forma de publicação, não é na realidade o princípio da propriedade privada, mas o da personalidade inviolável.

Se estivermos certos quanto a isso, o direito atual fornece um princípio que pode ser invocado para proteger a privacidade do indivíduo contra invasões [...]. (Golding, 2001: 77-79; tradução nossa)

Os autores reconhecem que o direito à privacidade não foi anunciado claramente na legislação ou na jurisprudência americana, mas eles o enxergam implícito por trás de normas como aquela que impede a publicação não autorizada de escritos sem valor comercial. Normas como essa, dizem os autores, não poderiam ter o propósito de proteger a propriedade. O direito à privacidade defendido por Warren e Brandeis acabou sendo reconhecido pela comunidade jurídica americana, mas não sem antes ser contestado por autoridades que não viam a proteção à privacidade como norma implícita no direito positivo da época. Em *Roberson v. Rochester Folding Box Co.* (1902), caso decidido depois da publicação do artigo de Warren e Brandeis, os juízes estudaram a jurisprudência analisada pelos dois autores, porém concluíram que nenhuma das decisões judiciais relevantes baseou-se na ideia de privacidade: “Pelo contrário, cada decisão repousou sobre o fundamento da violação de uma relação de confiança ou da propriedade do autor sobre o objeto do litígio” (Golding, 2001: 63). Segundo os juízes, portanto, as normas de direito positivo poderiam ser vistas como tendo o propósito de proteger a propriedade *ou* impedir a violação de uma relação de confiança. A privacidade não entrava em questão.

Note também que os juízes do caso declararam em outras partes da sentença que a consagração do direito à privacidade teria consequências muito ruins, como o aumento significativo do número de processos judiciais e a ocorrência de pedidos absurdos e frívolos. Reconhecido o direito à privacidade, pensavam os juízes, ninguém poderia usar a imagem de terceiros sem o risco de ferir a sensibilidade de alguém e envolver-se em um custoso processo judicial. Por outro lado, Brandeis e Warren não temiam o aumento do

número de processos judiciais. Sua maior preocupação era que a imprensa fofoqueira continuasse a cometer os abusos que vinha cometendo. As diferentes preocupações substantivas de cada lado (aumento do número de processos judiciais *versus* abusos da imprensa) servem como indício de que o embate não dizia respeito simplesmente aos direitos que podiam ou não ser *induzidos* a partir das normas de direito positivo. Não se tratava de uma questão de pura indução, mas também de uma tentativa de associar ao direito positivo algum princípio substantivamente atraente.

### 5.3 Analogias

No contexto do direito, “analogia” não designa nenhum tipo de metáfora ou figura de linguagem. Trata-se de um tipo de *argumento* que pode ser representado como tendo a seguinte estrutura abstrata:

Esquema 1.

1. Uma situação *SI* é juridicamente regulada da maneira *M*.
  2. *SI* é semelhante a outra situação *S2* no que diz respeito às características juridicamente relevantes *C1*, *C2*, ... *Cn*.
- Logo,
3. *S2* deve ser juridicamente regulada da mesma maneira *M*.

Cabem alguns esclarecimentos preliminares. A primeira premissa constata que dada situação jurídica (podemos chamá-la de “situação original”) *já é* regulada de certa maneira, seja pela lei, seja pela jurisprudência, seja por alguma outra fonte dotada de autoridade no sistema jurídico em questão. O autor do argumento analógico confia que não haverá controvérsia a respeito disso. Afinal, o objetivo do argumento é mostrar que a maneira consensual de regular a situação original deve ser estendida a uma nova situação, ora sob debate (a “situação debatida”). A primeira premissa não é aquela que tende a gerar mais controvérsia, pois se a regulação da situação original também for controvertida a analogia terá pouca chance de prosperar no que diz respeito à situação debatida. A segunda premissa costuma ser o principal alvo daqueles que não se sentem convencidos por um argumento analógico. Em breve explicaremos por quê. Note, por enquanto, que as semelhanças entre a situação original e a situação debatida não precisam



(embora possam) ser numerosas. Como veremos em breve, o que importa é a “força” das semelhanças, por assim dizer, não o seu número. Um argumento analógico que faça referência apenas a uma semelhança pode ser perfeitamente convincente se se tratar de uma semelhança juridicamente relevante.

Eis um exemplo concreto de analogia que se encaixa no esquema 1:

A.

1. Quem dirige embriagado [situação original] deve ser punido [tratamento já dispensado por alguma fonte do direito, como a lei].
2. Dirigir embriagado [situação original] é semelhante a dirigir sob a influência de maconha [situação debatida], visto que as duas substâncias prejudicam a atenção e os reflexos do motorista [semelhanças juridicamente relevantes entre as duas situações].

Logo,

3. Quem dirige sob a influência de maconha também deve ser punido.

Autores de argumentos analógicos, às vezes, abreviam o seu argumento e omitem as semelhanças relevantes entre a situação original e a situação debatida:

B.

1. Quem dirige embriagado deve ser punido.
2. Dirigir embriagado é semelhante a dirigir sob a influência de maconha.

Logo,

3. Quem dirige sob a influência de maconha também deve ser punido.

A omissão pode decorrer do fato de que o autor da analogia acredita que as semelhanças são óbvias e não precisam ser mencionadas, mas também podem servir como parte de uma estratégia retórica para dissimular o fato de que o autor da analogia não tem muita confiança na relevância jurídica das semelhanças em questão. Seja como for, a honestidade intelectual exige que o autor da analogia seja tão explícito quanto possível.

Note que as analogias que se encaixam no esquema 1 não são dedutivamente válidas (a veracidade das premissas não garante a veracidade da conclusão). Para que sejam dedutivamente válidas, falta pelo menos uma premissa. Considere um esquema alternativo:

Esquema 2.

1. Uma situação *S1* é juridicamente regulada da maneira *M*.
2. *S1* é semelhante a outra situação *S2* no que diz respeito às características juridicamente relevantes *C1, C2, ... Cn*.
3. Toda situação que apresente as características *C1, C2, ... Cn* deve ser regulada da mesma maneira *M*.

Logo,

3. *S2* deve ser juridicamente regulada da mesma maneira *M*.

Argumentos que se encaixam no esquema 2 são dedutivamente válidos (embora tenham o defeito menor de conter uma premissa logicamente supérflua, a primeira). Considere um exemplo concreto do esquema 2:

C.

1. Quem dirige embriagado deve ser punido.
2. Dirigir embriagado é semelhante a dirigir sob a influência de maconha, visto que as duas substâncias prejudicam a atenção e os reflexos do motorista.
3. Quem dirige sob a influência de qualquer substância que prejudique a atenção e os reflexos do motorista deve ser punido.

Logo,

4. Quem dirige sob a influência de maconha também deve ser punido.

A premissa 3 da analogia C afirma uma norma geral que, por hipótese, não havia sido explicitada no direito positivo. É uma norma que justifica tanto a norma jurídica preexistente (“Quem dirige embriagado deve ser punido”) quanto a norma que o argumento visa estabelecer (“Quem dirige sob a influência de maconha também deve ser punido”). Sendo assim, a norma expressa na premissa 3 cumpre função análoga àquela cumprida pelos princípios, tal como explicado na seção anterior. O direito à privacidade, lembre-se, foi apresentado por Warren e Brandeis como um princípio que justificava uma norma preexistente do direito americano sobre a impossibilidade de se publicar um escrito sem o consentimento do autor e, ao mesmo tempo, uma norma que Warren e Brandeis queriam incluir no direito americano, sobre a impossibilidade de se publicar foto ou

imagem íntima sem a autorização do retratado. O argumento de Warren e Brandeis poderia ser padronizado da seguinte forma:

Warren e Brandeis:

1. Todo indivíduo tem o direito de impedir que se divulguem os seus escritos, mesmo que não tenham valor comercial.
2. Divulgar um escrito sem autorização do autor é semelhante a divulgar uma fotografia sem autorização do fotografado, visto que em cada caso viola-se a privacidade de uma pessoa, isto é, o seu interesse em ser deixada em paz.
3. Todo indivíduo tem o direito de impedir que se viole a sua privacidade.  
Logo,
4. Todo indivíduo tem o direito de impedir que se divulguem as suas fotografias.

Assim formulado, o argumento de Warren e Brandeis é uma analogia que inclui um princípio. De fato, não é incomum que os autores adotem o esquema 2 e expliquem o argumento analógico como um tipo de argumento que, ao procurar semelhanças relevantes entre a situação original e a situação debatida, procura também identificar algum princípio capaz de unificar a regulação das duas situações. Essa maneira de explicar a analogia acaba por aproximar a noção de argumento analógico à noção de argumento baseado em princípio.<sup>1</sup>

Preferimos, aqui, o esquema 1 ao esquema 2. Os autores de argumentos analógicos nem sempre formulam princípios explicitamente; quando muito, eles explicam em que são semelhantes as duas situações, a original e a debatida. O esquema 2 talvez represente um ideal de transparência e validade lógica a ser atingido no direito, mas o esquema 1 representa melhor a forma que as analogias têm de fato quando aparecem no discurso jurídico contemporâneo. Considere mais um exemplo.

D.

1. É proibido impedir o casamento entre pessoas de raças diferentes.

---

<sup>1</sup> Para os nossos propósitos, essa identificação torna um pouco redundante o art. 4º da LINDB. Dizer, em caso de omissão da lei, que o juiz deve recorrer a “analogias e princípios” é dizer que ele deve recorrer a um mesmo tipo de argumento, designado de duas maneiras diferentes.

2. O impedimento do casamento inter-racial é semelhante ao do casamento homossexual, visto que ambos impedem que certos indivíduos participem de uma instituição social importante em virtude de características pessoais imutáveis.

Logo,

3. Deve ser proibido impedir o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Para que D seja dedutivamente válido é necessário incluir entre as suas premissas um princípio como o seguinte: *é proibido impedir que os indivíduos participem de uma instituição social importante em virtude de características pessoais imutáveis*. Não é difícil entender por que um profissional do direito hesitaria em incluir uma norma tão ampla no seu argumento. Que outras instituições importantes estariam sendo contempladas além do casamento? A adoção também se inclui nessa categoria? Visto que os laços de parentesco também são características pessoais imutáveis, o princípio implica que pai e filho também podem se casar? Se o argumento é convincente (como D tem potencial para ser), mesmo sem afirmar uma norma tão geral que dê margem a controvérsias sobre casos inusitados, fica fácil entender por que os profissionais do direito prefeririam omiti-la.

Mais uma observação sobre a relação entre analogias e princípios. Teóricos brasileiros frequentemente distinguem entre analogia *legis* e analogia *juris*. A distinção diz respeito apenas ao número de situações originais de que se parte. Tal como formulado até aqui, o esquema 1, nosso esquema preferido, só parece dar conta da analogia *legis*, que parte de uma única situação original. Para abranger também a analogia *juris*, o esquema teria de ser sutilmente reformulado.

Esquema 1\*.

1. As situações  $S_1, S_2, \dots, S_n$  são juridicamente reguladas da maneira  $M$ .
2.  $S_1, S_2, \dots, S_n$  são semelhantes a outra situação  $S_{n+1}$  no que diz respeito às características juridicamente relevantes  $C_1, C_2, \dots, C_n$ .

Logo,

3.  $S_{n+1}$  deve ser juridicamente regulada da mesma maneira  $M$ .

O esquema 1\* indica que pode variar o número de situações originais com as quais a situação debatida é comparada. Uma tendência curiosa entre autores brasileiros é dizer que apenas a analogia *juris* se aproxima do recurso a princípios gerais do direito: “Em

geral, a doutrina entende que a *analogia legis* parte de um único preceito legal e aplica-o a casos semelhantes. Já a *analogia juris* parte de vários preceitos, obtendo, por indução, princípios que lhe são comuns” (Ferraz Jr., 2007: 278). A comparação entre o esquema 1 e o esquema 1\* indica que não há diferença fundamental entre as analogias *legis* e *juris*. Em cada caso, um princípio pode em tese ser formulado com referência às características juridicamente relevantes listadas na segunda premissa: “Toda situação que apresente as características *C1*, *C2*, ... *Cn* deve ser regulada da maneira *M*.” A comparação entre os dois esquemas mostra que, se fosse correto associar a analogia *juris* a princípios, também estaria certo associar a analogia *legis* a princípios.

Para completar a discussão sobre analogias, é preciso falar sobre dois tipos de objeção que podem ser opostos a um argumento analógico no direito. Usaremos como exemplo uma analogia implícita na seguinte reportagem jornalística:

Apesar de publicamente evitarem o ataque, os tucanos ficaram contrariados com a decisão do vice-governador de São Paulo, Guilherme Afif Domingos, de aceitar o convite da presidente Dilma Rousseff para assumir a Secretaria da Micro e Pequena Empresa.

[...]

Internamente, os integrantes do governo estadual consideram que é ilegal a decisão de Afif de assumir a pasta e continuar como vice-governador. Professor de Direito Constitucional da PUC-SP, Carlos Gonçalves Jr. diz que o acúmulo viola o artigo 42 da Constituição do estado de São Paulo, que fala que "perderá o mandato o governador que assumir outro cargo ou função na administração pública".

— O que se aplica ao governador se aplica ao vice neste caso — defende. Ainda na avaliação do professor, caberia à Assembleia Legislativa decidir pela perda do cargo. Ele destaca, porém, que esse caminho não está expresso e haveria necessidade de uma complementação legislativa.

[...]

O ex-governador de São Paulo Cláudio Lembo, que é professor de Direito Constitucional, foi procurado pelo político do PSD para saber se poderia seguir como vice.

— Vice não é cargo. É expectativa. O vice não é nada. Não tenho dúvida de que ele pode continuar, disse Lembo.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Disponível em: [www.senado.gov.br/noticias/senadonamidia/noticia.asp?n=833816&t=1](http://www.senado.gov.br/noticias/senadonamidia/noticia.asp?n=833816&t=1). Acesso em 19 abr. 2016.

O professor da PUC apresenta um argumento analógico que poderia ser padronizado da seguinte maneira:

E.

1. Não é permitido que o governador do estado de São Paulo assuma outro cargo na administração pública.
2. O cargo de governador de São Paulo é equiparável ao cargo de vice-governador de São Paulo.

Logo,

3. Não deve ser permitido que o vice-governador de São Paulo assuma outro cargo na administração pública.

As semelhanças entre a situação original e a situação debatida não foram explicitadas pelo autor da analogia E. Talvez o professor as tenha mencionado na entrevista e o jornalista as tenha omitido. Isso dificulta a avaliação do argumento. Quanto mais explícito o argumento, mais fácil é identificar seus eventuais defeitos. Suponha, para fins didáticos, que o professor da PUC tivesse em mente o fato de que ambos, governador e vice, são membros do alto escalão do Poder Executivo estadual. A premissa 2 da analogia E poderia ser reformulada nos seguintes termos: “O cargo de governador de São Paulo é equiparável ao cargo de vice-governador de São Paulo, visto que são posições do alto escalão do Poder Executivo estadual.” Não se trata de uma semelhança irrelevante. O que Cláudio Lembo faz, para atacar o argumento, é apontar uma diferença, também relevante, entre as duas posições: o vice-governador tem responsabilidades reduzidas; ele fica de prontidão, na “expectativa” de substituir o governador, quando necessário.

De fato, um tipo comum de objeção a argumentos analógicos envolve a tentativa de apontar alguma diferença entre a situação original e a situação debatida, que seja mais importante, que tenha mais “força” que a semelhança destacada pelo autor da analogia. É verdade que o governador e o vice são políticos de destaque, mas também é verdade que o vice é essencialmente um substituto cujas atribuições são comparativamente pequenas. É verdade que álcool e maconha afetam igualmente o reflexo do motorista, mas o álcool é especialmente perigoso porque também tende a tornar o motorista intrépido e agressivo. É verdade que fotografias e escritos podem ser usados para revelar a intimidade das

pessoas, mas a imprensa não pode dispensar fotografias se quiser exercer com eficácia seu papel social. E assim por diante.

Note que nem sempre há considerações institucionais capazes de resolver uma controvérsia sobre se as semelhanças apontadas pelo autor de uma analogia são mais ou menos importantes que as diferenças apontadas por um crítico. Nos exemplos mencionados no parágrafo anterior, a controvérsia abre espaço para considerações substantivas sobre a importância de diferentes cargos na administração pública, sobre a função e os limites da legislação de trânsito, sobre o papel da imprensa etc.

Considere agora um segundo tipo de objeção que pode ser oposto a um argumento analógico. Uma discussão breve desse segundo tipo de objeção ajudará a ilustrar o elemento substantivo do raciocínio analógico no direito. Mesmo que não haja diferenças relevantes entre a situação debatida e a situação original selecionada pelo autor de uma analogia, um crítico dessa analogia pode ser capaz de formular uma *analogia rival*, partindo de uma situação original distinta. Suponha que Cláudio Lembo, além de identificar uma diferença entre o governador e o vice, descubra que há previsão legal de que o vice-prefeito de São Paulo pode acumular cargos na administração pública. Lembo poderia formular a seguinte analogia para rivalizar com a analogia de Carlos Gonçalves Jr.:

F.

1. É permitido que o vice-prefeito da cidade de São Paulo assuma outro cargo na administração pública.
2. O cargo de vice-prefeito da cidade de São Paulo é equiparável ao cargo de vice-governador do estado de São Paulo.  
Logo,
3. Deve-se permitir que o vice-governador do estado de São Paulo assuma outro cargo na administração pública.

Qual analogia prevalece: E ou F? Tudo depende de qual par é mais semelhante: governador e vice-governador (como indica E) ou vice-prefeito e vice-governador (como indica F). Mais uma vez, é improvável que haja algum mecanismo institucional para resolver a controvérsia. Lembo e Gonçalves Jr. teriam de desenvolver suas opiniões acerca do significado e importância política de cada um dos cargos em questão: governador, vice-governador e vice-prefeito.

Uma última nota antes de concluir a Seção 5.3. A analogia e os princípios são reconhecidos pela LINDB (ao lado dos costumes) como mecanismos a que o juiz deve recorrer para suprir eventuais lacunas ou omissões na lei. Esta seção e a Seção 5.2 devem ter deixado claro que argumentos analógicos e argumentos baseados em princípios implícitos são menos institucionais que argumentos que aplicam textualmente a lei. Analogias e princípios tendem a gerar controvérsias de natureza substantiva. Qual é o *melhor* princípio entre aqueles que podem ser induzidos a partir das normas singulares de direito positivo? Será que as semelhanças entre a situação original e a situação debatida são *mais importantes* que as diferenças? Isso não significa, é claro, que esses argumentos sejam puramente substantivos. Um juiz não pode simplesmente escolher o princípio que lhe parece melhor. Ele usa o melhor princípio entre aqueles que se harmonizam com o direito positivo preexistente. Por outro lado, um juiz que usa uma analogia parte sempre de uma situação já regulada (bem ou mal) pelo direito positivo. Como diria Dworkin, o juiz que recorre a um princípio ou a uma analogia é como um romancista que dá continuidade a um romance inacabado. Ele é capaz de desenvolver o romance da maneira que lhe parece melhor, mas não pode ignorar o que foi realizado por seus predecessores. O resultado tem de ser coerente com o que já existia.

#### 5.4 Jurisprudência

É máxima entre [os] advogados que tudo que já foi feito pode legalmente fazer-se outra vez e tem, por conseguinte, o especial cuidado de registrar todas as decisões anteriormente tomadas contra a justiça ordinária e a razão comum dos homens. E apresentam-nas, sob o nome de *precedentes*, como autoridades que justificam as teorias mais iníquas; nunca deixando os juízes de decidir na conformidade delas. (Swift, 1983: 228-229)

Há quem pense que os argumentos baseados em decisões judiciais não são mais institucionais que os argumentos analógicos ou os argumentos que recorrem a princípios. A seguir vamos defender a ideia de que as decisões judiciais podem ser usadas de maneira rigorosamente institucional (ainda que não sejam sempre usadas dessa maneira). Concordamos com Gulliver, portanto, quando ele sugere que seguir um precedente judicial não é deixar-se guiar pelo que parece ser substantivamente correto. Quem segue



precedentes sistematicamente acaba por contrariar a “razão comum dos homens” em alguns casos concretos.

A ideia de “seguir precedentes” é mais familiar para advogados e juízes de língua inglesa que para advogados e juízes de sistemas jurídicos que fazem parte da tradição romano-germânica. Em países como os Estados Unidos e a Inglaterra, diz-se que vigora o princípio *stare decisis*.<sup>3</sup> O princípio diz basicamente que as decisões judiciais vinculam, isto é, elas devem ser obedecidas no futuro diante de casos similares. O princípio aplica-se tanto “vertical” quanto “horizontalmente”. Verticalmente, a decisão de um tribunal superior vincula os juízes que estão abaixo do tribunal. Horizontalmente, a decisão de um tribunal vincula o próprio tribunal no futuro. Voltaremos a discutir essa distinção adiante.

As dúvidas mais comuns dos estudantes brasileiros a respeito do *stare decisis* dizem respeito à interpretação de decisões judiciais. Para que um juiz possa seguir um precedente emitido por algum tribunal, primeiro precisa discernir naquele precedente uma norma geral que se aplique ao caso que lhe concerne. O problema é que as decisões judiciais não anunciam normas jurídicas da mesma maneira concisa e didática como fazem as leis (através de seções, artigos, incisos e parágrafos bem definidos). Pelo contrário, as decisões judiciais costumam ser longas, técnicas e complexas. Nem tudo o que diz uma decisão judicial vincula outros juízes. A parte vinculante da decisão judicial, a norma geral a ser aplicada por outros juízes no futuro, costuma ser designada *ratio decidendi* (“razão para decidir”) ou, simplesmente, *ratio*.

A *ratio* de uma decisão judicial é formulada, às vezes, de maneira relativamente clara e enfática. Em *Riggs × Palmer*, o caso do herdeiro que envenenou o próprio avô, o tribunal americano articulou a norma geral que lhe serviu como razão para decidir contrariamente ao direito do herdeiro: “Ninguém tem permissão de lucrar a partir da sua própria fraude ou tirar vantagem do próprio ato ilícito, ou adquirir propriedade a partir do próprio crime.” Juízes atuando depois de *Riggs × Palmer* saberiam qual norma aplicar a casos que também envolvessem alguma espécie de crime contra o testador. Infelizmente, nem sempre os tribunais formulam a *ratio* de modo tão claro. Isso pode acontecer por vários motivos: um tribunal pode formular a *ratio* de maneiras ligeiramente distintas ao longo da decisão, deixando o intérprete inseguro a respeito da versão definitiva; o tribunal pode, deliberadamente, deixar de anunciar com clareza uma *ratio* por temer as suas

---

<sup>3</sup> A expressão completa é *stare decisis et non quieta movere* (que significa, mais ou menos, “ficar com o que foi decidido e não perturbar o que está resolvido”). A versão abreviada, *stare decisis*, é usada com mais frequência.

implicações para casos inusitados; os membros do tribunal, quando têm autonomia para formular votos individuais, podem alcançar um acordo sobre a decisão final, mas podem chegar lá por motivos distintos (de modo que não haverá uma *ratio* consensual do tribunal, mas diferentes *rationes* formuladas pelos diferentes membros do tribunal). Seja como for, se o tribunal não formular a *ratio* claramente, o intérprete terá de encontrá-la por algum outro meio.

Há muita controvérsia sobre como identificar a *ratio* de um precedente quando ela não é claramente anunciada pelo próprio tribunal. O que segue é apenas uma opinião comum, e plausível, acerca do procedimento a ser seguido. Chamemos esse procedimento de “procedimento comum”. Em síntese, de acordo com o procedimento comum, deve-se entender a *ratio* como a norma geral que, junto com os fatos do caso, leva necessariamente (dedutivamente) à conclusão do tribunal. Em outras palavras, supondo que seja possível retratar a argumentação do tribunal como tendo no seu centro um silogismo jurídico, a *ratio* é a norma geral que, colocada no lugar da premissa maior, garantiria a justificação interna do silogismo. Em *Riggs × Palmer*, o tribunal parece ter tomado a sua decisão com base no seguinte silogismo.

Silogismo de *Riggs*:

1. Ninguém tem permissão de adquirir propriedade a partir do próprio crime.
  2. Palmer matou o avô com o objetivo de assegurar sua herança.
- Logo,
3. Palmer não tem permissão de receber a herança.

Suponha, no entanto, que o tribunal em *Riggs × Palmer* não tivesse formulado a premissa maior claramente. Suponha, então, que, depois de ler a decisão, só fôssemos capazes de identificar os seguintes elementos do silogismo usado pelo tribunal:

1. —
  2. Palmer matou o avô com o objetivo de assegurar sua herança.
- Logo,
3. Palmer não tem permissão de receber a herança.

O que o procedimento comum diz, a princípio, é que a *ratio* corresponde à norma geral cuja inclusão no silogismo incompleto garantiria a sua justificação interna. O problema é

que mais de uma norma é capaz de cumprir essa função. Por exemplo: 1) ninguém tem permissão de adquirir propriedade a partir do próprio crime (essa é a norma, bastante ampla, que de fato foi usada em Riggs × Palmer); 2) ninguém tem permissão de adquirir propriedade a partir de crime *doloso*; 3) ninguém tem permissão de adquirir uma *herança* a partir de crime doloso *contra o testador*; 4) ninguém tem permissão de adquirir uma *herança* a partir de *homicídio doloso contra o testador*. Qualquer uma dessas normas cobriria o caso de Palmer e, portanto, garantiria a justificação interna do silogismo incompleto acima. O que o procedimento comum recomenda, nesse tipo de caso, é que se eleja, entre os candidatos a *ratio*, aquele que corresponda à norma mais estreita. Das normas mencionadas neste parágrafo, a quarta é evidentemente a mais estreita. Essa recomendação decorre da preocupação dos juízes vinculados a um precedente em não extrapolar as intenções do tribunal que criou o precedente. Se o tribunal não deixou clara a norma geral que constitui a *ratio* da sua decisão, é melhor que os juízes subordinados àquela decisão sejam parcimoniosos e não corram o risco de interpretar o precedente como contendo uma norma mais ampla do que o próprio tribunal pretendia.

Para falar a verdade, a lista do parágrafo anterior poderia ser estendida para incluir normas ainda mais específicas. Por exemplo: 5) ninguém tem permissão de adquirir uma herança a partir de homicídio contra o testador *sendo o testador seu parente*; 6) ninguém tem permissão de adquirir uma herança a partir de homicídio contra o testador *sendo o testador seu avô*; e assim por diante. A norma pode ser aproximada cada vez mais às peculiaridades do caso de Palmer. É comum, no entanto, que os juízes não optem por normas tão estreitas quanto 5 e 6, mesmo sendo a parcimônia uma de suas principais preocupações. Há certo ponto a partir do qual o estreitamento da *ratio* começa a parecer excessivo e potencialmente inconsistente com as intenções do tribunal que criou o precedente. É mais perigoso pecar pelo excesso de amplitude que pelo excesso de estreiteza, mas o segundo tipo de pecado também deve ser evitado.

Voltemos à distinção entre as dimensões horizontal e vertical do *stare decisis*. Os precedentes que vêm de cima (isto é, de tribunais que ocupam posições mais altas na hierarquia judicial) são os que costumam ter mais peso. Os juízes dificilmente desobedecem à *ratio* de um precedente vertical (quando a *ratio* está claramente formulada, é claro). No máximo, o juiz tenta mostrar que a *ratio* que vem de cima não abrange o caso que lhe concerne no momento. O *stare decisis* também exige que precedentes horizontais sejam respeitados, mas admite que um tribunal *excepcionalmente* “distinga” ou até revogue um precedente criado pelo próprio tribunal no passado.

Distinguir um precedente envolve estreitar a *ratio* de um caso anterior para fazer com que ele deixe de abranger o caso presente. Suponha, por exemplo, que depois de Riggs × Palmer o mesmo tribunal viesse a decidir um caso em que o potencial herdeiro matou culposamente o testador. A rigor, a norma “Ninguém tem permissão de adquirir propriedade a partir do próprio crime” aplica-se ao caso do homicídio culposo. No entanto, percebendo que o tribunal havia formulado uma norma excessivamente ampla no caso anterior, o tribunal agora pode estreitá-la nos seguintes termos: “Ninguém tem permissão de adquirir propriedade a partir do próprio crime *doloso*”. A distinção é possível, mas não pode ser feita rotineiramente, sob pena de se colocar em risco a própria ideia de *stare decisis*. Ainda mais excepcional deve ser a revogação, quando um tribunal considera inteiramente equivocada a *ratio* de um caso anterior.

A interpretação e a aplicação de precedentes não são um processo simples ou mecânico. A identificação da *ratio* exige a possibilidade de reconstruir o silogismo que cumpre papel central na argumentação do tribunal que cria o precedente e isolar a premissa maior desse silogismo. Quando a premissa maior não é facilmente identificada, cabe aos juízes que interpretam o precedente formular uma premissa maior que garanta a justificação interna do silogismo. Essa premissa não deve ser excessivamente ampla nem excessivamente estreita. O estabelecimento do ponto certo entre os extremos da amplitude e da estreiteza pode gerar controvérsia de natureza substantiva, porém o mais interessante para os nossos propósitos é notar o seguinte: pelo menos quando a *ratio* de um precedente está claramente formulada, é possível empregá-la em um argumento que é rigorosamente institucional e que, portanto, não se confunde com um argumento analógico. Considere o seguinte exemplo. Um tribunal T hipotético, tentando dar fim à discriminação racial no que diz respeito ao matrimônio, toma uma decisão com base no seguinte silogismo.

Silogismo T:

1. É ilegal impedir o casamento entre pessoas de raças diferentes.
  2. João e Maria, de raças diferentes, procuram se casar.
- Logo,
3. É ilegal impedir o casamento de João e Maria.

Os juízes poderão, no futuro, usar a decisão de T ora como precedente, ora como parte de uma analogia. Veja a diferença:

A.

1. T afirmou que é ilegal impedir o casamento entre pessoas de raças diferentes.

Logo,

2. É ilegal impedir o casamento entre pessoas de raças diferentes.

3. José e Joana, de raças diferentes, procuram se casar.

Logo,

4. É ilegal impedir o casamento de José e Joana.

B.

1. T afirmou que é ilegal impedir o casamento entre pessoas de raças diferentes.

2. Impedir o casamento entre pessoas do mesmo sexo é equivalente a impedir o casamento de pessoas de raças diferentes.

Logo,

3. É ilegal impedir o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

4. Pedro e Carlos, do mesmo sexo, procuram se casar.

Logo,

5. É ilegal impedir o casamento de Pedro e Carlos.

O argumento A é um argumento composto de dois argumentos simples: o primeiro é um argumento baseado em precedente com *ratio* clara, e o segundo é um silogismo. O argumento B também é composto de dois argumentos: um argumento analógico e um silogismo. Começamos pelo argumento A. Para chegar à premissa maior do seu silogismo, o autor do argumento A apela diretamente à *ratio* do precedente criado pelo tribunal T. A *ratio* de T abrange o caso sob análise (o caso de José e Joana) e pode ser aplicada sem recurso à reflexão substantiva. O argumento B é bem diferente. A *ratio* de T não abrange o caso de Pedro e Carlos. É necessário um argumento analógico que mostre que o tratamento dispensado por T ao casamento inter-racial deve ser estendido ao casamento homossexual. O argumento é perfeitamente plausível, mas está sujeito a objeções que revelariam o elemento substantivo da analogia. A, na nossa opinião, é um argumento mais institucional que B.

[...]

## 5.7 Resumo

- A aplicação textual da lei é uma das maneiras mais óbvias de decidir casos concretos por meio de argumentação institucional. Quando a lei é omissa ou pouco clara, o juiz (dentro e fora do Brasil) tende a apelar a outros recursos: princípios, analogias, precedentes, costumes, doutrina.
- Esses outros recursos diferem significativamente no que diz respeito ao seu caráter mais ou menos institucional.
- O argumento baseado em princípio e o argumento analógico (que, por sinal, às vezes são identificados como sendo argumentos do mesmo tipo) são menos institucionais que o argumento que aplica um precedente com *ratio* clara.

[...]