

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós Graduação em Direito

Lauro Mendonça Costa

**O ARGUMENTO JURÍDICO POR ANALOGIA NA CONSTRUÇÃO DA DECISÃO
JURISDICIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Belo Horizonte
2016

Lauro Mendonça Costa

**O ARGUMENTO JURÍDICO POR ANALOGIA NA CONSTRUÇÃO DA DECISÃO
JURISDICIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Processual.

Orientador: Prof. Dr. Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias

Área de Concentração: Direito Processual

Belo Horizonte
2016

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

C837a Costa, Lauro Mendonça
O argumento jurídico por analogia na construção da decisão jurisdicional no estado democrático de direito / Lauro Mendonça Costa. Belo Horizonte, 2016. 141 f.

Orientador: Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Princípios gerais do direito. 2. Estado democrático de direito. 3. Direito processual constitucional. 4. Decisão (Direito). 5. Argumentos jurídicos. I. Dias, Ronaldo Brêtas de Carvalho. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 340.12

Lauro Mendonça Costa

**O ARGUMENTO JURÍDICO POR ANALOGIA NA CONSTRUÇÃO DA DECISÃO
JURISDICIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Processual.

Prof. Dr. Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias - PUC Minas (Orientador)

Prof. Dr. Lúcio Delfino - UNIUBE (Banca Examinadora)

Prof. Dr. André Cordeiro Leal - PUC Minas (Banca Examinadora)

Prof. Dr. Carlos Henrique Soares - PUC Minas (Suplente)

Belo Horizonte, 9 de junho de 2016.

*À minha mãe Isis Furtado de Mendonça que,
incansavelmente, ensinou o caminho dos
livros.*

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, à minha mãe Isis e ao meu pai Laurecyr (*in memoriam*), e aos meus avós maternos, Erasmo e Enoe, e paternos Moacyr e Helena, bem como à minha irmã Laís, e às minhas tias Regina Lúcia, Maria Letícia, Ceres Mendonça, Rita de Cássia e Irene Candido da Silva, que acreditaram nesse projeto pessoal.

Ao meu orientador, Professor Doutor Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, pelos ensinamentos, pela dedicação aos seus orientandos, por ser exemplo de professor e advogado comprometido com a pesquisa jurídica e com a produção e aplicação construtiva do Estado Democrático de Direito por meio do Processo (devido processo).

Aos professores da PUC Minas, em especial, aos professores Rosemiro Pereira Leal, Leonardo Augusto Marinho Marques, Dierle José Coelho Nunes e Antônio Cota Marçal.

Ao Desembargador José Altivo Brandão Teixeira pelos quase 8 anos de convívio intelectual em seu gabinete, como assessor judiciário, na 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, por ter me ensinado as virtudes da vida ética e justa.

Aos Desembargadores Márcio Idalmo Santos Miranda, Marcos Lincoln dos Santos e Silas Rodrigues Vieira, com os quais também tive a honra de trabalhar no Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Aos amigos de mestrado Francisco Dourado, Guilherme Henrique Lage Faria, Igor Alves Noberto Soares, Vinicius Lott Thibaut, Andre Del Negri, Alexandre Ferrer Silva Pereira, Bruno Rodrigues Leite, Fábio Roque Abreu Nogueira.

Aos colegas de escritório Luis Gustavo D'Ávila Riani (desde infância), Carlos Augusto Gomes de Moraes Salles, Wladimir Rodrigues Dias, Laura Maria Fernandes Rodrigues Dias, Tiago de Oliveira Melgaço, Felipe Daldegan Miranda, Ana Luiza Grossi e Mayra Ferreira Tito.

Um agradecimento especial a Patrícia Pereira da Costa.

O homem é a medida de todas as coisas, da existência das que existem e da não existência das que não existem. (Protágoras de Abdera).

*Para nós deus é a suprema medida de todas as realidades, muito mais do que o homem, como alguns têm sustentado. Agora, se alguém quiser tornar-se amigo de deus, é necessário que também procure tornar-se semelhante a ele.
(Platão, Leis, 716 c-d).*

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a compatibilidade da aplicação do argumento jurídico por analogia na construção da decisão jurisdicional no Estado Democrático de Direito. Afinal de contas, o raciocínio jurídico por analogia arruína ou não o Estado Democrático de Direito (art. 1º da Constituição Federal)? Esta a questão a ser examinada. Partindo-se do pressuposto de que o sistema jurídico é completável (lacunas), e de que não há grandes diferenças entre a aplicação analógica de uma regra extraída da legislação parlamentar e de uma regra jurisprudencial, segue-se a necessidade de determinar quais os fundamentos que a decisão jurisdicional, que encampa tal argumento, deve ter para corresponder à estrutura do Estado Democrático de Direito. O caminho percorrido pela decisão jurisdicional por analogia deve encontrar sua juridicidade no devido processo constitucional.

Palavras-chave: Sistema (ordenamento) Jurídico. Estado Democrático de Direito. Processo Constitucional. Decisão jurisdicional. Princípios e regras jurídicas. princípios processuais. Raciocínio jurídico. Argumento por analogia. *Ratio legis*. *Ratio decidendi*.

ABSTRACT

The current work has for objective to analyse the compatibility of the enforcement of the judicial argument by analogy the construction of the judicial decision in Democratic State of Law. After all, the legal reasoning through analogy destroy or not the Democratic State of Law (Brazilian Constitutional, 1st article)? this is a question to be examined. Starting from the conjecture that the legal system is completable (blanks) and that there are not big differencies between the analogical enforcement of a rule taken out from the parliamentary legislation and from a jurisprudential rule, come the necessity to determine which basis the judicial decision that embraces such argument must have to correspond to that structure of the Democratic State of Right. The root persued for issuing a judicial decision by analogy must observe the constitutional *due process*.

Keywords: Legal System. Democratic State of law. Constitutional process. Judicial Decision. Principles and legal rules. Procedural principles. Legal reasoning. Argument by analogy. *Ratio legis*. *Ratio decidendi*.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	17
1 SISTEMA JURÍDICO (ORDENAMENTO JURÍDICO) E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	19
1.1 Introdução	19
1.2 O ordenamento jurídico	24
1.3 A unidade do ordenamento jurídico	30
1.4 A coerência do ordenamento jurídico	33
1.5 A completude do ordenamento jurídico	35
1.6 A demarcação do direito no Estado Democrático de Direito	44
1.6.1 Estado liberal de direito	46
1.6.2 Estado social de direito	48
1.6.3 Estado neoliberal de direito	50
1.6.4 Estado Democrático de Direito	51
1.6.5 A visão neoinstitucionalista do Estado Democrático de Direito	55
2 PROCESSO CONSTITUCIONAL E DECISÃO JURISDICIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	59
2.1 Processo e procedimento	60
2.2 Processo constitucional e decisão jurisdicional	65
2.2.1 Teoria do processo como procedimento em contraditório	68
2.2.2 Teoria constitucionalista do processo	70
2.2.3 Teoria neoinstitucionalista do processo	73
2.3 Princípios e regras jurídicas	76
2.4 Princípio da reserva legal	80
2.5 Princípio do contraditório	82
2.6 Analogia e fundamentação das decisões jurisdicionais	88
3 O ARGUMENTO JURÍDICO POR ANALOGIA	97
3.1 A analogia e os outros saberes	97
3.2 O raciocínio jurídico	103
3.2.1 Interpretação Jurídica	106
3.2.2 Lógica Jurídica	109
3.2.3 Argumentação Jurídica	111
3.3 Regra jurídica derivada da lei (<i>ratio legis</i>)	113
3.4 Regra jurídica derivada do precedente judicial (<i>ratio decidendi</i>)	118
CONSIDERAÇÕES FINAIS	133
REFERÊNCIAS	137

INTRODUÇÃO

Afinal de contas, o argumento jurídico por analogia arruína ou não o Estado Democrático de Direito? Esta a questão a ser desenvolvida na presente dissertação.

O argumento jurídico por analogia encerra um problema de aplicação do direito. Como já notou MacCormick, “*advogados são, principalmente, caçadores de analogias, e juízes, acima de tudo, avaliadores da adequação das analogias oferecidas pelos advogados*”¹.

De fato, embora haja uma grande juridicização dos fatos relevantes em uma determinada sociedade, regendo aspectos da vida civil, penal, administrativa, há, também, situações não normadas pelo direito, ausência normativa que tanto pode derivar de uma lei (característica tradicional dos ordenamentos jurídicos de herança romano-germânica, também conhecida por sistema continental ou *civil law*), como de um “precedente judicial” (característica tradicional dos ordenamentos jurídicos de herança anglo-saxã, também conhecido como *common law*). Com base neste fato, como solucionar o problema da ausência de uma regra jurídica partindo do pressuposto de que não se pode (ou não se deveria) invocar o *non liquet*? Afinal de contas, o raciocínio jurídico por analogia é compatível com o Estado Democrático de Direito?

Sob esse enfoque, a dissertação pretende percorrer três etapas reflexivas sobre o problema que envolve o argumento jurídico por analogia na construção da decisão jurisdicional no Estado Democrático de Direito.

A primeira reflexão envolve a noção de sistema jurídico (ordenamento jurídico) e Estado Democrático de Direito. A estrutura do Estado Democrático de Direito, proclamado pelo artigo 1º da vigente Constituição Federal de 1988, constitui referencial teórico (paradigmático e sistemático) para se pensar o processo de produção e aplicação do direito no Brasil.

O processo de produção e aplicação normativa, tendo em conta o paradigma do Estado Democrático do Direito, pressupõe uma revisitação nos conceitos de unidade, coerência e completude do ordenamento jurídico (sistema jurídico), sob a demarcação teórica da linguagem jurídico-discursiva-autocrítica do devido processo.

¹ MACCORMICK, Neil *Retórica e o estado de direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 273.

A segunda reflexão, que decorre de forma imediata da primeira, recai sobre a contribuição, na contemporaneidade, do devido processo constitucional na construção da decisão jurisdicional. A compreensão contemporânea do devido processo constitucional teve sua trajetória histórica embasada, particularmente, em três teorias do processo: processo como procedimento em contraditório (Fazzalari), a teoria constitucionalista do processo (Fix-Zamudio, Baracho) e a teoria neoinstitucionalista do processo (Rosemiro Pereira Leal). A construção de forma participada e democrática, em íntima conexão com os princípios estruturantes da reserva legal, do contraditório e da fundamentação das decisões jurisdicionais, enunciada pela compreensão dos artigos 357, 369, 371 e 489, do Código de Processo Civil de 2015, na estrutura do procedimento, constituem a razão jurídica da decisão jurisdicional.

A terceira reflexão, tema central da dissertação, trata do argumento jurídico por analogia, abordando, inicialmente, o raciocínio jurídico pela conjunção de três temas, sob a ótica do devido processo constitucional: interpretação jurídica, lógica jurídica e argumentação jurídica. Sobre o argumento jurídico por analogia, espécie de argumento jurídico, parte-se do pressuposto, de que não há grandes diferenças entre a aplicação analógica de uma regra extraída da legislação parlamentar e uma regra jurisprudencial, pois, em ambas as situações, busca-se aplicar as consequências jurídicas de uma regra jurídica já conhecida a um acaso não expressamente regulado pelo direito positivo. A coexistência da regra derivada da lei e da regra derivada da jurisprudência (precedente judicial) como razão jurídica (*ratio legis* e *ratio decidendi*) da decisão jurisdicional implica uma releitura do modo de conceber o direito na contemporaneidade.

1 SISTEMA JURÍDICO (ORDENAMENTO JURÍDICO) E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

1.1 Introdução

Pode-se conceituar sistema como “objeto complexo do qual toda parte ou toda componente está relacionada no mínimo com uma outra componente”², sendo que a mais simples análise desse conceito envolve, também, os conceitos de composição (C), ambiente (A), estrutura (E) e mecanismo (M)³.

Menciona BUNGE que, por composição, se entende a coleção de suas partes; por ambiente, a coleção de coisas que agem sobre os componentes do sistema, ou são objeto de sua ação; por estrutura, a coleção de relações (em particular, laços ou elos) entre os componentes do sistema, bem como entre estes e os itens ambientais, podendo-se chamar os primeiros de *endoestrutura* e os últimos de *exoestrutura* do sistema; e, finalmente, por mecanismo, aquele formado pelos processos internos que o fazem funcionar, isto é, mudar em alguns aspectos enquanto o conservam em outros⁴.

BUNGE nos mostra que, à primeira vista, “o conhecimento humano é um mosaico sem quaisquer padrões discerníveis”, mas que, sob um olhar mais próximo, revelaria uma unidade subjacente. Esta unidade seria efetuada por pontes de, no mínimo, seis diferentes espécies:

- (a) lógica, o cânone do pensar racional é uma ferramenta elementar de análise conceitual;
- (b) o intensivo uso da matemática, que é transportável através dos campos de pesquisa porque, como a lógica, carece de compromissos ontológicos;
- (c) método científico – a mais exigente estratégia de pesquisa – aplicável em todos os campos de investigação, da física à ética e à administração da ciência;
- (d) a redução, menos comum do que em geral se pensa, porque é extremamente potente;
- (e) a fusão de disciplinas de início disjuntas, como nos casos da

² BUNGE, Mário. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Perspectiva, 2012. p. 358. Exemplo citado pelo autor: “um átomo é um sistema físico composto de prótons, nêutrons e elétrons; uma célula é um sistema biológico composto de subsistemas, tais como as organelas, que por sua vez são compostas de moléculas” (*Dicionário de Filosofia*, p. 358).

³ Segundo BUNGE: análise CAEM.

⁴ BUNGE, Mário. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Perspectiva, 2012, p. 358-359. Pode-se antever um paralelismo entre a noção de sistema enunciada pelo físico e matemático Mário Bunge e a noção de sistema jurídico, entendido, este, como a referenciabilidade lógica de normas jurídicas (princípios e regras) que regulam o comportamento humano, por meio de situações e relações jurídicas justificadas, interna e externamente, em relação ao referente determinado, renovados por procedimentos e processos validados pelo próprio sistema, que o atualizam, conservando, porém, outras características anteriores. No nosso caso específico, o referente linguístico-lógico-discursivo é o DEVIDO PROCESSO.

bioquímica, da neurociência cognitiva, da sociologia política, e outras interdisciplinas; e (f) o garimpo e a elaboração de idéias filosóficas envolvidas na ciência e na tecnologia, como as de sistema, emergência, de verdade e princípios de realidade, bem como de legalidade, sistematicidade e inteligibilidade do mundo. Devido à existência dessas pontes, cada ciência é um membro do sistema de conhecimento humano. Uma vez compreendido o caráter sistêmico do pensamento humano, um uso explícito dele pode ser feito na pesquisa⁵.

De fato, o sistema de conhecimento humano, como inteligibilidade do mundo, necessita de uma lógica (uma razão como ferramenta da análise conceitual), de um método científico e de uma visão especulativa, portanto, filosófica deste próprio pensar⁶. O pensamento sistemático tem origem em Platão, como evoca COLLI, não sem um certo tom nostálgico em comparação aos grandes sábios (sabedoria) anteriores: *“Assim nasce a filosofia, criatura demasiado compósita e mediata para conter em si novas possibilidades de vida ascendente. Extingue-as a escrita, essencial a tal nascimento. E a emocionalidade, simultaneamente dialética e retórica, que ainda vibra em Platão está destinada a secar dentro de pouco tempo, a sedimentar-se e a cristalizar-se no espírito sistemático”*⁷.

Sabe-se, também, que o sistema jurídico não é a única ordem normativa da vida social do homem, outras com ele coexistindo, como a moral, a religião, os usos e costumes e os jogos⁸.

Particularmente em relação aos sistemas jurídicos, NINO estabelece alguns traços distintivos, concebendo-os como sistemas normativos, como sistemas coativos e como sistemas institucionalizados⁹.

Como sistemas normativos, parte NINO da definição de *“sistema dedutivo de enunciados”* de Tarski, Alchourrón e Bulygin, para afirmar que o sistema jurídico é aquele *“em que, entre as consequências lógicas há pelo menos uma norma, isto é, um enunciado que correlaciona um determinado caso à uma solução normativa (ou seja, com a permissão, a proibição ou a obrigatoriedade de certa ação)”*¹⁰.

⁵ BUNGE, Mário. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Perspectiva, 2012, p. 361.

⁶ Basta, por exemplo, pensar na lógica, no método, na filosofia e na ciência Platônica, Aristotélica, Kantiana, Hegeliana ou Popperiana.

⁷ COLLI, Giorgio. *O nascimento da filosofia*. Lisboa: Edições 70, 2010, p. 78.

⁸ BRAZ TEIXEIRA, Antônio. *Sentido e valor do direito*: Introdução à filosofia jurídica. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1999, p. 141.

⁹ NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 118-125.

¹⁰ NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 118. Como anota o autor: *“Tarski define “sistema dedutivo” como um conjunto qualquer de enunciados que compreende todas as suas consequências lógicas. Isto é, se decidimos formar um conjunto, por exemplo, com dois enunciados quaisquer e decidimos também que todos os enunciados que se inferem logicamente deles integram o conjunto, temos um sistema dedutivo*

Conjectura o autor que “*um sistema normativo não precisa ser constituído apenas por normas*”, mas que “*a presença de pelo menos uma norma no conjunto de enunciados é suficiente para classificar o sistema como normativo. Essa frágil exigência reflete a circunstância de que em muitos sistemas normativos, como é evidente no direito, aparecem enunciados que não são normas, tais como definições conceituais, descrições fáticas ou expressões de desejos*”¹¹.

O outro traço concebido por NINO é a compreensão dos sistemas jurídicos como sistemas coativos que encontra em KELSEN seu grande construtor. Observa referido autor, contudo que: “*essa visão do direito obscurece a grande variedade de regras que constituem um sistema jurídico moderno, e que parece ilusório pretender divisar, isoladamente, uma norma jurídica por uma estrutura ou determinado conteúdo característicos, e não por sua pertinência a um sistema, que possa ser classificado de jurídico. Ou seja, o procedimento mais esclarecedor é definir “norma jurídica” a partir do conceito de sistema jurídico, e não definir “sistema jurídico” a partir da noção de norma jurídica*”¹².

De fato, se a sanção não é característica de todas as normas, parece insatisfatório caracterizar a coatividade como propriedade distintiva dos sistemas jurídicos, pois, como acentua NINO, “*assim como para um sistema de enunciados constituir um sistema normativo é necessário que inclua pelos menos uma norma, sem ser necessário que todos os seus enunciados sejam normas, um sistema normativo também não é um sistema jurídico se não incluir normas que prescrevem atos coativos, embora nem todas as suas normas tenham que estipular atos coativos*”¹³.

constituído” (*Introdução à análise do direito*, p. 118).

¹¹ NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 118. O autor exemplifica o que sejam “definições conceituais” com o artigo 77, § 4º, do Código Penal Argentino, que define a expressão “funcionário público”, que, guardadas as devidas origens e pertinência, corresponde ao artigo 327 do Código Penal Brasileiro: “Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. § 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)”. (*Introdução à análise do direito*, 2010, p. 118-119).

¹² NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 119. Reconhece, no entanto, o autor, que Kelsen estaria bem orientado em erigir a coatividade em um aspecto distintivo dos sistemas normativos que são jurídicos, embora haja exagero em sua afirmação de que toda norma de um sistema jurídico prescreve um ato coativo, uma sanção. (*Introdução à análise do direito*, p. 119).

¹³ NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 119.

Com efeito, se nem todas as normas prescrevem atos coativos, sanções, não há como identificar os sistemas jurídicos como sistemas coativos, uma vez que mesmo admitindo que tal sistema jurídico preveja: *“normas que proíbem o uso geral da coação, há uma série de regras que estabelecem exceções a essa proibição geral, autorizando o emprego da força em certas condições e por certos indivíduos”*.¹⁴

Por fim, concebe NINO os sistemas jurídicos como sistemas institucionalizados. Menciona o jurista argentino que muitos autores concordam em considerar definitiva do conceito de sistema jurídico seu caráter institucionalizado, onde normas estabelecem autoridades ou órgãos centralizados para operar de determinada maneira com as normas do sistema: *“De fato, se o sistema não estabelece órgãos centralizados que são os únicos autorizados a aplicar medidas coativas, não há monopólio da força estatal. O fato de o sistema jurídico regular o uso da força e, além disso, regulá-lo como um monopólio de certos órgãos, é o que permite distingui-lo de outros sistemas normativos”*¹⁵.

Sobre o caráter da institucionalidade afirma RAZ que *“sistemas institucionalizados em geral são definidos principalmente por suas propriedades estruturais”*, e que os *“sistemas jurídicos são diferentes de outros sistemas institucionalizados, principalmente no que diz respeito às suas relações com outros sistemas institucionalizados em vigor numa mesma sociedade”*¹⁶. Segundo o autor, há três aspectos que caracterizam os sistemas jurídicos: são inclusivos, reivindicam supremacia e são sistemas abertos.

¹⁴ NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 120. Esclarece o autor: *“Embora o sistema jurídico em conjunto regule o exercício do monopólio da força estatal, é preciso insistir, em oposição a Kelsen e outros teóricos, que isso não implica que todas as suas normas prescrevem sanções. Há normas jurídicas que autorizam, proíbem ou declaram obrigatório outro tipo de conduta que não consistem na aplicação de sanções. Entretanto, deve-se destacar que a ligação que estas últimas normas têm com aquelas que prescrevem atos coativos é relevante para a operatividade ou eficácia dessas outras normas. Esse é o caso, sem dúvida, das normas que prescrevem certa conduta quando há outras normas que prescrevem ou autorizam sanções no caso de realização dessa conduta. Mas também é aplicável às normas que conferem competência, ou outorgam direitos ou estabelecem condições para a realização de um ato jurídico. Não teria muito sentido, por exemplo, que certas normas atribuísem competência a determinados indivíduos como órgãos do sistema, se não houvessem outras normas que estabelecem sanções contra os que usurparem essas funções. As normas que estipulam condições para determinar outras normas, proferir sentenças judiciais ou realizar atos jurídicos como contratos ou testamentos são também, definitivamente, relevantes, porque, segundo outras normas do sistema, devem ser consideradas ao serem dispostas certas medidas coativas, como a execução forçosa de certa obrigação contratual”* (*Introdução à análise do direito*, p. 120).

¹⁵ NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 123-124.

¹⁶ RAZ, Joseph. *Razão prática e normas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 147.

São inclusivos porque reivindicam autoridade para regular qualquer tipo de comportamento, o que os distingue da maioria dos outros sistemas institucionalizados, não reconhecendo *“nenhuma restrição das esferas de comportamento sobre as quais reivindicam autoridade para regular.”*; reivindicam supremacia *“para regular o estabelecimento e a aplicação de outros sistemas institucionalizados pela comunidade sujeita a ele”*; e, por fim, são sistemas abertos, pois faz parte de sua função sustentar e apoiar outras normas e organizações, contendo normas cujo propósito é conceder força vinculante a outras normas que não pertencem a ele¹⁷.

Conclui RAZ que, se seu argumento estiver correto:

é fácil perceber que essas condições dão início a uma explicação sobre a importância do direito. Pode haver sociedades humanas que não sejam absolutamente governadas pelo direito. Entretanto, se uma sociedade é sujeita a um sistema jurídico, então esse sistema é o mais importante sistema institucionalizado a que ela está submetida. O direito fornece as estruturas gerais dentro das quais a vida social acontece. Ele é um sistema para orientar comportamentos e para solucionar controvérsias, e reivindica autoridade suprema para intervir em qualquer tipo de atividade. Além disso, ele também regularmente sustenta ou restringe a criação e a prática de outras normas na sociedade. Ao fazer tais reivindicações, o direito pretende fornecer as estruturas gerais para a administração de todos os aspectos da vida social, e se auto estabelecer como guardião supremo da sociedade¹⁸.

É a partir da noção de institucionalização, que NINO se propõe a questionar quais instituições são definitivamente relevantes para identificar um caso central de sistema jurídico. Neste sentido, afirma que os direitos desenvolvidos que conhecemos apresentam três tipos principais de órgãos: *“os órgãos encarregados de criar e derogar normas gerais do sistema (legisladores, em um sentido amplo); os órgãos encarregados de determinar quais normas são aplicáveis a situações particulares e de dispor, se for o caso, a execução das medidas coativas que tais normas prescrevem (juízes, em um sentido amplo); e os órgãos encarregados de executar fisicamente as medidas coativas (órgãos policiais e de segurança)”*¹⁹.

Destaca NINO que *“apesar de os três tipos de órgãos mencionados serem característicos de todo sistema jurídico desenvolvido, o segundo tipo – ou seja, os órgãos encarregados de aplicar normas a casos particulares e de dispor medidas*

¹⁷RAZ, Joseph. *Razão prática e normas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 148-151.

¹⁸RAZ, Joseph. *Razão prática e normas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 152.

¹⁹NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 126. Adverte o autor que esta divisão não coincide com a visão clássica tripartite das funções do Estado.

coativas – tem um papel central no esclarecimento de uma série de perguntas sobre a natureza do direito”, uma vez que, para o autor, “perguntas sobre a pertinência de uma norma jurídica a um sistema jurídico e da sua existência como tal somente são respondidas de modo coordenado se se concentram nos órgãos que, por um lado, aplicam normas gerais a casos particulares e, por outro lado, estão em condições de dispor a execução das medidas coativas prescritas por essas normas”²⁰.

Em conclusão, propõe NINO um conceito, mesmo que rudimentar e provisório, de sistema jurídico como: *“um sistema normativo reconhecido (em geral como obrigatório) por determinados órgãos que o próprio sistema institui, e que regula as condições em que esses órgãos podem dispor a execução de medidas coativas em situações particulares, recorrendo ao monopólio da força estatal”²¹.*

1.2 O ordenamento jurídico

O estudo do ordenamento jurídico a partir da noção de Estado Democrático de Direito é que deve encaminhar a leitura dos artigos 1º, 8º e 140 do Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015), que, respectivamente, dispõem:

Art. 1º. O processo civil será **ordenado**, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste código”;

Art. 8º. Ao aplicar o **ordenamento jurídico**, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência;

Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do **ordenamento jurídico**.

²⁰ NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 126. Para o autor: “*Sendo ou não uma propriedade definitiva do conceito de sistema jurídico, a verdade é que em todos os direitos desenvolvidos que conhecemos os órgãos primários são obrigados a aplicar certas normas a casos particulares (ainda que essas normas não contenham solução para o caso, por serem imprecisas, contraditórias ou lacunares, os juízes devem recorrer a normas ou princípios que consideram apropriados para resolver o caso)*” (*Introdução à análise do direito*, p. 128).

²¹ NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 131.

A expressão “ordenamento jurídico”, é bom que se diga, foi incluída no texto do artigo 140 do Código de Processo Civil de 2015, por sugestão de BRÊTAS ao Senado Federal, acolhida e mantida na Câmara dos Deputados, em substituição à expressão “lei”, sugerida por DIDIER JÚNIOR ao artigo 119 do Projeto: “O juiz não se exime de decidir alegando lacuna ou obscuridade da lei”. BRÊTAS, no ponto, asseverou:

Entendemos, por primeiro, que há de se fazer distinção técnica entre lei (texto legislativo) e ordenamento jurídico (conjunto de normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais, abrangendo regras e princípios), porque a primeira pode ser omissa, não sendo o segundo, entretanto, lacunoso, é ver Dworkin e sua teoria da integridade do Direito. Em segundo lugar, não basta a regra processual somente proibir o juiz deixar de julgar pela escusa da falibilidade normativa, é preciso que o Estado vá além e lhe recomende a trilha metodológica decisória a ser seguida, ou seja, aplicação dos princípios, sobretudo os constitucionais, de sorte a se incrementar, mais e incessantemente, a supereficácia normativa do texto da Constituição, o que, na prática do foro, a todo momento, surge frequentemente esquecida²².

A expressão ordenamento é recorrente na linguagem jurídica. Como assinala ARAÚJO, a “palavra *Ordinamento aplicada à experiência jurídica foi consagrada pelo jurista Santi Romano, em sua obra L’Ordinamento Giurídico, publicada em 1917*”²³. O jurista FROSINI, citado por ARAÚJO, em ensaio intitulado *Ordine e Disordine nel Diritto*, afirma que: “A palavra ordem é considerada como uma das principais chaves da decifração do universo jurídico; além de que ela é usada para designar o elemento fundamental e característico, facilmente reconhecível e praticamente ineliminável, de toda experiência jurídica”²⁴.

A própria noção de ordenamento, por afinidade semântica à expressão ordem, já impõe uma conotação analógica com a ordem do universo, sendo recorrente sua associação com o universo jurídico.²⁵ De certa maneira, como acentua SALGADO: “a cultura é uma analogia da natureza. O nomos concebe-se

²² BRÊTAS, Ronaldo Dias de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 109, nota n. 5.

²³ ARAÚJO, Vandyck Nóbrega de. *Idéia de sistema e de ordenamento no direito*. Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 41.

²⁴ ARAÚJO, Vandyck Nóbrega de. *Idéia de sistema e de ordenamento no direito*. Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 41.

²⁵ Apenas no sentido de ilustrar a recorrência dessa associação (um tanto analógica), segue breve trecho de FERRAZ JÚNIOR sobre a teoria da norma fundamental de Kelsen: “*Todo o universo normativo vale e é legítimo em função dela [norma fundamental]. Mas dela não se pode exigir que seja justa. Mesmo uma norma fundamental injusta válida e legítima o direito que dela decorre*” (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Por que ler Kelsen, hoje. In: COELHO, Fábio Ulhoa. Para entender Kelsen. São Paulo: Max Limonad, 1996. Prólogo.

*como uma constante, de certo modo igual, de certo modo diverso da constante da lei da physis, e o direito não escapa a essa estrutura criada por processo analógico*²⁶.

No mesmo sentido, PERELMAN afirma que:

Existe, como se sabe, todo um material analógico que constitui uma constante de cada cultura, talvez até seja comum a toda a humanidade. O papel do sol e da luz no mundo visível, servindo de foro para falar de Deus, do Bem ou do conhecimento, é uma das constantes da filosofia e da religião no Ocidente. A tradição platônica, agostiniana, cartesiana, até o século das luzes, nela se inspira e dela se nutre. O diálogo inteiro de A República é uma longa analogia entre o sol no mundo visível e o Bem no mundo inteligível, e culmina no mito da caverna²⁷

A noção de ordenamento jurídico é tão interessante que BOBBIO, em estudo clássico, disse que sua busca por uma definição do direito acabou conduzindo-o de uma teoria da norma jurídica para uma teoria do ordenamento jurídico²⁸.

De fato, certos problemas da teoria da norma jurídica restam mais esclarecidos a partir do ponto de vista do ordenamento jurídico. A ordem jurídica é o referente que dá sentido à produção jurídica de determinada época ou período histórico. É a partir das especificidades dos materiais jurídicos que se pode conjecturar o quadro normativo de seu ordenamento jurídico. Daí poder-se falar em ordem jurídica romana, medieval, moderna e contemporânea.

A configuração sistemática do ordenamento jurídico, embora de suma importância para resolução de problemas normativos no campo do direito, nem sempre é de fácil equação. Neste sentido, é o problema do seu fundamento. Anota GUIMARÃES que:

Se o que funda a ordem jurídica, para o efeito do equilíbrio da vida normativa, é a Constituição, enquanto norma-fonte, necessariamente somos levados a interrogar, em primeiro plano, sobre os fundamentos da própria Constituição, excluindo, desde logo, a idéia bem conhecida de uma

²⁶ SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 232.

²⁷ PERELMAN, Chaïm. *Retóricas*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 343.

²⁸ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 188. Assim se expressa o autor sobre os resultados obtidos em curso ministrado sobre a teoria da norma jurídica: *“Para resumir brevemente esses resultados, podemos dizer que não nos foi possível dar uma definição do direito assumindo o ponto de vista da norma jurídica, isoladamente considerada; mas tivemos de ampliar nosso horizonte para considerar o modo como uma determinada norma é tornada eficaz por uma organização complexa que determina a natureza e a importância das sanções, as pessoas que devem exercê-las e sua execução. Essa organização complexa é o produto de um ordenamento jurídico. Portanto, isso significa que uma definição satisfatória do direito só é possível se assumimos o ponto de vista do ordenamento jurídico”* (*Teoria Geral do direito*, p. 188).

Constituição-primeira que fundasse todas as demais. Se a ordem jurídica se funda na Constituição, onde estão os fundamentos da Constituição? Certamente na consciência humana!²⁹.

Como visto, reconhece o autor que o fundamento da ordem jurídica é a Constituição, e o fundamento da Constituição, a consciência humana. Sob tal ângulo, então, é a consciência humana a fonte fática irradiadora da ordem jurídica, sua referência pré-normativa. A partir deste referencial, percebe GUIMARÃES um fundo compartilhável dialeticamente a compatibilizar o binômio consciência-ordenamento jurídico:

A formação da consciência jurídica deve ir além do processo disciplinador das instituições, para atingir o campo da própria consciência enquanto foco iluminador de toda origem, de todo princípio, de todo fundamento. Nenhuma ordem jurídica emerge espontaneamente do mundo exterior, embora com ele se dialetize, necessariamente, na constância da realização da cultura, posto que toda a sua trama tem origem na consciência. Ou seja, consciência-ordenamento jurídico é o binômio capital a partir do qual todas as dimensões da existência social poderão ser interpretadas e compreendidas na sua originalidade³⁰.

É a consciência jurídica desdobrada de si, em si e no outro, a realizar a coexistência obrigatória (irresistível) do ordenamento jurídico. Reconhece GUIMARÃES que todo “*o ordenamento constitucional que tem produzido milhares de discursos e interpretações não passa de manifestações históricas da consciência, cuja essência, repitamos, é a intencionalidade*”³¹.

A busca incessante pelos fundamentos da ordem jurídica, segundo o autor, encontra-se mantida no esquecimento, desde os romanos, obscurecida pela razão fabricadora do cientificismo das ciências da natureza:

A discussão histórica em torno dos fundamentos da ordem jurídica sempre procurou escapar-se da questão radical da origem para buscar afirmar-se na ordem difusa da fundamentação científica que vem oscilando desde o “espírito do direito romano” fundado na juris-prudentia, ao despertar dos juristas para a juris-scientia, a partir do século XVII, tendo em vista os inícios da construção do mundo a partir da razão fabricadora. Assim, a questão dos fundamentos quase sempre é obscurecida pela obsessiva e inútil perquirição sobre a cientificidade do direito, como se o avanço das ciências da natureza estivesse competindo com o avanço das ciências da cultura –

²⁹ GUIMARAES, Aquiles Côrtes. *Pequena introdução à filosofia política: A questão dos fundamentos*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007, p. 52.

³⁰ GUIMARAES, Aquiles Côrtes. *Pequena introdução à filosofia política: A questão dos fundamentos*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007, p. 52-53.

³¹ GUIMARAES, Aquiles Côrtes. *Pequena introdução à filosofia política: A questão dos fundamentos*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007, p. 53.

ou do espírito – e, muitas vezes, como se estas últimas devessem perseguir os mesmos índices de precisão e operacionalidade das primeiras. A suposta busca de fundamentos, em geral, não vai além da postulação de cientificidade para a ciência do direito, em cujo campo se espraiam hoje os debates, desde aqueles que afirmam que a trama da conduta humana deve ser vista como obediência ou violação de normas jurídicas – é a doença do analiticismo contraída pelo contato com a filosofia contemporânea da análise – até àqueles que afirmam ser o direito “conduta humana em interferência intersubjetiva”, como é o caso da egologia jurídica, bem mais próxima da realidade humana radical. São estes apenas ligeiros exemplos de como o problema dos fundamentos da ordem jurídica são mantidos no esquecimento³².

Ressalta GUIMARÃES que as múltiplas teorias que hoje pretendem esclarecer os fundamentos do direito, da justiça e do Estado, cujos argumentos não vão além do inelutável apelo ao poder constituinte originário, mereceria uma releitura, “*a fim de operar um salto qualitativo entre o operacional – tarefa dos tribunais – e o que fundamenta, originariamente a vida da cultura na qual buscam fundamento as próprias decisões dos tribunais*”. Ao não se interrogar pelos seus próprios fundamentos (“substância fundante”), a ordem jurídica esquece daquilo que deveria justificar-se (paradoxo), ou seja, que o “*que gera a lei é a vontade humana, manifestada na diretriz da intencionalidade da consciência*”. Daí o fracasso do binômio humano-ordenamento no mundo contemporâneo:

Portanto, os fundamentos da ordem jurídica estão longe de serem justificados, a não ser que nos convertamos à crença no grande guarda-chuva da ordem empírica para a qual nada existe além da experiência, enquanto valor absoluto. Mas a ordem empírica, nesse vasto campo de indagações sobre os fundamentos da ordem jurídica não tem sido objeto de um questionamento radical, permanecendo como campo do pensamento descritivo que forma uma teia infinita de construções lógicas e soluções – o que é mais grave – a partir do generalizado espírito de retorno à objetividade. Nada temos contra a objetividade jurídica no seu funcionamento a serviço do atendimento aos milhões de desvalidos que clamam por justiça e acreditam na força do exercício do direito... Sendo mais claro, a ordem empírica, constituída pelo mundo das relações sociais efetivas decorrentes da obrigatoriedade da coexistência de que já falamos é o campo em que se assenta o positivismo jurídico que sempre se recusou a olhar a ordem jurídica como artifício produzido historicamente para a garantia da vigência dessa obrigatoriedade. Ou seja, ver a ordem jurídica apenas no plano empírico-explicativo é vê-la na sua pobreza mais radical. Por que? Porque o universo funcional-explicativo é a máquina para a qual o humano está longe de merecer qualquer atenção no mundo contemporâneo³³.

³² GUIMARAES, Aquiles Côrtes. *Pequena introdução à filosofia política: A questão dos fundamentos*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007, p. 52-53.

³³ GUIMARAES, Aquiles Côrtes. *Pequena introdução à filosofia política: A questão dos fundamentos*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007, p. 58-59.

A crítica ao positivismo jurídico, como guardador da realidade empírica (os óculos da passividade empírica), mantém o estado de violência natural e devastador imprimido pela técnica, ou, como dito, razão fabricadora. Aponta, também, GUIMARÃES que a busca pelo fundamento da ordem jurídica em um mundo volátil e devastado pelo progresso da técnica necessita ser percebido e interrogado e, particularmente, recomeçado para além do espírito dogmático:

No fundo, a necessidade de um re-começo. Re-começar será sempre um retorno ao fundo, à raiz, à origem, àquilo que subjaz a todas as pretensões organizativas da ordem jurídica. Só que aqui o recomeçar é apenas um assinalar para a necessidade de buscar o fundamento para além do espírito exegetico, historicista, positivista, analítico e, sobretudo, descritivista que se subordina, em geral, ao primado do estabelecido pelas crenças teóricas antecedentes no âmbito da meditação jus-filosófica contemporânea. O exegetismo e o analiticismo vem promovendo um notável afastamento do mundo da vida na medida em que se “fundam” na realidade existente e no normativismo, na sua brutalidade, ignorando o fato de que a hermenêutica do mundo histórico-social é o pano de fundo da própria vida do direito. [...]. Tudo isso é reconhecido de forma exemplar na vivência judiciária, até mesmo em razão do fato de que o equilíbrio da vida jurídico-política tem como sustentáculo as decisões judiciais, marcadas, fundamentalmente, pela ordem existente; ordem existente diz do estabelecido, do legislado, em síntese, do efetivamente normatizado e exigido com a imperiosidade que a todos atinge. Esse é, em última análise, a natureza da ordem jurídica³⁴.

Nesse ponto, com razão GUIMARÃES ao predizer que o “*artefazer fabricativo dispensa a reflexão*”, erva daninha tão evidente na prática judicial (forense) que contribui para o afastamento (esquecimento) da crença na ordem jurídica reflexiva: “*a crença na ordem jurídica tem contribuído para a vivenciação do Estado de Direito, tão proclamado na cultura ocidental e absolutamente necessário à garantia da existência histórica e, concretamente, à existência humana, enquanto obrigatoriedade impositiva e inelutável. Existir – repetamos – é coexistir, existir-com, na sua obrigatoriedade cujos horizontes só podem ser delineados a partir da reflexão sobre o absurdo da própria existência humana*”³⁵.

A coexistência, o “*existir-com*”, implica uma correspondência biunívoca entre sociedade e ordenamento jurídico, como ressalta FAZZALARI:

³⁴ GUIMARAES, Aquiles Côrtes. *Pequena introdução à filosofia política: A questão dos fundamentos*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007, p. 62.

³⁵ GUIMARAES, Aquiles Côrtes. *Pequena introdução à filosofia política: A questão dos fundamentos*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007, p. 67.

Sociedade e “ordenamento jurídico” se encontram em correspondência biunívoca, no sentido de que à uma certa sociedade (pluralidade de sujeitos cooperantes por interesses e escopos comuns) corresponde um certo ordenamento, e que a sociedade e ordenamento se identificam: um ordenamento constituindo os alicerces de base de uma dada sociedade, e a dada sociedade constituindo o âmbito no qual o ordenamento vive e se desenvolve³⁶.

Essa digressão reflexiva mostra as vicissitudes da noção de ordenamento jurídico e a importância de seu fundamento na quadra histórica vivenciada, onde, a trancos e barrancos, tenta-se manter a integridade de uma ordem jurídica fundada no Estado Democrático de Direito.

1.3 A unidade do ordenamento jurídico

Por “unidade”, tem-se designado, como assevera SGARBI “à possibilidade de se reconduzirem todas as normas jurídicas de um dado conjunto normativo a uma única norma referencial”, formando o “ponto convergente do conjunto normativo”, ou seja, “a produção normativa atua como ponto de regência dos materiais jurídicos”³⁷.

A concepção clássica da unidade do ordenamento jurídico compreende a conexão biunívoca de Estado e Direito do positivismo jurídico (para Kelsen direito e Estado se confundem). Sob o ponto de vista metodológico, aborda CARNELUTTI o princípio da unidade, como uma instituição de vários institutos:

Hoje somos mais ou menos conscientes desta verdade, porque sabemos que o direito se traduz no Estado. O Estado, note-se bem, não só do lado dos governantes mas também do dos governados: imensa e admirável instituição, que do vértice se estende até as últimas raízes, compreendendo todos os homens enquanto coligados ou, antes combinados mediante as normas do direito e, assim, enquanto socii da societates ou cives da civitas; daqui o ser membro do Estado não só quem manda mas também quem é mandado, não só quem julga mas também quem é julgado, não só quem castiga mas também quem é castigado. Ora, se a realidade do direito está na sua complexidade e a sua complexidade é uma imensidade, como fazer para ver o dado inteiro ou, portanto, o dado real? Em boa verdade, nós não somos menos pequenos em face do Estado do que o astrônomo em face do firmamento. É de tremer. Que o homem, ao contrário, não trema e procure compreender e, assim, conter em si tal imensidade seria a prova, se fosse ainda necessária, da sua essência divina. Mas a divina essência está aprisionada na forma humana; os nossos olhos não veem, por cada vez, senão uma pequena parte das coisas. Por isso, a observação do enorme dado só pode ser obra coletiva. A unidade da ciência do direito, como de

³⁶ FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual civil*. Trad. 8ª ed. Elaine Nassif. 1ª Ed. Campinas: Bookseller, 2006, p. 520.

³⁷ SGARBI, Adrian. *Teoria do direito: primeiras lições*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 285.

resto, de todas as ciências, quebra-se, necessariamente, na pluralidade dos cientistas. E, porque a obra coletiva se desenvolve segundo o princípio da divisão do trabalho, a unidade da instituição resolve-se na pluralidade dos institutos³⁸.

Se o ordenamento jurídico é composto de várias normas, resta saber se estas normas constituem, e em que modo, uma unidade.³⁹ Observa BOBBIO que a “*dificuldade de identificar todas as normas que constituem um ordenamento resulta do fato de que geralmente essas normas não derivam de uma única fonte*”; e que em “*todo ordenamento o ponto de referência último de todas as normas é o poder originário, ou seja, o poder além do qual não existe outro em que se possa fundar o ordenamento jurídico*”; ou seja, a fonte das fontes⁴⁰.

Por “fontes do direito”, pode-se compreender “*aqueles fatos e aqueles atos de que o ordenamento jurídico depende para a produção de normas jurídicas*”, porquanto o “*conhecimento de um ordenamento jurídico (e também um setor específico desse ordenamento) começa sempre a partir da enumeração das suas fontes*”, ou mais sinteticamente, de que “*o ordenamento jurídico regula a própria produção normativa*”⁴¹.

Não obstante a complexidade que um ordenamento jurídico pode assumir, devido à multiplicidade de suas fontes, sua unidade não resta comprometida quando se parte de uma norma fundamental, pois, como assevera BOBBIO “*todo ordenamento tem uma norma fundamental*”:

*É essa norma fundamental que dá unidade a todas as outras normas; ou seja, faz das normas esparsas e de proveniência variada um conjunto unitário, que se pode chamar a justo título de “ordenamento”. A norma fundamental é o termo unificador das normas que compõem um ordenamento jurídico. [...]. Em outras palavras, por mais numerosas que sejam as fontes do direito em um ordenamento complexo, esse ordenamento constitui uma unidade pelo fato de que, direta ou indiretamente, com percursos mais ou menos tortuosos, todas as fontes do direito podem remontar a uma única norma*⁴².

³⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Metodologia do direito*. São Paulo: Editora Pilhars, 2012, p. 77-78. É visível na idéia de unidade, desenvolvida por CARNELUTTI, a forma do pensamento analógico.

³⁹ José Enrique Greño, ao escrever o verbete “Analogia” na Nueva Enciclopédia Jurídica, cita passagem atribuída a Savigny, para quem a analogia era o resultado do procedimento para resolver as contradições e devolver a unidade do direito. (In: COSTA, Elcias Ferreira da. *Analogia jurídica e decisão judicial*. Porto Alegre: Fabris, 1987, p. 26).

⁴⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 200, 204 e 205.

⁴¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 208.

⁴² BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 211-212.

De fato, pode-se admitir, como o faz BOBBIO, que todo ordenamento tem uma norma fundamental. Neste sentido, interessante comparação é feita por BRAZ TEIXEIRA:

No sistema de Hart, a regra de reconhecimento vem então a desempenhar um papel análogo ao da norma fundamental na Teoria pura, o de fundamento de validade formal das normas que compõem um determinado sistema jurídico, com uma essencial diferença, porém: enquanto a norma fundamental Kelseniana é um pressuposto lógico-transcendental da ordem jurídica, a regra de reconhecimento é um dado empírico, cuja existência pode ser comprovada pela experiência⁴³.

Por conter normas superiores e inferiores, tal ordenamento possui uma estrutura hierárquica. Como observa BOBBIO:

Costuma-se representar a estrutura hierárquica de um ordenamento com a figura da pirâmide, razão pela qual se fala também de construção em pirâmide do ordenamento jurídico. Nessa pirâmide o vértice é ocupado pela norma fundamental; a base é constituída pelos atos executivos. Se olharmos a pirâmide de cima para baixo, veremos uma série de processos de produção jurídica; se a olharmos de baixo para cima, veremos, ao contrário, uma série de processos de execução jurídica⁴⁴.

Outra noção que decorre da estrutura hierárquica do ordenamento jurídico se refere aos limites materiais e formais, pois quando “*um órgão superior atribui a um órgão inferior um poder normativo, não lhe atribui um poder ilimitado*”, pois, ao “atribuir esse poder, estabelece, também, os limites dentro dos quais pode ser exercido, notando-se que à “*medida que se percorre a pirâmide de cima para baixo, o poder normativo é cada vez mais circunscrito*”:

O primeiro tipo de limites refere-se ao conteúdo da norma que o poder inferior é autorizado a emanar; o segundo tipo refere-se à forma, ou seja, o modo ou o processo com que a norma do poder inferior deve ser emanada. Se nos colocarmos do ponto de vista do poder inferior, observaremos que este recebe um poder que é limitado ou em relação àquilo que pode comandar ou proibir, ou em relação a como pode comandar ou proibir. Os dois limites podem ser impostos contemporaneamente; mas em alguns

⁴³ BRAZ TEIXEIRA, Antonio. *Sentido e valor do direito*: Introdução à filosofia jurídica. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1999, p. 69.

⁴⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 213. Assinala o autor: “*Esse duplo processo ascendente e descendente pode ser esclarecido também com duas outras noções características da linguagem jurídica; poder e dever. Enquanto a produção jurídica é a expressão de um poder (originário ou derivado), a execução revela o cumprimento de um dever. Uma norma que atribui a uma pessoa ou órgão o poder de emanar normas jurídicas atribui, ao mesmo tempo, a outras pessoas o dever de obedecer. Poder e dever são dois conceitos correlatos: um não pode existir sem o outro*” (*Teoria geral do direito*, p. 213).

casos um pode existir sem o outro⁴⁵.

Anota BOBBIO que a passagem da lei ordinária à decisão judicial, entendida como regra do caso concreto, encontra, na maior parte das legislações, ambos os limites:

As leis relativas ao direito substancial podem ser consideradas, sob um certo ângulo visual (ou seja, enquanto forem compreendidas como regras destinadas mais aos juízes do que aos cidadãos), como limites de conteúdo ao poder normativo do juiz: em outras palavras, a presença das leis de direito substancial faz com que o juiz, ao decidir uma controvérsia, deva procurar e encontrar a solução naquilo que as leis ordinárias estabelecem. Quando se diz que o juiz deve aplicar a lei, isso significa, em outras palavras, que a atividade do juiz é limitada pela lei, no sentido de que o conteúdo da sentença deve corresponder ao conteúdo de uma lei: se essa correspondência não ocorre, a sentença do juiz pode ser declarada inválida, nos mesmos moldes de uma lei ordinária não conforme com a constituição. As leis relativas ao processo constituem, por sua vez, os limites formais da atividade do juiz: isso significa que o juiz está autorizado a emanar normas jurídicas no caso concreto, mas deve emaná-las segundo um rito em grande parte preestabelecido pela lei⁴⁶.

Como visto, todo ordenamento jurídico busca sua unidade, uma vez que regula sua própria produção normativa. Pode-se conjecturar que no Estado Democrático de Direito a norma fundamental é o devido processo. Acontece que a ausência de lei (lacuna) não impede que os sujeitos processuais, por meio do devido processo constitucional jurisdicional, busquem, em contraditório substancial, ampla defesa, uma decisão fundamentada e compatível com a unidade desse mesmo ordenamento jurídico.

1.4 A coerência do ordenamento jurídico

Os filósofos em geral concordam em que é dever de todo ser humano acumular crenças que sejam pelo menos coerentes – em específico, afirmam que não devemos abraçar opiniões que se contradigam entre si.⁴⁷ Exigir coerência

⁴⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 216. Anota o autor que a “*compreensão desses limites é importante, pois eles circunscrevem o âmbito em que a norma inferior é legitimamente emanada: uma norma inferior que exceda os limites materiais, ou seja, que regule uma matéria diferente das que lhe foram atribuídas, ou regule de maneira diferente da que lhe foi prescrita, ou exceda os limites formais, ou seja, não siga o processo estabelecido, é passível de ser declarada ilegítima e de ser expulsa do sistema*” (*Teoria geral do direito*, p. 216).

⁴⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 217-218.

⁴⁷ MOSER, Paul K; DWAYNE, H. Mulder; TROUT, J. D. *A teoria do conhecimento: uma introdução temática*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2008, p. 145.

prática “*significa exigir que casos similares sejam tratados de maneira similar, permitindo, no entanto, que um caso seja tratado de maneira diferente quando um bom argumento demonstra que os dois casos em questão são diferentes em aspectos pertinentes*”⁴⁸.

No campo jurídico, assevera SGARBI que por “coerência” (ou “consistência”) entende-se a ausência de contradições normativas:

Essa ausência de contradições é atribuída à necessidade de que a ordem jurídica não prescreva a realização de condutas incompatíveis entre si aos destinatários das normas. Para ocorrer essa contradição normativa, basta haver uma única modalização incompatível. Atribui-se o nome de “antinomia” à situação em que para um mesmo caso concreto a ordem jurídica apresenta determinações diversas e opostas. Antinomia, assim, é o nome técnico empregado para designar uma “contradição normativa” presente no conjunto normativo⁴⁹.

O excesso de normas para um mesmo caso, diga-se, pode-se dar por contradição ou por redundância. Em relação à contradição, NINO aponta duas condições:

A primeira condição para que haja inconsistência normativa é que duas ou mais normas se refiram ao mesmo caso, que tenham o mesmo âmbito de aplicabilidade, e a segunda, que as normas imputem a esse caso soluções logicamente incompatíveis”; em relação à redundância, “primeiro, que ambas as normas tenham o mesmo campo de referência, que se refiram aos mesmos casos; segundo, que estipulem a mesma solução para eles.”⁵⁰

Como assina WAMBIER, a preocupação com a coerência é comum tanto ao sistema jurídico *civil law*, quanto ao *common law*, pois o “*direito não poderia ser concebido como um sistema se não houvesse ao menos marcada tendência à coerência*”⁵¹.

⁴⁸ WALTON, Douglas. *Lógica informal: manual de argumentação crítica*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 357.

⁴⁹ SGARBI, Adrian. *Teoria do direito: primeiras lições*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 270. Demonstra o autor que há antinomia “*se uma norma N¹ para a situação hipotética X atribui o comportamento p senão advirá a consequência S; e, uma segunda norma, norma N², para a mesma situação hipotética X, dispõe ser devido o comportamento ~p senão advirá a consequência S*” (*Teoria do direito*, p. 270).

⁵⁰ NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 322 e 330.

⁵¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 30. Assevera, ainda, a autora, que a preocupação com a idéia de sistema é muito mais nítida nos países de *civil law*, “*mas mesmo nos países de common law há preocupação com a consistency, da decisão tomada em relação à um contexto. A decisão deve ser consistente com o direito, com as demais regras e princípios existentes*” (*Precedentes e evolução do direito*, p. 30).

Com efeito, mesmo que os ordenamentos jurídicos contemporâneos sejam altamente complexos⁵², deve-se evitar a antinomia jurídica. O excesso de normas, por contradição ou redundância, por vezes, gera, no jurisdicionado, uma certa anomia, em não obedecer a ordem jurídica, ou a dúvida na melhor forma de cumpri-la.

Há certo nexos entre o problema da completude, que será examinado a seguir, e o da coerência:

A coerência significa exclusão de toda situação em que pertençam ao sistema ambas as normas que se contradizem; a completude significa exclusão de toda situação em que não pertençam ao sistema nenhuma das duas normas que se contradizem. Diremos que é “incoerente” um sistema em que existem tanto a norma que proíbe um determinado comportamento quanto aquela que o permite; “incompleto”, um sistema em que não existem nem a norma que proíbe um determinado comportamento nem aquela que o permite⁵³.

Como visto, embora o problema da coerência (consistência) seja de suma importância para a adequada leitura do ordenamento jurídico, não se mostra diretamente conectada com o problema da aplicação do argumento jurídico por analogia. A solução deste problema está diretamente ligada ao tema da completude do ordenamento jurídico.

1.5 A completude do ordenamento jurídico

Como hipótese inicial, como faz VILANOVA: “*dado um sistema normativo-jurídico S, válido para um universo-de-conduta, ele é completo ou suficiente se para qualquer conduta (relação interpessoal ou intersubjetiva) C existe norma N que a qualifique, em qualquer modal deôntico*”⁵⁴.

⁵² Como assevera Neil MacCormick: “O direito de qualquer Estado constitucional moderno é altamente complexo”. In: MACCORMICK, Neil. Direito, interpretação e razoabilidade. In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 31.

⁵³ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 272.

⁵⁴ VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Noeses, 2010, p. 207. Como observa o autor: “Não importa qual a fonte formal da norma N: se legislação, costume ou jurisprudência (ou norma proveniente de fonte situada fora do sistema, que o sistema faz ingressar, convalidando-a através de fonte formal sua: tratado internacional, ou lei, costume, sentença de outro sistema estatal)” (*As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*, p. 207).

Por completude, como assevera BOBBIO:

entende-se a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular cada caso”, ou, em outras palavras, “um ordenamento é completo quando o juiz pode encontrar nele uma norma para regular cada caso que se lhe apresente, ou melhor, não há caso que não possa ser regulado com uma norma extraída do sistema. Se preferirmos uma definição mais técnica de completude, poderemos dizer que um ordenamento é completo quando nunca se verifica o caso de que nele não se possam demonstrar a pertinência nem de uma determinada norma nem da norma contraditória⁵⁵.

A noção de completude do ordenamento jurídico, revela, insitivamente, o problema da incompletude⁵⁶, que, no dizer de BOBBIO,

consiste no fato de que o sistema não compreende nem a norma que proíbe um determinado comportamento nem a norma que o permite”, tendo em conta que “se se pode demonstrar que nem a proibição nem a permissão de um determinado comportamento podem ser extraídas do sistema, assim como é posto, é preciso dizer que o sistema é incompleto, que o ordenamento jurídico tem uma lacuna⁵⁷.

O dogma da completude foi dominante na teoria do direito continental, de origem romanística, sendo considerado por alguns como um dos aspectos salientes do positivismo jurídico.⁵⁸ Como observa GUIMARÃES, o “*surto codificador no século XIX, acompanhado da crença no estatismo jurídico acabou por produzir até mesmo o princípio da completude da ordem jurídica, cuja crença se assentava no fato de que os códigos legislativos devem prever tudo. Nenhuma relação humana estaria fora dos códigos...*”⁵⁹.

⁵⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 271.

⁵⁶ Nas ciências exatas, ganhou notoriedade o teorema da incompletude de Gödel. No entanto, explica Mário Bunge que “*qualquer teoria consistente que inclua um fragmento da aritmética é incompleta. Isto é, uma teoria assim contém no mínimo uma proposição que é verdadeira mas não comprovável na teoria. Embora seja um resultado matematicamente capital, é de pouco interesse para os matemáticos atuantes. Por contraste, parece fascinar os filósofos, talvez porque tenha sido inicialmente mal interpretado por apresentar uma limitação radical da razão, enquanto na verdade ele prova apenas as limitações de um dado formalismo qualquer que inclua um fragmento da aritmética*” (in. BUNGE, Mário. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Perspectiva, 2012, p. 379).

⁵⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 271.

⁵⁸ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 275.

⁵⁹ GUIMARAES, Aquiles Côrtes. *Pequena introdução à filosofia política: A questão dos fundamentos*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007, p. 57.

Como anota COING:

O Renascimento e a doutrina dominante no século XIX acreditavam que a lei seria completa. Se o legislador tivesse, mesmo assim, ignorado um caso, eram previstos procedimentos especiais, que deveriam garantir uma regra através do próprio legislador. A legislação francesa organizou para isto o chamado *Référé Obligatoire*; na Prússia, era prevista uma comunicação ao Ministério da Justiça. No entanto, estas regras não se consolidaram em nenhum lugar, na prática. Após curto ou longo tempo remeteteu-se novamente ao juiz a tarefa de resolver os problemas que surgem com as lacunas da lei ou com regras legais imprecisas. Isto aconteceu, mais claramente, na França através do famoso Art. 4º do Code Civile: “Lê juge qui refusera de juger, sous pretexte du silence, de l’obscurité ou de l’insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice”⁶⁰.

Como visto, não tardou que, à concepção romântica da escola da exegese, surgissem críticas, como foi aquela endereçada pela Escola do Direito Livre à lacunosidade ou imprecisão da lei, chegando mesmo BOBBIO a admitir que a “*batalha da escola do direito livre contra as várias escolas da exegese é uma batalha pelas lacunas*”⁶¹.

BOBBIO considera duas razões para o movimento contra o estatismo jurídico e o dogma da completude no século XIX:

Em primeiro lugar, à medida que a codificação envelhecia (e isso vale sobretudo para a França), descobriam-se suas insuficiências. O que num primeiro momento é objeto de admiração incondicionada, torna-se pouco a pouco objeto de análise crítica, cada vez mais exigente, e a confiança na onisciência do legislador diminui ou deixa de existir” “Em segundo lugar, paralelamente ao processo natural de envelhecimento de um código, é preciso considerar que na segunda metade do século passado ocorreu, por obra da chamada Revolução Industrial, uma profunda e rápida transformação da sociedade, que fez com que as primeiras codificações – que refletiam uma sociedade ainda principalmente agrícola e pouco industrializada – parecessem ultrapassadas, portanto, insuficientes e inadequadas, a acelerou seu processo natural de envelhecimento”⁶².

O positivismo, contudo, não se deixou abater e reagiu à influência da Escola do Direito Livre, pois, admitir “*a livre pesquisa do direito (livre no sentido de não ligada ao direito estatal), conceder cidadania ao direito livre (ou seja, a um direito criado circunstancialmente pelo juiz) significava romper a barreira do princípio da*

⁶⁰ COING, Helmut. *Elementos fundamentais da filosofia do direito*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002, p. 349-350. Tradução de: “O juiz que recusar julgar, a pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpado de denegação de justiça”.

⁶¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 278.

⁶² BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 278-279.

*legalidade, que fora estabelecido em defesa do indivíduo, abrir as portas ao arbítrio, ao caos, à anarquia. A completude não era um mito, mas uma exigência de justiça; não era uma função inútil, mas uma defesa útil de um dos valores supremos a que deve servir a ordem jurídica, a certeza*⁶³.

O ordenamento jurídico busca a completude para resolver o problema das chamadas lacunas do direito. Neste sentido, dispõe o art. 140 do Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015): “O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico”.⁶⁴

Para FERREIRA DA COSTA “conexo, ou mesmo preliminar ao estudo da analogia é, sem dúvida, o problema das lacunas do direito, o qual, colocado debaixo de outro ângulo, traduz-se como o problema da plenitude (completezza) e fechamento (chiusura) do ordenamento jurídico”⁶⁵.

O problema da lacuna é antigo e remonta ao direito romano, impregnado, conscientemente ou não, do realismo aristotélico, como assinala VIEIRA:

A “actio” derivava da natureza da relação jurídica, que era quem a ditava. Não havia, nas “legis actiones”, normas gerais de processo. Mas é de ver que este era o início do processo romano e que, antes dos romanos, não se pode falar em direito processual. A história assinala os exemplos anteriores de solução das controvérsias. A correção das discrepâncias entre a conduta imposta e a conduta ocorrente toma como padrão autoritativo, a primeira. Já as lacunas do ordenamento jurídico suscitam problemas. Eis porque a conformação da conduta exigiu, em primeiro lugar, o acabamento do direito material, da “norma agendi”. Atingido, aí, logicamente, o direito subjetivo, a “facultas ou potestas agendi”, compreende-se como a “actio”, no seu surgimento, era (embrionariamente) ligada ao elemento garantia da relação jurídica. A ordem estatal romana, fechada, teria de apontar soluções, fundadas no ordenamento jurídico disponível. Nos primórdios, por conseguinte, era do direito material o indicá-lo⁶⁶.

Nesse período da “*legis actiones*”, como a faculdade somente se verificava a partir da norma existente, era de se compreender a dificuldade em operar na ausência de norma (“*norma agendi*”).

Em período mais recente, de predomínio da Escola Histórica, aponta VILLELA que a tendência era admitir a plenitude lógica do sistema do direito positivo:

⁶³BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 282.

⁶⁴ Dispõe o art. 126 do Código de Processo Civil (1973): “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”.

⁶⁵ FERREIRA DA COSTA, Elcias. *Analogia jurídica e decisão judicial*. Porto Alegre: Fabris, 1987, p. 7.

⁶⁶ VIEIRA, José Marcos Rodrigues. *Da ação cível*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 3.

Segundo Savigny, “a universalidade do direito é uma condição tão essencial como a sua unidade”. Neste argumento repousa a teoria da plenitude lógica do sistema do direito positivo (di logische Geschlossenheit des Rechts), um dos traços fundamentais do historicismo jurídico. Explicando aquela idéia diz Savigny que, quando uma relação de direito não encontra na lei positiva instituição típica, é perfeitamente possível estabelecer, em consonância com o direito existente, instituição em que enquadrá-la. E mais. Quando no conjunto dos vários institutos aparecer questão nova de direito há de resolver-se esta segundo os princípios e a natureza de cada um. O instrumento de que se socorre o interprete para operar esse progresso do direito é a analogia, capaz de preencher todas as lacunas, “porque o direito positivo a si mesmo se completa, em virtude de sua força orgânica”. No pensar da escola histórica, portanto, o direito positivo contém, explícita ou implicitamente, a disciplina de todas as relações sociais, presentes e futuras, donde não se poder falar, num contexto historicista, em lacuna do ordenamento jurídico.⁶⁷

Em contraponto, reconhece VILLELA o exagero da doutrina defendida pela escola histórica, ao mencionar que, sem dúvida, há normas implícitas ao sistema de direito positivo que solucionam muitas questões, tendo em conta a generalidade da lei, não sendo, contudo, de se supor que não poderia haver caso estranho ao sistema legal vigente:

E a mantença desta suposição impõe ou que se dê às leis uma flexibilidade impossível ou que se exija do direito repudiar reclamos sociais de progresso. Isto mesmo foi o que sucedeu ao próprio Savigny, um dos maiores gênios da Ciência do Direito, mas que teve de repelir, por coerência com o seu sistema, os títulos ao portador e os seguros de vida beneficiando a pessoas indeterminadas, porque não via como introduzir tais construções nos esquemas clássicos, desconhecedores dos atos jurídicos praticados in incertam personam. A conseqüência a que teve de chegar, então, o sábio lente de Berlim é que nula seria a operação de quem se obrigasse por título ao portador. Eis as suas palavras textuais: “Embora vários autores a declaram válida, eu devo pronunciar-me pela nulidade. Nem a prática da jurisprudência, nem o interesse dos negócios por mais considerável que seja, podem certamente fazer declarar válida, sob um ponto de vista abstrato, essa operação⁶⁸”.

No tocante à idéia defendida por KELSEN, de que as lacunas do direito não passavam de meras ficções, sendo tão-somente um desencontro entre o direito positivo e o direito desejável, afirma VILLELA que tal negação seria mais nominal do que real:

⁶⁷ VILLELA, João Batista. *O problema das lacunas do ordenamento jurídico e os métodos para resolvê-lo*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Outubro de 1961, p. 222.

⁶⁸ VILLELA, João Batista. *O problema das lacunas do ordenamento jurídico e os métodos para resolvê-lo*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Outubro de 1961, p. 223.

Com efeito, admitindo ele um conflito entre o direito positivo e o direito desejável (justo, diríamos nós) está, implicitamente, confessando que situações há não previstas no sistema legal, se não quiser aceitar que o legislador tivesse aspirado a estabelecer, deliberadamente, normas injustas. E como é dever do julgador não aplicar lei que acarretaria efeito contrário à justiça, segue-se que, à vista do desencontro entre lei positiva e lei justa, deve considerar aquela como inexistente, surgindo, assim, a lacuna no ordenamento jurídico. Quanto a dizer Kelsen que o juiz é livre para decidir segundo sua própria apreciação, nos casos em que o direito não regulou a questão, é propor uma solução para o problema das lacunas, o que implica em reconhecer-lhes a existência⁶⁹.

Segundo KELSEN,

uma ordem jurídica pode sempre ser aplicada por um tribunal a um caso concreto, mesmo na hipótese de essa ordem jurídica, no entender do tribunal, não conter qualquer norma geral através da qual a conduta do demandado ou acusado seja regulada de modo positivo, isto é, por forma a impor-lhe o dever de uma conduta que ele, segundo a alegação do demandante privado ou do acusador público, não realizou. Com efeito, neste caso, a sua conduta é regulada pela ordem jurídica negativamente, isto é, regulada pelo fato de tal conduta não lhe ser juridicamente proibida e, neste sentido, lhe ser permitida. Este caso, porém, é entendido – sob certas condições – como uma “lacuna da ordem jurídica”⁷⁰.

A “norma geral exclusiva” é aquela que, ao mesmo tempo que regula um comportamento, exclui todos os outros comportamentos, como se nascessem no mundo jurídico juntas (em par), como assinala BOBBIO:

Uma norma que proíbe fumar exclui a proibição, ou seja, permite todos os outros comportamentos, exceto fumar. Todos os comportamentos não compreendidos na norma particular são regulados por uma norma geral exclusiva, ou seja, pela regra que exclui (por isso é exclusiva) todos os comportamentos (por isso é geral) que não fazem parte daquele previsto pela norma particular. Poderíamos dizer também, com uma outra expressão, que as normas nunca nascem sozinhas, mas em par: toda norma particular, que poderemos chamar de inclusiva, é acompanhada, como se fosse a própria sombra, da norma geral exclusiva.⁷¹

A norma geral exclusiva nasce por antítese àquela escolhida pelo legislador que, por exemplo, ao proibir uma conduta, permite os outros comportamentos. Porém, com o tempo, percebeu-se que há um terceiro tipo de norma no ordenamento jurídico, que teria tanto as propriedades da “norma particular inclusiva”, como da “norma geral exclusiva”, denominada “norma geral inclusiva”, como

⁶⁹ VILLELA, João Batista. *O problema das lacunas do ordenamento jurídico e os métodos para resolvê-lo*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Outubro de 1961, p. 224.

⁷⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 273.

⁷¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 287-288.

BOBBIO esclarece:

Enquanto norma geral exclusiva é aquela norma que regula todos os casos não compreendidos na norma particular, mas os regula de modo oposto, a característica da norma geral inclusiva é de regular os casos não compreendidos na norma particular, mas semelhantes a esses, de modo idêntico. Diante de uma lacuna, se aplicarmos a norma geral exclusiva, o caso não regulado será resolvido de modo oposto àquele regulado; se aplicarmos a norma geral inclusiva, o caso não regulado será resolvido de modo idêntico àquele regulado. Como se vê, as consequências da aplicação de uma norma geral ou de outra são bem diferentes, ou melhor, são opostas. E a aplicação de uma norma ou de outra depende do resultado da indagação sobre o fato de o caso não regulado ser ou não semelhante àquele regulado. Mas, em geral, o ordenamento não nos diz nada sobre as condições com base nas quais dois casos podem ser considerados semelhantes. A decisão sobre a semelhança dos casos cabe ao intérprete. E, sendo assim, cabe ao intérprete decidir se, em caso de lacuna, ele deve aplicar a norma geral exclusiva, e, portanto, excluir o caso não previsto pela disciplina do caso previsto, ou aplicar a norma geral inclusiva, e, portanto, incluir o caso não previsto na disciplina do caso previsto. Na primeira hipótese diz que usa o *argumentum a contrario*; na segunda, o *argumentum a simili*.⁷²

Como visto - e aqui cabe o reforço do que foi dito por BOBBIO - a decisão sobre a semelhança dos casos cabe ao intérprete. Este dado será importante para melhor se compreender a aplicação do argumento jurídico por analogia, objetivo deste trabalho.⁷³

Com efeito, para os casos não previstos pela norma jurídica o *“jurista tem duas vias: ou os incluir no âmbito-de-validade de normas existentes, considerando a semelhança do já regulado com o não-regulado, porém análogo, ou os excluir, considerando que o sistema regra diversamente o diverso, ainda que contenha similitude. Qual das duas vias seguir, exige uma tomada-de-posição axiológica: depende da valoração da similitude e da valoração de diversidade”*⁷⁴.

Ao não aplicar a analogia, resta ao jurista o emprego do chamado argumento em sentido contrário, partindo-se do pressuposto que

se uma norma jurídica inclui uma determinada conduta num modo deôntico, ipso facto, excluiu de seu âmbito-de-validade qualquer outra conduta⁷⁵. Como afirma ATIENZA, a aplicação do argumento por analogia (a simili) e a

⁷²BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 289-290.

⁷³ Tema que será desenvolvido no terceiro Capítulo.

⁷⁴ VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Noeses, 2010, p. 217-218.

⁷⁵ VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Noeses, 2010, p. 217. Como exemplifica o autor, se uma conduta C está proibida, qualquer conduta não-C está não-proibida, ou seja, permitida.

contrário são excludentes, pois “siempre que se razona por analogia aparece la posibilidad de hacerlo a contrario, y viceversa; pero no cabe emplear ambos argumentos com respecto a um mesmo supuesto jurídico”⁷⁶.

Reconhece, então, BOBBIO, que, além de ser impossível excluir as lacunas, seu próprio conceito se tornou mais preciso “*a lacuna se verifica não pela ausência de uma norma expressa para a regulamentação de um determinado caso, mas pela ausência de um critério para a escolha de qual das duas regras gerais, aquela exclusiva e aquela inclusiva, deva ser aplicada*”⁷⁷.

Assim, pelo menos em um sentido específico, o ordenamento jurídico pode ser “incompleto”:

E pode ser incompleto porque entre a norma particular inclusiva e a norma geral exclusiva geralmente se interpõe a norma geral inclusiva, que estabelece uma zona intermediária entre o regulado e o não regulado, que o ordenamento jurídico tende, de forma quase sempre indeterminada e indeterminável, a ocupar. Mas, em geral, no âmbito do sistema, essa ocupação eventual e possível permanece duvidosa. Se, em caso de comportamento não regulado, não tivéssemos outra norma a aplicar a não ser a norma geral exclusiva, a solução seria óbvia. Mas agora sabemos que em muitos casos podemos aplicar tanto a norma que determina que os comportamentos diferentes sejam regulados de modo oposto ao regulado, quanto a norma que determina que os comportamentos semelhantes sejam regulados de modo idêntico ao regulado. E não somos capazes de decidir, mediante as regras do sistema, se o caso é semelhante ou diferente. E, então, a solução deixa de ser óbvia. O fato de a solução não ser mais óbvia, isto é, de não se poder extrair do sistema nem uma solução nem a solução oposta, revela que o ordenamento é, no final das contas incompleto⁷⁸.

Deve-se pontuar que a completude não é propriedade estática que o sistema já tenha, como afirma VILANOVA: “*num sistema dinâmico, existe axiologicamente, é completabilidade, é possibilidade aberta de responder com norma a fato natural que se tornou relevante e ao fato da conduta, cuja estrutura relacional exige que se indiquem quais as direções proibidas, as obrigatórias e as permitidas*”⁷⁹

É bom ressaltar que, mesmo diante dessa tipologia da “incompletude”, não cabe ao intérprete um criacionismo sem fundamento. Como pondera FAZZALARI, a fórmula “interpretação criativa” é incompatível com a atividade, “*própria do intérprete,*

⁷⁶ ATIENZA, Manuel. *Algunas tesis sobre la analogia em el derecho*. DOXA. Cuadernos de filosofia del derecho. N. 2. ano 1985, p. 227. Tradução livre: “*sempre que se raciocina por analogia aparece a possibilidade de fazê-lo ao contrário, e vice-versa; porém não cabe usar ambos argumentos com respeito a um mesmo supuesto jurídico*”.

⁷⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 291.

⁷⁸ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 292-293.

⁷⁹ VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Noeses, 2010, p. 207.

de argumentar em torno dos valores em que a norma positiva consiste”, uma vez que:

Nem se pode dizer que o juiz seja obrigado a uma atividade criativa quando se trate de preencher “lacunas”. Afirmo que, em realidade, os grandes ordenamentos, se não são completos, tendem à completude, e que o emprego do método axiológico [...] permite pelo menos ao intérprete colher o valor positivo adequado: afirmado isso, a hipótese de verdadeira e própria lacuna extra-sistemática não leva, nem permite, por si, ao intérprete “fazer-se legislador”. Mesmo em tal hipótese, ou ele para tanto foi habilitado pela lei (assim no ordenamento helvético, o qual contém uma “norma específica” nesse sentido, ou mesmo não o é, e então não pode proceder a nenhuma integração⁸⁰.

No caso do ordenamento jurídico brasileiro vigente, pela interpretação sistemática dos artigos 140 e 8º do Novo Código de Processo Civil, e do artigo 4º da Lei Federal n. 12.376/2010 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro), percebe-se, sem esforço, que o juiz está habilitado para aplicar, na ausência de regra jurídica específica para o caso, a analogia. Da conjunção dos artigos referidos tem-se que o juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico; se não pode se eximir (*non liquet*), deve aplicar o ordenamento jurídico, atendendo aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência; e, no caso da lei ser omissa, decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Em resumo, vimos que os sistemas jurídicos são concebidos como sistemas normativos, coativos e institucionalizados e, quanto a estes, que são sistemas inclusivos, reivindicam supremacia e são abertos. Que a noção de ordenamento jurídico possui como características a unidade, a coerência e a completude e que, apenas em um sentido, poder-se-ia falar em incompletude. Justamente tal é o ponto de inflexão para abertura do problema da aplicabilidade do argumento jurídico por analogia⁸¹.

⁸⁰ FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual civil*. Trad. 8ª Ed. Elaine Nassif. 1ª Ed. Campinas: Bookseller, 2006, p. 478. Explica o autor que a: “tentação de “criar” fingindo “interpretar” se faz mais forte nos períodos de “crise do direito”, isto é, da crise dos conteúdos dos valores positivos de uma certa sociedade, mas deve igualmente – ou com maior razão – ser exorcizada, canalizando pelas vias institucionais a necessidade de um novo direito: sob pena de gradual, porém definitiva subversão da convivência” (*Instituições de direito processual civil*, p. 479).

⁸¹ Objeto do Capítulo 3.

Antes, porém, convém repassar a trajetória do Estado moderno até a concepção, hoje adotada pelo nosso ordenamento jurídico, de Estado Democrático de Direito. É sabido que a primeira forma concebida pelo Estado moderno foi o Estado liberal que guardou estreitas ligações com a concepção da completude do direito. No particular, assevera SGARBI que:

a convicção de a ordem jurídica conter todas as soluções para todos os casos hipotéticos que possam porventura se apresentar ao aplicador nada mais seria que a expressão precisa da razão reduzida em códigos”, e conclui que o “dogma da completude do direito está, assim, estreitamente ligado ao liberalismo jurídico, à teoria do Estado de Direito moderno-iluminista estruturado pelos princípios da separação dos poderes, da legalidade e da função meramente aplicadora do poder judicial⁸²

Portanto, calha uma breve digressão sobre as formas que o Estado Moderno assumiu até sua formulação atual, o Estado Democrático de Direito.

1.6 A demarcação do direito no Estado Democrático de Direito

O Estado Democrático de Direito foi a fórmula jurídico-política adotada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Em seu pórtico, lê-se que “*A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito*” (art. 1º, caput).

O Estado Democrático de Direito é, na contemporaneidade, a junção de dois princípios, o Estado de Direito e a Democracia, amalgamados pelas normas constitucionais⁸³, ou, como disse COING, o “*caminho moderno para dar a uma comunidade uma ordem democrática, é o Estado de Direito Democrático*”⁸⁴.

O ponto inicial dessa caminhada é o Estado moderno que surge da secularização do pensamento jurídico e da ciência moderna. Como anotam BILLIER

⁸² SGARBI, Adrian. *Teoria do direito: primeiras lições*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 276.

⁸³ BRÉTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 2012, p. 58-59.

⁸⁴ COING, Helmut. *Elementos fundamentais da filosofia do direito*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002, p. 32. Assevera o autor: “O Estado de Direito democrático, como se desenvolveu no mundo ocidental, é visto hoje mundialmente – apesar de alguma crítica – como a melhor forma de Estado que deve ser defendida ou almejada. Pois este Estado de Direito democrático é o parâmetro e o fundamento para sociedades complexas e modernas, que possibilitam uma grande medida de liberdade pessoal com razoável ou até grande bem-estar” (*Elementos fundamentais da filosofia do direito*, p. 33).

e MARYIOLI, o direito natural tende a se tornar racional:

a ratio naturalis substitui a lei natural, sem que desapareça a referência última à lex aeterna”, pressupondo “um novo tipo de apreensão do homem e do mundo, um novo modelo de inteligibilidade: tudo isto aparece claramente no século XVII, com a mutação galileana seguida da cartesiana. O mecanismo físico se torna um modo de apreensão do mundo natural, e o processo de racionalização vai logo se estender ao domínio jurídico-político⁸⁵.

O Estado é racional, como afirma WEIL, “*porque ele fala universalmente, por todos e por cada um, em suas leis, e porque todos e cada um encontram reconhecido por suas leis o que constitui o sentido, o valor, a honra de sua existência*”⁸⁶. Logo, o Estado moderno não é uma organização que inclua os cidadãos, ele é a sua organização:

O Estado moderno tem pois de particular o fato de os cidadãos não serem seus submissos, os subditi, de a razão e a organização não se apresentarem a eles como uma vontade estranha e incompreensível, mas serem eles mesmos quem, sem abandonar sua individualidade ou seus interesses concretos, reconhece no universal objetivo o remate desta individualidade e desses interesses, assim como o Estado não é real somente na vontade do senhor (ou dos senhores): em suma, o Estado moderno difere por sua essência do Império Romano, onde o cidadão é reconhecido pelo Estado como indivíduo livre (“pessoa privada”), mas onde o indivíduo não toma parte do Estado, que é real e presente apenas na pessoa do imperador (sem falar da existência dos escravos, seres humanos que não são homens diante da lei). O Estado moderno não é uma organização que inclua os cidadãos, ele é sua organização⁸⁷

É o espírito da liberdade de muitos (todos) em contraposição à liberdade antiga (Roma), só uma pessoa: o Imperador. Como sintetiza WEIL: “*O Estado é a razão realizada: enquanto razão realizada, ele é a liberdade positiva acima da qual nenhuma liberdade concreta é possível*”⁸⁸.

⁸⁵ BILLIER, Jean Cassien; MARYIOLI, Aglaé. *História da filosofia do direito*. São Paulo: Manole, 2005, p. 135.

⁸⁶ WEIL, Eric. *Hegel e o Estado: cinco conferências seguidas de Marx e a filosofia do direito*. São Paulo: É Realizações Editora, 2011, p. 63-64. Como pondera o autor: “*Pode-se rejeitar a razão, assim como se pode afirmar qualquer coisa; apenas, fica-se assim privado do meio de convencer e de refutar, do meio de falar racionalmente do Estado. Alguém pode optar pela paixão contra a vontade, pela arbitrariedade contra a liberdade; será preciso apenas ser conseqüente (se se quer discuti-lo) e admitir que, de sua parte, se opõe ao Estado, a qualquer Estado, que assim se destrói toda organização e toda liberdade positiva, toda liberdade de agir, de planejar, de realizar e de se satisfazer pela ação racional, que é a organização racional da comunidade e das comunidades dos homens*” (*Hegel e o Estado*, p. 64).

⁸⁷ WEIL, Eric. *Hegel e o Estado: cinco conferências seguidas de Marx e a filosofia do direito*. São Paulo: É Realizações Editora, 2011, p. 69-70.

⁸⁸ WEIL, Eric. *Hegel e o Estado: cinco conferências seguidas de Marx e a filosofia do direito*. São

1.6.1 Estado liberal de direito

Anota SAMPAIO que o Estado de Direito “foi o resultado das mudanças políticas, sociais, econômicas e culturais por que passou o ocidente entre os séculos XVI e XIX”, sendo a “antípoda, o contrário de um Estado (organização, estrutura, dominação política) de homens e sem leis, de um Estado policial e arbitrário, que existia até então”⁸⁹.

As características gerais do Estado de Polícia, segundo BRÊTAS, “eram o predomínio da idéia de soberania centrada no monarca, a extensão do poder soberano ao âmbito religioso, assim exercendo autoridade eclesiástica, a assunção pelo Estado, no plano teórico, da promoção do bem estar e da felicidade dos súditos, missão confiada ao soberano, e a configuração do Estado desvinculada do moderno constitucionalismo, designando a expressão polícia a administração estatal interna”⁹⁰.

É contra esse Estado de homens e não de leis que se insurge o Estado de Direito que, em seu início, tomou a forma de Estado liberal. Como assevera SAMPAIO, o “constitucionalismo nasce com o signo do liberalismo”⁹¹.

A essência do constitucionalismo é o governo da lei, pois uma Constituição, escrita ou não, consiste nas normas que regem o Estado, pontuando MERQUIOR que é o império da lei: “que sustenta a exclusão tanto do exercício do poder arbitrário quanto do exercício arbitrário do poder legal”⁹².

Para SAMPAIO, o aparecimento do Estado de direito liberal se deve em parte ao “crescimento e heterogeneidade populacionais, a liberalização (desdemonização) do lucro, a falência das casas reais e da nobreza, o cisma da cristandade, as grandes descobertas, a invenção do indivíduo, o status jurídico dos direitos inatos, a substituição do Deus Todo poderoso pela toda poderosa razão e o desenvolvimento do capitalismo”⁹³.

Paulo: É Realizações Editora, 2011, p. 55.

⁸⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 61.

⁹⁰ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 49.

⁹¹ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 61.

⁹² MERQUIOR, José Guilherme. *O Liberalismo antigo e moderno*. São Paulo: É Realizações Editora, 2014, p. 73.

⁹³ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 61.

Como observa PRATES, o liberalismo, associado ao individualismo, aos princípios da liberdade contratual e da autonomia da vontade, ensejou a postura de que qualquer restrição ao indivíduo em favor do coletivo era ilegítima, escudando-se tal concepção “*no fato de que a burguesia enriquecida detinha o poder econômico, o que preconizava uma mínima intervenção estatal na dinâmica da vida social, considerando-se a liberdade contratual um direito natural dos indivíduos*”⁹⁴.

Em relação ao aspecto político, realça BORGES DE MACEDO que a livre escolha pelo povo, em eleições periódicas e abertas, seria o melhor modo de designar governantes, promover mudanças e eliminar a violência política, podendo expressar-se nos seguintes pontos: “*1 - Legalidade e direitos humanos. 2 - Consentimento como base do governo. 3 – Governo representativo, assegurada a presença das minorias. 4 – Constitucionalismo que institua um governo limitado de direito. 5 – Soberania popular apurada em sufrágio universal. 6 – Partidos políticos como meio de institucionalizar e canalizar a vontade política do povo*”⁹⁵.

No entanto, sustenta SAMPAIO que, em seu nascedouro, a democracia do Estado de Direito liberal ainda guardava um sentido retórico e limitado, porquanto, não obstante apelassem para a soberania popular, mantinham a confusão entre autores destinatários das normas:

O povo-destinatário das normas era expressivamente maior do que o povo-autor ou mesmo do que o povo-cidadão (que podia votar e ser votado), embora se apelasse para critérios de qualidade (conhecimento, idade e principalmente riqueza) como forma de justificar a diferença. Dizia-se que o povo-cidadão, pelo seu preparo, representaria mais adequadamente os interesses e a vontade do povo-não-cidadão, este sempre propenso a ser levado pelas emoções, pelo partidarismo, pela ingenuidade ou pela ignorância⁹⁶.

⁹⁴ PRATES, Tatiana Maria Oliveira. *Das formas de Estado à Constitucionalidade democrática*. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.); WALTER, Carlos H. (org.) et alii. *Uma pesquisa institucional de Estado, Poder Público e União na Constitucionalidade brasileira: significados equivocados e a interpretação do direito; busca de um novo medium linguístico na teoria da constitucionalidade democrática*. Belo Horizonte: Del Rey/FUMEC/FCH/2008, p. 387. Relata a autora que: “*Adam Smith, em sua célebre obra A riqueza das nações, datada de 1776, traduzia com maestria os anseios dos grandes latifundiários e comerciantes que aboliam qualquer intervenção do Estado no âmbito econômico. Pautou-se pela existência de uma ordem natural capaz de coordenar e harmonizar de forma espontânea todos os interesses, sustentando-se que cada homem é o melhor juiz de seus interesses e deve ter a liberdade de promovê-los segundo sua livre vontade*” (*Das formas de Estado à Constitucionalidade democrática*, p. 387).

⁹⁵ BORGES DE MACEDO, Ubiratan. *O Liberalismo moderno*. São Paulo: Massao Ohnor, 1997, p. 24.

⁹⁶ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 65.

Com feito, não tardou para que o modelo liberal de Estado de Direito mostrasse seus problemas e contradições:

Os valores individualistas logo revelaram a face mais egoísta, promovendo a concentração de riquezas e de mercado. O déficit democrático tornava o Estado parcial, pois expressava os interesses apenas dos cidadãos, conseqüentemente, dos mais ricos, sem cumprir a promessa de adequada representação ou de identidade entre autores e destinatários das leis. A desigualdade social e econômica, em menos de cem anos de acumulação capitalista sob o novo regime político, dava provas de que a extinção jurídica de estamentos não havia suprimido a diferença de poderes entre os grupos que compunham o ápice e a base da pirâmide social. [...] Em que pese a proclamação formal da liberdade e da igualdade de todos, da soberania popular e da separação de poderes, incluindo a independência orgânica do judiciário, o sistema político e de justiça era, de fato, exclusivo e excludente⁹⁷.

Em verdade, o reconhecimento formal da liberdade e da igualdade, por mais paradoxal que possa parecer, acabou por acentuar a exclusão política e social das classes menos favorecidas.

1.6.2 Estado social de direito

PRATES assevera que os valores econômicos sobrepuseram-se aos demais, passando a caracterizar o domínio da sociedade, originando a formação do proletariado, que se instalou nos aglomerados urbanos de forma desordenada, dado o excesso de mão-de-obra disponível:

Não obstante o nascimento da burguesia para a vida política, que não admitia a interferência do Estado na vida social, as graves injustiças sociais originaram os movimentos socialistas, no despontar do século XX, que defendeu verdadeira epidemia intervencionista a fim de coibir abusos originados da “ausência de rédeas” do Estado na vida social. O modelo liberal perde a sua hegemonia com o fim da I Grande Guerra Mundial. Nos idos da I Grande Guerra Mundial, a situação dos operários agravou-se. Finda a Guerra, a Alemanha aprovou a Constituição de Weimar, que deu azo às questões operárias, e abriu precedentes para outras Constituições ditas intervencionistas: Criaram-se os contornos do novo paradigma: O Estado do Bem-Estar, também chamado de intervencionista, o Welfare-State⁹⁸.

⁹⁷ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 65-66.

⁹⁸ PRATES, Tatiana Maria Oliveira. *Das formas de Estado à Constitucionalidade democrática*. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.); WALTER, Carlos H. (org.) et alii. *Uma pesquisa institucional de Estado, Poder Público e União na Constitucionalidade brasileira: significados equívocos e a interpretação do direito; busca de um novo medium linguístico na teoria da constitucionalidade democrática*. Belo Horizonte: Del Rey/FUMEC/FCH/2008. p. 388-389. Informa a autora que:

Para SAMPAIO, o modelo que se seguiu foi produtor de conquista, fruto de reivindicações, revoltas e revoluções na busca efetiva da liberdade e igualdade, bem como de concessões para a própria manutenção da estrutura institucional, normativa e política:

Entre os anéis e os dedos, preferiu-se a permanência intacta da mão. Na virada do século XIX para o XX, especialmente na Europa, mas também na Oceania, começaram a ser aprovadas legislações trabalhistas e previdenciárias que se antecipavam às Constituições do México de 1917 e de Weimar de 1919. São essas duas, notadamente a alemã, que promovera a viragem no discurso constitucional em direção à igualdade material e do estabelecimento do “constitucionalismo social” como ideologia do Estado social de direito, depois denominado de “Estado providência” ou “Estado do bem-estar social” (Welfare State)⁹⁹.

Essa viragem do discurso constitucional remodelou a concepção do Estado e do direito, passando-se a incorporar, após a 2ª Guerra Mundial, temas como a universalidade do voto, os direitos sociais, econômicos e culturais, bem como o caráter social da propriedade e, em alguns casos, o reconhecimento expresso da intervenção do Estado na econômica:

Essa intervenção, antes apenas supletiva e de fomento, foi progressivamente tornando-se substitutiva ou, pelo menos, concorrente dos agentes privados. O Estado empresário mostrou a face oculta do intervencionismo estatal, propiciando não apenas a invasão da esfera privada pelos domínios estatais (a sua publicização), mas, talvez, pior, a privatização do Estado. Grupos políticos e econômicos poderosos passaram a se valer do Estado para ampliar seu poder e domínio¹⁰⁰.

A intervenção Estatal foi uma via de mão dupla, engendrando seu próprio desgaste, pois, ao mesmo tempo que socializava as instituições, era privatizado pelos grupos políticos e econômicos.

“Franklin Roosevelt, eleito presidente dos Estados Unidos, lançou o programa de governo conhecido como New Deal. Tal programa era intervencionista e encontrou obstáculos para sua implementação, mas, em face do caótico estado do povo e à desarticulação dos círculos financeiros, o intervencionismo tornou-se imperioso e calçou resultados (relativamente) positivos ao se implementar. Verificou-se, com o passar do tempo, o sucateamento do Estado, uma vez que sua atuação era passível em todos os setores da economia, o que obstava a participação do indivíduo/sociedade, o que gerou um passivo esmagador para a política estatal. A vontade pública superou a privada. Tendeu ao gigantismo e para o paternalismo. Os monopólios transmudaram-se para o Estado, que abraçou os principais modos de produção, e teve de assistir, atordoado, ao colapso do sistema intervencionista” (Das formas de Estado à Constitucionalidade democrática, p. 389).

⁹⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 66.

¹⁰⁰ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 67.

1.6.3 Estado neoliberal de direito.

Como anota SAMPAIO, as mudanças estruturais da sociedade e da própria economia levaram, rapidamente, ao descrédito do modelo social pela ineficiência e autoritarismo, como da burocracia autocentrada, conformador de uma cidadania dependente e passiva, abrindo a pauta dos Estados nacionais para duas propostas: o Estado neoliberal e o Estado Democrático de Direito:

Por um, voltava-se ao Estado mínimo, por meio de privatizações de empresas e serviços públicos, e rigorosa disciplina fiscal, reduzindo-se a regulamentação do mercado, inclusive os direitos e serviços sociais, sob o pretexto de reforçar os ideais de segurança e contrato; por outro valorizava-se a democracia em diversos níveis sociais e não apenas na política, estimulando-se as parcerias entre a sociedade e o Estado, de modo a promover a inclusão de todos nos benefícios da riqueza comum. A economia queria o primeiro, os ecos da igualdade, não calados pelo modelo social, queriam algo que se aproximava do segundo. Curiosamente, ambas as propostas defendiam a sociedade como instrumento de desenvolvimento, embora com sentidos diversos. Para os neoliberais, a sociedade havia de ser pensada como um grande mercado; enquanto para os defensores do socialismo ou constitucionalismo democrático, a sociedade haveria de ser um espaço de interações cooperativas, não necessariamente econômicas, de procura da justiça social¹⁰¹.

A disputa converteu-se numa simbiose, com a convivência de ambos os projetos, como assevera SAMPAIO:

No discurso constitucional e político, prevaleceu a corrente do socialismo democrático, embora as práticas políticas tenham seguido um caminho mais econômico e, portanto, neoliberal. Os anos 1980 e 1990 foram férteis para a distinção entre o constitucionalismo democrático formal e o legalismo neoliberal quase declarado, quando não o era. Podemos afirmar que, normativamente, havia um Estado democrático, enquanto, empiricamente, promovia-se um Estado neoliberal de direito. A política de privatização e de desregulamentação da economia se difundiu entre os países centrais e, em seguida, pelos países periféricos. O mercado e as organizações internacionais estimularam quando não intervieram diretamente para que os países seguissem o receituário do novo tempo. O consenso de Washington foi emblemático nesse processo¹⁰².

De fato, a eficiência econômica desse Estado Regulador foi a tônica, promovendo alterações em diversas Constituições, incluindo a brasileira, como foram os casos das “privatizações” ocorridas ao final da década de 90 do século XX.

¹⁰¹ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 67-68.

¹⁰² SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 68.

Esta crise, no entanto, possibilitou novas discussões e o reforço das teses do constitucionalismo democrático: *“As crises econômicas no curso dos anos 1990 e início do século XXI, associadas à crescente insegurança social, alimentar e, cada vez mais, ambiental, voltaram a pôr em discussão o acerto da proposta neoliberal, reforçando as teses do constitucionalismo democrático”*¹⁰³.

Pela breve descrição da trajetória do Estado moderno, em suas formas de Estado liberal e Social de direito, já demonstra a permanente tensão existente sob o denominado Estado Democrático de Direito.

1.6.4 Estado Democrático de Direito.

Segundo assevera GUIMARÃES, os vocábulos Estado, Democracia e Direito são categorias decorrentes da invenção humana, ou seja, da cultura, reconhecidos como *“enunciados que garantiram a mais forte presença no pensamento político universal a partir, basicamente, do século XIX, com uma notável disseminação na meditação jurídico-política contemporânea”*¹⁰⁴.

Partindo-se de uma concepção Hegeliana, SALGADO afirma que o *“Estado Democrático de Direito é, assim, entendido como o ponto de chegada de todo um processo histórico do ethos ocidental, que se desenvolve segundo uma dialética entre o poder e a liberdade”*, cuja origem remonta à cultura helênica, na *“medida em que a autonomia da vontade que gera a validade formal do direito, pelo diálogo, portanto pelo consenso, encontra o conteúdo do direito nos valores racionalmente postos como determinantes dessa vontade e desses fins éticos do Estado Democrático”*¹⁰⁵. Afirma o autor que a:

Constituição do Estado Democrático de Direito realiza a um só tempo a legitimidade do poder (a vontade do povo) e a justiça da boa lei (a razão da lei) ou da constituição. Nela encontra o Estado ou a comunidade política a

¹⁰³ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 69. Adverte o autor que essa história é inconclusa e genérica: *“Inconclusa, porque está a se desenvolver sob os nossos olhos e ação. Genérica, pois há especificidades que não se enquadram em seu roteiro. A derrocada do “socialismo real” levou os países que o seguiram a optar por caminhos em que as duas opções se cruzavam. Nem sempre democracia, mercado e direitos fundamentais estiveram no mesmo patamar ou nível de promoção”* (*Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais*, p. 69).

¹⁰⁴ GUIMARAES, Aquiles Côrtes. *Pequena introdução à filosofia política: A questão dos fundamentos*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007, p. 52.

¹⁰⁵ SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 4 e 256.

unidade da legitimidade formal do poder e da justiça da lei, no direito, vale dizer: a unidade do político como forma e procedimentos estatuídos pela razão instrumental e postos pela vontade, e do ético laborado em direito como conteúdo valorativo posto refletidamente pela razão. Quer isso ainda dizer: procedimento, como legitimidade formal do poder; processo, como movimento racional da cultura na produção do conteúdo axiológico do direito¹⁰⁶.

Mesmo que sob outro influxo teórico e guardada a questão temporal, também compreende COING que o Estado Democrático de Direito é o resultado de um processo histórico:

O Estado de Direito democrático não se deve a um país ou a um certo acontecimento histórico, mas é o resultado de um desenvolvimento político e histórico intelectual na Europa ocidental e central, cujos primórdios estendem-se aos séculos XVII e XVIII. As Constituições modernas dos países da Europa ocidental e central, bem como da América do Norte, também a Lei Fundamental para a República Federal da Alemanha, são exemplo e modelo para Constituições em muitas partes do mundo. Isto vale também para os Estados da Europa oriental que até pouco tempo pertenciam ao âmbito de poder do império soviético¹⁰⁷.

Para SAMPAIO há pelo menos três concepções de Estado Democrático de Direito a se discutir.

A primeira concepção seria pouco exigente e puramente formal, contentando-se com a universalidade do voto em acréscimo aos princípios do Estado de Direito (legalidade, separação de “poderes” e direitos fundamentais), convertendo-se, portanto, em Estado Democrático de Direito:

Nada além. Débil a concepção, frágil sua defesa, pois não se trata, com a nova designação, de se somar ao garantismo do Estado liberal de direito um ingrediente democrático apenas, mas, sem abandoná-lo como peça do museu político, compatibilizá-lo com as demandas de uma sociedade hipercomplexa, plural e assimétrica. A concepção do Estado democrático de direito haverá de alcançar, no mínimo, um “garantismo social”, acompanhado de níveis razoáveis de controle da atuação estatal e de grupos de poder, como forma e garantia de sua própria existência¹⁰⁸.

¹⁰⁶ SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 226.

¹⁰⁷ COING, Helmut. *Elementos fundamentais da filosofia do direito*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002, p. 33. Anota o autor: “As questões fundamentais do Estado de Direito democrático moderno tiveram que ser, após a história alemã pós-guerra, em pouco tempo repensadas e respondidas concretamente, em dois momentos históricos: em 1949 com a formulação da Lei Fundamental e com o surgimento da República Federal, e em 1990 com a reunificação alemã. Em 1949 tratou-se da renovação fundamental do âmbito jurídico e estatal, em 1990 houve a transferência desta orde para a nova região estatal resultante da antiga DDR” (*Elementos fundamentais da filosofia do direito*, p. 33).

¹⁰⁸ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 71.

A segunda concepção seria intermediária, por incrementar os três princípios clássicos do Estado de Direito (legalidade, separação de “poderes” e direitos fundamentais), não se contentando apenas com a universalidade do voto:

A legalidade ou superlegalidade, também denominada de “juridicidade”, incorporaria um elemento adicional de legitimação pela ampliação das oportunidades de participação dos indivíduos nos processos deliberativos institucionalizados, uma legitimação pelo procedimento como notamos; uma legitimação teleológica que não se basta com a mera proclamação como antes se fazia, mas com um compromisso de verdade com a “República”, com uma responsabilidade e responsabilização pelos meios e resultados, pela transparência e bem estar geral, sem preconceitos e discriminações por critérios subjetivos e arbitrários.

A separação dos poderes dá ênfase em especial à independência do judiciário e dos juízes. Não se trata de uma função ou de uma autoridade independente, mas de um poder que detém competências mais dilatadas para fiscalizar os atos dos demais, poderes públicos, chegando a pontos que se punham fora de sua avaliação como a discricionariedade administrativa e as questões políticas. Não haveria, entretanto, uma autorização para que o juiz pudesse substituir o administrador ou o governo, caberia a ele antes avaliar se a finalidade do ato era legítima e pública, e se os meios escolhidos eram aptos para promovê-la com menores custos para a sociedade e para os indivíduos.

[...] Os direitos fundamentais são redefinidos não apenas para ampliar o seu elenco, de acordo com as necessidades e valores de cada tempo, mas também para nivelar todas as suas espécies. Não haveria, assim, direitos de segunda categoria, mas uma indivisibilidade de pretensões jusfundamentais¹⁰⁹.

Para SAMPAIO, a concepção mais forte vai além das exigências formais da orientação intermediária, movimentando-se da teoria à prática, da norma à realidade, da busca pela efetividade, onde o cidadão e a cidadania são vistos como ser humano portador de dignidade e titular efetivo de direitos, copartícipes de um projeto de vida, votando e permanecendo politicamente ativos entre uma e outra eleição; onde os direitos políticos configuram o dever de participação da vida política, de procura engajada do bem comum; onde a sociedade incorpora uma rede de solidariedade e de militância como espelho dos direitos políticos; onde a lei não é só a lei da liberdade dos modernos, mas também a lei da igualdade e, ao mesmo tempo, a lei da democracia deliberativa; onde o juiz constitucional controla a constitucionalidade das definições orçamentárias e das políticas públicas, mesmo se reconhecendo, no parlamento, o centro decisório das finalidades emancipacionistas do Estado democrático¹¹⁰.

¹⁰⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 71-72.

¹¹⁰ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte:

De fato, o Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade, como projeto em constante criação, como aponta BRÊTAS: *“paradigmas do Estado de Direito e do Estado Democrático de Direito devem ser compreendidos como sistemas jurídico-normativos consistentes, concebidos e estudados pela teoria do Estado e pela teoria constitucional, no sentido técnico de verdadeiros complexos de idéias, princípios e regras juridicamente coordenados, relacionados entre si por conexão lógico-formal, informadores da moderna concepção de Estado e reveladores das atuais tendências científicas observadas na sua caracterização e estruturação jurídico-constitucional”*¹¹¹, e que, a dimensão atual e marcante do Estado Constitucional Democrático de Direito:

resulta da articulação dos princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, cujo entrelaçamento técnico e harmonioso se dá pelas normas constitucionais. Para se chegar a essa conclusão, impõe-se perceber que a democracia, atualmente, mais do que forma de Estado e de governo, é um princípio consagrado nos modernos ordenamentos constitucionais como fonte de legitimação do exercício do poder, que tem origem no povo, daí o princípio constitucional dos Estados Democráticos, ao se declarar que todo o poder emana do povo (por exemplo, parágrafo único, do artigo 1º, da Constituição brasileira; artigos 3º e 10º da Constituição portuguesa; e artigo 20 da Lei Fundamental de Bonn, a Constituição da Alemanha)¹¹².

Esse sentido transformador da realidade, como projeto em constante criação, constitui idéia central em Habermas, como afirma PINZANI: *“O processo de modernização liberou forças estratégicas assim como forças emancipatórias; cabe, agora, ajudar estas últimas a afirmar-se sem deixar-se desanimar pelas primeiras. O fato de os direitos subjetivos poderem exercer uma função ideológica (precisamente, como direitos do homo oeconomicus capitalista) não deve levar à sua desvalorização, já que eles possuem também uma outra função, bem mais positiva: são expressão de uma necessidade de legitimação moral”*¹¹³.

Com efeito, o caminho percorrido pelo Estado moderno – liberal e social – até a configuração atual do Estado Democrático de Direito pressupôs, dentre muitos fatores, a luta pela racionalidade do direito. Da razão natural, da razão iluminista (instrumental), da razão da lei à efetividade normativa, o que se percebeu é que

Del Rey, 2013, p. 72-74.

¹¹¹ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 57.

¹¹² BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 58-59.

¹¹³ PINZANI, Alessandro. *Habermas*. Porto Alegre: Artmed, 2009, p. 140.

somente no Estado Democrático de Direito os cidadãos seriam, ao mesmo tempo, os criadores e destinatários das normas jurídicas de uma determinada ordem jurídica.

1.6.5 A visão neoinstitucionalista do Estado Democrático de Direito.

A teoria neoinstitucionalista tem uma visão bem particular do Estado Democrático de Direito.

Acentua LEAL, que o Estado não pode mais ser concebido como a figura hobbesiana do Leviatã, com o poder de declarar “*em única e exclusiva instância, a positividade jurídica com estatização das fontes do direito*”¹¹⁴, nem compreendido como o Estado hegeliano, aquele de “*uma consciência desencarnada de uma razão universal (Espírito) que, habitando in-obsconditum a morada final da história dos povos, produziria, no percurso da dialética dos conflitos humanos, a inexorável (escatológica) síntese ética integrativa de todos numa ordem justa*”, afirmando que tal idéia de Estado em Hegel “*é que, juridicamente acolhida em paradigmas de Estado Liberal ou do Estado Social de Direito, se transformou em instrumento dos políticos (líderes sociais de várias procedências ideológicas) para, não mais como lugar somente de espera espiritual sublimadora do drama humano, intervir nas sociedades políticas e resgatá-las, de modo dirigista ou estatutário, de seu fatal sofrimento com a promessa constitucionalmente escrita de busca empolgante dos fins do Estado que seriam a paz perpétua de Kant ou a ordem celestial de Hegel*”.¹¹⁵

Esses Estados – Liberal e Social - encontram ressonância na ciência dogmática do direito, o oposto do que se deve entender por direito democrático, porquanto, na visão de LEAL, o Estado Democrático de Direito é “*aquele paradigmático e gerado por uma ciência não dogmática do direito*”¹¹⁶.

Daí afirmar LEAL a necessidade de revisitação à concepção de direito democrático desvencilhado da substanciação proclamada dos inatos direitos humanos (vida, liberdade, igualdade-dignidade) por princípios autocríticos de uma teoria da linguagem processual:

¹¹⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 24.

¹¹⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. *Relativização inconstitucional da coisa julgada: temática processual e reflexões jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 162-163.

¹¹⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 9.

Ora, o paradigma do Estado Democrático de Direito, na teoria processual da constitucionalidade brasileira, é o “DEVIDO PROCESSO” no sentido de que o discurso constitucional se desenvolve e se legitima pelas co-instituições (estado, procedimentos, povo, propriedade, mercado, ministério público, governo, funções administrativa, legislativa e judiciária) por ele criadas nos planos instituintes e constituíntes (devir normativo processual) dos direitos constituídos. O “DEVIDO PROCESSO”, como paradigma meta-linguístico a ser constitucionalmente adotado para nomear o Estado Democrático de Direito, tem sua compreensão na virada lingüística popperiana que impõe uma fiscalidade incessante (crítico-discursiva), por uma linha de problematização constante e aberta processualmente a todos (controle difuso de constitucionalidade), da internormatividade teoricamente escolhida a reger o advir de uma Sociedade que, assim delineada e construível pela comunidade jurídica constitucionalizada, se qualifique Democrática¹¹⁷.

Como explica LEAL, a crítica em Popper se dá “*por uma racionalidade compreendida como mundo aberto das teorias suscetíveis de falibilidade por uma problematização e testabilidade de confrontação interdedutiva incessante, não oferecendo essa racionalidade, em si mesma, qualquer garantia de imunidade prévia quanto a qualquer teoria que se proponha a atuar em seu campo proposicional*”¹¹⁸.

Como assinala ALMEIDA: “*o critério de demarcação científica ou a racionalidade científica consiste no princípio universal da crítica. Em outras palavras, as teorias, para terem validade científica, têm que se oferecer incessantemente à crítica do mundo da realidade fenomênica, tensionador da mente individual e de suas retrocargas recíprocas. A irrefutabilidade de uma teoria lhe impede de aspirar ao status de científica. Não há como reputar científicas teorias impermeáveis a argumentos críticos*”¹¹⁹.

Diante dessas reflexões, percebe-se que a teoria proposta por LEAL pretende estabilizar o sentido normativo (hermenêutica isomênica) na base instituinte da Lei Constitucional, para que todos os sujeitos do processo tenham garantidos um direito igual de interpretação que, como bem explicado pelo autor, não se confunde com um direito de interpretação igual. Somente assim, poder-se-ia conjecturar uma interpretação compatível com o Estado Democrático de Direito.

Enfim, como reconhece LEAL: “*A grande lacuna do direito não se encontra na fatal insuficiência de sentido do ordenamento jurídico, mas na secular ausência de uma teoria da lei (que só agora cogitamos) para, a partir desta, estabelecer o caráter*

¹¹⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como teoria da lei democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 28-29.

¹¹⁸ LEAL, Rosemiro. *Processo como teoria da lei democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 33-34.

¹¹⁹ ALMEIDA, Andréa Alves de. *Processualidade jurídica e legitimidade normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 26.

*democrático (possibilidade de expurgo incessante da dogmática analítica) de sua criação, atuação, modificação ou extinção*¹²⁰.

¹²⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. Da técnica procedimental à ciência processual contemporânea. In: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique. *Técnica processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 12.

2 PROCESSO CONSTITUCIONAL E DECISÃO JURISDICIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Encontra-se vigente, válida e eficaz, em nosso ordenamento jurídico, a norma jurídica inserta no art. 4º da *Lei Federal n. 12.376/2010 (Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro)*, que possui a seguinte redação: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Em reforço, o novel art. 140 do Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015) dispõe que: “O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico”. Como assinala VILANOVA: “O juiz não tem o indeclinável dever-de-julgar porque o sistema já é completo, mas o sistema é completável, se o juiz deve julgar qualquer conflito de interesses que chegue processualmente ao seu conhecimento”¹²¹.

Nesse sentido, há referência no ordenamento jurídico que impõe uma decisão jurisdicional, mesmo quando a lei for omissa – “o juiz decidirá o caso”. Sendo assim, consectário lógico que tal decisão se dê, na contemporaneidade, no plano do devido processo constitucional jurisdicional.

Historicamente, afirma COING que era dado ao juiz uma tríplice tarefa: Ele deve decidir sobre cada prerrogativa que é legitimada diante dele; ele não pode – como era possível aos jurados romanos do tempo clássico – recusar de dar uma sentença por não encontrar uma norma legal. O juiz está por outro lado, submetido à lei; ele deve portanto, decidir as petições a ele apresentadas conforme a lei. Por fim, seu juramento o obriga a dar uma sentença, não somente em virtude da lei, mas também de forma justa e equânime. Sua atividade está sob a divisa que se cunhou no edifício da Supreme Court dos Estados Unidos: “Equal justice under law”¹²².

Com efeito, se no Estado Democrático de Direito as decisões jurídicas, particularmente, as decisões jurisdicionais, devem ser tomadas em observância ao devido processo constitucional, por inferência, também devem o ser aquelas tomadas por aplicação da analogia.

Sob essas premissas, prudente se torna a compreensão de alguns conceitos, institutos e categorias jurídicas que, sob a ótica do processo

¹²¹ VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Noeses, 2010, p. 208.

¹²² COING, Helmut. *Elementos fundamentais da filosofia do direito*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002, p. 350. Tradução: “Justiça igual sob a lei”.

constitucional, estão intimamente ligadas ao tema da analogia e da decisão jurisdicional.

2.1 Processo e procedimento

O argumento por analogia está intimamente ligado à noção de processo e procedimento. Se se parte da premissa de que é na estrutura procedimental contida na lei que os sujeitos processuais atuam na construção da decisão jurisdicional, com muito mais força transparece tal atuação diante da ausência ou insuficiência de norma jurídica (lei ou precedente judicial) específica para a solução do caso concreto.

Processo e procedimento são termos polissêmicos, “*muito rico em acepções*”¹²³, e comum aos vários tipos de linguagens e formas de pensamento. Contudo, a distinção (processo de diferenciação) dos termos foi importante porque permitiu “*estabelecer todo um sistema de conceitos de que o Direito Processual necessita para suas construções jurídicas*”¹²⁴.

Anota GONÇALVES que no “*desenvolvimento do Direito Processual Civil como ciência autônoma, a doutrina, sob a influência de BÜLOW, reagiu contra a postura tradicional de séculos passados, que absorvia o processo no procedimento e considerava este como mera sucessão de atos que compunham o rito da aplicação judicial do direito. Em progressivos passos, buscou estabelecer a distinção entre processo e procedimento, e encontrou, em critérios teleológicos, a base da diferenciação*”¹²⁵.

Pelo critério teleológico atribuía-se finalidades ao processo e não ao procedimento, que era visto no aspecto puramente formal, “*algo que tanto pode ser uma técnica, como os atos de uma técnica, como a ordenação de uma técnica, enfim, separa-se do processo como ideia impregnada de finalidades por ser estranho a qualquer teleologia*”¹²⁶. Tal concepção constituiu (ou, ainda, consiste)

¹²³ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 49. Embora o autor se refira a processo, não se mostra desconectada de tal idéia a referência também a procedimento.

¹²⁴ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 52-53.

¹²⁵ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 53.

¹²⁶ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 54.

expressão corrente de parte da doutrina processual brasileira que dela se serviu para expor a diferenciação dos termos.

Advertiu, contudo, GONÇALVES, em estudo pioneiro no Brasil, que esse critério era inadequado:

É que, se o procedimento se constitui em meio necessário, (pois não se aboliu, ainda, a necessidade da existência do procedimento), para a existência, ou o desenvolvimento, ou a ordenação, do processo, tem, então, o caráter teleológico que toda técnica intrinsecamente comporta, como meio idôneo para atingir finalidades. Mesmo considerado como série de atos, como forma de ordenação, como meio de se estamparem os atos do processo, o procedimento estaria impregnado de sentido teleológico, porque sua finalidade, já explícita em sua funcionalidade, não poderia ser negada¹²⁷.

De fato, parecia difícil sustentar a distinção entre processo e procedimento pelo critério teleológico, uma vez que não conseguia diferenciar estas duas categorias jurídicas. A propriedade que se observava no procedimento parecia, também, pertencer ao termo processo, como se pode observar na seguinte definição “*O procedimento é assim a sucessão ordenada e metódica de atos com os quais caminha o processo*”¹²⁸. Logo, a tentativa de distinguir os conceitos de processo e procedimento se tornou confusa e pouco construtiva para o direito processual.

Para CATTONI DE OLIVEIRA, essa compreensão teleológica merece ser “duramente” criticada “*não só porque se esquece que mesmo dentro do seu próprio quadro conceptual o procedimento não seria uma mera exterioridade, já que teria a mesma finalidade do processo a que se prestaria, mas também por lidar com um conceito não só restrito, mas pouco sofisticado de procedimento*”¹²⁹

Como bem observado por GONÇALVES, as reações contra as posições tradicionais do século XIX geraram múltiplos resultados e um deles foi o estigma que se abateu sobre o procedimento, pois se “*o procedimento envolvera o processo, a ponto de diluí-lo na mera sucessão de atos, a reação veio tão forte que provocou a postura doutrinária exatamente em polo contrário. A doutrina processual moderna,*

¹²⁷ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 55.

¹²⁸ ASSIS, Jacy de. *Procedimento ordinário*. São Paulo: Livraria dos Advogados Editora Ltda, 1975, p. 13. Embora se reconheça no autor um dos maiores processualistas mineiros, a distinção entre os termos processo e procedimento, pelo critério teleológico, em verdade, tornou-se pouco elucidativa.

¹²⁹ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Contribuições para uma teoria discursiva da constituição e do processo constitucional a partir do caso brasileiro. In: THEODORO JR., Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle José Coelho. *Processo e Constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais*. Rio de Janeiro: GZ Ed, 2010, p. 103.

*em sua larga maioria, diluiu o procedimento no processo. O processo absorveu-o e anulou sua importância*¹³⁰.

Diante desse quadro, buscou-se outro critério distintivo, agora visto sob uma perspectiva lógica e buscado dentro do próprio sistema jurídico:

E o sistema normativo revela que, antes que “distinção”, há entre eles uma relação de inclusão, porque o processo é uma espécie do gênero procedimento, e, se pode ser dele separado é por uma diferença específica, uma propriedade que possui e que o torna, então, distinto, na mesma escala em que pode haver distinção entre gênero e espécie. A diferença específica entre o procedimento geral, que pode ou não se desenvolver como processo, e o procedimento que é processo, é a presença neste do elemento que o especifica: o contraditório. O processo é um procedimento, mas não qualquer procedimento; é o procedimento de que participam aqueles que são interessados no ato final, de caráter imperativo, por ele preparado, mas não apenas participam; participam de uma forma especial, em contraditório entre eles, porque seus interesses em relação ao ato final são opostos¹³¹.

Com efeito, foi a partir da nota distintiva do contraditório que se redefiniu os conceitos de procedimento e de processo. Como bem lembra CORDEIRO LEAL, em FAZZALARI “*pode haver procedimento sem processo, jamais processo sem procedimento*”¹³². À luz dessas idéias, poder-se-ia conjecturar a existência de procedimento e jurisdição, sem processo, ou, até mesmo, como o faz LEAL, jurisdição, sem procedimento e processo, representativa do caráter interdito da *summaria cognitio*:

A jurisdição, sem procedimento e processo, é a tônica da contemporaneidade tirânica, travestida de uma efetividade processual, que prolonga secularmente a sociedade civil, fixando-a dentro e fora do ESTADO, à margem da lei, suspendendo as conjecturas de Hegel e Marx ao se encravar numa zona de anomia que embosca a lei estatal num espaço extra-sistêmico com força de lei e em nome da lei (caráter constitutivo e legiferativo-suplementar da atividade jurisdicional)¹³³.

Assevera LEAL que essa “*definição fazzalariana é rigorosamente taxionômica, porque, ao se articular o contraditório (qualidade juris princiológica*

¹³⁰ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 55.

¹³¹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 56-57.

¹³² CORDEIRO LEAL, André. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 84.

¹³³ LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo civil e sociedade civil*. http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2005/Docentes/PDF/processo%20civil%20e%20sociedade%20civil.pdf. Acessado em 23/10/2015, p. 5.

*constitucional) no iter (percurso) da estrutura do procedimento, surge o Processo, como espécie procedimental, que se distingue pelo enunciado do contraditório no gênero estrutural do procedimento construído secundum legis*¹³⁴

Para LEAL procedimento “*é manifestação estrutural resultante do complexo normativo da positividade jurídica*” que, “*em sua construção espaço-temporal, ao reflexo da lei, impõe o encadeamento de atos, no qual o ato anterior há de ser pressuposto lógico-jurídico do posterior e este precondição do ato sequente que, por sua vez, é extensão do antecedente, até o provimento final (sentença, decisão, ato), o qual encerra uma etapa significativa ou o ciclo total do procedimento*”.¹³⁵

Em estudo recente, LEAL tece considerações mais específicas sobre a diferenciação entre processo e procedimento em sua teoria:

Em sendo o processo uma instituição jurídico-linguístico-autocrítica e instituinte da constitucionalidade em minha teoria neoinstitucionalista, o procedimento por ele criado e gerido não pode apresentar uma ordinariedade estrutural (sequencia de atos jurídicos legalmente projetados) que não acate os escopos de sua principiologia, pouco importando se o respectivo modelo procedimental apresente expressamente imanência ao devido processo constitucionalizado. O certo é que, nos procedimentos instaurados no bojo do sistema jurídico-constitucional legiferado a partir do eixo teórico do processo (se compreendido em minha teoria) deles resultantes, se implicarem restrição de liberdade ou afetarem vida, dignidade, patrimônio das partes, somente ganham legitimidade jurídica se construídas a partir de um perfil lógico-jurídico da ordinariedade estrutural em que se possam distinguir, de modo linear e sucessivo, as fases postulatória, instrutória e decisória, ensejando às partes o exaurimento da cognitio como já dispõem os incisos LIV e LV do art. 5º da CB/88 que, com essa redação, faz possível identificar o paradigma de Estado Democrático (não Dogmático) de Direito como coinstituição jurídica protossignificativa e espaço-instrumental da operacionalidade do direito processualmente constituído¹³⁶.

Com efeito, depreende-se que o processo é concebido, nessa vertente, como uma instituição, ao mesmo tempo, jurídica, lingüística e autocrítica (linguisticidade jurídica), que institui e constitui (coinstituir) os diversos tipos de procedimentos que ganham legitimidade a partir da observância da ordinariedade

¹³⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 95.

¹³⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 96. Nesse quadro, adverte o autor que, em sua teoria neoinstitucionalista, “*o procedimento não se concretiza pela lógica diretiva da atividade jurisdicional do juiz, mas atualmente pelas condicionantes-lógicas dos princípios (institutos) do processo constitucionalizado*” (*Teoria geral do processo*, p. 96).

¹³⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 99.

estrutural principiológica (contraditório, ampla defesa e isonomia) distinguindo, de modo linear e sucessivo, as fases postulatória, instrutória e decisória, em exercício amplo da *cognitio*.

Essa ordinariedade estrutural principiológica dos procedimentos guarda estreita vinculação com o instituto da prova. Acentua LEAL que:

a existência do procedimento (processo) como estrutura técnica de asseguarção de direito probatório do exercício da liberdade política (prática de cidadania pela relação jurídico-espacio-temporal probante de construção do procedimento), situando a parte como sujeito processual da procedimentação compartilhada da qual promana uma decisão (sentença) que afetará seu universo jurídico, é direito fundamental (due process of law) constitucionalmente garantido, não manejável pelas conveniências conjunturais de uma jurisdição salvadora.¹³⁷

Uma enunciação do direito fundamental ao procedimento processualizado, erigida pelo ônus probandi da comunidade jurídico-política (legitimados ao processo).

Tendo em conta esses pressupostos, enuncia LEAL que o “*procedimento processualizado é a prova das provas*”, porquanto, sem “*o procedimento (relação espaço-temporal formalizada) não há como operacionalizar democraticamente o instituto da prova*”¹³⁸. Este enunciado merece uma reflexão mais vagarosa.

É contra o essencialismo platônico e aristotélico, que, por meio de definições e conceitos, acredita atingir, através da percepção, as propriedades básicas de uma classe de coisas, que Popper, como nos mostra Neiva, revê a questão da verdade, ao objetar que “*o que conta não é a definição precisa do significado de um termo, mas a verdade de uma teoria que se expressa graças a este termo*”¹³⁹, acolhendo, deste modo, uma teoria semântica da verdade como resultante das suas leituras do lógico polonês Alfred Tarski (1902-1983).

A interação entre linguagem-objeto e metalinguagem é possível porque parte de um dado básico, qual seja, de que a verdade é o resultado da interação de dois elementos diferenciados – representações que indicam universais e fatos de cunho singular, que, na forma bicondicional “*se e apenas se*”, enuncia uma condição de verdade. Assim, a frase (enunciado) que na linguagem-objeto era “*o procedimento*

¹³⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*, p. 191.

¹³⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*, p. 194.

¹³⁹ NEIVA, Eduardo. *O racionalismo crítico de Popper*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves Editora S.A., 1999, p. 69.

processualizado é a prova das provas”, transforma-se em outro enunciado (metalinguagem): A sentença ‘o procedimento processualizado é a prova das provas’ se e apenas se o procedimento for de fato construído pelo devido processo.

O princípio bicondicional expresso por “se e somente se”, próprio da metalinguagem, submete o enunciado inicial, que dizia do procedimento processualizado como a prova por excelência (linguagem-objeto), à testificação empírica, porquanto, onde não for observável o devido processo, não se está diante de um PROCESSO, mas apenas do exercício da JURISDIÇÃO.¹⁴⁰

Como sabido, é a jurisdição que está para o processo e não o contrário, como se tem acentuado na literatura processual brasileira, desconsiderando os avanços epistemológicos no tema, que buscam priorizar mais a processualização da constituição do que a constitucionalização do processo.¹⁴¹

2.2 Processo constitucional e decisão jurisdicional

O fundamento do processo constitucional encontra-se na fiscalidade incessante, por qualquer do povo, do processo devido como devido processo. É na filtragem da vida humana pela linguagem do devido processo (contraditório-vida; liberdade-ampla defesa; isonomia-igualdade) que se pode compreender, de forma democrática, a transposição do indivíduo em pessoa portadora de direitos fundamentais.

Como adverte LEAL a *“legitimidade fundante e a validade das instituições jurídicas emergem da estrutura normativa constitucional, quando é esta garantidora da atuação permanente da cidadania na transformação ou preservação do Estado e das demais instituições”*, porquanto, somente a atuação permanente da cidadania (fiscalidade) é capaz de fundamentar o processo constitucional. Em síntese, a vida “humano-jurídica” só se encaminha pelo processo, porque, somente este *“reúne*

¹⁴⁰ Rosemiro Pereira Leal já acentuou que a *“anomalia ideológica, tão fascinante e enganosa da jurisdição sem procedimento (processo) pela qual hoje se identificam as autocracias engenhosamente disfarçadas em democracias com suas aberrações sob rótulos de tutelas de urgência, ritos sumaríssimos e dos equivalentes jurisdicionais de justiça rápida, instantânea, alternativa, especial, há de passar forçosamente pelo estudo aprofundado da teoria da prova nos Estados de Direito Democrático”* (Teoria geral do processo: primeiros estudos, p. 191)

¹⁴¹ Como observa LEAL: *“A jurisdição, em seu conceito autocrático de atividade decisória de realização de um direito pretensamente justo, cede lugar ao processo como instituição constitucionalizada e referente lógico de legitimação da atuação jurisdicional e judicacional no Estado Democrático”*. In: LEAL, Rosemiro (Coord.). *Estudos continuados de teoria do processo*. Porto Alegre: Síntese, 2000. Apresentação.

*garantias dialógicas de liberdade e igualdade do homem ante o Estado na criação e reconstrução permanentes das instituições jurídicas, das constituições e do próprio modelo constitucional do processo*¹⁴².

Essa fiscalidade, exercida por qualquer do povo, pelo devido processo constitui o fundamento do processo constitucional. Dentro de uma visão epistemológica, parte da compreensão do processo do conhecimento ao conhecimento do processo ou, de forma mais sintética, sobre as condições de possibilidade do conhecimento científico do objeto estudado – processo constitucional. Nesse sentido, o processo constitucional, como instituto estrutural do devido processo, destina-se a efetivar direitos e garantias fundamentais, pois, como afirma Baracho “os processos constitucionais defendem diretamente certos valores e princípios constitucionais”.¹⁴³

Segundo BRÊTAS a viga-mestra do processo constitucional é o devido processo legal, cuja concepção é desenvolvida tomando-se por base os pontos estruturais que formatam o devido processo constitucional, ou modelo constitucional do processo: “a) – o direito de ação (direito de postular a jurisdição); b) – o direito de ampla defesa; c) – o direito ao advogado ou ao defensor público; d) – o direito ao procedimento desenvolvido em contraditório; e) – o direito à produção de provas; f) – o direito ao processo sem dilações indevidas, de sorte a ser obtida uma decisão jurisdicional em prazo razoável; g) – o direito a uma decisão proferida por órgão jurisdicional previamente definido no texto constitucional (juízo natural ou juízo constitucional) e fundamentada no ordenamento jurídico vigente (reserva legal); h) – o direito ao recurso, na perspectiva de co-extensão do direito de ampla defesa”.¹⁴⁴

No que se refere à função jurisdicional, afirma BRÊTAS que seu exercício: “depende de provocação dos interessados e consiste em cumprir e fazer cumprir as normas do direito positivo, realizando o ordenamento jurídico vigente na sua integridade, tratando-se de atividade estatal monopolizada, somente exercida pela garantia do processo constitucional, por meio de um procedimento legalmente estruturado e informado pelos princípios constitucionais do contraditório, da ampla

¹⁴² LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 30 e 31.

¹⁴³ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*, p. 49.

¹⁴⁴ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 94-95.

*defesa e da fundamentação das decisões jurisdicionais*¹⁴⁵.

Com efeito, o devido processo constitucional jurisdicional inicia-se por provocação da parte (*nemo iudex sine actore*), que movimenta o procedimento legalmente estruturado. Uma vez provocada, a função jurisdicional deve atuar cumprindo e fazendo cumprir as normas do direito positivo, consubstanciadas em princípios jurídicos e regras jurídicas,¹⁴⁶ que estejam vigentes no ordenamento jurídico, respeitando-se o contraditório, a ampla defesa e a fundamentação das decisões jurisdicionais; a integridade do procedimento demanda uma decisão que seja adequada ao pedido do autor, evitando decisão *extra, citra ou ultra petita*. É importante registrar que o exercício de direitos e interesses, como base de uma cidadania avançada, só se realiza através da garantia do processo constitucional, sedimentado pela estrutura normativa legal (devido processo legal). Percorrido este caminho, pode-se dizer que a decisão jurisdicional proferida está conectada ao princípio do Estado Democrático de Direito, não havendo, por conseguinte, de se cogitar em *error in procedendo* constitucional.

O devido processo jurisdicional deve afastar a discricionariedade do julgador, entendida por STRECK “*como este elemento que autoriza o aplicador a interpretar (ou tomar sua decisão) sem que haja uma responsabilidade política, uma accountability hermenêutica, isto é, sem que se realize uma “prestação de contas”, o que tem como consequência a inobservância do dever de justificar/fundamentar constitucional e legislativamente, tornando a decisão um ato vontade (uma manifestação solipsista)*”.¹⁴⁷

Como acentua CRUZ, a “*racionalidade do processo judicial é ainda mais incisiva na possibilidade de depuração do Direito, no sentido de fazer aflorar sua legitimidade. O processo judicial funciona, de antemão, sabedor de que as partes agirão estrategicamente em favor de seus próprios interesses. Mas mesmo assim, deverá ser capaz de reconstruir o Direito por meio de sua adequação ao caso concreto*”.¹⁴⁸

¹⁴⁵ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 48.

¹⁴⁶ Sobre o assunto, consultar a obra de Humberto Ávila *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2006.

¹⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3ª. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 324.

¹⁴⁸ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 263.

Calha, no particular, a advertência de NUNES: “*Processo democrático não é aquele instrumento formal que aplica o direito com rapidez máxima, mas, sim, aquela estrutura normativa constitucionalizada que é dimensionada por todos os princípios constitucionais dinâmicos, como o contraditório, a ampla defesa, o devido processo constitucional, a celeridade, o direito ao recurso, a fundamentação racional das decisões, o juízo natural e a inafastabilidade do controle jurisdicional*”.¹⁴⁹

De fato, é na concretude da decisão jurisdicional, realizada no processo, que se estabelece a confluência entre uma racionalidade teórica e uma racionalidade prática. A razão jurídica se efetiva para buscar o que é devido, não o que é provável, nem o que é certo (certeza apodítica). E o que é devido no Direito Democrático é o que ultrapassa o filtro do devido processo constitucional.

Convém perpassar, neste momento, as principais características das teorias que impulsionaram o estudo do processo constitucional, merecendo destaque, dentre outras, a teoria do processo como procedimento em contraditório, a teoria constitucionalista do processo e a teoria neoinstitucionalista do processo. Tais teorias, a nosso ver, possibilitaram o encaminhamento de uma visão epistemológica do processo em bases democráticas¹⁵⁰.

2.2.1 Teoria do processo como procedimento em contraditório

A primeira é a teoria do processo como procedimento em contraditório. Há certo consenso na doutrina de que foi Elio Fazzalari quem impulsionou a reflexão jurídico-democrática dos discursos provimentais.¹⁵¹

Tal teoria parte da noção de procedimento como ato preparatório do provimento e, como ponto de partida, o ato do Estado, dotado de caráter imperativo. Como explica GONÇALVES o “*procedimento é uma atividade preparatória de um determinado ato estatal, atividade regulada por uma estrutura normativa, composta de uma sequência de normas, de atos e de posições subjetivas, que se desenvolvem em uma dinâmica bastante específica, na preparação de um*

¹⁴⁹ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 250.

¹⁵⁰ Adota-se, no particular, a advertência de Rosemiro Pereira Leal de que, “*na esfera do Direito, só diríamos que uma teoria foi ou é científica se atuar como eficiente linha auxiliar de esclarecimento das normas, institutos e instituições jurídicas*” (*Teoria geral do processo: primeiros estudos*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 37).

¹⁵¹ WALTER, Carlos H. *Processo como hermenêutica paradigmática (a partir de Fazzalari, Baracho, Fix-Zamudio, Andolina, Vignera e Rosemiro Leal)*. *Meritum* - Belo Horizonte – v. 1 – n. 1 – jul./dez. 2006. p. 181.

provimento”, sendo o provimento um ato do Estado, “*de caráter imperativo, produzido pelos seus órgãos no âmbito de sua competência, seja um ato administrativo, um ato legislativo ou um ato jurisdicional*”.¹⁵²

Nesse sentido, o provimento final decorrente do procedimento legislativo seria a lei; do procedimento administrativo, o ato administrativo; do procedimento jurisdicional, a decisão jurídica (decisão interlocutória, sentença, acórdão).

No dizer de LEAL, foi FAZZALARI quem explicitou “*que o processo não se define pela mera sequência, direção ou finalidade dos atos praticados pelas partes ou pelo juiz, mas pela presença do atendimento do direito ao contraditório entre as partes, em simétrica paridade, no procedimento que, longe de ser uma sequência de atos exteriorizadores do processo, equivalia a uma estrutura técnica construída pelas partes, sob o comando do modelo normativo processual*”.¹⁵³

É justamente quando os interessados participam dessa estrutura técnica do procedimento (legal) é que se torna possível falar (predicativo) em processo. Para GONÇALVES, o que há de realmente extraordinário nos resultados das investigações de FAZZALARI é a identificação do elemento que permite definir o procedimento e do elemento que constitui a diferença específica do processo, sendo que este é um procedimento.¹⁵⁴ Daí chegar à conclusão CORDEIRO LEAL de que, em FAZZALARI “*pode haver procedimento sem processo, jamais processo sem procedimento*”.¹⁵⁵

Tal teoria, embora tenha contribuído para a ressemantização do estudo do processo, não escapou à crítica. Para LEAL, ao distinguir processo e procedimento pelo atributo do contraditório, o jurista italiano não o fez, originariamente, “*pela reflexão constitucional de direito-garantia ou de instituição constitucionalizada regente dos procedimentos*”, uma vez que, “*no discurso jurídico-constitucional das democracias, o contraditório é instituto do Direito Constitucional e não mais uma qualidade que devesse ser incorporada por parâmetros doutrinários ou fenomênicos*

¹⁵² GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 87.

¹⁵³ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 87.

¹⁵⁴ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*, p. 98.

¹⁵⁵ CORDEIRO LEAL, André. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. Ilustrativo a este respeito, como anota Aroldo Plínio Gonçalves, é a chamada “jurisdição voluntária” onde não há uma divergência de interesses, entre seus destinatários, sobre o provimento. Aqui a atividade preparatória é o simples procedimento, sem necessidade de se falar em processo. Havendo divergência de interesses, instala-se o processo. (*Técnica processual e teoria do processo*, 2012, p. 99).

ao procedimento pela atividade jurisdicional".¹⁵⁶

Em verdade, embora não tenha elevado o contraditório ao nível de instituição (princípio institutivo) do processo, o processualista italiano teve o mérito de pressupor o estudo da jurisdição a partir do processo, como ato final do provimento. Esse aspecto, de grande relevância científica, é que possibilitou avanços no estudo do processo constitucional como regente da jurisdição constitucional, afastando esta de fundamentos metafísicos, fora da estrutura procedimental. É a partir de FAZZALARI que se percebe o início de uma teoria do processo jurisdicional a partir do processo, e não da jurisdição.¹⁵⁷

Como conclui GONÇALVES, pode-se entender, então, "*por que o estudo da jurisdição, ou seja, da norma processual, que é a norma que disciplina seu correto exercício, deve se fazer sobre o processo que, sendo uma espécie de procedimento, oferece, como diz FAZZALARI, a estrutura mais completa para que sejam reunidos e ordenados coerentemente os vários aspectos que envolvem a manifestação dessa atividade fundamental do poder*".¹⁵⁸

É preciso frisar que o germe de uma visão não ativista da atividade jurisdicional nasce com FAZZALARI que, a nosso ver, se encontra um passo a frente na construção do Estado Democrático de Direito, uma vez que é na base instituinte do direito que a abertura democrática do processo devido como devido processo deve ocorrer, em simétrica paridade, entre todos os legitimados ao processo.¹⁵⁹

2.2.2 Teoria constitucionalista do processo.

A segunda é a teoria constitucionalista do processo. Percebe-se, particularmente após a segunda guerra mundial (1939-1945), o estreitamento dos estudos entre constituição e processo, acesos, dentre outras variantes, pelo desprestígio do positivismo jurídico. Como assinalou Arthur Kaufmann: "*La verdad es que nosotros, com el pecado original de las leyes injustas (de las que son culpables el pensamiento positivista y el jusnaturalista), perdimos para siempre nuestra*

¹⁵⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*, p. 87.

¹⁵⁷ CORDEIRO LEAL, André. *A instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 110.

¹⁵⁸ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*, p. 99.

¹⁵⁹ Em sentido oposto, veja-se ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 187.

inocência. Desde que esto ocurrió, no puede ninguna filosofía del derecho limitar-se exclusivamente a lo formal y descuidar los contenidos, o sea dejárselos a la política".¹⁶⁰

Desse grau zero civilizatório, do qual ressurgiu a humanidade, vai se construindo o fenômeno da constitucionalização do direito, e, no ponto que nos interessa, do direito processual. Neste sentido, são recentes os estudos das relações entre Constituição e Processo, ou das normas constitucionais referentes ao processo, como pontua BARACHO, ainda mencionando duas especialidades dessa junção: "*O Direito Processual Constitucional empreende o estudo dos instrumentos processuais que garantem o cumprimento das normas constitucionais. O Direito Constitucional Processual detém-se no estudo sistemático dos conceitos, categorias e instituições processuais, consagradas nos dispositivos da Constituição*".¹⁶¹

Não mais sendo um atributo processual homologado (jurisdicionado) pelo decisor no procedimento, o contraditório transformou-se no princípio constitucionalizado de estruturação dos atos preparatórios de quaisquer provimentos (administrativo-governamentais ou não), em uma verdadeira "*sistematização de garantias dos direitos fundamentais pela constitucionalização do processo*", como adverte WALTER.¹⁶²

Destaca THEODORO JÚNIOR que foi grande a mudança de rumo do processo na segunda metade do século XX: "*a) reduziu-se a separação exagerada que se notava no tratamento das figuras processuais em relação ao direito material, reforçando o papel instrumental do processo na realização e tutela dos direitos subjetivos substanciais, já então permeados de valores humanos e éticos, dando origem ao chamado "processo justo"; e b) formou-se e consolidou-se o fenômeno da "constitucionalização do processo", cujos princípios ganharam assento na sede reguladora dos direitos fundamentais*".¹⁶³

¹⁶⁰ KAUFMANN, Arthur. *La filosofía del derecho en la posmodernidad*. Bogotá: Editorial Temis, 1998, p. 12. Tradução livre: "*A verdade é que nós, com o pecado original das leis injustas (de que são culpáveis o pensamento positivista e jusnaturalista), perdemos para sempre nossa inocência. Desde que isso ocorreu, não pode nenhuma filosofia do direito limitar-se exclusivamente ao aspecto formal e descuidar dos conteúdos, ou seja, deixá-los à política*".

¹⁶¹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*, p. 126.

¹⁶² WALTER, Carlos H. *Processo como hermenêutica paradigmática (a partir de Fazzalari, Baracho, Fix-Zamudio, Andolina, Vignera e Rosemiro Leal)*, p. 190.

¹⁶³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil*. MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo de Andrade (Coords.). *Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo*

Para ANDOLINA, a Constituição traçou um verdadeiro modelo de processo jurisdicional, elevando o nível de garantias constitucionais em alguns pontos essenciais, como, por exemplo:

a independência do Juiz; a estrutura participativa do iter de formação do produto judicial (centrada, portanto, no direito de defesa e de ação, no contraditório, na “paridade de armas” etc); a transparência e a legalidade do próprio produto judicial (o qual se realiza, sobretudo, seja pela obrigatoriedade de motivação dos provimentos jurisdicionais, seja através do controle de constitucionalidade da Suprema Corte de Cassação, sobre as decisões com conteúdo decisório e não recorríveis de outra forma); a efetividade da tutela jurisdicional (que impõe, e justifica, o recurso às medidas cautelares, sejam assecurativas, sejam antecipatórias, todas as vezes em que a duração do processo e a espera, portanto, de uma sentença de mérito, ponha em risco o bem da vida sobre o qual versa o conflito).¹⁶⁴

No Brasil, tal fenômeno ganhou relevância com a Constituição de 1988¹⁶⁵, onde vários de seus dispositivos tratam de matéria processual. Para Barbosa Moreira, uma “*consequência natural do fenômeno consistiu no fato de que os processualistas brasileiros foram levados, mais que anteriormente, a examinar ou reexaminar problemas do processo – tanto civil quanto penal – à luz das diretrizes contidas na Constituição*”.¹⁶⁶

Essa teoria, embora tivesse operado o deslocamento do contraditório como atributo do processo para a condição de princípio do processo, e constitucionalizado diversos outros princípios do processo (ampla defesa e isonomia), ainda “*não estava totalmente desconectada da jurisdição dos juízes, uma vez que o Processo e todos os Procedimentos existentes na Constituição eram vistos como instrumentos da jurisdição (atividade dos juízes)*”.¹⁶⁷

brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 235.

¹⁶⁴ ANDOLINA, Italo. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional. *Revista de Processo* v. 87. São Paulo, jul./set. 1997, p. 64-65.

¹⁶⁵ Nesse sentido, Flaviane de Magalhães Barros: “*É importante verificar que a apropriação do tema processo como uma garantia constitucional é marco dos processos de redemocratização dos Estados, tendo sido introduzida e consolidada nos textos constitucionais tanto da Constituição Italiana de 1948 como também na Constituição da República do Brasil de 1988*”. O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição. MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo de Andrade (Coords.). *Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 334.

¹⁶⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A constitucionalização do processo no direito brasileiro*. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; LELO DE LARREA, Arturo Zaldívar (Coords.). *Estudos de Direito Constitucional. Homenagem brasileira a Héctor Fix-Zamudio em seus 50 anos como pesquisador do Direito*. São Paulo: UNAM-Malheiros, 2009, p. 47-48.

¹⁶⁷ DEL NEGRI, Andre. *Controle de constitucionalidade no Processo Legislativo: teoria da legitimidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 104.

No particular, a crítica de LEAL é mais contundente ao asseverar que para os:

seguidores do constitucionalismo processual, ainda agarrados ao modelo constitucional do processo (Andolina, Vignera) e suas variáveis perpassadas por reminiscências kantistas e hegelianas, axiológicas e historicistas (Galleotti, Häberle, Habermas), imaginam, na aplicação do direito, uma realidade não decidida (lugar do decisor garantista, portador de autoridade-poder jurisdicional), à margem da existência legal fatalmente lacunosa que sempre suplicaria uma proteção proficiente (tutoria) por uma atuação reflexiva de mentes judicantes articuladoras de um processo jurisdicional a serviço de um sinergismo ético derivado de supostos discursos políticos e expansividades normativas preservadores de integração social”, justificando que, nesse sentido, haveria “apenas uma transposição de nível, do instrumentalismo bülowiano para o plano constitucional, ou seja, ainda um processo como instrumento de uma jurisdição constitucional, “com escopos metajurídicos cappellettianos de fazer justiça social em critérios não esclarecidos por supostas probidade e seriedade (pós-positivismo) de operadores virtuosos do Direito.¹⁶⁸

É, justamente, no contraponto (distinções) da teoria constitucionalista do processo, que a teoria neoinstitucionalista irá se debruçar.

2.2.3 Teoria neoinstitucionalista do processo.

A terceira teoria do processo, aqui tomada em consideração, é a teoria neoinstitucionalista do processo. Embora LEAL tenha em conta o caráter processual de sua teoria, inclusive, elencando-a entre as principais teorias do processo, bem se visualiza uma expressão mais ampla, voltada para a própria teoria do direito. Este fato, em épocas mais recentes, após longa trajetória intelectual, acabou aflorando, sendo reconhecida pelo próprio autor: “*Escrevi minha teoria neoinstitucionalista do processo (que é uma Teoria Geral do Direito), uma vez que pretendi alcançar a reflexão de Constituição e Estado pelo nível teórico instituinte de um Direito que ofertasse suporte sistemático-jurídico-normativo à construção dessas grandes narrativas (aparelhos) de regência dos povos e que não mais fossem fontes de controle humano já historicamente ativadas por “forças” ou “poderes” mitificados (mistificados) que os validam por séculos*”.¹⁶⁹

¹⁶⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*, 2014, p. 93.

¹⁶⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 100.

Tal reflexão não passou despercebida da doutrina processual, como bem observa BRÊTAS: *“Por isso mesmo, a nosso ver, ressalvado melhor juízo, não se direciona tal teoria somente à ciência do direito processual (de forma exclusiva ou compartimentada), mas, ao contrário, deve ser vista em perspectiva de maior amplitude, pois evidencia concepção estrutural dirigida também – e principalmente – à ciência do Direito, em geral, com forte impacto, ainda, no campo da Teoria do Estado, revisitando sua bases conceituais sedimentadas há séculos”*¹⁷⁰.

De fato, a teoria neoinstitucionalista consubstancia uma teoria do direito, porquanto trabalha todos os níveis de produção normativa – instituinte, instituído e constituído, traçando um ciclo teórico da lei democrática. Ultrapassadas essas questões terminológicas, cabe mencionar que a teoria (proposição) neoinstitucionalista do processo vem sendo criada e recriada – conjecturas e refutações – pelo seu idealizador, não se mostrando, portanto, em uma ordem de pensamento acabado, mas, antes de tudo, uma proposição teórica e crítico-científica em constante evolução.

De fato, por trabalhar o processo dentro de uma linguisticidade jurídica conjecturável, a partir dos aportes da lógica popperiana ($P^1 = TT = TE = P^2$), seria mesmo de se esperar que o autor fiscalizasse seu próprio pensar criticamente, ou seja, de forma sistematicamente aberta (em contraposição aos sistemas fechados)¹⁷¹. Como afirma o autor: *“A minha teoria neoinstitucionalista do processo dá seguimento às conjecturas de Popper, migradas, à minha instância, para a área jurídica, sobre a sociedade aberta, a miséria do historicismo e principalmente sobre o seu método de encaminhar o conhecimento científico: o falseacionismo (falseabilidade)”*¹⁷².

Os termos empregados na teoria recebem conotação própria, tais como instituição e processo. A noção de “instituição” recebe:

¹⁷⁰ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 119.

¹⁷¹ No atual estágio da ciência do direito não é só a teoria neoinstitucionalista que faz incursões em estudos linguísticos. Partindo de outro marco teórico, que não o racionalismo crítico, tem-se a metódica estruturante de Friedrich Müller, como se pode observar, a título de exemplo, da seguinte passagem do autor: *“O que nós juristas denominamos “constituição” é – não importa como formulamos esse conceito – um dado linguístico; e o que “concretização” pode significar em diferentes variantes é sempre um processo linguístico. Há algum tempo esse fato é enunciado e trabalhado na frente avançada da teoria e metodologia do direito: o caráter ineludível de linguagem, a textualidade que perpassa toda a concretização (da constituição)”* (*Metodologia do direito constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 122.

¹⁷² LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 1.

a acepção de conjunto de princípios e (institutos) jurídicos reunidos ou aproximados pelo texto constitucional com a denominação jurídica de devido processo, cuja característica é assegurar, pelos institutos do contraditório, ampla defesa, isonomia, direito ao advogado e livre acesso à jurisdição, o exercício dos direitos criados e expressos no ordenamento constitucional e infraconstitucional por via de procedimentos estabelecidos em modelos legais (devido processo legal) como instrumentalidade manejável pelos juridicamente legitimados¹⁷³.

Por “processo” concebe o autor a instituição coconstitucionalizante e coconstitucionalizada do ordenamento (sistema) jurídico implantado, não impondo imanência do procedimento ao processo para ser assegurado o contraditório nas estruturas da procedimentalidade¹⁷⁴.

O autor não opera o eixo epistemológico do direito processual pelo viés da jurisdição, mas em torno da *“processualização testificante da validade normativo-democrática”* do direito pelo devido processo, porquanto o importante *“é o direito fundamental do devido processo – eixo sistêmico (construtivo operativo) da coconstitucionalidade que é também direito líquido, certo e exigível, pré-julgado no nível instituinte e constituinte do direito a ser constituído (Lei Publicada), não podendo ser postergado em nome de qualquer outro direito, sendo que como já explicado, tais direitos se definem em normas teórico-principiológicas de denotação biunívoca: vida-contraditório, liberdade-ampla defesa e isonomia-igualdade (dignidade)”*¹⁷⁵.

Para referida teoria é na base instituinte da lei que há o acertamento dos direitos fundamentais (vida, liberdade e dignidade) de forma exauriente (cognição constituinte/coisa julgada constituinte) pelos legitimados ao processo (Sociedade Jurídico-Política de Direito Democrático). Tal questão, como bem observada por GOYARD-FABRE, não encontra resposta satisfatória na teoria da esfera pública de Habermas, como o mesmo reconhece: *“O próprio Habermas reconhece que esse projeto tem “contornos bastante imprecisos”. É uma confissão importante! É no mínimo desconcertante que a processualização da comunicação seja alheia a modalidades, regras e formalidades de organização, competência, execução....exigidas, stricto sensu, por um processo, que, no terreno jurídico, só pode ser concebido como juridicamente institucionalizado; Aristóteles, e os próprios*

¹⁷³ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*, p. 89.

¹⁷⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoconstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 5.

¹⁷⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoconstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 10.

*sofistas, tinham um entendimento mais sutil da argumentação retórica... ”.*¹⁷⁶

Confessa LEAL que a:

busca de uma teoria de uma linguagem jurídica que pudesse enfrentar o terror da dogmática analítica foi o tema que juridicamente me preocupou ao longo de minha vida profissional, uma vez que eu operava e opero (com grande angústia) um direito que só é absolutamente cognoscível pela autoridade-autora das sentenças em seus conteúdos metajurídicos e metafísicos de conveniência, equidade, proporcionalidade, ponderabilidade, flexibilidade, repercussão geral, senso de justiça e bem comum”, uma vez que, considerar “direitos fundamentais como não pré-cognitos na base instituinte e constituinte da legalidade é entregar a uma jurisdictio de configurações arcaicas (românico-germânicas), por um garantismo-ativismo de feições metajurídicas (ordálicas!), a interpretação e aplicação do direito¹⁷⁷.

Por fim, digno de nota, é a compreensão de LEAL sobre o controle de constitucionalidade, que não se faz a partir de “teorias da constituição” ou “teoria da constituição”, mas a partir do controle processual de democraticidade sistêmica, “desde o nível instituinte da lei até sua aplicação, aberto a qualquer do povo (comunidade jurídica de legitimados ao processo) segundo elementos lingüísticos-autocrítico-jurídicos do devido processo”¹⁷⁸.

Com essas considerações, pode-se ter uma visão panorâmica sobre o cenário do direito processual, em bases científicas, que sustentam, de fato, um discurso democrático, desde as conjecturas de Fazzalari, que possibilitou o desenlace da espécie processo em relação ao gênero procedimento, perpassando pela visão constitucionalista do processo divulgada, dentre outros aqui no Brasil, por BARACHO, até a concepção de LEAL, do devido processo como regente do sistema jurídico democrático.

2.3 Princípios e regras jurídicas

MACEDO informa que Christian Wolff definia princípio como “o que contém em si a razão de alguma coisa”¹⁷⁹. De fato, há uma razão jurídica em cada princípio

¹⁷⁶ GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?* Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 329.

¹⁷⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 12.

¹⁷⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 103.

¹⁷⁹ MACEDO, Silvio de. *Introdução à filosofia do direito: uma nova metodologia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1993, p. 13.

jurídico, como já notara os romanos, inscrita no *Digesto*, como “a parte mais importante de cada coisa” (*Cujusque rei potissima pars principium est*)¹⁸⁰. Em noção ampla, assevera BRÊTAS que “os princípios de direito devem ser entendidos como normas jurídicas que exprimem, sob enunciados sintéticos, o conteúdo complexo de idéias científicas e proposições fundamentais informadoras e componentes do ordenamento jurídico”.¹⁸¹

A doutrina contemporânea, de um modo geral, tem reconhecido o caráter normativo dos princípios jurídicos, havidos, como adverte BRÊTAS, “como proposições fundamentais do Direito”, que, “ao lado das regras, com idêntica força vinculativa, integram o ordenamento jurídico”¹⁸². Nesse mesmo sentido, concebe TAVARES que: “Os princípios – tal como as regras – possuem força prescritiva e dirigem-se a vincular comportamentos. Trata-se de uma conclusão praticamente inconteste na contemporânea teoria do direito”¹⁸³.

Essa concepção teórica, de que princípios jurídicos e regras jurídicas são espécies do gênero normas jurídicas, teve a sua historicidade. Como anota TAVARES há três fases em relação à evolução dos princípios. Uma primeira fase onde os “princípios não eram considerados normas jurídicas, não tinham normatividade, imperatividade, cogência”, denominada, pelo autor, de fase jusnaturalista; uma segunda fase, de cunho juspositivista, onde os “princípios passaram a ser fonte secundária do Direito, de aplicação subsidiária”, fase essa que, embora “já ultrapassada pela História das ideias”, encontrar-se-ia, ainda, “plasmada na Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro”¹⁸⁴; e, por fim, uma terceira fase, onde “os princípios têm força normativa total; eles são cogentes, são considerados normas, possuem normatividade no sentido da impositividade”.

GUERRA FILHO, por sua vez, menciona que a noção de princípios e regras na teoria do direito contemporânea, em sua fase “pós-positivista”¹⁸⁵, como superação dialética da antítese entre o positivismo e o jusnaturalismo: “*distingue*

¹⁸⁰ VERSIANI VELLOSO. Augusto. *Textos de direito romano traduzidos*. Imprensa Oficial de Minas: Belo Horizonte, 1923, p. 214.

¹⁸¹ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 105.

¹⁸² BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 107.

¹⁸³ TAVARES, André Ramos. *Fronteiras da hermenêutica constitucional*. Editora Método: São Paulo, 2006, p. 86.

¹⁸⁴ TAVARES, André Ramos. *Fronteiras da hermenêutica constitucional*. Editora Método: São Paulo, 2006, p. 87.

¹⁸⁵ As aspas são do autor.

*normas jurídicas que são regras, em cuja estrutura lógico-deôntica há a descrição de uma hipótese fática e a previsão da consequência jurídica de sua ocorrência, daquelas que são princípios, por não trazerem semelhante descrição de situações jurídicas, mas sim a prescrição de um valor, que assim adquire validade jurídica objetiva, ou seja, em uma palavra, positividade”.*¹⁸⁶

CARVALHO NETO e SCOTTI, ao comentarem o conceito de integridade no Direito (Dworkin), asseveram que os princípios são normas abertas e indeterminadas que, não obstante, são “*passíveis de serem densificados nas situações concretas de aplicação segundo a sua adequabilidade à unicidade e irrepetibilidade das características do caso em tela, em termos de sua capacidade de regência, sem produzir resíduos de injustiça, em face dos demais princípios*”.¹⁸⁷

É preciso ponderar, no entanto, os percalços de um Estado Principiológico¹⁸⁸. Como reconhece TAVARES, há, na mais recente teoria constitucional, uma exacerbação do papel, importância e força dos princípios constitucionais que acabaram por assumir um “*semblante desdenhoso em relação ao próprio Direito, especialmente em searas como o Direito civil e o penal, duvidando da capacidade/relevância destes para a solução dos conflitos surgidos na sociedade*”, sendo comum, nesse sentido, “*o afastamento de uma norma infraconstitucional dar lugar à aplicação (oficial) de um princípio como vetor único na solução de um caso concreto. Essa operação, que não envolve apenas a afirmação da normatividade e supremacia dos princípios constitucionais, encobre um subjetivismo e um ativismo inaceitáveis em um contexto democrático. A mera opção por certo princípio, em detrimento do ordenamento jurídico restante, não se comporta em nenhuma teoria constitucional aceitável*”.¹⁸⁹

A nosso ver, é na principiologia do devido processo constitucional que o subjetivismo e ativismo judicial devem buscar o devido equacionamento democrático. Neste particular, convêm, pela pertinência, as ponderações de BRÊTAS:

¹⁸⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Introdução ao direito processual constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 36.

¹⁸⁷ CARVALHO NETO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 63-64.

¹⁸⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 23.

¹⁸⁹ TAVARES, André Ramos. *Fronteiras da hermenêutica constitucional*. Editora Método: São Paulo, 2006, p. 88.

Entretanto, para que os princípios possam atuar eficazmente na elaboração do direito, como enunciados-síntese das idéias fundamentais que a comunidade política do Estado (o povo) projetou sobre seu sistema jurídico-constitucional, orientando toda e qualquer atividade desenvolvida pelos órgãos estatais, é necessário que os operadores do sistema ou práticos do direito (advogados privados e públicos, membros do Ministério Público e juízes) envidem esforços para que os princípios jurídicos cumpram suas funções interpretativa, supletiva e normativa, esta última principalmente, aplicando-os de forma integrada, o que exige operacionalização por intermédio do processo na concepção de procedimento em contraditório.¹⁹⁰

A partir do eixo epistemológico do devido processo, concebe LEAL princípio jurídico como “*norma geral de regência, orientação e justificação interpretativa contido no discurso da lei*” e regra jurídica “*como norma específica de aplicação do direito com substratos de validade, eficácia e legitimidade pela conformidade constitucional*”¹⁹¹. Tendo em conta esta noção, é possível, para o autor, compreender a dimensão processual e principiológica da teoria da Constituição, como “*egressa de um espaço processualizado em que o povo total da Comunidade Política é, por direito de ação coextenso ao procedimento, a causalidade dos princípios e regras de criação, alteração e aplicação de direitos*”.¹⁹²

Esse espaço processualizado, onde o povo total seria a causalidade dos princípios e regras jurídicas, demanda a pré-compreensão do caráter binário do direito que, no dizer do autor, não está entre direito e moral ou entre o lícito e o ilícito em si (acepção escolástico-aristotélico-tomista) ou entre faticidade e validade, mas entre tensões de *formas materiais de vida* historicamente recebidas e praticadas e *vida humano-jurídica* a ser processualmente autoconstruída.¹⁹³

Essa concepção ampla do código binário abarcando ser e dever-ser, na unidade da existência jurídica do humano, é que abre caminho para conjecturar uma “*principiologia do processo*” que não segue o viés garantista-ativista do realismo metodológico-principlista com suporte no “*poder dos juízes*” para adquirir respectiva efetividade jurídica, uma vez que, “*os direitos fundamentais do contraditório, ampla defesa e isonomia são biunívocos respectivamente aos direitos*

¹⁹⁰ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 113.

¹⁹¹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Relativização inconstitucional da coisa julgada: temática processual e reflexões jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 93.

¹⁹² LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*, p. 90.

¹⁹³ LEAL, Rosemiro Pereira. Modelos processuais e Constituição Democrática. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo de Andrade (Coords.). *Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 283-292.

à vida (humana), liberdade e igualdade-dignidade, este último (igualdade-dignidade) correspondendo a um direito igual de interpretar a lei¹⁹⁴.

Portanto, princípios e regras jurídicas devem ser entendidos a partir da processualidade da lei democrática (linguisticidade), marcado na escritura do devido processo legislativo.

2.4 Princípio da reserva legal

O princípio da reserva legal ou da prevalência da lei está positivado no inciso II do art. 5º da Constituição Federal: “ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão **em virtude de lei**”.

Sobre o conteúdo semântico da expressão “lei”, contida no referido dispositivo, anota BRÊTAS que “*tem o significado técnico-jurídico de ordenamento jurídico, na sua total extensão, isto é, conjunto de normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais (regras e princípios) vigentes no sistema jurídico brasileiro*”, indicativo de que “*os órgãos jurisdicionais devem irrestrita obediência ao ordenamento jurídico, sem olvidarem a supremacia da Constituição como norma fundamental superior, razão pela qual não podem aplicar normas que a infringam*”¹⁹⁵.

Em semelhante opinião menciona TAVARES que o termo “lei”, “*ao qual se remete qualquer estudo acerca da legalidade, há de ser entendido de maneira a englobar desde os preceitos constitucionais, assim como a lei ordinária, a lei complementar e até mesmo a lei delegada (art. 68) e a medida provisória (art. 62 da CF)*”¹⁹⁶.

De fato, é sob o império da lei (entendida como ordenamento jurídico) que a um só tempo afasta-se o ato arbitrário do detentor do poder, bem como lhe reconhece legitimidade, porquanto emanção da vontade geral, instituída por meio de instrumentos previamente estabelecidos pela ordem jurídica.

¹⁹⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 5.

¹⁹⁵ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 118-119.

¹⁹⁶ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 661. Assinala o autor que a lei delegada e a medida provisória entram nesta classificação por serem atos equiparados à lei.

Neste particular assinala BRÊTAS que somente:

é direito o que como tal for produzido pelo órgão legislativo do Estado, composto de representantes eleitos pelo povo, tudo sob expressa autorização constitucional e pelo processo legislativo previsto constitucionalmente, sendo esta a estrutura de legitimação democrática do Estado de Direito, não podendo o órgão jurisdicional ignorá-la, a fim de exercer função lúdica, ou, como foi bem dito por Müller, é defeso ao juiz “brincar de pretor romano”¹⁹⁷.

Com efeito, a estrutura de legitimação democrática do Estado de Direito é a produção normativa – lei como ordenamento jurídico – como conformadora de direitos e deveres.

Anota ALVARO DE OLIVEIRA que a submissão do juiz à lei:

busca circunscrever e limitar a prepotência estatal com a adoção da idéia de que, ao resolver a controvérsia, o juiz não se deve reportar a cânones de valoração por ele criados arbitrariamente para o caso submetido a sua decisão, mas sim a modelos preconstituídos (iura novit curia), exigência que evidentemente não impede a interpretação criativa do órgão judicial ou o preenchimento de lacunas legais. A questão vincula-se estreitamente, claro está, ao fenômeno da estatização do direito e ao próprio Estado de Direito, incluído aí o princípio da legalidade, fundamental aos sistemas políticos de cunho democrático¹⁹⁸.

Reforça tal idéia BRÊTAS, ao afirmar que a “*legitimidade democrática das decisões jurisdicionais, comprometidas com o princípio do Estado Democrático de Direito, está assentada na exclusiva sujeição dos órgãos jurisdicionais às normas que integram o ordenamento jurídico, sobretudo as normas constitucionais, emanadas da vontade do povo, porque discutidas, votadas e aprovadas pelos seus representantes, no Congresso Nacional*”¹⁹⁹.

Sobre a observância do exercício da função jurisdicional ao Estado Democrático de Direito, é enfático BRÊTAS:

Logo, os únicos critérios diretivos para o exercício da função jurisdicional, que culmina quando os órgãos jurisdicionais proferem a decisão final (acórdão, sentença, provimento), são aqueles ditados pelo princípio da permanente vinculação dos atos da jurisdição ao Estado Democrático de Direito, quais sejam, rigorosa observância do ordenamento jurídico vigente

¹⁹⁷ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, 2012, p. 123.

¹⁹⁸ ALVARO DE OLIVEIRA. Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 97-98

¹⁹⁹ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, 2012, p. 119.

(reserva ou prevalência da lei), visando à sua realização na maior medida possível, preservando-se, sempre, a supremacia do sistema constitucional, o que exige adequada e permanente interpretação das normas jurídicas em conformidade com a força normativa da Constituição²⁰⁰.

Embora seja de rigor a observância do ordenamento jurídico vigente (reserva ou prevalência da lei), a questão que se coloca é, justamente, a ausência de previsão normativa ou precedentalista para regular determinado fato. Neste caso específico, um dos recursos admitidos para colmatar a lei é a aplicação da analogia.

Nesse ponto, ressalta SALGADO que “o princípio da vinculação legal do aplicador, pela qual está adstrito ao ditame da lei, tem como objetivo eliminar o arbítrio do aplicador, cujos atos, em última instância, devem estar comandados pela lei, expressão da vontade do povo no Estado Democrático de Direito, único titular de poder, ou de qualquer modo, da autoridade investida do poder de legislar (*curam communitatis*)”²⁰¹, enfatizando que: “A analogia, embora entendida como processo de preenchimento de lacunas no ordenamento jurídico, é antes uma extensão da lei, no caso da analogia legis. A solução do caso está numa lei, não havendo, portanto, procedimento fora da lei. É a mesma lei que é aplicada ao caso concreto por força da sua mesma razão suficiente, ou seja, do telos que orienta a solução da *quaestio iuris*, que surge dos casos concretos. O critério analógico garante a vinculação do aplicador à lei, portanto a objetividade (pois a lei não foi feita pelo aplicador) e prefere aos outros processos de integração”²⁰².

Com efeito, há uma preferência, dentre as outras formas de integração, pela analogia, porquanto, entendido como extensão da lei ao caso, mantém a vinculação do aplicador à lei, não havendo solução de continuidade da objetividade do direito racional da razão jurídica.

2.5 Princípio do contraditório

O princípio do contraditório está positivado no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal de 1988: *LV - aos litigantes, em processo judicial ou*

²⁰⁰ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 119-120.

²⁰¹ SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 231.

²⁰² SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 231-232.

administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Afirma GUERRA FILHO que:

não há processo sem respeito efetivo do contraditório”, associando-o “a um princípio informativo, precisamente aquele político, que garante a plenitude do acesso ao Judiciário”, anotando, que “mais do que um princípio (objetivo) de organização do processo, judicial ou administrativo – e, logo, um princípio de organização de um instrumento de atuação do Estado, ou seja, um princípio de organização do Estado, um direito”, ou seja, “de um verdadeiro direito fundamental processual, donde se poder falar, com propriedade em direito ao contraditório, ou Anspruch auf rechtliche Gehör, com fazem os alemães²⁰³”.

A história do contraditório é antiga, sublinhando MALLETT que já “os romanos expressavam essa ideia com as máximas *audiatur et altera pars* e *nemo inauditus damnari potest*.”²⁰⁴.

NUNES e THEODORO JÚNIOR, com escólio em PICARDI, mostram que o princípio do contraditório, ao longo do tempo, sofreu as vicissitudes dos períodos históricos, sendo marcante a passagem de uma concepção isonômica para uma concepção assimétrica: “...a transição do originário processo comum (extraído da tradição italiana – Sécs. XIII a XV) ao *Prozess-Ordnung* da Prússia (1781) representa a passagem de uma ordem isonômica (*ordine isonômico*) para uma ordem assimétrica (*ordine assimétrico*) com a decorrente redução do (atualmente chamado) princípio do contraditório de fundamento ético e *jus natural* do processo para uma ótica mecânica de contraposição de teses (*dizer e contradizer*)”²⁰⁵.

Como acentua THEODORO JÚNIOR, na visão primitiva, resumia-se o contraditório ao direito à bilateralidade da audiência das partes, incidindo no plano do relacionamento entre as partes, tendo o juiz uma posição passiva, de mero expectador do debate, apenas assegurando que uma parte tivesse sempre oportunidade de se pronunciar sobre as alegações e provas da outra.²⁰⁶

²⁰³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Introdução ao direito processual constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 27.

²⁰⁴ MALLETT, Estevão. Notas sobre o problema da chamada “decisão-surpresa”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 109. p. 389-414. Jan/dez. 2014. Acessado em 06/09/2015: http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/89239/Rev_2014_12.

²⁰⁵ THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Princípio do contraditório no direito brasileiro. In: THEODORO JR., Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle José Coelho. *Processo e Constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais*. Rio de Janeiro: GZ Ed, 2010, p. 284.

²⁰⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel

Nesse sentido, assevera ALVARO DE OLIVEIRA que:

a regulação formal e temporal do procedimento não pode deixar de considerar o caráter essencial do contraditório para o fenômeno processual”, mostrando-se “imperiosa, como facilmente se intui, a participação dos interessados no iter de formação do provimento judicial destinado a interferir em sua esfera jurídica”, devendo essa participação ocorrer “à evidência, da forma mais paritária possível, de modo que permita a intervenção dos interessados mediante equitativa distribuição dos respectivos poderes, faculdades e ônus, com efetiva correspondência e equivalência entre as posições contrapostas²⁰⁷ .

Tal fato coincide, de certo modo, como destaca NUNES e THEODORO JÚNIOR “com a transição de um ideário liberal de processo (*liberalismo processual*) onde este era dominado pelas partes (*Sache der Parteien*) para um processo “social” onde o protagonista é o juiz, que exerce amplos poderes ativos na estrutura processual”²⁰⁸ .

Contudo, essa polarização começou a enfraquecer na segunda metade do século XX, com o denominado contraditório participativo, como aquele que:

não só alarga todas as faculdades de as partes atuarem no processo em favor dos seus interesses, mas que impõe ao juiz o dever de abandonar a postura burocrática e meramente receptícia, para ativamente envolver as partes num diálogo humano construtivo, em que o julgador não se limite a ouvir, e as partes não se limitam a falar sem saber se estão sendo ouvidas, mas em que uns e outros, em comunicação de dupla via, construam juntos a solução da causa²⁰⁹ .

Assim dispôs o art. 7º do Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015): “É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos

(coord.) *Constituição e processo: A constituição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte, Del Rey, 2009, p. 252.

²⁰⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 131-132. Complementa o autor que “A correspondência e equivalência assinaladas influenciam a própria estrutura do procedimento, necessariamente dialética, e devem condizer ainda com a dinâmica dialética do processo. Vale dizer, com outras palavras, que a simetria, mútua implicação e substancial paridade das posições subjetivas traduzir-se-á na possibilidade de cada um dos participantes intervir de forma não episódica e, sobretudo, no exercício de um conjunto de controles, reações e escolhas, bem como na necessidade de submissão aos controles e reações alheias” (*Do formalismo no processo civil*, p. 132)

²⁰⁸ THEODORO JÚNIOR., Humberto, NUNES, Dierle José Coelho. Princípio do contraditório no direito brasileiro. In: THEODORO JR., Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle José Coelho. *Processo e Constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais*. Rio de Janeiro: GZ Ed, 2010, p. 285.

²⁰⁹ GREGO, Leonardo. O princípio do contraditório. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Editora Renovar/São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006, p. 155.

deveres e aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”.

Essa releitura do princípio do contraditório operada pelo constitucionalismo do segundo pós-guerra, num equilíbrio dos sujeitos processuais passa a: *“permitir uma melhora da relação juiz-litigantes de modo a garantir um efetivo diálogo e comunidade de trabalho (Arbeitsgemeinschaft) entre os sujeitos processuais na fase preparatória do procedimento (audiência preliminar para fixação dos pontos controvertidos), e na fase de problematização (audiência de instrução e julgamento) permitindo a participação na estrutura procedimental”*²¹⁰.

A fase preparatória de fixação dos pontos controvertidos é de suma importância para a adequada solução da controvérsia. Com o novo Código de Processo Civil tal diálogo entre os sujeitos processuais será feito na decisão de saneamento e de organização do processo, onde as questões de fato e de direito devem ser resolvidas (art. 357).

Anota THEODORO JÚNIOR que a doutrina alemã foi decisiva nessa releitura do princípio do contraditório:

A partir da doutrina alemã, expandiu-se para toda a Europa a identificação do contraditório como algo que transcendia à bilateralidade de audiência e que se apresentava como a possibilidade reconhecida às partes de influir na formação do conteúdo das decisões judiciais. Tudo o que de alguma forma pudesse ter influência sobre a futura decisão estaria submetido ao dever de consulta a ser cumprido pelo juiz durante o debate processual, nele compreendidas tanto as questões de fato como as de direito; ou seja, todos os fundamentos de qualquer decisão teriam de passar pelo crivo prévio da discussão das partes, de sorte que a resolução judicial nunca pudesse representar surpresa para qualquer dos litigantes. Assim, o mecanismo do contraditório transformava-se no instrumento democrático de assegurar a efetiva influência das partes sobre o resultado da prestação jurisdicional²¹¹

A denominada decisão-surpresa, como adverte BRÊTAS, é aquela *“fruto do mero convencimento solitário do juiz, sem debate prévio com as partes”*.²¹² Contra a decisão surpresa o art. 9º do Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 16 de

²¹⁰ THEODORO JÚNIOR., Humberto, NUNES, Dierle José Coelho. Princípio do contraditório no direito brasileiro. In: THEODORO JR., Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle José Coelho. *Processo e Constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais*. Rio de Janeiro: GZ Ed, 2010, p. 287.

²¹¹ THEODORO JÚNIOR. Humberto. Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel (coord.) *Constituição e processo: A constituição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 252.

²¹² BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e o Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 100

março de 2015) dispôs que: “*Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida*”, excetuando-se os casos de tutela provisória de urgência e de evidência.

Como instrumento democrático acentuam PORTO e USTÁRROZ que: “*No momento em que se aspira a consolidação de uma democracia participativa, o princípio do contraditório assume especial relevância dentro do ordenamento processual, pois é a partir dele que o cidadão encontra meios de participar do exercício do poder, legitimando a atuação do Estado*”²¹³.

A nova perspectiva parte do pressuposto que qualquer decisão jurisdicional deve antes ser debatida entre as partes, até mesmo as matérias conhecíveis de ofício, como anota THEODORO JÚNIOR:

Dessa nova perspectiva da garantia do contraditório, dentro do atual Estado Democrático de Direito, resulta um temperamento para o aumento dos poderes do juiz provocado pela visão social e publicística do processo forjada ao longo do Século XX. O juiz desfruta de autonomia para comandar a marcha do processo e a instrução probatória, mas não lhe é dado decidir questões, nem mesmo aquelas de ordem pública sobre as quais pode deliberar de ofício, sem antes passar pelo debate com as partes. Em outras palavras, a concepção democrática do processo moderno, dominada pela participação ativa de todos os seus sujeitos, não tolera que o juiz possa decidir, mesmo de ofício, sem convidar previamente as partes para manifestarem acerca da questão que pretenda dirimir e sem conceder-lhes prazo adequado para preparar suas alegações²¹⁴.

Esse entendimento, inclusive, foi acolhido no art. 10 do Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015): “*O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício*”.

É cediço, por aportes da teoria habermasiana, que o processo jurisdicional estrutura discurso de aplicação, enquanto que o processo legislativo estrutura discurso de justificação jurídico-normativa. Em relação ao discurso de aplicação e a importância do contraditório, pontua CATTONI DE OLIVEIRA que:

²¹³ PORTO, Sérgio Gilberto. USTÁRROZ, Daniel. *Lições de direitos fundamentais no processo civil*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2009, p. 52.

²¹⁴ THEODORO JR. Humberto. *Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil*. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel (coord.) *Constituição e processo: A constituição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 253.

o Direito realiza sua pretensão de legitimidade e de certeza da decisão através, por um lado, da reconstrução argumentativa no processo da situação de aplicação, e, por outro, da determinação argumentativa de qual, entre as normas jurídicas válidas, é a que deve ser aplicada, em razão de sua adequação, ao caso concreto. Mas não só por isso. A argumentação jurídica através da qual se dá a reconstrução do caso concreto e a determinação da norma jurídica adequada está submetida à garantia processual de participação em contraditório dos destinatários do provimento jurisdicional. O contraditório é uma das garantias centrais dos discursos de aplicação jurídica institucional e é condição de aceitabilidade racional do processo jurisdicional.²¹⁵

Daí afirmar LEAL que a *“oferta retórica do contraditório não gera direito fundamental, se o próprio contraditório não é acolhido para realizar o direito à “vida humana” (digna), assim como seria inócua a oferta de liberdade de ir e vir, de livre manifestação de ideias, com negativa do exercício processual da ampla defesa como coextensiva ao contraditório ordinariamente procedimentalizado com os recursos a ela pertinentes”*²¹⁶.

BRÊTAS, ao realçar a manifestação do contraditório na dinâmica do procedimento pelo quadrinômio informação-reação-diálogo-influência, assevera:

Em face dessas considerações, tenho sustentado que, na realidade, instaura-se na dinâmica do procedimento o que denomino quadrinômio estrutural do contraditório, ou seja, informação-reação-diálogo-influência, como o resultado lógico-formal da correlação do princípio do contraditório com o princípio da fundamentação das decisões jurisdicionais, ambos elevados à categoria de garantias fundamentais no texto da vigente Constituição Federal²¹⁷.

É exatamente nesse contexto de diálogo, por meio do contraditório substancial, que o argumento jurídico por analogia surge como base eficaz para argumentar a favor de uma conclusão, buscando, incessantemente, afastar a subjetividade do juiz (decisor), pois, como afirma HESPANHA: *“A atitude do voluntarismo não é, de modo algum, pensar o direito, mas, em vez disso, obedecer ao direito”*²¹⁸.

²¹⁵ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. O processo constitucional como o instrumento da jurisdição constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, p. 164-165.

²¹⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 10-11.

²¹⁷ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Novo Código de Processo Civil e processo constitucional. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 23, n. 92, out./dez. 2015, p. 231-232.

²¹⁸ HESPANHA, Antonio Manuel. *História das Instituições*: Coimbra, Almedina, 1982, p. 454.

2.6 Analogia e fundamentação das decisões jurisdicionais

Antes de qualquer outra consideração, cabe a seguinte reflexão de HORN: “Na fundamentação de uma analogia geralmente surge um enorme dispêndio argumentativo, porque aqui, por sua vez, trata-se da categoria da similaridade e de valorações. Há sobretudo dificuldades na questão de se a *ratio legis* aplica-se a um caso similar ou não. No litígio a parte contrária sempre irá argumentar que, exatamente pelo silêncio da lei (devido à “lacuna”) conclui-se que aqui não se poderia aplicar a eficácia jurídica (*argumentum a contrario*)”²¹⁹.

De fato, na fundamentação da decisão que aplica a analogia, há um enorme dispêndio argumentativo entre os sujeitos processuais, visto que não há fonte geratriz do direito (situação de licitude), ou universal abstrato da lei, para o caso controvertido específico.

Trata-se, como tem acentuado a doutrina, dos *hard cases*. Entende WAMBIER que:

Um *hard case*, a meu ver, é um caso que deve ser resolvido à luz de regras e/ou princípios típicos de ambientes decisórios frouxos cuja solução não está clara na lei, ou realmente não está na lei, e deve ser “criada” pelo Judiciário, a partir de elementos do sistema jurídico. *Hard cases* podem dizer respeito a situações sociais em relação às quais esteja havendo, no plano dos fatos, uma alteração de valores e/ou comportamental. Os *hard cases* são um fenômeno que é fruto da pretensão tentacular do direito de tudo disciplinar, inclusive o que seria o “antidireito” (!): direito de greve, direito à resistência, direito de se viver sem “casar no papel” etc. É justamente à luz de um mosaico, formado necessariamente por vários dos elementos integrantes do sistema, que o juiz tem que procurar/criar a solução normativa aplicável aos casos concretos, quando de um *hard case* se tratar²²⁰.

De fato, como afirma MACCORMICK, “*nem todos os casos são simples*”²²¹. Embora, de fato, haja casos complexos, todas as decisões devem ser fundamentadas, não importando seu grau de dificuldade.

O princípio da fundamentação das decisões jurisdicionais está positivado no inciso IX do art. 93 da Constituição da República:

²¹⁹ HORN, Norbert. *Introdução à ciência do direito e a filosofia jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005, p. 194.

²²⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 27.

²²¹ MACCORMICK, Neil. Direito, interpretação e razoabilidade. In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 35.

IX – Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e **fundamentadas todas as decisões**, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a presença do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Em correspondência com o mandamento constitucional o novo Código de Processo Civil disciplinou, em alguns de seus artigos, o princípio em referência. Inicialmente, no capítulo das normas fundamentais do processo civil, dispõe o artigo 11 que: *“Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”*.

Por normas fundamentais do processo, assevera BRÊTAS que *“são as regras e os princípios regentes do processo extraídos diretamente do texto da vigente Constituição Federal, as quais formatam o devido processo constitucional, cuja vigência é o devido processo legal”*.²²²

Bem andou o legislador ordinário em não qualificar (adjetivar) o vocábulo “decisão”, porquanto, qualquer decisão proferida num Estado Democrático de Direito, que influa em direito fundamentais, pressupõe adequada fundamentação jurídica.

Por sua vez, no capítulo referente às provas, há dois dispositivos de suma importância. Inicialmente, dispõe o art. 369 que *“As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”*. Essa norma processual impõe, ao magistrado, o dever de expor os argumentos fático-jurídicos das partes na decisão jurisdicional, tornando eficaz a influência das partes na construção participada da decisão jurisdicional.

Já o art. 371 dispõe que *“O Juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”*. Em boa hora, como informa STRECK, foi retirada, quando do processo legislativo, a expressão “livremente”, por não se mostrar consentânea com o paradigma do Estado democrático de Direito²²³.

²²² BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Novo Código de Processo Civil e processo constitucional. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 23, n. 92, out./dez. 2015, p. 227.

²²³ STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas: o fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiano. *Revista de Informação*

Tal dispositivo contrapõe-se a certo entendimento jurisprudencial consagrado pelos tribunais superiores²²⁴ que pode ser assim sintetizada: “o juiz não está obrigado a enfrentar todas as questões arguidas pelas partes”.

Essa prática judicial viciosa demanda uma leitura adequada da decisão de saneamento do processo, disposta no artigo 357 do novo Código de Processo Civil:

Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: I - resolver as questões processuais pendentes, se houver; II - delimitar as **questões de fato** sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos; III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373; IV - delimitar as **questões de direito** relevantes para a decisão do mérito; V - designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento. § 1º Realizado o saneamento, as partes têm o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo comum de 5 (cinco) dias, findo o qual a decisão se torna estável.

Segundo AMARAL SANTOS é por meio do despacho saneador (fase saneadora) que “o juiz verifica se o processo preenche condições de existência e validade sem as quais inútil seria o seu prosseguimento, pois na sua falta estaria prejudicada a decisão de mérito, ou seja, a decisão quanto à procedência ou improcedência do pedido”, anotando ser triplíce sua finalidade: “limpar o processo, liquidar o processo, ordenar o processo. Limpar o processo de maneira a prosseguir isento de vícios ou questões que possam obstar ao conhecimento do mérito da ação; liquidar o processo, pondo termo ao feito, quando esses vícios ou questões realmente impeçam o conhecimento do mérito da causa; ordenar o processo, se isento de vícios, determinando exames, vistorias, depoimentos e outras diligências”.²²⁵

Com efeito, à leitura dos artigos 357, 369 e 371, cabe mencionar o disposto no artigo 489, que dispõe sobre os elementos essenciais da sentença. O primeiro elemento é o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso²²⁶,

Legislativa. Ano 52, Número 206. abr/jun. 2015, p. 34.

²²⁴ A título de exemplo, consagrou a jurisprudência do STJ que: “o magistrado não é obrigado a responder todas as alegações das partes se já tiver encontrado motivo suficiente para fundamentar a decisão, nem é obrigado a ater-se aos fundamentos por elas indicados” (REsp 684.311/RS, Rel. Min. Castro Meira, DJ 18.4.2006)

²²⁵ AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Max Limonad, 1969, p. 215.

²²⁶ Foi Christopher Columbus Langdell que influenciou, como técnica pedagógica, o raciocínio por analogia, ao introduzir o método casuístico (*case method*) de formação jurídica das decisões judiciais: “Em sala de aula, a discussão completa de um litígio ou “caso” normalmente inicia-se – como Langdell iniciou sua aula sobre contratos em 1870 – solicitando-se que um aluno “apresente

com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; o segundo elemento são os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; e, finalmente, o terceiro elemento, o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

Inovação importante foi a inserção do parágrafo 1º ao artigo 489. Tal inserção, como já observado pela doutrina, “*mostram uma preocupação do legislador em acolher as críticas que a doutrina jurídica de há muito faz a decisões de fundamentação extremamente deficientes (e superficiais) e que não enfrentam argumentos relevantes trazidos pelas partes, entendidos como tais aqueles aptos a influir no deslinde da causa (o que é uma decorrência lógica da mera subsunção do conteúdo jurídico do direito fundamental ao contraditório, na sua acepção substantiva)*”²²⁷.

Portanto, a adequada aplicação do devido procedimento disposto nos artigos 357, 369, 371 e 489 do novo Código de Processo Civil poderá afastar a prática judicial viciosa de que o juiz não está obrigado a enfrentar todas as questões arguidas pelas partes no processo.

A ausência de enfrentamento dos argumentos relevantes, por vezes, se deve ao fato de não aderência pelos sujeitos processuais, e, neste caso, particularmente, pelo juiz, ao devido procedimento legal disposto nos incisos II e IV do artigo 357, ato processual que antecede a decisão do art. 489. Na decisão de saneamento e organização do processo, os sujeitos processuais delimitam as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos, bem como delimitam as questões de direito relevantes para a decisão de

os fatos”. A razão para tanto não é simplesmente a de espelhar a estrutura usual dos argumentos de um advogado ou da decisão de um órgão judicial. Pelo contrário, solicita-se tal apresentação porque o que se deve depreender da decisão é, antes de tudo, o direito que se aplica especificamente aos fatos em pauta. Depois disso, a sequência de questões varia conforme o estilo do professor, mas o curso da discussão normalmente segue um padrão convencional. Indaga-se aos estudantes quais foram os argumentos de cada um dos lados que o tribunal considerou na sua decisão, e como os considerou; se há outros argumentos persuasivos que o tribunal não considerou; quais são os resultados do litígio e a fundamentação da decisão – a norma jurídica que determinou o resultado – e, por fim, se o raciocínio do órgão judicial e suas implicações são adequados. Ao se discutirem os argumentos e o resultado, espera-se que os estudantes relacionem os fatos do caso às normas jurídicas aplicáveis, já encontradas por eles em outros casos, e que considerem se o resultado é coerente com essas normas”. (WEINREB, Lloyd L. A razão jurídica: o uso da analogia no argumento jurídico. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2008, p. 115-117).

²²⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 311.

mérito.

Tal decisão jurisdicional deve ser construída em contraditório substancial, a teor do que dispõe o § 1º do mencionado artigo 357: “*Realizado o saneamento, as partes têm o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo de 5 (cinco) dias, findo o qual a decisão se torna estável*”. Aqui, nasce a estabilização da demanda pelo encontro, pela junção, entre questão de fato e questão de direito. Aqui, a *ratio legis* e a *ratio decidendi* encontra seu nascedouro, sua força gravitacional – a razão jurídica se estabiliza.

Afora essa questão de suma importância – não aderência pelos sujeitos processuais ao devido procedimento legal – inova o Código ao encaminhar, pela via da exclusão (negativa), o que seja uma decisão adequadamente fundamentada:

§ 1º. Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

A enumeração dos incisos já deixa claro várias modalidades de decisões não fundamentadas que existem na prática judicial. Não é novidade para ninguém, muito menos para o legislador, que decisões jurisdicionais são proferidas, aos montes, sem qualquer fundamentação.

As decisões jurisdicionais que se limitam à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida (inciso I), desobedece a decisão de saneamento, única apta a estabilizar a demanda equacionando a questão de fato e de direito a ser resolvida no caso concreto. Como, por vezes, não se cumpre, a contento, tal decisão, o que se observa é a desconexão entre a questão a ser decidida e a solução normativa para o caso.²²⁸

²²⁸ Exceção à essa prática deplorável é o caso do Desembargador José Altivo Brandão Teixeira, um

No particular, BRÊTAS fornece a receita a ser seguida: “*no processo, as razões de justificação (argumentos) das partes, envolvendo as razões da discussão (questões), produzidas em contraditório, constituirão base para as razões da decisão, e aí encontramos a essência do dever de fundamentação, permitindo a geração de um pronunciamento decisório participado e democrático*”²²⁹.

As decisões jurisdicionais que empregam conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso (inciso II), também, devem ser evitadas, porquanto, assim como dito anteriormente, encontram desconectadas da questão de fato e de direito pertinente ao caso submetido à apreciação do juiz. Não obstante a inadequação do termo empregado “conceitos jurídicos indeterminados”, como já teve oportunidade de mencionar GRAU, uma vez que se “*é indeterminado o conceito, não é conceito*”²³⁰, resta ao aplicador a busca compartilhada do sentido normativo pelo devido processo, procurando, no ordenamento jurídico, a melhor resposta para justificar imprecisões e ambigüidades, por vezes, contida nos referidos “*termos indeterminados de conceitos*”.

As decisões jurisdicionais que invocam motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão (inciso III), por estarem desconectadas com o devido procedimento processualizado, não são fundamentadas. Para não ficar no plano teórico, eis um bom exemplo²³¹:

Marinho da Cunha Siqueira Júnior interpôs este agravo contra a decisão de minha lavra que, nos autos de mandado de segurança impetrado pelo agravante, indeferiu a liminar postulada.

O art. 16, parágrafo único, da Lei Federal nº 12.016/2009 dispõe:

“Art. 16 - Nos casos de competência originária dos tribunais, caberá ao relator a instrução do processo, sendo assegurada a defesa oral na sessão do julgamento.

Parágrafo único - Da decisão do relator que conceder ou denegar a medida liminar caberá agravo ao órgão competente do tribunal que integre.”

Conheço do recurso, porque presentes os requisitos de admissibilidade.

A meu sentir, as razões apresentadas no recurso não têm o efeito de modificar o posicionamento anteriormente adotado.

Conforme já salientado, o deferimento de liminar, em mandado de

dos poucos magistrados que conhecemos que faziam questão de proferir uma decisão de saneamento. Para ele a decisão de saneamento racionalizava sua atividade como juiz, era uma flecha certa lançada para atingir o alvo (decisão final), necessitando, apenas de sua comprovação probatória.

²²⁹ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, 2012, p. 136.

²³⁰ GRAU, Eros. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 157.

²³¹ TJMG - Agravo 1.0000.14.100159-4/001, Relator(a): Des.(a) Audebert Delage, ÓRGÃO ESPECIAL, julgamento em 25/02/2015, publicação da súmula em 06/03/2015.

segurança, pressupõe a demonstração de risco objetivo de ineficácia da ordem, na hipótese de ser a mesma concedida quando do julgamento de mérito.

Em princípio, não vislumbrei, neste caso, ser essa a hipótese dos autos, uma vez que eventual demora no julgamento do pedido não terá, por si só, efeito de prejudicar o objeto da impetração.

Logo, subsiste a conclusão da decisão impugnada.

Ante tais considerações, NEGO PROVIMENTO AO RECURSO.

Custas, ex lege.

A “decisão” acima referida, com toda certeza, serve para qualquer outra que tenha indeferido liminar em mandado de segurança, bastando para tanto, apenas que o magistrado tenha sua sensibilidade tocada pelo recurso interposto pela parte (“*A meu sentir*”).

As decisões jurisdicionais que não enfrentam todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador (inciso IV), deve receber a leitura alhures referida, porquanto, a referência à quantidade de questões a serem enfrentadas deve receber adequada estabilização na decisão saneadora.

As decisões jurisdicionais que se limitam a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos (inciso V), de fato, desconhece a incidibilidade entre questão de fato e a questão de direito, conformadora da causa de pedir, como já observado por STRECK: “*Ora, os fatos só terão importância para o direito se forem fatos juridicamente relevantes – e, daí, a necessária imbricação entre questões de fato e questão de direito, o que, em linguagem hermenêutica, denominamos de diferença ontológica*”²³², além do que, deve haver uma justificação interna da decisão, impondo ao juiz a identificação dos fundamentos determinantes do caso concreto ao precedente judicial.

As decisões jurisdicionais que deixam de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (inciso VI), prestigia a técnica da distinção (*distinguishing*), uma vez que a aplicação desconectada do direito jurisprudencial a casos distintos viola o princípio da fundamentação das decisões. Esta hipótese merece atenção redobrada, uma vez

²³² STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas: o fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiano. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 52, Número 206. abr/jun. 2015, p. 47.

que “nos países de civil law, raramente há uma análise detalhada e comparativa dos fatos e fundamentos jurídicos que já foram submetidos ao crivo do Judiciário anteriormente e que justificariam a aplicação de um precedente, ou o seu *distinguishing*”²³³.

Como pondera THEODORO JÚNIOR, “*não basta que o juiz faça conhecer a conclusão de seus provimentos*”, mas é “*indispensável revelar como racionalmente formou o provimento para solucionar, dentro da lógica e da legalidade, a causa que lhe foi submetida*”²³⁴. A ausência de cumprimento ao princípio da fundamentação das decisões acaba, por sua vez, interferindo na incidência de outro princípio de suma importância para o processo jurisdicional, como é o da ampla defesa.

Nesse particular, assevera THEODORO JÚNIOR:

Clareza e precisão apresentam-se como requisitos da sentença, no que diz respeito à exigência constitucional de motivação dos julgados. Quem milita no foro conhece bem a dificuldade de recorrer de um decisório carente de fundamentação lógico-jurídica. É como esgrimir com fantasma, pois não se sabe onde encontrar o cerne do julgado, onde se localizar a ratio da deliberação, para atacá-la e tentar reverter seu desfecho. Enfim, é o direito de ampla defesa que não se consegue exercer a contento. Sentença não fundamentada, ou inadequadamente motivada, provoca grave cerceamento do direito de defesa assegurado constitucionalmente²³⁵

Como disse VILANOVA:

a decisão é ato que qualifica deonticamente a situação controvertida. O ato jurisdicional não se constitui como uma proposição declarativa (descritiva ou

²³³ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 335.

²³⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil*. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel (coord.) *Constituição e processo: A constituição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte, Del Rey, 2009, p. 256. Enfatiza, ainda, o autor que não “*é a extensão dos termos da sentença que define sua fundamentação como legítima. A fundamentação pode ser sucinta, resumida, mas não pode deixar de ser um demonstrativo claro e preciso da construção racional do provimento jurisdicional*” (*Constituição e processo*, p. 257).

²³⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil*. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel (coord.) *Constituição e processo: A constituição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte, Del Rey, 2009, p. 258. Anota o autor, com acerto, que assim “*como se exige da parte que formule pedido “certo e determinado”, no seu objeto e em seus fundamentos (CPC, art. 286), exige-se também que a resposta do órgão jurisdicional seja precisa e fundamentada (CPC, art. 458). Transparência, clareza, precisão e racionalidade são requisitos obrigatórios tanto para os atos postulacionais das partes como para os atos decisórios do juiz*” (*Constituição e processo*, p. 258). Tal exigência se mantém no Novo Código de Processo Civil quanto ao pedido certo e determinado (artigos 322 e 324), bem como no que se refere à fundamentação da sentença (art. 489).

teorética), mas como proposição prescritiva. Uma controvérsia pede decisão, que se verte em norma. O juiz nem pronuncia juízo-de-realidade, nem puro juízo-de-valor. O existencial do fato e o critério-de-valor entram como componentes do juízo normativo. E esse juízo normativo não é de ordem moral, ou religiosa, ou atinente à etiqueta, ou aos usos-e-costumes. É especificamente jurídico²³⁶.

Como afirma SALGADO, “*ao verificar o fato (ao encontrar ou ver a verdade do fato) e identificar a norma nele incidente, o aplicador procede por argumento; é um processo racional cujos elementos essenciais, e objetivamente dados, são o fato e a lei, que, pela sua conexão lógica, dão fundamento à decisão, fazendo-a racional, não arbitrária ou subjetiva*”²³⁷.

Nem sempre, contudo, o princípio da fundamentação das decisões jurisdicionais é levado a sério, como bem demonstra MACIEL, em seu livro de memórias:

Dos casos julgados pelo Tribunal Regional Federal, pouco me lembro. Um, todavia, ficou num cantinho da memória. Era uma questão tributária. Como relator, fiz um estudo caprichado, de páginas e mais páginas. Levantei uma preliminar de inconstitucionalidade da lei por questão formal. Após ter lido o relatório e proferido o longo voto, tive a lei por inconstitucional. Esperançoso, e até com certa ponta de vaidade, fiquei aguardando o voto de José Alves de Lima, que vinha logo depois. Durante meu voto, ele ficara caladinho, impassível, sumido dentro de sua capa preta. Não perguntara nada. Não me interrompera, nem com os olhos. Assim, fui tomado de surpresa quando ele votou: “discordo do eminente relator”. Com meia dúzia de palavras, se tanto, arrastou todo o colegiado...Até hoje fico pensando: aquele “não” foi um dos mais redondos e eficazes que já ouvi em toda minha vida de juiz. Fiquei sozinho...²³⁸.

Enfim, é o princípio do contraditório em conexão com o princípio da fundamentação das decisões jurisdicionais que, nos dizeres de CORDEIRO LEAL, possibilita que a “*decisão se fundamente no Direito debatido pelas partes e nos fatos por elas reconstruídos*”²³⁹.

Esse sentido forte de contraditório substancial e decisão jurisdicional fundamentada é de extrema importância quando não há o parâmetro legal (ou dos precedentes judiciais) previamente estabelecido pelo ordenamento jurídico.

²³⁶ VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Noeses, 2010, p. 208.

²³⁷ SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça no mundo contemporâneo*, p. 121.

²³⁸ MACIEL, Adhemar Ferreira. *Memórias de um juiz federal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 119.

²³⁹ CORDEIRO LEAL, André. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 77.

3 O ARGUMENTO JURÍDICO POR ANALOGIA.

3.1 A analogia e os outros saberes.

Como afirma PERELMAN ninguém negou a importância da analogia na conduta da inteligência²⁴⁰. A analogia é, antes de tudo, uma forma de pensar, que se encontra permeada nos diversos saberes, como nos dá conta, por exemplo, a química, a linguística e a filosofia.

Em relação à química, assevera BACHELARD que “o primeiro fator de redução da diversidade é a analogia”, uma vez que, “se dois objetos têm alguns pontos semelhantes, é neles que se fixa a atenção”, realçando, contudo, que o problema epistemológico muda de natureza quando se trata de conhecê-los verdadeiramente:

É certo que os filósofos falam de analogias superficiais e de analogias profundas, mas sem nunca dizer qual é o critério de profundidade de uma analogia. A química, sob esse aspecto, merece um exame particular. De fato, é exatamente essa relação da analogia profunda com a analogia superficial que se estabelece entre a analogia química e a analogia física. Ou seja, uma analogia química nunca é, por função, uma analogia superficial. Sempre se apresenta, mesmo sob formas aparentemente ingênuas, como uma analogia retificada²⁴¹.

Como visto, a experiência química se torna mais fecunda quando procura a diferenciação das substâncias e não a generalização dos aspectos imediatos, ou seja, uma analogia superficial. É curioso notar, e aqui vale o paralelismo, que o mesmo acontece em relação aos precedentes judiciais, como assevera NINO: “Uma

²⁴⁰ PERELMAN, Chaïm. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 423.

²⁴¹ BACHELARD, Gaston. *O pluralismo coerente da química moderna*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2009, p. 29. Para o autor, a analogia de primeiro exame precisa ser retificada: “Tal é o caso das primeiras tentativas de classificação baseadas nos fenômenos de combustão. Essas ações violentas se designam por si mesma aos olhos do observador. Mas nada prova que elas devam contar como fator determinante de uma analogia de conjunto. De fato, Baumé chegou a pensar em classificar os corpos segundo seu poder de combustão – poder bem difícil de julgar durante o século XVIII. Mas, longe de especificar esse princípio, Baumé tentou aproximá-lo do motivo de analogia buscado mais uma vez na intuição dos reinos naturais. Ele vai buscar a combustão como uma característica química própria para distinguir, de um lado, os minerais (incombustíveis) e, de outro lado, os corpos de origem vegetal e animal (combustíveis). Logo, é sempre a mesma tendência para explicar o fenômeno químico por um fenômeno de certa forma mais imediato, mais geral, mais natural. Essa tendência é o oposto do caminho por onde a química moderna vai progredir. A experimentação química será fecunda quando procurar a diferenciação das substâncias e não uma inútil generalização dos aspectos imediatos” (*O pluralismo coerente da química moderna*, p. 32)

*descrição detalhada dos casos anteriores e do presente mostrará sem dúvida muitas diferenças. Apenas à medida que se avança para um alto nível de abstração na descrição dos casos, omitindo muitas circunstâncias, podem ser obtidas descrições equivalentes. Não há padrões para determinar até que grau de generalidade é permitido chegar à descrição dos casos com a finalidade de mostrar seus traços análogos*²⁴².

Assim, o precedente judicial, como a química moderna, busca a analogia retificada. Como mostram THEODORO JÚNIOR, NUNES, BAHIA e PEDRON: “*Em países de common law, para que um precedente seja aplicado há que se fazer exaustiva análise comparativa entre os casos (presente e passado, isto é, o precedente), para se saber se, em havendo similitude, em que medida a solução do anterior poderá servir ao atual*”²⁴³. Neste sistema jurídico, segundo WEINREB, a “*decisão judicial é cuidadosamente ponderada e só deve ser tomada depois de a questão ter sido debatida e os resultados alternativos, rigorosamente defendidos*”²⁴⁴.

No campo da linguística também se evidencia o uso da analogia. Como assinala SAUSSURE, a analogia supõe um modelo e sua imitação regular, afirmando que “*uma forma analógica é uma forma feita à imagem de outra ou de outras, segundo uma regra determinada*”²⁴⁵.

Para SAUSSURE, a analogia é, num primeiro momento, de ordem psicológica e, mais acentuadamente, de ordem gramatical:

a analogia é de ordem psicológica; isso, porém, não basta para distinguir os fenômenos fonéticos, pois esses podem ser também considerados psicológicos; [...]. Cumprir ir mais longe e dizer que a analogia é de ordem gramatical; ela supõe a consciência e a compreensão de uma relação que une as formas entre si. Enquanto a ideia nada representa no fenômeno fonético, sua intervenção se faz necessária em matéria de analogia. [...] Por

²⁴² NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 347.

²⁴³ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 345.

²⁴⁴ WEINREB, Lloyd L. *A razão jurídica: o uso da analogia no argumento jurídico*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2008, p. 52.

²⁴⁵ SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de linguística geral*. São Paulo: Cultrix, 2012, p. 217. Exemplifica o autor: “*Assim, o nominativo latino honor é analógico. A princípio se disse honos: honossem, depois por rotacismo do s, honos: honorem. O radical tinha, desde então, uma forma dupla; tal dualidade foi eliminada pela nova forma honor, criada sobre o modelo de orator: oratorem etc., por um procedimento que estudaremos logo e que reduzimos desde já ao cálculo da quarta proporcional: oratorem: orator = honorem: x x = honor. Vê-se, pois, que para contrabalançar a ação diversificante da mudança fonética (honos: honorem), a analogia unificou novamente as formas e restabeleceu a regularidade (honor: honorem)*” (*Curso de linguística geral*, p. 217-218).

consequente, tudo é gramatical na analogia; acrescentemos, porém, imediatamente, que a criação, que lhe constitui o fim, só pode pertencer, de começo, à fala; ela é a obra ocasional de uma pessoa isolada.

A caracterização da analogia como sendo de ordem psicológica e como forma imagética de um modelo dado ilustra, no campo jurídico, o processo mental do juiz solipsista. O processo analógico isolado da fala do juiz deve ganhar a língua²⁴⁶, deve escriturar-se na gramática do devido processo. Assim, o processo analógico passa a ser não só de um sujeito, mas de todos os sujeitos processuais, na construção da decisão jurisdicional.

Ao abordar a questão da analogia como princípio de renovação e de conservação, assevera SAUSSURE que:

De fato, a história de cada língua permite descobrir um formigueiro de fatos analógicos acumulados uns sobre os outros, e, tomados em bloco, esses contínuos reajustes desempenham um papel considerável na evolução da língua, mais considerável, inclusive, que o das mudanças de sons. Mas uma coisa interessa particularmente ao linguista: na massa enorme dos fenômenos analógicos que representam alguns séculos de evolução, quase todos os elementos são conservados; somente se distribuem de forma diversa. As inovações da analogia são mais aparentes que reais. A língua é um traje coberto de remendos feitos de seu próprio tecido²⁴⁷.

Esse movimento de conservação e inovação da língua no decorrer do tempo constitui, justamente, o sentido da analogia, porquanto não se trata de um sentido unívoco, nem equívoco. No ponto, percebeu ATIENZA algo semelhante ao mencionar que a analogia permite resolver um dos problemas básicos de qualquer ordenamento jurídico, qual seja, “*a inovação do sistema conservando sua estrutura; ou, dito de outra maneira, a redução da complexidade do meio social ao permitir a adequação de um sistema constituído por um conjunto de normas fixas, a um meio em constante transformação*”²⁴⁸. Bem se observa que a própria regra do *stare decisis* impõe este sentido de conservação: “*Et quieta non movere*” (conservam-se

²⁴⁶ SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de linguística geral*. São Paulo: Cultrix, 2012, p. 221-222. Como bem assevera o autor: “*Nada entra na língua sem ter sido antes experimentado na fala, e todos os fenômenos evolutivos têm sua raiz na esfera do indivíduo. Esse princípio, [...], se aplica muito particularmente às inovações analógicas. Antes que honor se torne um concorrente suscetível de substituir honos, foi preciso que uma primeira pessoa o improvisasse, que outras a imitassem e o repetissem, até que se impusesse ao uso*” (*Curso de linguística geral*, p. 226).

²⁴⁷ SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de linguística geral*. São Paulo: Cultrix, 2012, p. 229-230.

²⁴⁸ Tradução livre de: “*la innovación del sistema conservando su estructura; o, dicho de otra manera, la reducción de la complejidad del medio social al permitir la adecuación de un sistema constituído por un conjunto de normas fijas, a un medio em constante transformation*”. ATIENZA, Manuel. Algunas tesis sobre la analogia en el derecho. DOXA. Cuadernos de filosofia del derecho. n. 2, ano 1985, p. 224.

as decisões de casos passados).

No campo da filosofia, o estudo da analogia remonta aos gregos. Acentua MORENTE que a filosofia antiga anterior a Aristóteles percebera com plena clareza as dificuldades inexplicáveis em que se enreda o pensamento se adota a atitude monista e romântica ou a atitude céptica de um pluralismo irracional:

O esforço para achar uma nova atitude foi na realidade o que gerou na Grécia o pensamento filosófico clássico. Nem Parmênides, nem Heráclito, nem panteísmo, nem cepticismo. Sócrates inaugura um novo modo de pensar, que Platão aperfeiçoa e que Aristóteles leva à sua mais alta forma. **O ser não é nem unívoco nem equívoco, é análogo.** Que quer dizer, pois, a analogia do ser? Quer dizer que o ser tem distintas significações; porém que são distintas não inteiramente, mas só em parte. O ser, diz Aristóteles, se diz de muitas maneiras; existem diversas modalidades de ser, embora sob todas elas permaneça a unidade do ser enquanto tal. Esta unidade do ser, isso que há de comum entre todos os seres, não os torna um só ser até o ponto de tornar unívoco o conceito de ser; mas também não torna cada um deles uma diferença total que conduziria à impossibilidade do conhecimento. Aristóteles fixou na Grécia as bases fundamentais de uma teoria da analogia do ser²⁴⁹

Com efeito, o problema do ser é um dos mais difíceis da filosofia,²⁵⁰ e tentar achar conceitos instrumentais para definir o ser “*seriam também êles sêres, e o filósofo muito dificilmente evitaria o perigo do círculo vicioso, ou seja, de cair no erro consistente em supor já dentro da definição mesma aquilo que se trata de definir*”²⁵¹, incorrendo em verdadeira petição de princípio (*petitio-principii*).

Assinala MORENTE que foi Santo Tomás de Aquino que sublinhou esta especialíssima dificuldade do problema do ser, ao dizer que o ser é um termo análogo, não sendo, portanto, nem um termo unívoco, nem equívoco:

“**Unívocos**” chamam os lógicos aos termos que designam sempre uma e a mesma coisa. São termos que, por assim dizer, não têm perda; significam sempre o mesmo e não há possibilidade de enganar-se, conhecendo-se o único significado que possuem. A palavra “homem”, por exemplo, é termo unívoco, que designa sempre o mesmo ser, o mesmo objeto. “**Equívocos**”

²⁴⁹ MORENTE, Manuel Garcia. *Fundamentos de filosofia. Lições preliminares*. Editora Mestre Jou. São Paulo: 1964, p. 119.

²⁵⁰ Como bem ilustra MORENTE, “*se dizemos “homem”, este termo se refere a muitos seres, mas deixa fora muitos outros seres que não são homens. Se dizemos “corpo”, também esta palavra se refere a muitos objetos, mas deixa fora também muitos outros; por exemplo os objetos ideais e espirituais. Porém, se dizemos ser, este termo se refere a tudo absolutamente, sem deixar fora do seu âmbito de significação nada em absoluto; refere-se inclusive a Deus, que é ser, sem dúvida alguma*” (*Fundamentos de filosofia. Lições preliminares*. Editora Mestre Jou. São Paulo: 1964, p. 116-117).

²⁵¹ MORENTE, Manuel Garcia. *Fundamentos de filosofia. Lições preliminares*. Editora Mestre Jou. São Paulo: 1964, p. 117.

chamam, em troca, os lógicos aos termos ou conceitos que têm duas ou mais significações completamente diversas, quer dizer, que se referem a dois ou mais objetos totalmente distintos entre si e heterogêneos. A palavra “gato”, em espanhol, por exemplo, significa umas vezes o conhecido animal doméstico e outras vezes o aparelho mecânico que serve para levantar peças grandes e pesadas (1). Entre “gato” no primeiro significado e “gato” no segundo não existe a menor semelhança, a menor relação, e embora a palavra que designa essas duas coisas heterogêneas seja a mesma fonética e ortograficamente falando, há na realidade como que duas palavras e dois conceitos distintos. “**Análogos**” chamam, por último os lógicos aos termos ou conceitos que designam – como os equívocos – objetos distintos, mas não inteiramente diferentes, antes em partes semelhantes e em parte diferentes, ou seja termos cuja significação não varia senão em parte ao designar ora uns, ora outros objetos.²⁵²

Diante dessas noções introdutórias, questiona MORENTE se o *ser* é um termo unívoco, equívoco ou análogo, realçando que a solução que se der a este problema representará uma atitude ou posição tão fundamental, tão central na filosofia, que necessariamente terá que imprimir caráter em todo o resto do sistema filosófico, até nas suas menores e mais longínquas ramificações, definindo, pois, todo o pensamento, toda a personalidade, todo o estilo de um filósofo:

Com efeito: suponhamos que se adote a solução da univocidade do ser. Que quererá dizer então isso de que o ser é **unívoco**? Quererá dizer – relembremos nossa definição de termo “unívoco” – que o ser é conceito que designa sempre um e o mesmo objeto; quererá dizer que não existe mais que um ser e que todos os distintos seres são distintos somente em aparência, mas na realidade idênticos; quererá dizer que todas as diversidades da realidade são redutíveis a um só e único ser. A consequência imediata de tudo isto será o que costuma chamar-se monismo do grego **monos** = um (único), que poderá ser monismo materialista, ou monismo idealista, ou panteísmo; em suma a teoria filosófica segundo a qual os seres múltiplos e aparentemente distintos são no fundo e na verdade aspectos de um e mesmo ser idêntico. Mas suponhamos, pelo contrário, que se tome o conceito do ser como equívoco. Que quererá dizer então isto de que o ser é **equívoco**? Quererá dizer, segundo nossa definição, que o ser é conceito que designa objetos totalmente diversos uns dos outros; quererá dizer que o ser em cada caso tem uma significação completamente diferente daquela que tem noutro caso. Mas esta posição aonde levará? Levará evidentemente a reconhecer na realidade a multiplicidade variada de todos os seres; levará a distinguir positivamente todos os seres que há ou que existem, que são reais ou que são a realidade. Mas também levará diretamente ao cepticismo. Porque não havendo nada de comum entre os diversos seres da realidade, fica abolida a possibilidade do conhecimento, o qual sempre e necessariamente tem que recair – direta ou indiretamente – sobre o comum, o genérico, o idêntico de muitos seres.²⁵³

²⁵² MORENTE, Manuel Garcia. *Fundamentos de filosofia. Lições preliminares*. Editora Mestre Jou. São Paulo: 1964, p. 117-118. Na língua portuguesa, o instrumento mecânico referido recebe o nome popular de ‘macaco’.

²⁵³ MORENTE, Manuel Garcia. *Fundamentos de filosofia. Lições preliminares*. Editora Mestre Jou. São Paulo: 1964, p. 118.

Não destoa de tal entendimento CIRNE LIMA, para quem a filosofia nasceu “com a pergunta, profundamente humana, acerca do princípio último e uno das coisas diversas, que rodeiam o homem no mundo”, demonstrando a aporia²⁵⁴ dessa pergunta, pois, “último princípio não pode ser determinado, ao que parece, pois essa determinação seria, necessariamente, feita através de determinantes outras que o princípio mesmo. O princípio seria determinado por algo que não é princípio. Assim determinado, porém, o princípio deixa de ser princípio. Conclui-se, portanto, que o último princípio não pode, jamais, ser determinado por determinantes quaisquer. O último princípio é indeterminado e indeterminável”²⁵⁵.

Assim, afirma CIRNE LIMA que a determinação do último princípio recebe, no neotomismo, o nome de “*analogia entis*”, e que somente pode ser equacionado pela autodeterminação do último princípio, uma vez que, sem esta não existe nem filosofia nem conhecimento algum:

Segundo a analogia, o conceito do ser se determina, interiormente, pela explicitação de seus modos, tornando, dessarte, possível a síntese do uno e do múltiplo, do existente e do possível, da substância e do acidente, do Absoluto e do relativo. Condição necessária de possibilidade de toda e qualquer filosofia, a analogia do ser é o problema central que reaparece, sob diferentes nomes, sempre que a filosofia chega à sua raiz mais profunda. Na Teoria do Conhecimento, o problema da analogia aparece como a comunidade e participação do universal e do singular. Na lógica como condição de possibilidade dos conceitos unívocos. Na ontologia como a vida e o dinamismo interno do ser. Na teodiceia como condição de possibilidade do conhecimento do Absoluto. Muitos nomes, muitos temas, um único problema: a analogia do ser²⁵⁶.

Na visão de BUNGE, a analogia pode ser substancial ou formal: “*Dois objetos são substancialmente análogos um para o outro se e somente se forem compostos da mesma “matéria”. Exemplo: todos os sistemas sociais são substancialmente análogos por serem compostos de gente. Dois objetos são formalmente análogos se e somente se houver uma correspondência entre suas partes ou suas propriedades. Exemplos: os conjuntos dos inteiros e dos inteiros pares; a migração humana e a do*

²⁵⁴ Segundo o dicionário Oxford de filosofia entende-se por aporia “Uma perplexidade grave. O método socrático de levantar problemas sem fornecer soluções é por vezes chamado de método aporético” (BLACKBURN, Simon. *Dicionário Oxford de Filosofia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores, 1997, p. 18).

²⁵⁵ CIRNE LIMA, Carlos. *Realismo e dialética: a analogia como dialética do realismo*. Porto Alegre: Editora Globo S.A, 1967, p. 7-8.

²⁵⁶ CIRNE LIMA, Carlos. *Realismo e dialética: a analogia como dialética do realismo*. Porto Alegre: Editora Globo S.A, 1967, p. 9-10.

íon”²⁵⁷.

Acentua, ainda, BUNGE, que dois sistemas concretos podem ser análogos quanto à composição, ao ambiente, à estrutura, à função ou à história: “Assim, todos os sistemas sociais são análogos ao modo de composição por serem compostos de gente; todas as comunidades rurais são análogas quanto ao ambiente por estarem engastadas em assentamentos agrícolas; todas as escolas são estruturalmente análogas por serem mantidas juntas pelo laço do ensino; todos os Estados são funcionalmente análogos por manterem a segurança; todos os bancos são historicamente análogos por terem sido gerados pelo comércio”²⁵⁸.

Convém registrar, que essa breve digressão da noção da analogia nas diversas áreas dos saberes, necessita de maiores revisitações e aprofundamento, como, inclusive, reconhecido por WEINREB:

O processo do raciocínio analógico depende da nossa percepção das semelhanças e da nossa capacidade de classificá-las conforme o nosso objetivo. Tendo isso em mente, um estudo aprofundado do raciocínio analógico poderia começar com algumas considerações sobre o grupo de assuntos ontológicos, epistemológicos e linguísticos correlatos que são normalmente reunidos na fórmula “o problema dos universais”, que na literatura filosófica remonta a Platão e Aristóteles.²⁵⁹

Com essas considerações, cabe a leitura jurídica do raciocínio por analogia.

3.2 O raciocínio jurídico

O conhecimento do processo pressupõe, a nosso ver, um conhecimento prévio sobre o processo do conhecimento. No decorrer da história, particularmente no período moderno, os filósofos adotaram uma combinação de duas correntes de

²⁵⁷ BUNGE, Mário. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Perspectiva, 2012, p. 28.

²⁵⁸ BUNGE, Mário. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Perspectiva, 2012, p. 29. Afirma o autor que: “O conceito de analogia funcional não é importante na biologia. Por exemplo, não se pode extrair muita coisa do fato de as asas do morcego serem funcionalmente análogas às dos pássaros. Por contraste, o conceito de analogia histórica é particularmente relevante na biologia, onde é denominado homologia. Exemplo: os membros dianteiros dos animais terrestres são historicamente análogos às nadadeiras dos animais aquáticos por terem tido ancestrais comuns. As analogias podem ser superficiais ou profundas. No primeiro caso, não levam a lugar algum. Se profundas, sugerem um padrão (lei)” (*Dicionário de Filosofia*, p. 29).

²⁵⁹ WEINREB, Lloyd L. *A razão jurídica: o uso da analogia no argumento jurídico*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2008, p. 137. Sublinha o autor que: “Desde 1970, mais ou menos, vários experimentos e análises sobre o raciocínio analógico têm sido feitos no campo da psicologia cognitiva e do desenvolvimento, geralmente estimulados pelo interesse nos métodos de ensino e aprendizagem ou na inteligência artificial e na ciência da computação” (*A razão jurídica: o uso da analogia no argumento jurídico*, p. 139).

pensamento - o racionalismo e o empirismo - que, não obstante resistirem a uma caracterização simples podem ser expressos, grosso modo, como segue: “segundo o racionalismo, a razão não empírica é a fonte de todo conhecimento, ao passo que, segundo o empirismo, a fonte de todo conhecimento é a experiência sensorial”²⁶⁰.

Dentro dessas duas concepções da teoria do conhecimento, se insere dois tipos de raciocínios: o dedutivo e o indutivo²⁶¹. O argumento dedutivo é um argumento no qual, se as premissas forem verdadeiras, então a conclusão será também verdadeira.²⁶² Já a indução “envolve um raciocínio que parte de um número limitado de observações para chegar a generalizações prováveis mais amplas”.²⁶³

Sobre o caráter probabilístico do conhecimento indutivo, pontua RUSSEL que o fato de se encontrar duas coisas frequentemente juntas e nunca separadas não é suficiente, por si só, para provar que estarão juntas num segundo momento:

O máximo que podemos almejar é que quanto mais frequentemente as coisas se encontrarem juntas, mais provável se torna que se encontrarão juntas noutra momento, e que, se se encontrarem juntas suficientes vezes, a probabilidade será quase uma certeza. Nunca pode chegar realmente à certeza porque sabemos que, apesar de repetições frequentes, há por vezes uma falha no fim, como no caso da galinha a que se torce o pescoço. Assim, tudo o que devemos procurar é a probabilidade²⁶⁴.

POPPER, de forma mais incisiva, não acredita na indução:

Quanto à indução (ou lógica indutiva, ou comportamento indutivo, ou aprendizado por indução, por repetição ou por “instrução), afirmo que não

²⁶⁰ MOSER, Paul K; DWAYNE, H. Mulder; TROUT, J. D. *A teoria do conhecimento: uma introdução temática*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2008, p. 111. Como anotam os autores: “A racionalidade apropriada à ação é prática (determina o que é racional fazer), ao passo que a racionalidade característica das crenças é, na linguagem de alguns filósofos, teórica (determina o que é racional crer)” (*A teoria do conhecimento*, p. 135-136).

²⁶¹ “A argumentação faz progredir o discurso por inferências. Por isso, apoia-se sobre formas de raciocínio cujos tipos principais são a dedução e a indução. Alguns dizem que também a analogia é uma das espécies centrais de raciocínio” (FIORIN, José Luiz. *Argumentação*. São Paulo: Contexto, 2015, p. 47).

²⁶² BAGGINI, Julian; FOSL, Peter S. *As ferramentas dos filósofos: um compêndio sobre conceitos e métodos filosóficos*. São Paulo: Edições Loyola, 2008, p. 19.

²⁶³ BAGGINI, Julian; FOSL, Peter S. *As ferramentas dos filósofos: um compêndio sobre conceitos e métodos filosóficos*. São Paulo: Edições Loyola, 2008, p. 21.

²⁶⁴ RUSSEL, Bertrand. *Os problemas da filosofia*. Lisboa: Edições 70, 2008, p. 124. Afirma o autor que esse tipo de associação não se limita aos homens, sendo forte também nos animais. “Um cavalo que foi muitas vezes conduzido por determinada estrada resiste à tentativa de ser conduzido numa direção diferente. Os animais domésticos ficam à espera de comida quando vêem a pessoa que habitualmente as alimenta. Sabemos que estas expectativas de uniformidade algo grosseiras estão sujeitas ao engano. O homem que alimentou a galinha todos os dias ao longo da sua vida finalmente torce-lhe o pescoço, mostrando que teriam sido úteis à galinha perspectivas mais aprimoradas quanto à uniformidade da natureza” (*Os problemas da filosofia*, p. 122)

existe. Se estou certo, isso resolve então, naturalmente, o problema da indução. (Há vários problemas remanescentes que também podem ser chamados problemas da indução, tais como o de o futuro assemelhar-se ao passado, por exemplo. Este problema, todavia, que julgo ser muito pouco estimulante, também pode ser resolvido: o futuro será, em parte, semelhante ao passado e, em parte, não semelhante)²⁶⁵.

No campo jurídico, assevera SALGADO que: “A analogia, diferentemente da dedução, que parte do geral para o particular, própria do argumento apodítico, e da indução estrita, que vai do particular ao geral, dentro de uma classificação, estabelece um argumento que vai do particular para o particular (e que pode ser uma proposição universalmente válida, como uma lei da física, por exemplo), seja esse particular individual ou espécie. Pode ser forte, média ou fraca. Isso depende não propriamente da quantidade de notas semelhantes que uma e outra espécie possuem, mas da força dessas notas, ou seja, se se trata de nota relevante ou essencial, da qual decorre a nota que se pretende inferir na espécie não conhecida”²⁶⁶.

De fato, o uso da analogia não é ocasional nem incidental na solução de um caso judicial, mas central na argumentação jurídica. É a forma padrão de raciocínio adotado pelos advogados quando defendem uma causa e pelos juízes quando decidem uma causa, razão pela qual, mostra-se pertinente o questionamento de WEINREB: “se a força normativa do direito depende do seu compromisso com a razão, é preciso encontrar um lugar para os argumentos analógicos pelos seus próprios méritos”²⁶⁷.

A noção de raciocínio jurídico, particularmente aquele voltado para a questão do argumento jurídico por analogia, impõe conjecturas sobre três temas correlatos, quais sejam: a interpretação jurídica, a lógica jurídica e a argumentação jurídica.

²⁶⁵ POPPER, Karl. *Autobiografia intelectual*. São Paulo: Cultrix, 1977, p. 154. Interessante como Popper resolve o problema entre passado e futuro, com a analogia. O futuro não tem um sentido unívoco, nem equívoco, mas um sentido análogo.

²⁶⁶ SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 226. Para o autor, tal raciocínio é feito “por um processo lógico, dentre os três tipos de argumentos citados para o estabelecimento de uma conclusão válida: a dedução (do geral para o particular), a indução (do particular para o geral) e a analogia (do particular para o particular)” (*A ideia de justiça no mundo contemporâneo*, p. 226).

²⁶⁷ WEINREB, Lloyd L. *A razão jurídica: o uso da analogia no argumento jurídico*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2008, p. 20.

3.2.1 Interpretação Jurídica

Dispõe o artigo 1º do novo Código de Processo Civil que: “*O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código*”.

Segundo MACCORMICK, aplicar o direito envolve sempre sua interpretação, pois, qualquer norma colocada em um texto legal dotada de autoridade, precisa ser entendida antes que possa ser aplicada, e, conseqüentemente, em um sentido amplo do termo “interpretação”, “*toda aplicação do Direito exige algum ato de interpretação, já que o aplicador precisa formar uma compreensão daquilo que o texto diz de modo a aplicá-lo, e qualquer ato de apreensão de sentido pode ser considerado como algo que envolve a interpretação*”²⁶⁸. Nesse sentido, mesmo a analogia, entendida como forma integrativa do direito, pressupõe a interpretação coerente e consistente do ordenamento jurídico (princípios e regras jurídicas).

Anota HESPANHA que a idéia de interpretação do direito supõe um conceito de texto e de sentido: (i) um texto a que está subjacente um único sentido válido; (ii) sentido esse que pode ser identificado pelo intérprete, com certeza ou, pelo menos, com uma certa plausibilidade; (iii) identificação que pode ser comprovada ou como a certa ou como a mais plausível; sendo um traço comum, observado na teoria do direito contemporânea, “*a idéia de que o sentido não é algo de objetivo que se encontre nos textos a interpretar, mas antes o resultado de processos de interpretação, à luz da experiência pessoal e cultural do intérprete, processo em que as interpretações prévias (tradição interpretativa, bem como a habituação e expectativas que ela gerou) ou as interpretações próximas (contexto, universo de referência, casos paralelos) têm um papel fundamental*”.²⁶⁹

Outra teoria de grande aceitação é aquela desenvolvida por Dworkin, conhecida como interpretação construtiva do direito, que, em linhas gerais, realça a atitude interpretativa de uma comunidade que realiza a justiça. Na visão de INGRAM, tal teoria pressupõe que o significado duradouro do texto, como distinto das intenções do autor e do intérprete: “*resiste às mudanças do tempo por ser*

²⁶⁸ MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 161.

²⁶⁹ HESPANHA, Antônio Manuel. *Pluralismo jurídico e direito democrático*. São Paulo: Annablume, 2013, 196.

reaplicado (ou criativamente reinterpretado) a cada nova apropriação”, uma vez que essa apropriação “funde o significado do texto em um novo horizonte de compreensão”; mas, se esse significado muda de interpretação para interpretação, questiona como se poderia “falar de um significado geral que permanece o mesmo através de todas as aplicações”.²⁷⁰

Esse significado geral, pontua INGRAM, é concebido na atitude do juiz que deve, particularmente nos casos difíceis, reavaliar a justificativa moral mais profunda da lei a fim de fazer o sistema jurídico inteiro, incluindo a filosofia moral, ser o melhor possível:

A filosofia moral que empresta integridade ao sistema jurídico tem uma existência objetiva no direito. É a interpretação crítica em curso dessa filosofia que dota o sistema jurídico de integridade, coerência e unidade, sem as quais não se poderia dizer que ele incorpora a estabilidade e a previsibilidade essenciais para o estado de direito. Embora o direito mude, geralmente muda segundo padrões que são previsíveis, a tradição viva do princípio jurídico é dirigida a um único ideal, de modo que, para todo caso difícil, há em princípio apenas uma interpretação correta²⁷¹.

Como acentuam CARVALHO NETTO e SCOTTI seria essa postura construtivista de Dworkin em lidar produtivamente com o princípio hermenêutico, que não permitiria que “as tradições se legitimem de maneira autônoma e acrítica”, exigindo, nesse sentido, “a reflexividade ética com base em uma noção universalista de direitos fundamentais ou humanos (*moral rights*)”.²⁷²

Concepção diversa de interpretação jurídica é aquela desenvolvida por LEAL, que concebe o devido processo como metalinguagem e o direito como linguagem-objeto. Essa metalinguagem, ou linguagem de segundo nível, tem, em sua teoria, o devido processo como referente (interpretante). É por essa metalinguagem do devido processo que, por sua vez, se estrutura a produção e aplicação do direito (linguagem-objeto).

Essa metalinguagem tem como inspiração uma epistemologia crítica popperiana, que, como se sabe, não se mostra chanceladora (indutivismo) da linguagem-objeto. Ao contrário, busca, incessantemente, enunciar, pela via

²⁷⁰ INGRAM, David. *Filosofia do direito: conceitos-chave em filosofia*. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 57.

²⁷¹ INGRAM, David. *Filosofia do direito: conceitos-chave em filosofia*. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 60-61.

²⁷² CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 76.

proposicional-dedutiva, a construção normativa do Estado Democrático de Direito. Daí afirmar LEAL que:

o devido processo não é um ‘metanível descritivo’ que possa pretender estar dotado da ‘propriedade de zerar a ideologia’, mas é um núcleo inaugurador de um referente (interpretante) linguístico na metalinguagem do texto e do discurso que codifica a formação de sentidos com vínculo auto-crítico-intradiscursivo (intradiscussivo) para todos os implicados de uma comunidade juridicamente (normativamente) constitucionalizada (co-institucionalizada) e candidata a autoria de uma sociedade jurídico-política em que destinadores e destinatários normativos estejam em simétrica paridade isomênica.²⁷³

Explica LEAL, que essa metalinguagem do devido processo: “*se empreende no movimento entre texto e discurso com vínculo ao código (interpretante como regulador do sentido intradiscursivo), impedindo que o texto (sempre de origem precompreensiva ao discurso) possa desgarrar-se do interpretante (referente-código) intradiscursivo que dá suporte a uma prática de simétrica paridade interpretativa para todos*”, sendo possível esse igual direito de interpretação, no direito democrático:

a partir do instante em que o texto (teoria) institui o discurso (lei), esta não é mais objeto de interpretação correta e exclusiva do destinador (locador-instituidor) da normatividade e de seus locatários e sublocatários (decisores oficiais), porque o interpretante (neo-paradigma-processual) já é posto na rede normativa (sintagmática) como referente lógico-jurídico (devido processo) para toda a comunidade linguística constitucionalizada (co-institucionalizada). Há, nessa hipótese, uma “veredição” (correspondência) entre o texto a ser extraído pelo intérprete (denotação) como interpretação vinculada ao discurso e o interpretante dado pelo discurso (conotação) no instante mesmo de sua montagem (construção normativa).²⁷⁴

Essa conexão entre texto/discurso na construção da lei (teoria da lei), pelo interpretante do devido processo, é que, na teoria neoinstitucionalista, possibilita a estabilização do sentido normativo, afastando intencionalidades pessoais, calcadas em aportes morais.

Afirma LOPES que, analisados, um a um, todos os modos de dominação que o homem inventou ao longo dos séculos para relacionar-se com o seu próximo, nenhum é mais eficiente do que o da manipulação dos sentidos:

²⁷³ LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como teoria da lei democrática*, p. 276-277.

²⁷⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como teoria da lei democrática*, p. 275 e 277.

Um dos maiores serviços prestados pela Linguística à ciência moderna foi, certamente, o de ter contribuído tão poderosamente para modificar essa situação, ao insistir no fato de que o semântico deve se preocupar com o sentido do discurso tal como ele se deixa decodificar no interior do código que serviu para a sua codificação. O desenvolvimento do conceito de função metalingüística permitiu compreender o sentido como uma propriedade do código, não de uma pessoa, e possibilitou, em conseqüência, na medida em que os códigos são bens coletivos, possuídos, igualmente, pelo destinador e pelo destinatário da mensagem, denunciar o monopólio do sentido que era exercido pelo sujeito da enunciação. Sabe-se, hoje, que se um discurso admite n sentidos, eles podem ser reduzidos, todos, em um nível superior, a um meta-sentido que os reabsorva conjuntamente, estando eles, portanto, hierarquizados por relações de dominação intradiscursiva²⁷⁵.

Com efeito, o código do devido processo não é de uma pessoa só, do juiz intérprete da lacuna positivista, mas do diálogo entre os sujeitos processuais estruturado pelo procedimento processualizado. O caminho percorrido pelo sentido (*ratio iuris*) - do legislador racional do direito natural do início da época moderna, ao juiz solipsista do direito positivo ou mesmo do juiz ativista do pós-positivismo - cede lugar, na contemporaneidade, à aplicação do devido processo (jurisdicional), como código aberto à todos os legitimados (povo) ao processo.

Isso porque, intérpretes nas democracias, como afirma LEAL, “*são todos os que participam da procedimentalidade assegurada e regida pelo DEVIDO PROCESSO CONSTITUCIONAL que jurisdicionaliza o proceder para os figurantes do procedimento, concretizando e legitimando-o como estrutura criada pelo POVO (Comunidade Jurídica) e que se destina a habilitar o POVO a recriar, afirmar, negar, debater, discutir, transformar, substituir, destruir ou reafirmar processualmente o direito, como seu feitor e intérprete originário e intercorrente*”²⁷⁶.

Na ausência de um marco legal, esses intérpretes terão que participar da procedimentalidade, por meio do devido processo constitucional jurisdicional, com argumentos e contra argumentos, para a construção da decisão participada e em contraditório substancial.

3.2.2 Lógica Jurídica

Outro ponto importante sobre o estudo do argumento jurídico por analogia é

²⁷⁵ LOPES, Edward. *Discurso, texto e significação: uma teoria do interpretante*. São Paulo: Cultrix, 1978, p. 5.

²⁷⁶ LEAL, Rosemiro. *Relativização Inconstitucional da Coisa Julgada: Temática processual e reflexões jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 94.

sua estrutura lógica²⁷⁷. A fórmula do raciocínio por analogia pode ser expressa da seguinte maneira: M é P; S é semelhante a M; S é P.

Segundo SALGADO a analogia é um procedimento lógico em que há uma igualdade de relações, travada “*entre duplas de termos, de modo que a relação entre os dois conhecidos, que formam uma proposição, é aplicada ao termo conhecido para formar uma segunda proposição, encontrando-se o segundo termo, este desconhecido*”²⁷⁸.

Menciona FERRAZ JÚNIOR que o “*grande problema lógico na definição de analogia está na determinação do que sejam as mencionadas relações essenciais entre os supostos fáticos, ou seja, no preciso entendimento do chamado princípio da semelhança*”²⁷⁹. Essas relações essenciais podem se tornar complexas em casos difíceis, demandando, por parte dos sujeitos processuais, intensa carga de argumentação – analogias e contra-analogias - no processo.

De forma esquemática, nos mostra BUSTAMANTE a necessidade de incluir, em uma descrição da justificação interna da analogia, não apenas (a) a descrição hipotética da norma jurídica tomada como paradigma e (b) um enunciado de semelhança entre o caso a ser resolvido por meio da analogia e o caso regulado pela norma paradigmática, mas principalmente (c) os princípios que se encontram por detrás da norma jurídica paradigmática e os que justificam a criação de uma nova hipótese normativa por analogia²⁸⁰.

Tal estrutura lógica, no dizer do autor, pode ser descrita da seguinte forma:

(1) N: (x) (Cx → ORx),

onde N designa uma norma jurídica do tipo regra segundo a qual “para todo X, deve ser aplicada a consequência normativa R sempre que estiverem presentes as condições C”. No entanto, para permitir a passagem de N a uma nova norma N¹ é necessário incluir outros enunciados, pois é preciso explicar os princípios que foram ponderados pelo legislador no caso C. Nesse ponto, a estrutura que Alexy utiliza para expressar as relações de prioridade condicionada entre princípios jurídicos concorrentes pode ser útil. Assim, adiciona-se a seguinte premissa:

(2) (P¹ P P²) C

Aqui, (2) representa uma relação de prioridade condicionada entre os princípios jurídicos P¹ e P². Portanto, a regra jurídica N, para a qual valem as consequências normativas OR, representa o resultado de uma

²⁷⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 303.

²⁷⁸ SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 227.

²⁷⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Verbete: Analogia. *in*. Enciclopédia Saraiva do Direito: coordenação do Prof. R. Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1978, Vol. 2. p.362.

²⁸⁰ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Direito e Decisão Racional: Temas de teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 396.

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

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

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

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

Vale, portanto, a seguinte forma de argumento:

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

$(P^1 \text{ P } P^2) C$

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

$N': (x) (C'x \rightarrow ORx) (1)-(3).$ ²⁸¹

Para BUSTAMANTE, esse “esquema argumentativo, apesar de sua extraordinária simplicidade, pode ser um bom modelo para elucidar a estrutura do argumento por analogia, pois mostra claramente quais são os princípios que foram escolhidos para justificar a analogia e qual a relação que se estabelece entre eles”²⁸².

ALEXY menciona, inclusive, que junto com a subsunção e a ponderação, há uma terceira operação básica na aplicação do direito: a analogia ou a comparação de casos.²⁸³

3.2.3 Argumentação Jurídica

O último aspecto do raciocínio jurídico, aqui abordado, refere-se à argumentação jurídica. Segundo BAGGINI e FOSL, os filósofos usam o termo “argumento” num sentido muito preciso e estrito, como sendo “a mais básica unidade completa do raciocínio, um átomo da razão”, também concebido como “uma inferência extraída de um ou de vários pontos de partida (proposições denominadas “premissas”) que conduz a um ponto final (uma proposição denominada “conclusão”), não sendo a filosofia o único campo do pensamento para o qual a racionalidade é importante, nem que tudo que recebe o nome de filosofia é necessariamente argumentativo, mas que, com certeza, não se pode começar a dominar a amplitude do pensamento filosófico sem aprender como usar as

²⁸¹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Direito e Decisão Racional: Temas de teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 397.

²⁸² BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Direito e Decisão Racional: Temas de teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 398.

²⁸³ ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 225.

ferramentas.²⁸⁴

As ferramentas básicas da argumentação são muitas. Além dos argumentos, premissas e conclusões, acima referidos, BAGGINI e FOSL citam: dedução, indução, validade e solidez, invalidade, consistência, falácias, refutação, axiomas, definições, certeza e probabilidade, tautologias, autocontradições e a lei de não-contradição, abdução, método hipotético-dedutivo, dialética, **analogias**, anomalias e exceções que comprovam a regra, bombas de intuição, construções lógicas, redução, experimentos mentais, argumentos transcendentais e ficções úteis.²⁸⁵

No campo do direito, segundo BUSTAMANTE e MAIA, toda *“teoria da argumentação jurídica – qualquer que seja o seu referencial teórico dominante, desde as que se alicerçam sobre a retórica aristotélica e a tópica, como a de Perelman, aparecida no início da década de 1950, até as que se fundam em regras argumentativo-discursivas influenciadas tanto pelo universalismo Kantiano quanto pela teoria do discurso de Habermas, como a de Alexy, do final dos anos 70 – revela uma indistigável preocupação com a prática, e em especial com a aplicação judicial ou administrativa do Direito e com a correção racional dos argumentos empregados nos discursos de justificação dessas decisões jurídicas”*²⁸⁶.

Na visão de ATIENZA, uma teoria da argumentação jurídica deveria cumprir, basicamente, três funções: teórica, prática e política ou moral, asseverando, quanto à função prática ou técnica: *“que esta deve ser capaz de oferecer uma orientação útil nas tarefas de produzir, interpretar e aplicar o Direito”*, sugerindo que tal teoria da argumentação jurídica deve ofertar *“um método que permita reconstruir o processo real da argumentação, além de uma série de critérios para fazer um julgamento sobre a sua correção”*²⁸⁷, tarefa essa ainda incompleta, segundo o autor.

Como efeito, é no âmbito do processo jurisdicional, no momento de aplicação de normas jurídicas à solução de casos, particularmente, daqueles casos difíceis, entendido, como anota MACCORMICK *“como um caso em que se apresenta alguma*

²⁸⁴ BAGGINI, Julian; FOSL, Peter S. *As ferramentas dos filósofos: um compêndio sobre conceitos e métodos filosóficos*. São Paulo: Edições Loyola, 2008, p. 13-14.

²⁸⁵ BAGGINI, Julian; FOSL, Peter S. *As ferramentas dos filósofos: um compêndio sobre conceitos e métodos filosóficos*. São Paulo: Edições Loyola, 2008. Sumário.

²⁸⁶ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; MAIA, Antonio Cavalcanti. *Argumentação como justificação: em busca de uma definição comum para as Teorias da Argumentação Jurídica contemporâneas*. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Direito e Decisão Racional – Temas de teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 357-358.

²⁸⁷ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 270-271.

*dificuldade na interpretação do Direito, no qual há fortes argumentos a favor da cada entendimento ou interpretação rivais do Direito apresentadas por ou em favor de cada uma das partes”.*²⁸⁸

Nesse sentido, o argumento por analogia pode ser entendido como um caso problemático de aplicação do direito. Isso porque, o aplicador do Direito, ao se valer da analogia, introduz uma nova regra jurídica²⁸⁹. Esta regra jurídica pode ser derivada da lei (*ratio legis*) ou do precedente judicial (*ratio decidendi*), e serão tratadas em capítulos separados, adiante.

3.3 Regra jurídica derivada da lei (*ratio legis*)

Segundo BUSTAMANTE: “...do ponto de vista analítico não há grandes diferenças entre a aplicação analógica de uma regra extraída da legislação parlamentar e de uma regra jurisprudencial. Em ambas as situações busca-se aplicar as consequências jurídicas de uma regra já conhecida a um caso não expressamente regulado pelo direito positivo”²⁹⁰.

Essa concepção parece coadunar com o pensamento de ATIENZA para quem:

Em el contexto del common law se suele efectuar una distinción entre el uso de la analogia em el case law (en el Derecho jurisprudencial) y em la interpretación de los statutes (de las normas legisladas). Lo que los juristas de Derecho continental Suelen entender por analogia – o argumento a simili – viene a coincidir com este segundo uso de la analogia. Ahora bien, entre el argumento a simili y el uso del precedente (que es la técnica que permite elaborar el case law) no existe uma distinción de tipo lógico, sino de carácter argumentativo: em el primero, el nuevo caso tende a configurarse como uma ilustración de uma norma ya existente, com lo que se amortigua (y enmascara) la actividad) creadora del juez; em el segundo, el nuevo caso aparece como um ejemplo que contribuye a configurar la norma, es decir, a reformular el precedente, com lo que resulta patente la función inovadora del juez²⁹¹.

²⁸⁸ MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 66.

²⁸⁹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo, 2012, p. 506.

²⁹⁰ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 511.

²⁹¹ ATIENZA, Manuel. *Algunas tesis sobre la analogia em el derecho*. DOXA. Cuadernos de filosofia del derecho. n. 2, ano 1985, p. 228. Tradução livre: “No contexto do common law normalmente se efetua uma distinção entre o uso da analogia no case law (no Direito jurisprudencial) e na interpretação dos statutes (das normas legisladas). O que os juristas de Direito continental normalmente entendem por analogia – o argumento a simili – vem a coincidir com este segundo uso da analogia. Agora, entre o argumento a simili e o uso do precedente (que é a técnica que permite elaborar o case law) não existe uma distinção de tipo lógico, mas de carácter argumentativo:

Com efeito, parece mesmo não haver uma diferença substancial entre a aplicação do argumento por analogia nos sistemas de *Civil Law* e do *Common Law*. Em ambas as situações, o ordenamento jurídico não oferece uma regra jurídica expressa para o caso a ser resolvido. Cabe, então, buscar no ordenamento jurídico as regras jurídicas pertinentes (parlamentar ou jurisprudencial) já positivadas e aplicá-la (consequências jurídicas) ao caso submetido à apreciação do Estado-Juiz.

Afirma HORN que a aplicação analógica de uma norma jurídica somente é permitida sob dois pressupostos: “(1) o caso deve evidenciar uma similaridade com o pressuposto regulado legalmente e (2) o fim legal (*ratio legis*) também deve coincidir com o caso”²⁹².

SALGADO, em obra recente²⁹³, trabalha a justiça formal e a justiça material, tanto no plano da elaboração, quanto no plano da aplicação do direito. No que se refere à justiça formal, menciona o autor que o processo de elaboração seria a Lei e a Segurança Jurídica, e o processo de aplicação seria a *Actio* e a Certeza Jurídica. No tocante à justiça material afirma o autor que o processo de elaboração seria a doutrina, e o processo de aplicação seria a *interpretatio*. É, aqui, na *interpretatio* que se encontra o estudo da analogia.

É importante ressaltar que SALGADO concebe a *ratio legis* como conceito central da analogia²⁹⁴. Assinala que a “justiça material é a que realiza o *ius suum substantivo a serviço do qual está a estrutura da justiça formal*”, entendendo a justiça material, como resultado do processo de aplicação que “só se perfaz por força da mediação da *interpretatio*”.²⁹⁵ É o direito posto que realiza a justiça, concebida como “um valor ético que encontra sua efetividade ou atualidade no direito”, que se “realiza na satisfação do direito do indivíduo reconhecido como pessoa de direito”, uma vez que “é no momento da aplicação do direito que a justiça se consuma”,

no primeiro, o novo caso tende a configurar-se como uma ilustração de uma norma já existente, com o que se diminui (e encobrem) a atividade criadora do juiz; no segundo, o novo caso aparece como um exemplo que contribui a configurar a norma, ou seja, a reformular o precedente, com o que resulta patente a função inovadora do juiz”.

²⁹² HORN, Norbert. *Introdução à ciência do direito e a filosofia jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005, p. 194.

²⁹³ SALGADO, Joaquim. Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

²⁹⁴ SALGADO, Joaquim. Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 223.

²⁹⁵ SALGADO, Joaquim. Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 148.

intervindo “a interpretação com o fim de se alcançar o efeito justo da lei”²⁹⁶.

Para SALGADO, a *interpretatio* romana é o momento intelectual da *Applicatio*, que avança na inclusão do momento volitivo, a própria decisão, ressaltando porém, que, como decisão jurídica, será sempre fundamentada e, portanto, racional, “*não se admitindo uma decisão salomônica pela criação de uma norma ad hoc no direito contemporâneo, como não se admitia entre os romanos*”, ou seja, norma individualizada entendida como “*individualização da norma pela aplicação*”, e não “*norma nova, outra norma, autônoma*”, mas “*norma aplicanda que se torna aplicada*”²⁹⁷.

Segundo o autor, além do desenvolvimento da interpretação como técnica da aplicação do direito, os romanos conceberam os cânones fundamentais da teoria geral da interpretação, como a autonomia, a coerência e a atualidade. Quanto a esta, afirma que a atualidade insere a lei “*no tempo e na situação concreta da aplicação, mas encontra um significado de alcance ontológico, se se compreender o processo de aplicação no seu movimento até a realização da solução justa, vale dizer, nos momentos em que a lei abstrata posta como justiça em potência só realiza a justiça concreta, para o indivíduo, no momento da aplicação: a universalidade abstrata da lei, a particularidade (também abstrata) empírica do fato e a singularidade ou universalidade concreta da solução justa*”²⁹⁸.

O cânon da atualidade desenvolve-se em dupla dimensão: como princípio de interpretação e como princípio de integração. É neste momento da atualização que mais “*decididamente se dá a necessidade da definição axiológica, da solução justa*”,

²⁹⁶ SALGADO, Joaquim. Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*, p. 186. Segundo o autor “*O aplicador – ao inverso do procedimento observado no cumprimento do ato moral Kantiano, cuja máxima se erige à lei moral universal – reproduz a lei ao aplicá-la, isto é, realiza como máxima o princípio universal, a lei jurídica. Não há uma nova norma, mas a efetivação da norma na forma de máxima subjetiva, pela qual a universalidade abstrata da norma se encarna na particularidade (em si mesma abstrata) do fato empírico, para efetivar-se como universal concreto, isto é, superação do universal e do particular, na forma de síntese da lei e do fato, na máxima do aplicador, a sentença, na unidade de ser e dever ser. É no momento da aplicação aparelhada ou espontânea (o cumprimento espontâneo) que se dá a efetividade do direito, portanto da justiça. Esse processo integra os momentos da vigência e da eficácia, de ser e de dever ser, de modo que a norma, dever ser, é apenas um momento do direito, o qual se completa na efetividade desse dever ser, que é ser, mas diferente do ser como fato antes de ser elevado à norma. O direito é todo o processo que vai do fato dado à norma, pela valoração, e da norma à efetividade do direito, formando esse círculo progressivo o direito no seu conceito*”.

²⁹⁷ SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 194.

²⁹⁸ SALGADO, Joaquim. Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 207.

momento que “*revela três conceitos caros aos romanos, que efetivam a justiça no caso concreto como força igualadora das situações: num, a lei alcança situações desiguais – o remédio é a equidade (aequitas); noutra, não alcança situações iguais – o remédio é a analogia (ad similia); em ambos, busca o bem comum – a utilitas*”²⁹⁹.

Esses dois caminhos para a compreensão do conflito de interesses a solucionar juridicamente: pela via da interpretação, pela qual se busca inteligir o conteúdo de significação do dispositivo legal e, não havendo a disposição legal, pela via da integração. Em relação à via da integração, convém mencionar que foram os romanos que assentaram os elementos básicos da integração analógica do direito: “*Jurisdicione suppleri (Péidio): a lacuna; Ad similia procedere (Juliano): a semelhança; Paribus in casus paria iura (Cícero): igual direito*”, o que justifica a primazia da lei como fonte legitimadora de direitos:

É que, tendo o direito como fonte a lei – sem lei não há outorga de direitos subjetivos, nem imposição de deveres -, cabe ao aplicador tão somente reconhecer o fato concreto como coincidente com o abstratamente descrito na lei e subsumi-lo nesse pressuposto legal, aplicando-lhe a consequência de direito ou da lei. Para esse reconhecimento, contudo, tem o aplicador de operar intelectivamente e buscar, pela via hermenêutica, o significado do texto jurídico contido na lei, no ambiente da aplicação, para que esta cumpra a sua finalidade jurídica que é a aplicação justa³⁰⁰.

Para SALGADO, o que impulsiona a operação analógica no direito é a exigência axiologicamente considerada de igualdade, portanto de igualdade na ou perante a lei. Em um primeiro momento, “*a analogia na aplicação do direito começa por reconhecer entre o fato concreto e o abstrato da lei uma igualdade e uma diferença. Com relação aos fatos coincidentes com o da descrição da lei, a atribuição da sua consequência é unívoca; procede-se de modo distributivo. Se o fato não está presente na lei, indaga-se sobre em que são iguais ou semelhantes e de que modo são diferentes. Esse o ponto de partida do processo analógico*”; contudo, não é suficiente a semelhança pela igualdade de características entre dois fatos, sendo “*necessário que haja uma que cause, produza ou seja relevante para que outra exista. Assim, constatadas certas características de um fato, dentre as quais uma é relevante para que outra exista, verifica-se se no fato comparado*

²⁹⁹ SALGADO, Joaquim. Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 213-214.

³⁰⁰ SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 230-231.

*existe a mesma característica produzida pela característica relevante. Aparece aí, o conceito de ratio legis*³⁰¹.

No mesmo sentido, é o escólio de FERRAZ JÚNIOR: “O uso da analogia, no direito, funda-se no princípio geral de que deva dar tratamento igual a casos semelhantes. Segue-se daí que a semelhança deve ser demonstrada sob o ponto de vista dos efeitos jurídicos, supondo-se que as coincidências sejam maiores e juridicamente mais significativas que as diferenças. Demonstrada a semelhança entre dois casos, o intérprete percebe, simultaneamente, que um não está regulado e aplica a ele a norma do outro. A analogia permite constatar e preencher a lacuna”³⁰².

Ressalta SALGADO que a analogia surge no direito por exigência social, porque a “lei não pode prever todas as situações de fato a serem reguladas, já que não é o legislador onisciente, nem pode prever todos os fatos novos que fazem as mudanças nas relações sociais”; axiológica, porque há “a necessidade da igualdade jurídica, em virtude da qual as mesmas situações de fato devem comportar as mesmas” soluções jurídicas, ou seja, a exigência de normatividade de um fato, para realizar a justiça segundo a consciência jurídica da época, “assegurando a comodidade das relações sociais”; técnica, à vista de “não alcançarem os conceitos da lei todos os fatos, que se enriquecem, para evitar a técnica exdrúxula de esticar o conceito por interpretação imprópria e inadequada, razão pela qual a analogia se apresenta como técnica de decisão para suprir lacunas (*jurisdictione suppleri – Pédio*)”³⁰³.

Menciona SALGADO que a característica relevante da analogia é a *ratio legis*, o fundamento da lei, o qual deve ser o mesmo em ambas as situações de fato consideradas, capaz de determinar uma conclusão que não é simplesmente provável, mas devida, sob pena de tratamento desigual, com privilégios para uns e arbítrio para outros, tendo em conta que:

A norma não é o fato pura e simplesmente com a sua descrição. O fato é nela pressuposto de uma consequência jurídica. Ao dar consequência jurídica a um fato (por exemplo, uma sanção), tem ela uma causa, o mal

³⁰¹ SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 234.

³⁰² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo de direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 297.

³⁰³ SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 236.

que o fato produz a alguém, e um fim, evita-lo. A razão de ser da lei, da norma, é a relação entre a sua causa e o seu fim. Só na conjunção desses dois elementos, a causa e o fim, é que se pode detectar o que se denomina *ratio legis*, a ser identificada na analogia jurídica. *Ratio legis* é, pois, “aquilo pelo qual a lei é posta e sem o qual não seria posta” (*Id propter quod lex lata este et sine quo lata non esset*). Essa razão (suficiente para Bobbio) determina o processo analógico; mesma razão, mesma disposição (*ubi eadem, ibi eadem iuris dispositivo*)³⁰⁴.

Nesses termos, conclui SALGADO que: “A *ratio legis* deve ser a mesma *ratio decidendi*, na medida em que os casos sejam semelhantes. A semelhança está entre os casos, o previsto no suporte fático da hipótese da lei e o não previsto. A igualdade está na consideração dos destinatários e a identidade na *ratio*. Desse modo, a partir da similitude *casi*, pela *paritas qualitatis*, alcança-se *identitas rationis* ou a causa idêntica, o fundamento comum entre a lei e a decisão com o fim de realizar o justo, ou seja, de tratar igualmente os que se colocam em situações iguais”³⁰⁵.

O aplicador do direito, ao reconhecer que a regra geral inclusiva, no caso, a aplicação da analogia, constitui momento excepcional ao figurino estabelecido pela prevalência da lei, na base instituinte (lacunas), deve processualizar (contraditório, ampla defesa e isonomia) a controvérsia na busca da construção da decisão jurisdicional participada e democrática. Se a nota da similaridade é relevante e pertinente, suficiente para solucionar o caso com fundamento na lei existente, não aplicá-la causaria um tratamento desigual para os destinatários do provimento final (sentença).

3.4 Regra jurídica derivada do precedente judicial (*ratio decidendi*)

Há algum tempo, como asseveram THEODORO JÚNIOR, NUNES, BAHIA e PEDRON: “vivenciamos no Brasil um fortalecimento do uso das decisões passadas dos tribunais (especialmente superiores) como fundamento para decisões judiciais, conduzindo a um peculiar movimento de convergência entre nosso *civil law* com o *common law*, e seu uso de precedentes. Usamos julgados dos tribunais superiores como se, por essência, fosse precedentes”³⁰⁶.

³⁰⁴ SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 239.

³⁰⁵ SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 241-242.

³⁰⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON,

O direito jurisprudencial ganhou força após a Constituição de 1988. Para DIERLE e HORTA, “*não é novidade que o ordenamento jurídico pátrio encontra-se permeável à utilização do direito jurisprudencial como fonte normativa*”, asseverando, que, nas “*últimas duas décadas, foram implementadas inúmeras reformas processuais de valorização do direito jurisprudencial*”³⁰⁷.

Ponto forte nessas reformas “processuais” (jurisdicionais) foi a Emenda Constitucional nº 45/2004, denominada “Reforma do Judiciário”, que, na visão de BERMUDES, merece um crédito:

Anda-se perguntando com toda a insistência se, emendada, a Constituição Federal assegurará uma prestação jurisdicional de melhor qualidade. Sabe-se que normas constitucionais, algumas programáticas e até oníricas, só por si não bastam para produzir o resultado a que visam. Essa meta requer o esforço das pessoas e entidades incumbidas de alcançá-la. Exige-se delas a capacidade de moldar as regras às imposições da realidade. Recomendável embora a crítica, para tantos fins, não se pode olvidar a existência da realidade jurídica implantada pela reforma. Deve-se, então, tirar o melhor proveito do novo quadro, com muita responsabilidade e alguma ousadia. Não se descobre, na Constituição dos Estados Unidos, uma só linha que outorgue à Suprema Corte competência para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato de autoridade. A grandeza de Marshall foi divisar esse princípio dentro daquela lei fundamental, mais ou menos como Michelangelo enxergava a escultura dentro do bloco de mármore³⁰⁸.

A grandeza do olhar serve agora para perceber o que há de bom no novo Código de Processo Civil. Como acentuam DIERLE e HORTA o “*Código de Processo Civil de 2015 promove a estruturação de um novo modelo dogmático para o dimensionamento do direito jurisprudencial no Brasil em face do quadro de alta instabilidade decisória que acabou tornando inviável a promoção do uso adequado dos precedentes no Brasil, considerando a superficialidade da fundamentação dos*

Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 345).

³⁰⁷ NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015. In: CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buril de; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de (org.). *Precedentes judiciais no NCPC*. Coleção Novo CPC e novos Temas. Salvador: Juspodvm, 2015, p. 302. Tais inovações vão “*desde a criação dos referidos enunciados de súmulas (inicialmente, apenas nos regimentos internos dos tribunais e, posteriormente, na legislação, por meio da Lei nº 8.756/98, que deu nova redação ao art. 557 do CPC/73, e da Lei nº 11.276/06, que acrescentou o §1º ao art. 518 do mesmo diploma), da Súmula Vinculante (art. 103-A do CPC, criado pela Emenda Constitucional nº 45/04), passando pelo julgamento liminar de demandas repetitivas (art. 285-A do CPC/73, introduzido pela Lei nº 11.277/06), e, por fim, introdução das técnicas de julgamento de recursos excepcionais repetitivos por amostragem (art. 102, § 3º, da CR, introduzido pela EC nº 45/04, e arts. 543-A a 543-C do CPC/73, criados pelas Leis nº 11.418/06 e 11.672/08)*”. (*Precedentes judiciais no NCPC*, p. 302-303).

³⁰⁸ BERMUDES, Sérgio. *A reforma judiciária pela Emenda Constitucional nº 45: observações aos artigos da Constituição Federal alterados pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 1-2.

*julgados e a ausência de análise panorâmica dos fundamentos, entre outros déficits de aplicação*³⁰⁹.

Tal modelo busca afastar o discurso de matiz neoliberal, “*que privilegiava a sumarização da cognição, a padronização decisória superficial e uma justiça de números (eficiência tão somente quantitativa), configurando um quadro de aplicação equivocada (fora do paradigma constitucional) desse mesmo direito jurisprudencial*”, buscando se alinhar “*ao modelo democrático e constitucional de processo, com o reforço de seu aspecto principiológico logo em seu capítulo introdutório, que menciona expressamente o princípio de boa-fé objetiva (art. 5º), da cooperação entre os sujeitos processuais (art. 6º - teoria normativa da participação), e do contraditório como paridade de armas (art. 7º, de bilateralidade de audiência (art. 9º), e, mais importante, como garantia de influência e não surpresa (art. 10), de modo a impedir a potencial manutenção do sentido das reformas processuais gestadas sob o denunciado discurso neoliberal*”³¹⁰.

Essas normas fundamentais do processo dispostas no novo Código de Processo Civil, em verdade, como assevera BRÊTAS, “*são as regras e os princípios regentes do processo extraídos diretamente do texto da vigente Constituição Federal, as quais formatam o devido processo constitucional, cuja viga-mestra é o devido processo legal*”³¹¹.

Na mesma linha, disserta CORDEIRO LEAL que “*incumbe à norma processual, face aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, condicionar a validade das decisões jurisdicionais à garantia de espaço hermenêutico adequado ao modelo do Estado Democrático de Direito, onde a interpretação dos textos legais e a reconstrução do caso concreto devem decorrer da efetiva participação das partes em contraditório*”³¹².

³⁰⁹ NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015. In: CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buriel de; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de (org.). *Precedentes judiciais no NCCP*. Coleção Novo CPC e novos Temas. Salvador: Juspodvm, 2015, p. 301.

³¹⁰ NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015. In: CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buriel de; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de (org.). *Precedentes judiciais no NCCP*. Coleção Novo CPC e novos Temas. Salvador: Juspodvm, 2015, p. 306.

³¹¹ BRÊTAS, Ronaldo Dias de Carvalho. Novo Código de Processo Civil e processo constitucional. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 23, n. 92, p. 225-240, out./dez. 2015, p. 227.

³¹² CORDEIRO LEAL, André. Direito Processual – Texto Jurídico e Norma Processual: implicações hermenêuticas. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). *Estudos continuados de teoria do processo*. Porto Alegre: Síntese, 2000, p. 119.

Tais normas processuais fundamentais configuram a referência normativa de um processo jurisdicional democrático e participativo, e devem ser cumpridas sob pena de manutenção da atual atividade judicial que somente racionaliza por meio de estatísticas, em descompasso com o devido processo constitucional.

No ponto, DIERLE e HORTA asseveram que:

Caso a nova lei não seja interpretada em sua unidade e em conformidade com a teoria normativa da participação, corre-se o risco de manter-se o “velho” modo de julgamento compreendido pelos magistrados, que, de modo unipessoal (solipsista), aplicam teses e padrões sem a promoção de juízos de adequação e aplicabilidade ao caso concreto, citando ementas e súmulas de forma descontextualizada, e não se preocupando em instaurar um efetivo diálogo processual com os advogados e as partes, especialmente se a doutrina não reassumir a função e a postura crítica que dela se espera, ao contrário de se conformar em repetir o ementário e os enunciados sumulares de uma prática jurisprudencial que se vale, em um círculo vicioso, dos mesmos enunciados e ementas³¹³.

O direito jurisprudencial ganha, então, maior visibilidade, com a promulgação do novo Código de Processo Civil, mesmo levando em consideração a supressão de Capítulo específico intitulado “*Do Precedente Judicial*”, fruto de amplo debate na Câmara dos Deputados.³¹⁴

No novo Código de Processo Civil, há elenco de dispositivos onde consta a expressão “precedente”, no sentido de jurisprudência uniforme e estável, qualificada pelos conceitos de integridade e coerência.

Inaugurando o Livro III (“*Dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais*”), do Título I (“*Da ordem dos processos e dos processos de competência originária dos tribunais*”), do Capítulo I (“*Disposições gerais*”), encontra-se o art. 926 da Lei 13.105/2015, com o seguinte texto: “*Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente*”.

Tal remissão ao papel da integridade e da coerência no direito refere-se à teoria de Dworkin, nas explicações de THEODORO JÚNIOR, NUNES, BAHIA e PEDRON:

³¹³ NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015. In: CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buriel de; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de (org.). *Precedentes judiciais no NCPC*. Coleção Novo CPC e novos Temas. Salvador: Juspodvm, 2015, p. 306.

³¹⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 351-352.

A noção de integridade e de coerência se ligam umbilicalmente à concepção teórica de Ronald Dworkin, que ensinou que o intérprete deve analisar o direito como um romance em cadeia, atento às virtudes da integridade e da coerência, de modo a decidir o novo caso diante de si, como parte de um complexo empreendimento em cadeia do qual os capítulos passados (julgados passados e entendimentos doutrinários) devem ser levados em consideração para que se escreva um novo capítulo, em continuidade, que o respeite ou o supere, com coerência. É dizer, para ele a interpretação do Direito é construtiva: a decisão, ao mesmo tempo em que foi uma resposta aos postulantes elaborada por um grupo em certo período, é também produto de várias mãos e dá continuidade (sem ruptura) àquela construção referida³¹⁵.

O § 2º do art. 926, por sua vez, dispõe que: “*Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação*”. THEODORO JÚNIOR, NUNES, BAHIA e PEDRON aplaudem o referido dispositivo: “*Como temos insistido, qualquer enunciado jurisprudencial somente pode ser interpretado e aplicado levando-se em consideração os julgados que o formaram. Nenhum país que leve minimamente a sério o Direito jurisprudencial pode permitir a criação e aplicação de súmulas e ementas mecanicamente. Enquanto não mudarmos essa práxis, continuaremos a trabalhar com pressupostos e com resultados muito perigosos e equivocados*”³¹⁶.

O § 5º do art. 927, por sua vez, dispõe que: “*Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores*”. Tal dispositivo, já de uso cotidiano dos Tribunais, particularmente os Superiores (STF e STJ), servem para dar publicidade aos seus precedentes, que são organizados por questão jurídica (temas).

O inciso IV do art. 988 dispõe que caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para “*garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência*”. O dispositivo em referência determina, no

³¹⁵THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 351-352. A crítica dos autores, no ponto, merece destaque: “*O Juiz, assim, não pode ser só a boca da jurisprudência (como já o fora da lei, no tempo dos exegetas), repetindo ementas ou trechos de julgados descontextualizados dos fatos, ou usar julgados pontuais porque precisa ter uma noção do que os julgadores do passado fizeram coletivamente. Não é aceitável usar julgados isolados como se estes representassem a completude do entendimento de um tribunal. Isso, além de uma simplificação odiosa, está em desconformidade com a práxis do common law de se diz estar buscando inspiração*” (*Novo CPC – Fundamentos e sistematização*, p. 352)

³¹⁶THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 355.

que pertine ao precedente judicial, a observância pelos órgãos judiciários inferiores (aos órgãos de cúpula), sendo tal inobservância passível de ajuizamento de reclamação pela parte interessada.

O art. 1.042 disciplina os casos que cabe agravo da decisão de presidente ou de vice-presidente do tribunal que: I indeferir pedido formulado com base no art. 1.035, § 6º ou no art. 1.036, § 2º, de inadmissão de recurso especial ou extraordinário intempestivo; II - inadmitir, com base no art. 1.040, inciso I, recurso especial ou extraordinário sob o fundamento de que o acórdão recorrido coincide com a orientação do tribunal superior; III - inadmitir recurso extraordinário, com base no art. 1.035, § 8º, ou no art. 1.039, parágrafo único, sob o fundamento de que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inexistência de repercussão geral da questão constitucional discutida.

Disciplina o inciso II do § 1º do referido art. 1.042, que não será conhecido o recurso de agravo de inadmissão dos recursos extraordinários, se o agravante não demonstrar, de forma expressa *“a existência de distinção entre o caso em análise e o precedente invocado, quando a inadmissão do recurso: a) especial ou extraordinário fundar-se em entendimento firmado em julgamento de recurso repetitivo por tribunal superior; b) extraordinário fundar-se em decisão anterior do Supremo Tribunal Federal de inexistência de repercussão geral da questão constitucional discutida”*.

Com efeito, para que o recurso da parte seja conhecido nos tribunais superiores haverá necessidade de se demonstrar a existência de distinção entre o caso em análise e o precedente judicial (paradigma), acentuando, por conseguinte, a técnica do *distinguish* (distinção). Asseveram NUNES e HORTA que o *“distinguishing qualifica-se como uma das modalidades de ruptura (departures), e tanto maior será sua importância (e necessidade) no ordenamento jurídico de determinado país quando maior for a autoridade conferida ao direito jurisprudencial; caso contrário, menor será o espaço normativo em que poderão transitar os sujeitos processuais na construção da resposta correta a ser dada ao caso em exame”*.³¹⁷

Por fim, em relação aos incisos V e VI do § 1º do art. 489, como já visto, a decisão não será fundamentada quando se limitar a invocar precedente ou

³¹⁷ NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015. In: CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buriel de; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de (org.). *Precedentes judiciais no NCPC*. Coleção Novo CPC e novos Temas. Salvador: Juspodvm, 2015, p. 312.

enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos, ou deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Com efeito, parece indubitável o reforço do direito jurisprudencial com o novo Código de Processo Civil.

Nesse sentido, é preciso registrar, como anotam NUNES e HORTA que, ao contrário do sistema da *common law*, onde “*uma decisão não nasce como se precedente fosse; são os juízes de casos futuros que, instados a se manifestarem sobre decisões passadas, podem invocar tais decisões na qualidade de precedentes*”³¹⁸. No mesmo sentido, afirma WAMBIER que a decisão “*se torna precedente pela construção dos juízes que posteriormente atuam nos casos análogos*”³¹⁹. Ao contrário, verifica-se, no sistema jurídico brasileiro, que o julgamento do recurso (paradigma) forma o precedente judicial com força vinculante. Se o ordenamento jurídico assim preconiza, “*devemos consolidar modificações que garantam que o Tribunal, desde o primeiro julgamento, busque um esgotamento discursivo do caso levando em consideração todos os argumentos relevantes daquele caso*”, reconhecendo NUNES e HORTA que:

O novo CPC não prescinde de que o direito jurisprudencial seja aplicado sempre à luz de todos os fatos que integram o caso em análise e também dos casos sumulados ou que deram origem às teses e precedentes invocados – se pelas partes, constitui ônus destas estabelecer padrões de analogia ou de distinção; se pelo magistrado, este deverá facultar às partes o momento processual adequado para as partes se manifestarem, sob pena de violação do contraditório, após o que, levando em consideração os argumentos apresentados, procederá, de forma fundamentada, às analogias e/ou contra-analogias³²⁰.

³¹⁸ NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015. In: CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buril de; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de (org.). *Precedentes judiciais no NCPC*. Coleção Novo CPC e novos Temas. Salvador: Juspodvm, 2015, p. 308.

³¹⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 48.

³²⁰ NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015. In: CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buril de; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de (org.). *Precedentes judiciais no NCPC*. Coleção Novo CPC e novos Temas. Salvador: Juspodvm, 2015, p. 310.

Como dito no capítulo anterior, não há como compreender a noção de precedente judicial no ordenamento jurídico brasileiro, sem a devida aplicação do devido procedimento legal, particularmente, da visão sistemática dos artigos 357, 371 e 489 do novo Código de Processo Civil, onde a razão jurídica (*ratio legis* e *ratio decidendi*) se estabilizam em contraditório substancial. É na decisão de saneamento e de organização do processo que as questões de fato e de direito devem ser resolvidas. Com a decisão de saneamento estabiliza-se a demanda, premissa para que os sujeitos processuais encaminhem um processo jurisdicional democrático compatível com o Estado Democrático de Direito.

É sabido que nem todas as normas juridicamente relevantes de um sistema jurídico têm sua origem nos órgãos legislativos, procedendo muitas da atividade judiciária. Afirmar NINO que: “As normas de origem judiciária não só constituem o núcleo mais importante de alguns sistemas jurídicos – o chamado *common law*, vigente sobretudo na Inglaterra e nos Estados Unidos -, mas também têm uma vigência não desdenhável para a solução dos casos nos sistemas de tipo continental europeu, como o argentino”³²¹. O principal critério para a seleção de precedentes é a analogia que devem ter os casos julgados com o que se pretende solucionar³²². Porém, conclui NINO, não há regras para estabelecer entre os casos que semelhanças são relevantes e que diferenças são irrelevantes.

Parte BUSTAMANTE da constatação de que “se a *ratio decidendi* é uma norma do tipo regra, então, segue-se que a operação necessária para sua aplicação em um caso futuro será a subsunção”, pois é “através da subsunção dos fatos do caso concreto a uma norma universal previamente existente que são aplicados os precedentes judiciais”³²³.

³²¹ NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 346. Anota o autor: “Poder-se-ia dizer que a distinção ente os sistemas do *common law* e os de tipo continental limita-se a uma questão de grau em relação à extensão das áreas cobertas pela legislação ou pelas normas jurisprudenciais e à maior ou menor força obrigatória atribuída a cada uma dessas espécies de normas (força obrigatória que, no caso dos precedentes, é denominada *stare decisis*)” (*Introdução à análise do direito*, p. 346).

³²² NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 347.

³²³ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 468. Como adverte o autor: “A técnica do precedente apenas se torna relevante nos casos em que é possível extrair uma *ratio decidendi* do tipo regra que seja capaz de elevar o grau de objetivação do Direito. São os precedentes com uma estrutura hipotético-condicional, com uma estrutura de regra, que cumprem sua função de produzir certeza e objetividade para o Direito. Sem uma estrutura silogística, a universalizabilidade e a igualdade de tratamento em face de um caso concreto deixam de ser atingíveis” (*Teoria do precedente judicial*, p. 468).

Dentre os mais importantes problemas de aplicação das regras jurisprudenciais, ressalta BUSTAMANTE a aplicação de precedentes por analogia. Afirma o referido autor que “o desenvolvimento do Direito a partir de precedentes judiciais envolve a analogia”, pois é “com a sua ajuda que no período clássico do direito romano, por exemplo, os jurisconsultos construía sua *case law* e buscavam critérios para realizar a *interpretatio* e extrair de regras anteriores um princípio capaz de orientar a solução dos problemas jurídicos sobre os quais eles se debruçavam”³²⁴.

Pondera BUSTAMANTE que “antes de aplicar a analogia é necessária uma decisão interpretativa para determinar qual é o significado do enunciado normativo estabelecido pelo legislador – ou, no nosso caso, pelo precedente judicial -, sendo que somente se poderá cogitar da analogia, enquanto método de integração do Direito, quando se tiver concluído pela existência de uma lacuna no caso concreto”³²⁵.

Sobre a influência dos princípios jurídicos na estrutura da argumentação por analogia, menciona BUSTAMANTE que a “*ratio de determinada regra jurídica, só se pode encontrá-la nos princípios que a justificam e a tornam coerente com o restante do ordenamento jurídico a que pertence*”, mencionando, ainda, que:

Assim, para justificar a conclusão obtida por analogia é necessário refazer a ponderação levada a cabo pelo legislador (ou pelo tribunal, tratando-se de um precedente judicial) e verificar se é razoável ou correto manter as mesmas relações de prioridade condicionadas entre os princípios que estão por trás da regra estabelecida pelo legislador para o caso paradigmático. Um tal juízo de razoabilidade ou correção deve estar fundamentado por uma teoria normativa da argumentação jurídica”. Nota-se, destarte, uma associação indispensável entre os conceitos de analogia, princípios e argumentação, pois é simplesmente impossível justificar racionalmente uma analogia senão por meio dos princípios escolhidos ao se concretizar a regra a ser analogicamente aplicável³²⁶.

CROSS e HARRIS, em estudo sobre o precedente no direito inglês, afirmam que diante de um precedente singular, é possível pontuar três estágios na argumentação jurídica por analogia:

³²⁴ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 503.

³²⁵ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 513.

³²⁶ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 522.

Em primeiro lugar tem-se a percepção da relevante semelhança entre o caso anterior e aquele que está diante da Corte. No passo seguinte há que se determinar a *ratio decidendi* do caso anterior e finalmente há a decisão de aplicar aquela *ratio decidendi* ao caso momentâneo. Pode-se dizer que a analogia deve ser empregada no primeiro estágio, ela não atua em nenhuma parte do segundo estágio mas é frequentemente decisiva no terceiro onde o juiz tem de considerar se os fatos do caso que está defronte ele assemelham-se suficientemente com o caso anterior, para tornar necessária a aplicação da *ratio decidendi* daquele ou para justificá-lo em aplicar o precedente, se ele deseja agir assim.³²⁷

Contudo, afirmam referidos autores que essa análise se torna incompleta, quando se tem em conta mais que uma decisão passada:

Quando diversas decisões são envolvidas, a fundamentação consiste em quatro estágios: a percepção de analogias (que podem frequentemente conflitar) entre o caso concreto e um número de casos precedentes, a determinação das *rationes decidendi* dos casos anteriores, a construção de uma regra ou de regras a partir dessa *rationes* e a decisão de aplicar a regra ou uma das regras ao caso examinado.³²⁸

Esse processo mental, portanto, psicológico, deve ser materializado e efetivado pelo devido processo constitucional jurisdicional, respeitando-se a garantia processual de participação em contraditório dos destinatários do provimento jurisdicional. Não se deve esquecer que a descoberta da *ratio decidendi* do caso anterior é, em primeiro lugar, um processo psicológico³²⁹, razão pela qual é o devido processo condição *sine qua non* para a construção da decisão jurisdicional compatível com o Estado Democrático de Direito.

Convém, nesse momento, apresentar dois casos de aplicação do argumento jurídico por analogia no sistema do *Common Law*. O primeiro do direito inglês e o segundo do direito americano.

³²⁷ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. (Clarendon Law Series). Oxford: Clarendon Press, 2004, p. 192. Tradução livre: “*First comes the perception of relevant likenesses between the previous case and the one before the court. Next there is the determination of the ratio decidendi of the previous case and finally there is the decision to apply that ratio to the instant case. Analogy may be said to be employed at the first stage, it plays no part at the second stage but it is frequently decisive at the third where the judge has to consider whether the facts of the case before him resemble those of the previous case sufficiently to necessitate the application of its ratio decidendi, or to justify him in applying it if he wishes to do so*”.

³²⁸ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. (Clarendon Law Series). Oxford: Clarendon Press, 2004, p. 196. Tradução livre: “*When several decisions are involved the reasoning consists of four stages the perception of analogies (which may frequently conflict) between the instant case and a number of previous ones, the determination of the rationes decidendi of the previous cases, the construction of a rule or rules from those rationes and the decision to apply the rule, or one of the rules, to the instant case*”.

³²⁹ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. (Clarendon Law Series). Oxford: Clarendon Press, 2004, p. 195. Tradução livre: “*The discovery of the ratio decidendi of the previous case is primarily a psychological problem*”.

O primeiro exemplo de aplicação do argumento jurídico por analogia se passou no sistema jurídico inglês, no famoso caso *Donoghue v. Stevenson*. Em geral, se considera que a *ratio decidendi* do caso *Donoghue's* é a seguinte: “Se um fabricante vende seus produtos de forma tal que fique claro eu pretende que o produto alcance um consumidor final do jeito que ele entregou, sem uma possibilidade razoável de uma verificação intermediária, e com o conhecimento de que a ausência de um cuidado razoável na preparação ou na conservação do produto resultará em uma ofensa ou dano à vida ou à propriedade do consumidor, ele tem perante o consumidor o dever de tomar os cuidados razoáveis”.³³⁰

Posteriormente, no caso *Haseldine v. Daw*³³¹, o reclamante alegava prejuízos em consequência do colapso de um elevador no qual ele estava subindo em sua ida para o apartamento de um proprietário em um grande bloco. O proprietário havia contratado uma firma de engenheiros para reparar o elevador e a falha ocorreu em consequência da negligência deles. A questão posta diante da Corte de apelação era se a Corte estaria obrigada a julgar pelo reclamante contra os engenheiros. A maioria adotou o ponto de vista expressados no voto apresentado pelo juiz Goddard L J: “quando os fatos mostram que nenhuma inspeção intermediária é possível ou prevista o reparador de uma construção permanece em uma posição não diferente daquela de um fabricante e tem os mesmos deveres de cuidado para uma pessoa que ordinariamente poderia fazer uso da coisa reparada”.³³²

BANKOWSKI, adotando a formalização de Martin Golding (1984), mostra como *Haseldine v. Daw* foi decidido por analogia ao caso *Donoghue v Stevenson*:

1. Um fornecedor de cerveja fornece um produto pretendendo (i) alcançar o consumidor final (ii) de tal forma a deixá-lo sem nenhuma possibilidade razoável de exame do produto pela pessoa interposta entre o consumidor e o produtor (v.g. o comerciante que adquire o produto do fornecedor e vende ao consumidor final).
2. Um fornecedor de um elevador fornece um produto pretendendo (i)

³³⁰ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. (Clarendon Law Series). Oxford: Clarendon Press, 2004, p. 192. Tradução livre: “a manufacturer of products, which he sells in such a form as to show that he intends them to reach the ultimate consumer in the form in which they left him no reasonable possibility of intermediate examination and with the knowledge that the absence of reasonable care in the preparation or putting up of the products will result in an injury to the consumer’s life or property, owes a duty to the consumer to take that reasonable care”.

³³¹ [1941] 2 KB 343.

³³² CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. (Clarendon Law Series). Oxford: Clarendon Press, 2004, p. 193. Tradução livre: “Where the facts show that no intermediate inspection is practicable or is contemplated, a repairer of a chattel stands in no different position from that of a manufacturer, and owes such a duty of care to a person who, in the ordinary course, may be expected to make use of the thing repaired”.

alcançar o consumidor final (ii) de tal forma a deixá-lo sem nenhuma possibilidade razoável de exame do produto pela pessoa interposta entre o consumidor e o produtor.

3. Um fornecedor de cerveja (iii) tem o dever de cuidado razoável com esse consumidor, não obstante a falta de um vínculo contratual;

4. Ser o fornecedor de um produto que (i) pretenda alcançar o consumidor final (ii) de tal forma que deixe o consumidor sem a possibilidade razoável de exame do produto pela pessoa interposta entre o consumidor e o produtor é relevante (iii) para ter um dever de cuidado razoável em relação a esse consumidor, não obstante a falta de vínculo contratual direto entre consumidor e produtor;

5. Ao menos que existam circunstâncias relevantes que apontem no sentido contrário, o fornecedor de um elevador (iii) tem um dever de cuidado razoável em relação a esse consumidor, não obstante a falta de vínculo contratual direto entre consumidor e produtor;

6. Não há circunstâncias relevantes que apontem no sentido contrário;

7. O fornecedor de um elevador (iii) tem um dever de cuidado razoável em relação a esse consumidor, não obstante a falta de vínculo contratual direto entre consumidor e produtor;

8. A & P. Steven Ltda é fornecedora de um elevador;

9. A & P. Steven Ltda. tem um dever de cuidado razoável, não obstante a falta de vínculo contratual direto entre consumidor e produtor.³³³

GUEST argumenta que a tese proposta por DWORKIN, de que em casos difíceis (“*Hard Cases*”) decisões prévias exercem “força gravitacional” de imparcialidade, constitui boa referência sobre o que se deve entender por *ratio decidendi* de uma decisão:

Por que é relevante que, em um caso anterior, um juiz concedeu compensação por danos contra um fabricante final, mas irrelevante que o nome do réu fosse Smith ou que ele fosse negro? A relevância só pode ser da imparcialidade ou, pode ser, uma virtude similar, tal como tratar as pessoas como iguais. Distingões com base no nome ou na pele são parciais (unfair). A idéia de que é à imparcialidade que se recorre no argumento jurídico a respeito de casos decididos significaria claramente que os argumentos de valor são intrínsecos ao argumento jurídico. Quando, por exemplo, dizemos a um juiz que o caso *Denoghue x Stevenson* se aplica ao caso de nosso cliente, estamos, segundo Dworkin, dizendo que seria parcial (unfair) o juiz decidir de outra maneira. Por que? Porque a Sra. Denoghue havia sido tratada relevantemente da mesma maneira que estamos insistindo que o nosso cliente seja tratado. Esta caracterização extrai bom sentido do uso extenso de argumentos por analogia.³³⁴

O segundo exemplo de aplicação do argumento jurídico por analogia se passou no sistema jurídico americano no século XIX, no famoso caso *Adams vs. New Jersey Steamboat Co.*³³⁵. Consta que Adams ia de Nova York a Albany a bordo

³³³ BÁNKOWSKI, Zenon. *Vivendo plenamente a lei*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 163.

³³⁴ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 61-63.

³³⁵ *Adams vs. New Jersey Steamboat Co.*, 151 N.Y. 163 (1896). (WEINREB, Lloyd L. *A razão jurídica: o uso da analogia no argumento jurídico*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2008, p. 21, nota 1).

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 pronunciou um veredicto favorável a Adams, que teve ganho de causa. O julgamento foi confirmado quando da apelação, e o requerido intentou novo recurso de apelação no Tribunal Recursal de Nova York.³³⁶

Como assevera WEINREB:

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, independente de 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.³³⁷

Em contraponto à semelhança acima referida, conjectura WEINREB que “*poder-se-ia pensar que o camarote de um 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 relações de um operador de barco a vapor com seus passageiros das de um operador de vagão-dormitório de trem com seus passageiros*”³³⁸.

³³⁶ WEINREB, Lloyd L. *A razão jurídica: o uso da analogia no argumento jurídico*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2008, p. 21.

³³⁷ WEINREB, Lloyd L. *A razão jurídica: o uso da analogia no argumento jurídico*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2008, p. 21-22.

³³⁸ WEINREB, Lloyd L. *A razão jurídica: o uso da analogia no argumento jurídico*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2008, p. 22.

Nesse sentido, conclui WEINREB que a “*analogia entre um hotel e um barco a vapor que oferece camarotes aos passageiros desempenha evidentemente um papel fecundo no raciocínio do tribunal*”, fazendo “*uso de argumentos relativos ao interesse público para explicar a norma existente que se aplica a hotéis, a qual é então aplicada a barcos a vapor com base na analogia*”, esforçando o tribunal “*para explicar por que não há uma analogia pertinente entre um vagão-dormitório e um hotel*”³³⁹.

Para WEINREB, no caso *Adams vs. New Jersey Steamboat Co.*, a aplicação do argumento jurídico por analogia foi central na decisão tomada pelo Tribunal de Nova York, mencionando que a ordem de pensamento caminha da analogia para o princípio jurídico em referência, porquanto não “*é a analogia que depende da norma, mas a norma que depende da analogia, a qual é o meio pelo qual os elementos do direito passam a ter relação com os fatos específicos de cada caso*”.³⁴⁰

Essa questão de se o pensamento caminha da analogia para o princípio, ou, se atende a uma forma mais ampla de dedutivismo, é ponto divergente na doutrina, advertindo BANKOSWKI que “*embora a analogia pareça mover-se de caso para caso, ela pode também ser vista de uma maneira dedutiva, pois a definição da essência do caso tomado como ponto de partida torna-se então o princípio de onde deduzimos as conseqüências*”, concluindo que, por certo “*isso não funciona de maneira assim tão simples, e a formalização é bastante complexa*”.³⁴¹

Não obstante a complexidade da construção mental do pensamento, assevera BANKOSWKI³⁴² que a resposta à questão de saber se a analogia está correta, se o caso que se quer resolver se subsume corretamente a ela, se a definição da essência do caso tomado como ponto de partida da analogia realmente abrange o caso que se deve decidir, envolve não um problema cognitivo, mas valorativo.

De fato, a ausência de norma jurídica (modal deôntico) específica para determinada conduta pode, a princípio, deixar uma grande carga de discricionariedade ao juiz. No entanto, pode-se conjecturar que quando o juiz aplica o argumento jurídico por analogia, após a observância do devido processo

³³⁹ WEINREB, Lloyd L. *A razão jurídica: o uso da analogia no argumento jurídico*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2008, p. 23.

³⁴⁰ WEINREB, Lloyd L. *A razão jurídica: o uso da analogia no argumento jurídico*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2008, p. 89.

³⁴¹ BÂNKOWSKI, Zenon. *Vivendo plenamente a lei*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 162.

³⁴² BÂNKOWSKI, Zenon. *Vivendo plenamente a lei*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 163-164.

constitucional jurisdicional, não afronta o Estado Democrático de Direito.

A premissa parte da constatação de que tanto a regra jurídica derivada da lei, quanto do precedente judicial, deve obedecer ao devido processo legal, particularmente, a visão sistemática dos artigos 357, 369, 371 e 489, do Código de Processo Civil (2015), que enunciam a razão jurídica (*ratio legis* e *ratio decidendi*), e estabilizam e fundamentam a demanda, sob contraditório substancial. A decisão de saneamento e de organização do processo estabiliza as questões de fato e de direito que, após testificação pelo instituto da prova (procedimento processualizado), servem de fundamento (razões da decisão) para um pronunciamento decisório participado e democrático, única resposta compatível com o Estado Democrático de Direito.

A lacuna deixada pela sociedade política democrática de direito (ausência de universalidade jurídica da licitude), diante da particularidade dos fatos relevantes da causa, só pode ser resolvida pela singularidade da decisão jurisdicional. Essa singularidade da decisão jurisdicional deve respeitar o devido processo constitucional jurisdicional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final, pode-se defender que o argumento jurídico por analogia é compatível com o Estado Democrático de Direito se, e somente se (bicondicional), observado o devido processo constitucional jurisdicional. É a partir da metalinguagem do “devido processo” que o argumento jurídico por analogia é passível de construir uma decisão jurisdicional participada e democrática compatível com o Estado Democrático de Direito. Para tanto, tentou-se demonstrar que entre o reconhecimento da Lacuna e sua colmatação pela analogia surge como necessária a estrita observância do devido processo constitucional, vinculando a jurisdição ao Estado Democrático de Direito. Neste sentido, o presente trabalho percorreu três pontos reflexivos.

A primeira reflexão (capítulo 1) nos foi possível perceber que os sistemas jurídicos são concebidos como sistemas normativos, coativos e institucionalizados e, por serem institucionalizados, são inclusivos, reivindicam supremacia e são abertos; que a noção de ordenamento jurídico possui como características a unidade, a coerência e a completude (completabilidade) e que, apenas na ausência de um critério para a escolha de qual das regras gerais – exclusiva ou inclusiva – a ser aplicada, é que se poderia falar em incompletude. Verificou-se que no ordenamento jurídico brasileiro vigente, pela interpretação sistemática dos artigos 140 e 8º do Novo Código de Processo Civil, e do artigo 4º da Lei Federal n. 12.376/2010 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro), o juiz está habilitado a aplicar, na ausência de regra jurídica específica para o caso, a analogia, porquanto, da leitura sistemática dos artigos referidos têm-se que o juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico (art. 140, CPC); se não pode se eximir (*non liquet*), deve aplicar o ordenamento jurídico, atendendo aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência (art. 8º, CPC); e, no caso da lei ser omissa, decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito (artigo 4º da Lei Federal n. 12.376/2010). Aqui se verificou o ponto de inflexão para abertura do problema da aplicabilidade do argumento jurídico por analogia.

Uma segunda reflexão (capítulo 2) nos foi possível perceber que a ponte que deve sustentar a aplicação do argumento jurídico por analogia é o devido processo constitucional jurisdicional. A função jurisdicional é exercida a partir da provocação

do interessado, pois é a partir da causa em questão que se deve resolver a questão da causa, e que o processo devido deve ser entendido como o devido processo. Neste sentido, o argumento jurídico por analogia é compatível com o Estado Democrático de Direito, se observado o devido processo constitucional. Sabe-se que a linguagem natural, base comunicativa do direito, é falha, ambígua e lacunosa. Contudo, a demarcação de um direito devidamente processualizado pode minorar os efeitos nefastos de um direito dogmático e positivista ainda caracterizado pela dogmática analítica. O *locus* do *logos* do analógico deve ser o processo (devido processo constitucional) e não a jurisdição (solipsismo).

A terceira reflexão (Capítulo 3) foi encaminhada no sentido de que tanto a regra jurídica derivada da lei, quanto do precedente judicial, deve obedecer a o devido processo legal, particularmente, a visão sistemática dos artigos 357, 369, 371 e 489, do Código de Processo Civil (2015), que enunciam a razão jurídica (*ratio legis* e *ratio decidendi*), e estabilizam e fundamentam a demanda, sob contraditório substancial. A decisão de saneamento e de organização do processo estabiliza as questões de fato e de direito que, após testificação pelo instituto da prova (procedimento processualizado), serve de fundamento (razões da decisão) para um pronunciamento decisório participado e democrático, única resposta compatível com o Estado Democrático de Direito.

Pode-se, então, conjecturar que quando o juiz aplica o argumento jurídico por analogia, após a observância do devido processo constitucional jurisdicional, não está afrontando o Estado Democrático de Direito. A lacuna deixada pela sociedade política democrática de direito (ausência de universalidade jurídica da licitude), diante da particularidade dos fatos relevantes da causa, só pode ser resolvida pela singularidade da decisão jurisdicional. Essa singularidade da decisão jurisdicional deve respeitar o devido processo constitucional jurisdicional.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.
- ALMEIDA, Andréa Alves de. *Processualidade jurídica e legitimidade normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Max Limonad, 1969.
- ANDOLINA, Italo. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional. *Revista de Processo* v. 87, p. 63-69. São Paulo, jul./set. 1997. p. 64-65.
- ARAÚJO, Vandyck Nóbrega de. *Idéia de sistema e de ordenamento no direito*. Porto Alegre: Fabris, 1986.
- ATIENZA, Manuel. *Algunas tesis sobre la analogia em el derecho*. DOXA. Cuadernos de filosofia del derecho. N. 2. ano 1985. P. 227.
- AVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- ASSIS, Jacy de. *Procedimento ordinário*. São Paulo: Livraria dos Advogados Editora Ltda, 1975.
- BACHELARD, Gaston. *O pluralismo coerente da química moderna*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2009.
- BAGGINI, Julian; FOSL, Peter S. *As ferramentas dos filósofos: Um compêndio sobre conceitos e métodos filosóficos*. São Paulo: Edições Loyola, 2008.
- BÁNKOWSKI, Zenon. *Vivendo plenamente a lei*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- BARROS, Flaviane de Magalhães. O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo de Andrade (Coords.). *Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- BERMUDES, Sérgio. *A reforma judiciária pela Emenda Constitucional n. 45: observações aos artigos da Constituição Federal alterados pela Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BILLIER, Jean Cassien; MARYIOLI, Aglaé. *História da filosofia do direito*. São Paulo: Manole, 2005.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BORGES DE MACEDO, Ubiratan. *O Liberalismo moderno*. São Paulo: Massao Ohnor, 1997.

BRAZ TEIXEIRA, Antônio. *Sentido e valor do direito*. Introdução à filosofia jurídica. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1999.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e o Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e o Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e o Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

BRÊTAS, Ronaldo Dias de Carvalho. Novo Código de Processo Civil e processo constitucional. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 23, n. 92, p. 225-240, out./dez. 2015.

BROCHADO, Mariá. *Direito e ética: a eticidade do fenômeno jurídico*. São Paulo: Landy Editora, 2006. p. 205.

BUNGE, Mário. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Perspectiva, 2012.

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

CARNELUTTI, Francesco. *Metodologia do direito*. São Paulo: Editora Palhares, 2012.

CARVALHO NETO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Contribuições para uma teoria discursiva da constituição e do processo constitucional a partir do caso brasileiro. In: THEODORO JR., Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle José Coelho. *Processo e Constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais*. Rio de Janeiro: GZ Ed, 2010.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Processo constitucional*. Belo Horizonte: Pergamum, 2013.

CIRNE LIMA, Carlos. *Realismo e dialética: a analogia como dialética do realismo*. Porto Alegre: Editora Globo S.A, 1967

COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

COING, Helmut. *Elementos fundamentais da filosofia do direito*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002.

COLLI, Giorgio. *O nascimento da filosofia*. Lisboa: Edições 70, 2010.

CORDEIRO LEAL, André. Direito Processual – Texto Jurídico e Norma Processual: implicações hermenêuticas. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). *Estudos continuados de teoria do processo*. Porto Alegre: Síntese, 2000.

CORDEIRO LEAL, André. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CORDEIRO LEAL, André. *A instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

COSTA, Elcias Ferreira da. *Analogia jurídica e decisão judicial*. Porto Alegre: Fabris, 1987.

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. (Clarenton Law Series). Oxford: Clarenton Press, 2004.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DEL NEGRI, André. *Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo: teoria da legitimidade democrática*. 2a. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual civil*. Trad. 8ª Ed. Elaine Nassif. 1ª Ed. Campinas: Bookseller, 2006.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Verbete: Analogia. *in*. Enciclopédia Saraiva do Direito: coordenação do Prof. R. Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1978. Vol. 2.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Por que ler Kelsen, hoje. COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. São Paulo: Max Limonad, 1996. Prólogo.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo de direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2001.

FIORIN, José Luiz. *Argumentação*. São Paulo: Contexto, 2015.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. São Paulo: Malheiros, 2014.

GREGO, Leonardo. O princípio do contraditório. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Editora Renovar/São

Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Introdução ao direito processual constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

GUIMARAES, Aquiles Côrtes. *Pequena introdução à filosofia política: A questão dos fundamentos*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007.

HESPANHA, Antonio Manuel. *História das Instituições*: Coimbra, Almedina, 1982.

HESPANHA, Antonio Manuel. *Pluralismo jurídico e direito democrático*. São Paulo: Annablume, 2013.

HORN, Norbert. *Introdução à ciência do direito e a filosofia jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005.

INGRAM, David. *Filosofia do direito: conceitos-chave em filosofia*. Porto Alegre: Artmed, 2010.

KAUFMANN, Arthur. *La filosofía del derecho em la posmodernidad*. Bogotá: Editorial Temis, 1998.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Judicial*. São Paulo: Landy, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Relativização inconstitucional da coisa julgada: temática processual e reflexões jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. Modelos processuais e Constituição Democrática. MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo de Andrade (Coords.). *Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como teoria da lei democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo – Primeiros estudos*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo civil e sociedade civil. http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2005/Docentes/PDF/processo%20civil%20e%20sociedade%20civil.pdf. Acessado em 23/10/2015.

LOPES, Edward. *Discurso, texto e significação: uma teoria do interpretante*. São Paulo: Cultrix, 1978.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACCORMICK, Neil. Direito, interpretação e razoabilidade. In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACEDO, Silvio de. *Introdução à filosofia do direito: uma nova metodologia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1993.

MACIEL, Adhemar Ferreira. *Memórias de um juiz federal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MALLET, Estevão. Notas sobre o problema da chamada “decisão-surpresa”. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. v. 109. p. 389-414. Jan/dez. 2014. Acessado em 06/09/2015:

http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/89239/Rev_2014_12.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MERQUIOR, José Guilherme. *O Liberalismo antigo e moderno*. São Paulo: É Realizações Editora, 2014.

MORENTE, Manuel Garcia. *Fundamentos de filosofia*. Lições preliminares. Editora Mestre Jou. São Paulo: 1964.

MOSER, Paul K; DWAYNE, H. Mulder; TROUT, J. D. *A teoria do conhecimento: uma introdução temática*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2008.

MULLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NEIVA, Eduardo. *O racionalismo crítico de Popper*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves Editora S.A., 1999.

NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2011.

NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015. In: CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buriel de; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de (org.). *Precedentes judiciais no NCPC*. Coleção Novo CPC e novos Temas. Salvador: Juspodvm, 2015.

PERELMAN, Chaïm. *Retóricas*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PERELMAN, Chaïm. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PINZANI, Alessandro. *Habermas*. Porto Alegre: Artmed, 2009

POPPER, Karl. *Autobiografia intelectual*. São Paulo: Cultrix, 1977.

PORTO, Sérgio Gilberto. USTÁRROZ, Daniel. *Lições de direitos fundamentais no processo civil*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2009.

PRATES, Tatiana Maria Oliveira. Das formas de Estado à Constitucionalidade democrática. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.); WALTER, Carlos H. (org.) et ali. *Uma pesquisa institucional de Estado, Poder Público e União na Constitucionalidade brasileira: significados equívocos e a interpretação do direito; busca de um novo medium linguístico na teoria da constitucionalidade democrática*. Belo Horizonte: Del Rey/FUMEC/FCH/2008.

RAZ, Joseph. *Razão prática e normas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

RUSSEL, Bertrand. *Os problemas da filosofia*. Lisboa: Edições 70, 2008.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de linguística geral*. São Paulo: Cultrix, 2012.

SGARBI, Adrian. *Teoria do Direito: Primeiras lições*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e decisão jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas: o fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiano. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 52, Número 206. abr/jun. 2015

TAVARES, André Ramos. *Fronteiras da hermenêutica constitucional*. Editora Método: São Paulo, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel (coord.) *Constituição e processo: A constituição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte, Del Rey, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. *Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação do direito brasileiro: análise da convergência entre o civil law e o common law e dos*

problemas da padronização decisória. In: Revista de Processo, Ano 35, nº. 189, Revista dos Tribunais: São Paulo, nov. 2010, p. 09-52.

THEODORO JÚNIOR., Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Princípio do contraditório no direito brasileiro. In. THEODORO JR., Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle José Coelho. *Processo e Constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais*. Rio de Janeiro: GZ Ed, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. Novo código de processo civil: fundamentos e sistematização. Rio de Janeiro: GEN Forense, 2015.

VERSIANI VELLOSO. Augusto. *Textos de direito romano traduzidos*. Imprensa Oficial de Minas: Belo Horizonte, 1923.

VIEIRA, José Marcos Rodrigues. *Da ação cível*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Noeses, 2010.

VILLELA, João Batista. *O problema das lacunas do ordenamento jurídico e os métodos para resolvê-lo*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Outubro de 1961.

WALTER. Carlos H. *Processo como hermenêutica paradigmática (a partir de Fazzalari, Baracho, Fix-Zamudio, Andolina, Vignera e Rosemiro Leal)*. Meritum - Belo Horizonte – v. 1 – n. 1 – p. 179-208 – jul./dez. 2006.

WALTON, Douglas. *Lógica informal: manual de argumentação crítica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

WEIL, Eric. *Hegel e o Estado: cinco conferências seguidas de Marx e a filosofia do direito*. São Paulo: É Realizações Editora, 2011.

WEINREB, Lloyd. *A razão jurídica: o uso da analogia no argumento jurídico*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2008.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. São Paulo: Atlas, 2014.