

GABRIEL DE CARVALHO FERNANDES

ANALOGIA NO DIREITO
Classificação Conceitual e Similaridade

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Associado Dr. Juliano Souza de Albuquerque Maranhão

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2021

GABRIEL DE CARVALHO FERNANDES

ANALOGIA NO DIREITO

Classificação Conceitual e Similaridade

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito na Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito na área de concentração de Filosofia e Teoria Geral do Direito, sob a orientação Professor Associado Dr. Juliano Souza de Albuquerque Maranhão.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2021

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Fernandes, Gabriel de Carvalho

Analogia no Direito: classificação conceitual e similaridade ; Gabriel de Carvalho Fernandes ; orientador Juliano Souza de Albuquerque Maranhão -- São Paulo, 2021.

147 p.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2021.

1. Raciocínio por analogia. 2. Teoria do Direito. 3. Neil MacCormick. 4. Robert Alexy . 5. Frederick Schauer. I. Maranhão, Juliano Souza de Albuquerque, orient. II. Título.

FOLHA DE APROVAÇÃO

Nome: FERNANDES, Gabriel de Carvalho

Título: Analogia no Direito: classificação conceitual e similaridade

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito na Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação Professor Associado Dr. Juliano Souza de Albuquerque Maranhão.

Aprovado em: ____/____/____

Banca Examinadora

Prof. Dr.	_____	Instituição	_____
Julgamento	_____	Assinatura	_____
Prof. Dr.	_____	Instituição	_____
Julgamento	_____	Assinatura	_____
Prof. Dr.	_____	Instituição	_____
Julgamento	_____	Assinatura	_____
Prof. Dr.	_____	Instituição	_____
Julgamento	_____	Assinatura	_____

AGRADECIMENTOS

Escrever um trabalho acadêmico é uma tarefa incrivelmente solitária e, ao mesmo tempo, impossível de ser realizada por conta própria. Sou grato a todas as pessoas que me apoiaram, de um modo ou de outro, ao longo do processo de pesquisa e escrita desta dissertação.

A Juliano Maranhão, pela orientação e sugestões precisas que contribuíram para o desenvolvimento da pesquisa. A Ronaldo Porto Macedo Jr. e Edécio Gonçalves de Souza, pela avaliação e sugestões realizadas na banca de qualificação deste trabalho, decisivos para o caminho que o trabalho seguiu. A José Reinaldo de Lima Lopes, pelos comentários que fez ao projeto de pesquisa. A João Vergílio Cuter, Samuel Rodrigues Barbosa e Luciana Reis pelas reflexões em sala de aula que contribuíram para testar alguns dos argumentos que defendo na pesquisa.

A André Misiara, Beatriz Lyrio, Diogo Lins, Luiza Martinez, Lucas Borges, Luis Filipe Azevedo, Liliana Guimarães, Miguel Nicacio, Pedro Lucas Ferrari, Rafael Teodoro, Taís Jank e Yuri Helfstein, por compartilharem comigo as delícias da vida gregária. A Danilo Cançado, Marcelo Tedeschi, Nicolau Spadoni, Rafael Rangel e Rodrigo Valverde, que sempre sabem se fazer presentes nos momentos fundamentais. A Bruno Renzetti e Danilo Sousa por emprestarem suas mãos e olhares para a leitura de minhas páginas ensaísticas. A Yan Viera pelas aulas de direito franciscano.

A meus pais pelo apoio e carinho indefectível. A Marina, Marcelo, Lucas e Paula pelas tardes curtas e longas madrugadas. A Mel, minha primeira leitora, que me mostra todos os dias o sentido de nossa narrativa conjunta.

A todos por trás do Sci-Hub e da Library Genesis, as instituições de pesquisa mais democráticas que conheço. Vida longa e www.

Ora, para estarmos bem seguros é sobretudo com relação às semelhanças que é preciso manter-nos em constante guarda: na verdade, é um gênero extremamente escorregadio.

Platão, *Sofista*.

RESUMO

FERNANDES, Gabriel de Carvalho. Analogia no Direito: classificação conceitual e similaridade. 2021. 147 p. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

Nessa dissertação, tenho por objeto o raciocínio por analogia. Meu objetivo é apresentar como a teoria do direito explica o raciocínio analógico no direito. Para cumprir com essa tarefa, mapeio o debate teórico sobre o uso e funcionamento de argumentos analógicos na filosofia direito e comparo tal discussão com o debate existente na literatura de teoria da argumentação. Meu diagnóstico é de que há uma abordagem padrão na literatura jurídica, que confunde justificção de um raciocínio com sua validade lógico-formal. Argumento que esta é uma posição insustentável e proponho três parâmetros para orientar a avaliação de teorias da analogia: antirreducionismo, pluralidade de âmbitos epistêmicos e contextualização institucional. A partir desses parâmetros, avalio criticamente teorias sobre o raciocínio por analogia no direito, considerando a relação do raciocínio analógico com outras operações no direito: o silogismo jurídico, a partir da teoria de Neil MacCormick; a ponderação de princípios, a partir da teoria de Robert Alexy; e a aplicação de precedentes, a partir da teoria de Frederick Schauer. Defendo que o raciocínio por analogia deve ser compreendido como um jogo de semelhanças – um jogo de linguagem orientado para a avaliação de parentesco entre diferentes objetos – que, no direito, adquire características específicas em razão da natureza institucional e argumentativa dessa prática social.

Palavras-chave: Raciocínio por analogia; Teoria do Direito; Neil MacCormick; Robert Alexy; Frederick Schauer.

ABSTRACT

FERNANDES, Gabriel de Carvalho. *Analogia no Direito: classificação conceitual e similaridade*. 2021. 147 p. Master's dissertation – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2021.

The object of this dissertation is analogical reasoning. My goal is to show how legal theory explains analogical reasoning in law. To that end, I map the theoretical debate regarding analogies in legal theory and contrast it with the debate existent in argumentation theory. The comparison reveals that there is a mainstream approach to analogy in legal literature, that conflates analogical reasoning justification with its logical validity. I argue that such position must be rejected and further suggest three factors to assess theories of analogical reasoning: antireductionism, plurality of epistemic domains and institutional contextualization. Considering such factors, I then assess theories of analogical reasoning that relate it with other mental operations in law: the legal syllogism, by Neil MacCormick; balancing of principles, by Robert Alexy; and application of precedents, by Frederick Schauer. I argue that analogical reasoning is better understood as a resemblance's game – a language game driven by the assessment of family resemblances of objects – that, within the legal practice, acquires specific characteristics due to the institutional and argumentative nature of such social practice.

Keywords: Analogical Reasoning; Legal Theory; Neil MacCormick; Robert Alexy; Frederick Schauer.

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1. TEORIA DO DIREITO E O RACIOCÍNIO POR ANALOGIA	10
1.1. ARGUMENTAÇÃO E TEORIA DO DIREITO	12
1.2. POR QUE UMA TEORIA DO RACIOCÍNIO POR ANALOGIA NO DIREITO?	16
1.3. MÉTODO	19
1.4. PLANO DA DISSERTAÇÃO	20
CAPÍTULO 2. ANALOGIA E TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO: O DEBATE NA REVISTA <i>INFORMAL LOGIC</i>	22
2.1. O PRIMEIRO <i>ROUND</i> : GOVIER <i>VERSUS</i> WALLER	22
2.2. O SEGUNDO <i>ROUND</i> : TENTATIVAS DE RECONCILIAÇÃO	29
2.3. O TERCEIRO <i>ROUND</i> : BERMEJO-LUQUE <i>VERSUS</i> SHECAIRA	34
2.4. TÓPICOS PARA UMA TEORIA DO RACIOCÍNIO ANALÓGICO	40
CAPÍTULO 3. A FRONTEIRA DO DEBATE DO RACIOCÍNIO POR ANALOGIA NA TEORIA DO DIREITO	44
2.1. O RACIOCÍNIO IMPERFEITO	47
2.2. O RACIOCÍNIO LÓGICO	52
2.3. OS CÉTICOS PERANTE O RACIOCÍNIO POR ANALOGIA	55
2.4. UMA DEFESA DO ANTIRREDUCIONISMO	59
2.5. PROBLEMAS DA ABORDAGEM PADRÃO	62
CAPÍTULO 4. ANALOGIA E O SILOGISMO JURÍDICO	66
4.1. SILOGISMO JURÍDICO E ANALOGIA EM NEIL MACCORMICK	67
4.1.1. <i>O silogismo como estrutura justificadora do raciocínio jurídico</i>	68
4.1.2. <i>A relação entre silogismo jurídico e raciocínio analógico</i>	72
4.2. TRÊS OBJEÇÕES AO DEDUTIVISMO	76
4.2.1. <i>A objeção da redução</i>	77
4.2.2. <i>A objeção da indeterminabilidade</i>	80
4.2.3. <i>A objeção kantiana</i>	82
4.3. RACIOCÍNIO POR ANALOGIA: COERÊNCIA, AJUSTAMENTO MÚTUO E SEMELHANÇAS RELEVANTES	85
4.3.1. <i>Níveis do raciocínio por analogia</i>	86
4.3.2. <i>Raciocínio analógico e coerência narrativa</i>	88
4.3.3. <i>Raciocínio analógico e coerência normativa</i>	90
CAPÍTULO 5. O RACIOCÍNIO ANALÓGICO E A PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS: UMA ANÁLISE A PARTIR DE ROBERT ALEXY	93
5.1. AS TRÊS OPERAÇÕES BÁSICAS	94
5.1.1. <i>As fórmulas da subsunção e ponderação</i>	95
5.1.2. <i>Analogia como uma nova operação básica</i>	99
5.1.3. <i>Avaliação da proposta de Alexy</i>	102
5.2. A PROPOSTA ALTERNATIVA DA RELAÇÃO ENTRE ANALOGIAS E PONDERAÇÃO	106
5.2.1. <i>A tese de redutibilidade parcial</i>	106
5.2.2. <i>O debate entre Bartosz Brożek e David Duarte</i>	108
5.2.3. <i>Avaliação da tese de redutibilidade parcial</i>	111

5.3. A RELAÇÃO ENTRE ANALOGIA E PONDERAÇÃO	114
CAPÍTULO 6. O RACIOCÍNIO ANALÓGICO E PRECEDENTES: UMA ANÁLISE A PARTIR DE FREDERICK SCHAUER	116
6.1. “RACIOCÍNIO POR PRECEDENTE”: VINCULAÇÃO E FORMULAÇÃO DE PREMISSAS NORMATIVAS	117
6.1.1. <i>Precedentes são capazes de constranger novas decisões?</i>	117
6.1.2. <i>A distinção entre a aplicação de precedentes e a aplicação de regras</i>	122
6.2. O USO DA ANALOGIA NO DIREITO	123
6.2.1. <i>A distinção entre o raciocínio analógico e o raciocínio por precedente</i>	124
6.2.2. <i>Ossos do ofício e saltos mentais</i>	127
6.3. DISTINÇÃO GRAMATICAL E CONTEXTUALIZAÇÃO INSTITUCIONAL	129
6.3.1. <i>“Sempre amigas, nunca inimigas”: a viabilidade da distinção</i>	130
6.3.2. <i>Contextualização institucional e precedentes</i>	134
CAPÍTULO 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS	136
BIBLIOGRAFIA	141

Capítulo 1. Teoria do direito e o raciocínio por analogia

Esta dissertação tem por objeto o raciocínio analógico.¹ “O ardil das analogias – e seu charme também”, Trudy Govier já escreveu, “é que geralmente podemos ver ou perceber as semelhanças importantes entre casos sem afirmá-las exaustivamente” (1989: p. 148).² À esta constatação, Bruce Waller respondeu: “nós não devemos, contudo, exagerar nem o charme, nem a persuasão” (2001: p. 212). De fato, é difícil explicar o que precisamente torna um argumento por analogia simultaneamente ardiloso e charmoso. Considere a seguinte analogia, elaborada por Judith Thomson (2012: p. 146-147):

Você acorda de manhã e descobre que está na cama ao lado de um violinista inconsciente. Um violinista inconsciente famoso. Descobre que ele sofria de uma doença renal fatal e a Sociedade dos Amantes da Música vasculhou todos os prontuários médicos disponíveis e constatou que só você tem o tipo sanguíneo compatível para ajudá-lo. Assim sendo, a Sociedade lhe sequestrou e, na noite anterior, o sistema circulatório do violinista foi conectado ao seu, de forma que os seus rins pudessem ser usados para extrair o veneno do sangue dele e também do seu. O diretor do hospital agora lhe diz: “Veja, lamentamos que a Sociedade dos Amantes da Música tenha feito isso com você – se tivéssemos sabido, nunca teríamos permitido. Mas o fato é que eles fizeram e o violinista agora está conectado com você. Desconectar você significaria matá-lo. Mas não se preocupe, é só por nove meses. No fim desse prazo, ele estará recuperado e poderá ser desconectado de você com segurança.” Você é moralmente obrigada a aceitar essa situação?

Este cenário da analogia proposta por Thomson – vou chamá-lo de agora em diante de “caso do violinista” – é um argumento famoso na filosofia sobre a moralidade do aborto. Com esta analogia, ela levanta diversas questões interessantes para reflexão, porém seu ponto principal é desenvolver um argumento que defende a moralidade do aborto em casos em que a gravidez é decorrente de um ato de força. A analogia de Thomson afirma que, se o caso do violinista nos parece ultrajante e entendemos que não temos nenhum tipo de dever moral de sustentar sua vida, também devemos manter reagir desta forma à pergunta de se há uma obrigação em aceitar uma gravidez decorrente de um estupro. Ambos os casos são análogos.

¹ Para fins terminológicos, considere uma analogia a comparação entre dois particulares que articula implícita ou explicitamente maneiras pelas quais ambos podem ser considerados similares. A partir disso, raciocínios analógicos são qualquer tipo de raciocínio organizado a partir de uma analogia. Por sua vez, um argumento analógico é modo de se defender uma conclusão ou persuadir um interlocutor a partir de um raciocínio analógico. Utilizarei estes termos, “analogia”, “raciocínio analógico” e “argumento analógico” de modo livre, como se fossem intercambiáveis.

² A tradução é minha, assim como em todas demais citações ao longo do trabalho.

A analogia de Thomson é certamente charmosa. Sua ilustração hipotética é persuasiva e nos convence de que ambos os casos devem ser tratados da mesma maneira. Porém, nas palavras de Govier, é também ardilosa. O argumento não recorre a qualquer tipo de enumeração exaustiva de semelhanças entre o caso do violinista e da gravidez por estupro. Nós, os interlocutores de Thomson, que devemos articular a premissa que une ambos os casos. Conforme será explorado em mais detalhes neste trabalho, é justamente por essa razão que Waller alerta para termos cuidado. Porém, tal tipo de argumento não é exclusivo de discussões éticas ou morais. Considere o seguinte excerto do voto do Ministro Cezar Peluso na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF (p. 387 do inteiro teor do acórdão), em que o Supremo Tribunal Federal avaliou se a interrupção da gravidez de feto anencéfalo seria conduta tipificada no Código Penal:

Argumentação análoga à da autora poderia, e isto revela mais uma das facetas do seu equívoco, ser empregada, com ligeiras adaptações, para defesa de assassinato de bebês anencéfalos recém-nascidos. Em seu âmago, a proposta seria idêntica: para resguardar alguns supostos direitos superiores da mãe, como saúde psíquica e liberdade pessoal, seria legítimo eliminar, à margem de qualquer previsão legal, a vida intra ou extrauterina do anencéfalo, porque, entre um e outro casos, muda só o momento de execução, não o ato insensível de extermínio, nem os pretextos para praticá-lo.

Em seu voto, o Ministro Peluso empregou um argumento analógico para justificar sua avaliação de que o direito da mulher de interromper a gravidez não prevaleceria perante o direito à vida do anencéfalo. Se assim o fosse, sugeriu o Ministro, então para as mães não faria diferença terminar a vida do feto ou de um bebê recém-nascido. Ele está afirmando que ambos os casos são análogos. Se concordamos que não é constitucional a conduta de matar o recém-nascido, então devemos defender a mesma conclusão para o caso do feto. Deste trecho, chamo atenção para dois pontos. Primeiro, o Ministro Peluso, assim como Thomson, não elaborou nenhuma premissa que vincule os dois casos análogos de seu argumento. Seus interlocutores que têm o dever articular tal premissa. Em segundo lugar, a formulação de Peluso chama nossa atenção para o fato de que, em sua visão, a diferença entre ambos os casos – “o momento da execução” – seria irrelevante. Diferentemente de Thomson, Peluso optou por indicar explicitamente ao menos uma diferença entre os análogos que, ao seu ver, não é importante para o estabelecimento da analogia.

O objetivo desta dissertação é compreender como a teoria do direito explica o raciocínio analógico. Como ficará claro nos capítulos seguintes, são centrais para a teorização de argumentos por analogia as questões sobre a formulação de premissas normativas que compreendam os particulares objetos da analogia e sobre a relevância da

identificação de semelhanças e diferenças entre os análogos. Contudo, a análise de teorias da analogia no direito deve ser antes contextualizada na paisagem mais ampla da teoria do direito contemporânea, que se interessa por teorias da argumentação na medida em que o direito é compreendido como uma prática institucional orientada pelo uso prático da razão. Mais especificamente, estou interessado no movimento recente da teoria em desenvolver uma conceitografia para o direito e suas diferentes gramáticas.³ Defendo que esta abordagem é particularmente útil para uma teoria do raciocínio analógico. Ao longo deste trabalho, argumentarei que tal abordagem é capaz de explicar diferentes usos de argumentos por analogia em um contexto jurídico e também de enfrentar os desafios teóricos identificados na literatura sobre argumentos por analogia.

O restante deste capítulo está dividido da seguinte maneira: contextualizo na seção 1 adiante a relação entre argumentação e a teoria do direito contemporânea. Na seção 2, elaboro uma justificativa para o estudo de argumentos analógicos no âmbito do direito. Na seção 3, apresento algumas ressalvas sobre o método de desenvolvimento do trabalho. Por fim, na seção 4 esquematizo meu argumento e o modo como o articulo ao longo da dissertação.

1.1. Argumentação e Teoria do Direito

A despeito do uso da analogia nas mais diversas práticas sociais e disciplinas de conhecimento, o tema da pesquisa é a argumentação jurídica.⁴ Em qualquer perspectiva que se assuma, a argumentação é uma atividade central para a prática do Direito. Advogados

³ Vide, a título de ilustração, a conceitografia elaborada por Ronald Dworkin, reconhecendo conceitos criteriosais, de tipos naturais e interpretativos (2006: p. 9-12). Duas das obras recentes mais relevantes e de maior fôlego no tema da objetividade se dedicam a elaborar teorias semânticas – a respeito do funcionamento da linguagem – para ancorar a objetividade na prática judicial. A partir do que chama de “Semântica KP”, inspirada em Saul Kripke e Hilary Putnam, Nicos Stravopoulos suplementa a teoria dworkiniana com uma teoria de significado a partir da propriedade de conceitos (Stravopoulos, 1999). Matthias Klatt, por sua vez, defende uma semântica inspirada em Robert Brandom, capaz de explicar como conceitos devem ser compreendidos a partir de “compromissos compartilhados” em uma comunidade interpretativa, o que garante objetividade na verificação de correção de proposições jurídicas (Klatt, 2008).

⁴ O uso da analogia é amplamente previsto no direito. Vide o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, pelo qual “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”; o art. 3º do Código de Processo Penal, pelo qual “a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”; o art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, pelo qual “as autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, (...)”; o art. 108 do Código Tributário Nacional, pelo qual “na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada: I - a analogia; (...) §1º. O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei”; o §1º do art. 1.029 do Código de Processo Civil, pelo qual a interposição de recurso extraordinário ou especial, quando fundada em dissídio jurisprudencial, está condicionada às “circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados”.

argumentam para persuadir juízes a aceitarem suas teses. Doutrinadores argumentam para explicar seus modelos de sistematização de institutos jurídicos. Juízes, como o Ministro Peluso, argumentam para justificar as decisões que tomam. Filósofos, como Judith Thomson, argumentam para defender suas teorias e atacar teorias rivais.

A argumentação, enquanto uma ramificação do estudo da linguagem no direito, somente tornou-se um objeto de estudo relevante em razão de uma mudança profunda na teoria do direito, consistente em sua percepção não mais como uma teoria da norma, mas como uma teoria de agência – o que se convencionou chamar de virada linguística.⁵ A concepção do direito enquanto prática social levou a uma grande expansão dos leques de temas explorados pela teoria do direito, principalmente em razão das várias vertentes em que a noção de prática social se desenvolveu.⁶

Uma delas é oriunda das *Investigações Filosóficas* de Ludwig Wittgenstein e distingue-se pelo papel central que atribui aos diferentes jogos de linguagem existentes nas mais variadas práticas sociais. Ao reconhecer que diferentes jogos de linguagem têm sentido próprio, orientados pela finalidade das atividades em que estão inseridos, Wittgenstein rejeita teorias de significado de pretensão universal, confrontando principalmente o tipo de visão da linguagem que entende que apenas proposições descritivas (e, portanto, verificáveis e falseáveis) seriam sensatas (isto é, teriam algum sentido). Tal rejeição é acompanhada por um alerta para as confusões linguísticas que surgem da mistura de diferentes jogos de linguagem em uma mesma prática social. É plenamente plausível compreendermos a tomada de decisão jurídica como uma atividade sensata. Apenas temos de ter o cuidado de não supor que tal sentido se reportaria aos mesmos parâmetros de objetividade da tomada de decisão médica ou da tomada de decisão matemática, por exemplo. Cada jogo corresponde a sua

⁵ Peter Hacker faz uma boa descrição do significado da virada linguística na filosofia analítica: “a virada linguística, eu sugiro, foi tomada quando se propôs (...) que o objetivo da filosofia é (a) entender a estrutura e articulações de nossos esquemas conceituais, e (b) a resolução de problemas filosóficos (a serem especificados por exemplos paradigmáticos), que derivam, *inter alia*, de obscuridades sobre o uso das palavras, de mal usos velados, e de enganosas analogias gramaticais superficiais em linguagens naturais” (2007, p. 11). A teoria de direito de Herbert Hart é paradigma desta virada. Influenciado pela filosofia do segundo Ludwig Wittgenstein e na sociologia hermenêutica de Max Weber, Hart defendeu o direito como uma prática social, cuja explicação de seu sentido passa necessariamente pela compreensão das intenções e finalidades dos agentes engajados em sua prática.

⁶ Quanto a isso, a seguinte afirmação de Ronald Dworkin é uma boa ilustração: “A filosofia do direito estuda os problemas filosóficos levantados pela existência e prática do direito. Ela, desse modo, não tem um núcleo central próprio de problemas filosóficos, como outros campos da filosofia têm, mas se sobrepõe a todos esses campos. Uma vez que as ideias de culpa, erro, intenção e responsabilidade são centrais para o direito, a filosofia do direito é parasitária da filosofia da ética, mente e ação. Uma vez que os advogados se preocupam, com o que o direito deve ser, e como ele deve ser feito e administrado, a filosofia do direito é também parasitária da filosofia política. Mesmo o debate sobre a natureza do direito, que dominou a filosofia do direito por muitas décadas, é, no final, um debate dentro da filosofia da linguagem e metafísica” (1998, p. 1).

prática social e é orientado por uma finalidade específica no contexto de tal prática. Para Wittgenstein, é quando deixamos de lado tal lembrete que surgem os problemas filosóficos.

Uma segunda vertente, intimamente relacionada com a primeira, está orientada pelo uso prático da razão e suas implicações na filosofia moral. Nesta linha, estabelece-se a possibilidade de pensar em valores de maneira racional e avaliar argumentos qualitativamente, sem reduzir a prática do direito em qualquer espécie de “sistema lógico” ou “empirismo sociológico”.⁷ Na filosofia do direito, é deste movimento que surge o contexto teórico contemporâneo “padrão” da argumentação jurídica a partir das obras de Robert Alexy e Neil MacCormick (Atienza, 2003: p. 117).⁸ Alexy defende a concepção de que o discurso jurídico é um caso particular de discurso prático em geral, orientado por regras gerais internas à comunicação de agentes e capaz de lidar racionalmente com princípios abstratos através de sua análise procedimental.⁹ Por sua vez, MacCormick desenvolve sua teoria de argumentação como uma forma de conciliação entre o caráter argumentativo (e portanto, não-demonstrativo) do direito com a noção de Estado de direito (*rule of law*).¹⁰

Mais voltadas à prática jurídica, Alexy e MacCormick refletem, direta ou indiretamente, os avanços na teoria da argumentação ocorridos a partir da segunda metade do século XX, como a retórica de Chain Perelman (2000; e, junto de Olbrechts-Tyteca, 1969) e a lógica informal de Stephen Toulmin (2003). Quanto a essa influência, Manuel Atienza

⁷ Utilizo os termos da precisa síntese de José Reinaldo de Lima Lopes: “como prática social o direito não pode reduzir-se quer a sistema normativo (rejeitando-se o idealismo lógico), quer a fato de poder (rejeitando-se o empirismo sociológico): não pode significar a pura idealidade de um ordenamento dotado de sanção, nem os fatos brutos da força. Se fosse simples ordenamento, bastaria percebê-lo em sua sintaxe e estrutura, sem apreender-lhe o sentido, como tentar aprender uma língua pela sua gramática, sem considerar sua semântica, como aprender uma língua sem que simultaneamente se entendessem os discursos feitos nessa língua. Se o direito fosse simples poder/força não seria possível obedecê-lo ou segui-lo regradamente. Estaríamos sempre a esperar que alguém nos mandasse fazer e sempre seríamos alheios, exteriores ao próprio discurso do direito: como força pertenceria exclusivamente a quem a detivesse. Seria como um jogo no qual não houvesse regras a não ser uma espécie de jogo de crianças como o ‘faça o que seu mestre mandar’” (2015: p. 200).

⁸ Nesse sentido, Atienza faz a seguinte observação: “a teoria padrão da argumentação jurídica se situa precisamente nessa segunda perspectiva, isto é, no contexto de justificação dos argumentos, e em geral costuma ter pretensões tanto descritivas quanto prescritivas; trata-se, portanto, de teorias (como as de Alexy ou de MacCormick...) que pretendem mostrar como as decisões jurídicas se justificam de fato e também (e ao mesmo tempo, pois segundo eles os dois planos em geral coincidem) como deveriam elas ser justificadas. Tais teorias partem do fato de que as decisões jurídicas devem e podem ser justificadas, e nesse sentido se opõem tanto ao determinismo metodológico (as decisões jurídicas não precisam ser justificadas porque procedem de uma autoridade legítima e/ou são o resultado de simples aplicações de normas gerais) quanto ao decisionismo metodológico (as decisões jurídicas não podem ser justificadas porque são puros atos de vontade)” (2015: p. 200).

⁹ É neste contexto que Alexy desenvolve a ponderação de princípios e o teste de proporcionalidade. Cf. Alexy (2001 e 2015).

¹⁰ O pensamento de MacCormick gradativamente abandonou sua matriz inicial (1978), influenciada pelo positivismo hartiano, e adotou uma posição metodológica próxima ao interpretativismo dworkiniano (2005).

nota que estas duas abordagens compartilham entre si a rejeição da lógica formal dedutiva como modelo que serve de base para o desenvolvimento de teorias de argumentação (2003, p. 118). Ao seu ver, as duas seriam precursoras das atuais teorias da argumentação jurídica. Trata-se de uma constatação verdadeira para a literatura brasileira e a influência de tais autores pode ser constatada no estado da arte de teorias de argumentação. Basta pensar, por exemplo, na obra de Tércio Sampaio Ferraz Jr. (1997 e 2004) ou de Fabio Shecaira e Noel Struchiner (2016).

É nesse contexto que o estudo da argumentação e de argumentos em específico passou a ser objeto de atenção para a literatura jurídica. O raciocínio analógico, mais especificamente, recebeu um grau de relevância distinto de outros argumentos neste processo.¹¹ Lloyd Weinreb, por exemplo, chegou a afirmar que o uso de analogias no raciocínio jurídico merece ser estudado “não apenas por ser uma característica importante da advocacia, mas por ser um aspecto crítico das reivindicações normativas do direito” (2016: p. 13). Edward Levi, por sua vez, afirma que “o modelo básico do raciocínio jurídico é o do raciocínio fundamentado em casos similares” (2005: p. 2).

Dessas pressuposições, temos de notar a premissa de que a analogia não seria meramente um expediente argumentativo mobilizado na prática do direito. Pelo contrário, o argumento por analogia seria propriamente uma característica central desta prática, responsável por seu caráter normativo e pela estruturação de seus aspectos menos centrais. Contudo, a importância da analogia no raciocínio jurídico também é profundamente contestada, não havendo uma convergência em torno da defesa de sua centralidade no direito. Para Larry Alexander, por exemplo, analogias “não existem de verdade” (1996: p. 145), não passando de artifícios retóricos utilizados para tornarem peças processuais ou decisões judiciais mais persuasivas.

A literatura mostra que o debate sobre o raciocínio analógico no direito não está apenas concentrado em posições laudatórias ou céticas deste tipo de raciocínio. O raciocínio por analogia é geralmente associado a diferentes tópicos da decisão judicial, como o silogismo jurídico, a ponderação de princípios e a aplicação de precedentes. Tomados em conjunto, estes temas indicam que pesquisar a operação de analogias e sua racionalidade no direito reflete uma linha de pesquisa pautada pela possibilidade de se pensar em valores de maneira racional e se avaliar o uso de argumentos qualitativamente no funcionamento de

¹¹ É importante notar que a pesquisa está circunscrita à analogia no direito. A analogia em outros campos é alvo de diversas abordagens. Cf. Prade e Richard (2014), para perspectivas da computação e inteligência artificial. No ramo da filosofia da ciência, ver Bartha (2010).

instituições jurídicas. Nesse sentido, a discussão sobre o raciocínio analógico no direito pertence ao tradicional debate sobre se o direito é um produto da razão ou da vontade, se no final a prática do direito aspira alguma forma de racionalidade ou é simplesmente o produto do poder de autoridades.

1.2. Por que uma teoria do raciocínio por analogia no direito?

A meu ver, justificar o porquê da teorização do raciocínio analógico no direito ser relevante passa por compreender a relevância desta forma de raciocínio em outras áreas do saber. Analogias são figuras de linguagem ou modos de argumentação importantes em diversas práticas sociais, em um espectro que vai da matemática e metodologia das ciências naturais, passa pelas práticas legais de instituições judiciárias e discursos políticos, e cobre até atividades banais da vida ordinária. Em cada uma das formas de expressão vinculadas a tais atividades, o uso da analogia possui um uso distintivo que lhe é único e a torna relevante para a prática em que está inserida.¹²

Nas ciências naturais, analogias geralmente são utilizadas para a formulação de hipóteses em que um mesmo conjunto de ocorrências, observadas em uma dada condição específica, poderiam ser observadas em condições diferentes. Para ilustrar este ponto, basta tomar por exemplo o resumo de um recente artigo publicado na revista *Nature Astronomy*:

Medidas de gases traços em atmosferas planetárias nos ajudam a explorar condições químicas diferentes daquelas da Terra. Nosso vizinho mais próximo, Vênus, possui nuvens temperadas, mas hiperácidas. Aqui nós reportamos a aparente presença de gás fosfina (PH_3) na atmosfera de Vênus, onde qualquer fósforo deveria estar em formas oxidadas. (...) A presença de PH_3 é inexplicada após exaustivo estudo de caminhos de química de estado estacionário e de fotoquímica, inexistindo alguma rota conhecida de produção abiótica na atmosfera de Vênus, nuvens, superfície, subsolo ou pela entrega via raios, atividade vulcânica ou meteorítica. PH_3 pode se originar de fotoquímica ou geoquímica desconhecidas, ou, por analogia com a produção de PH_3 na Terra, pela presença de vida. Outros espectros de PH_3 devem ser buscados, enquanto a coleta de amostras in situ nas nuvens e superfície podem examinar as fontes deste gás (Greaves, et. al, 2020).

No âmbito das ciências empíricas, a teoria mais completa da analogia é o recente modelo de articulação (*articulation model*) de Paul Bartha (2010). Nele, a partir das noções

¹² Remeto a Guarini et al. (2009) para um mapa exaustivo e interdisciplinar da literatura referente ao estudo da analogia.

de associações primárias¹³ e de potencial para generalização¹⁴, Bartha articula uma teoria que possibilita a análise de relações lógicas, causais e estatísticas existentes nas ciências. Ao seu ver, para um argumento analógico *prima facie* ser plausível, não deve haver nenhuma razão que negue que o mesmo tipo de associação observada no caso-fonte não poderia também ser observado no caso-alvo (2010: p. 32). Por sua vez, deve-se mencionar que muito do estudo recente da analogia se deve pelo desenvolvimento de modelos computacionais que visam representar e operacionalizar o raciocínio analógico. Tais modelos são geralmente centrados no processo de mapeamento de estruturas e, mais recentemente, modelos de raciocínio analógico foram desenvolvidos com base na representação de conhecimento constrangido à mecanismos neurais (Holyoak, 2005: p. 131).¹⁵

Através das diferentes disciplinas que estudam a analogia, Paul Bartha reconhece que seu uso é uma característica distintiva do pensamento científico (2010: p. 2). Ao seu ver, o raciocínio analógico cumpriu diversos papéis relevantes para a evolução da ciência. Analogias são ferramentas heurísticas que auxiliam o desenvolvimento de novas teorias ou descobertas científicas (2010: p. 2). Além disso, analogias têm um uso preditivo – hipóteses analógicas auxiliam a previsão da ocorrência de efeitos em casos tidos como análogos, como o caso de gás fosfina em Vênus mencionado acima.¹⁶ Em terceiro lugar, Bartha destaca o papel de analogias no desenvolvimento de uniformização conceitual. O autor busca ressaltar como a analogia pode sintetizar particulares sob uma mesma categoria e podem organizar o funcionamento de seus critérios. De acordo com ele, essa forma de avaliar o uso de argumentos por analogia é particularmente importante para discussões da literatura de teoria do direito, quando se considera a construção de corpos jurisprudenciais por tribunais (2010: p. 2). Por fim, Bartha indica que o raciocínio analógico tem um papel relevante na justificação de conclusões (2010: p. 2). Analogias são utilizadas na ciência para justificar a

¹³ Bartha entende que a descrição do caso-fonte deve incluir uma relação vertical explícita que a analogia deve estender, de alguma forma, para o caso alvo (2010: p. 25). A associação trata da identificação destas relações em ambos os casos. Para Bartha, a avaliação de qualquer argumento analógico é mediada pela noção de associação primária.

¹⁴ Bartha entende que um bom argumento analógico evidencia que ambos os casos comparados detêm uma estrutura vertical semelhante ou uma estrutura que pode ser generalizada (2010: p. 25-26).

¹⁵ Tais modelos incluem o *Structure Mapping Engine* – SME, o *Analogical Mapping by Constraint Satisfaction* – ACME, e o *Copycat* (French, 2002). Vide ainda o modelo *Learning and Inference with Schemas and Analogies* – LISA, e o *Structured Tensor Analogical Reasoning* - STAR.

¹⁶ Com foco em ciências naturais, Bartha explica essa forma de uso ao afirmar que “quando dois sistemas físicos são descritos por leis de formas idênticas, um sistema pode ser utilizado para modelar o outro” (2010: p. 2). Entendo que esta constatação também é válida, a nível superficial, para o funcionamento do raciocínio analógico no direito. Em um contexto jurídico, analogias podem sugerir formas de resolução de questões jurídicas cuja solução não se apresenta imediatamente na legislação ou em precedentes vinculantes, ainda que não possam ser consideradas como preditivas no mesmo parâmetro de objetividade das ciências naturais.

plausibilidade de hipóteses aventadas por cientistas que posteriormente podem ser confirmadas ou rejeitadas em sede de experimentação empírica. Similarmente, analogias são utilizadas na razão prática para justificar a adoção de determinada conduta por determinado agente, que em face da ausência de uma regra explícita, busca parametrizar sua conduta a partir de casos que julga serem familiares.

A meu ver, as razões trazidas por Bartha mostram a importância do tema. Porém, para o direito, outras razões podem ser apontadas.¹⁷ Entendo que o estudo de argumentos por analogia no direito é principalmente relevante enquanto uma instância particular de uma discussão mais ampla sobre a racionalidade de uma prática social. Isto é particularmente relevante, uma vez que o caráter argumentativo no direito é muitas vezes compreendido ou tomado como uma forte evidência da inexistência de objetividade na prática do direito. De acordo com este ponto de vista cético, o caráter argumentativo do direito torna qualquer conclusão em seu âmbito uma questão de opinião – uma questão de convicção subjetiva sujeita à argumentação. A argumentação no direito, assim seria uma prática certamente persuasiva, porém não demonstrativa.

Contudo, esta posição em muito contrasta com expectativas que temos em face de um ordenamento jurídico, levando-se em consideração o ideal do estado democrático de direito. No que tange ao estado de direito, indivíduos têm razoável certeza e expectativa sobre quais regras e padrões determinam suas condutas. Contudo, como isso é possível em face do caráter argumentativo do direito? Trata-se de uma tensão cujas possíveis polarizações e reconciliações afetam diretamente a teorização do funcionamento de argumentos no direito.¹⁸ Nesse sentido, compreender como analogias são desenvolvidas no direito é um modo de entender como um jogo de linguagem específico, em um contexto institucional, ilustra e é articulado pela finalidade da prática como um todo.

¹⁷ A esparsa literatura nacional existente sobre o assunto é outra razão adicional. Argumentos por analogia são amplamente utilizados na prática do direito por advogados na representação de seus clientes e por juízes na justificação de suas decisões. Referências à analogia inclusive são parte de diversos instrumentos legais como forma de raciocínio válido para a tomada de decisão. Contudo, ao se avaliar a literatura nacional sobre argumentos analógicos, pouco se encontra sobre sua teorização propriamente dita em obras específicas sobre argumentação, como Ferraz Júnior (2014) e Rodriguez (2015). O mais próximo da articulação de um trabalho nesse sentido refere-se a livro recente de Fábio Schecaira e Noel Struchiner, *Teoria da Argumentação Jurídica* (2016). Porém, o trabalho de ambos os autores é de caráter majoritariamente introdutório, visando mais a apresentação do tema do que propriamente uma intervenção detalhada no debate.

¹⁸ Vide MacCormick para uma proposta de conciliação (2005: p. 39-42).

1.3. Método

Nesta dissertação, proponho análise crítica e elaboração de argumentos normativos sobre o que é e como funciona a analogia no direito a partir de debates da teoria do direito e teoria da argumentação. Há uma razão metodológica em organizar a pesquisa como uma interlocução com autores específicos a partir de dois corpos de literatura distintos. Primeiro, a partir da literatura da teoria do direito, é possível delimitar quais são as controvérsias existentes e o estado da arte do debate. Em segundo, a partir da literatura de teoria da argumentação, compreende-se os limites da discussão jurídica e como esta pode se desenvolver em contato com a teoria de argumentação. Metodologicamente, a tarefa a ser desenvolvida na dissertação é interpretativa, a partir da avaliação crítica dos textos indicados via leitura estrutural – isto é, por meio da análise pautada pela “concatenação argumentativa das teses de um autor, a sua estrutura e coerência interna” (Macedo Jr., 2007: p. 7) – e da “reconstrução racional” das posições identificadas (MacCormick, 2005: p. 40).

Na literatura analisada, não é incomum a crítica de esquemas de argumentos e a proposta de novos esquemas ou de esquemas ajustados. Neste ponto, deve-se levar em conta que esquemas argumentativos servem a uma finalidade específica e sua avaliação deve estar diretamente relacionada à tal finalidade. Um esquema formulado para orientar como deve ser a articulação ideal de um dado argumento não pode ser julgado como parâmetro para a descrição fiel de argumentos específicos.¹⁹ Da mesma forma, visando a abordagem por este trabalho de uma série de debates teóricos, deve-se tomar o cuidado de não presumir que a literatura se desenvolve em termos únicos. Participantes de debates teóricos podem não concordar a respeito do que estão debatendo. Além disso, Controvérsias e teorias se movem sobre diferentes pontos de discórdia, e a mudança de foco nem sempre é percebida. Por fim, quando necessário, deve-se levar em conta que a opinião dos debatedores não pode ser presumida como a mesma, o tempo inteiro. “Filósofos são notadamente advogados ágeis”, Scott Shapiro já alertou, “e tendem a mudar suas posições para acomodar as objeções de seus oponentes” (2007: p. 3-4).

¹⁹ Especificamente no que se refere a esquemas argumentativos normativos, pode-se argumentar que tais esquemas devem minimamente se assemelhar ao emprego concreto dos argumentos que buscam formalizar. De nada adianta a construção de um tipo ideal totalmente descolado do objeto que ele visa explicar. Nesse sentido, “um esquema normativo deve nos ensinar como fazer um tipo argumentativo comum o melhor que ele pode ser” (Shecaira, 2016: p. 508). Contudo, o tipo argumentativo – seja um argumento analógico, um argumento de autoridade ou um argumento teleológico – deve ser identificável como tal. Assim, pode-se dizer que esquemas normativos estão vinculados a um requerimento de fidelidade mínima com a descrição dos argumentos que pretendem formalizar.

1.4. Plano da Dissertação

Os objetivos da dissertação são três: mapear o debate teórico sobre o uso e funcionamento de argumentos analógicos no direito, comparar tal discussão com os debates da literatura de teoria da argumentação e avaliar as teorias sobre o uso e funcionamento do raciocínio por analogia na teoria do direito. Proponho as seguintes perguntas como uma forma de nortear a pesquisa: Qual é o debate teórico contemporâneo existente sobre a analogia no direito? Este debate possui alguma afinidade com as discussões de raciocínio por analogia em teorias de argumentação? De que maneira teorias da analogia contextualizam tal raciocínio no direito, enquanto uma prática social institucionalizada?

A ideia central deste trabalho é que o raciocínio por analogia pode ser compreendido como um jogo de linguagem orientado para a avaliação de parentesco entre diferentes objetos, casos, estados de coisas, etc. Uma analogia é um jogo de semelhanças. Em um contexto jurídico, os termos deste jogo são influenciados por restrições institucionais que o distinguem, por exemplo, do jogo analógico jogado nas ciências naturais. Basta considerar os deveres de transparência e justificação que guiam a tomada de decisão de um juiz ou ainda a tradicional distinção entre questões de fato e de direito. Para compreender o raciocínio analógico no direito como um jogo de linguagem, é preciso compreender sua relação com outros jogos paralelos, como o silogismo jurídico e a ponderação de princípios.

Como já apresentei o argumento que defendo, começo explicando meu plano de trabalho pelo seu fim. A evocação à terminologia wittgensteiniana em minha tese é proposital, na medida em que, conforme indiquei acima, esta metodologia filosófica influenciou profundamente a teoria do direito analítica da segunda metade do século XX. Assim como o próprio conceito de direito passa a responder a uma conceitografia de seus usos, proponho que o conceito de analogia também deva ser compreendido dessa maneira. Argumento que esta concepção do raciocínio analógico é capaz de melhor explicar diferentes usos de argumentos por analogia em um contexto jurídico. Mais especificamente, defendo que esta abordagem possui a vantagem de aproximar preocupações teóricas da teoria do direito e da teoria da argumentação.

Nesta dissertação avalio três modos distintos de compreensão do raciocínio analógico no direito a partir de três teóricos – Neil MacCormick, Robert Alexy e Frederick Schauer – que abordam a teorização do raciocínio por analogia no direito a partir de outros temas caros à teoria do direito. Estes estudos de caso, por assim dizer, iluminam a relação entre o raciocínio analógico e diferentes jogos de linguagem na teoria do direito: o silogismo jurídico, a ponderação de princípios e a aplicação de precedentes. Ainda que sejam

independentes, esses estudos de caso são relevantes ao exibirem diferentes aspectos da explicação de analogias no direito e úteis por ilustrarem os desafios de se teorizar o raciocínio por analogia. Tais relações serão objeto de análise nos Capítulos 4, 5 e 6, respectivamente. Mais especificamente, no Capítulo 4 enfrento objeções à formulação de premissas normativas em um raciocínio por analogia na prática do direito. No Capítulo 5, defendo que analogias não são redutíveis à ponderação de princípios. Por fim, no Capítulo 6, argumento que não há sentido em distinguir entre o jogo de “fazer uma analogia” do jogo de “aplicar um precedente”.

A análise das relações do raciocínio analógico com questões que lhe são próximas na teoria do direito, por sua vez, depende de um diagnóstico inicial sobre qual é o estado da arte da concepção de argumentos por analogia na teoria do direito, o que apresento nos dois capítulos seguintes deste trabalho. Realizo esse mapeamento no Capítulo 3 desta dissertação. Defendo que o debate na teoria do direito é profundamente marcado pelo que denomino de abordagem padrão – uma abordagem fundamentada pela busca da validade lógico-formal do raciocínio analógico e tentativas de sua redução à outras espécies de raciocínio. Esta avaliação só é justificada na medida em que as discussões na teoria do direito são contrastadas com as preocupações teóricas que identifico na literatura de argumentação. No Capítulo 2, apresento o debate sobre argumentos por analogia que se desenvolveu na Revista *Informal Logic* com o intuito de identificar vetores analíticos que permitam refletir sobre o papel de uma teoria do raciocínio analógico. Nesse capítulo, constato os principais desafios que tais teorias enfrentam e utilizo esta agenda para pautar a reflexão teórica que proponho nos capítulos a seguir.

Capítulo 2. Analogia e Teoria da Argumentação: o debate na Revista *Informal Logic*

Nesse capítulo, abordo a discussão teórica do argumento por analogia a partir do debate nas páginas da revista *Informal Logic* com o intuito de compreender as principais questões da teorização de raciocínios por analogia. Não pretendo tomar posição nesse momento. A exposição do debate será instrumental na medida em que viabilizará uma introdução às principais discussões teóricas acerca do raciocínio por analogia. Essa introdução será relevante para preparar a avaliação das preocupações conceituais e os pontos de atenção existentes na literatura da teoria do direito. Assim, entendo que a reconstrução dessa discussão é particularmente útil para compreender os termos de como a teorização do raciocínio analógico ocorre no direito. Útil porque, conforme mostrarei, o debate da *Informal Logic* agregou intervenções de diversos autores, o que possibilitou o aprofundando de uma miríade de tópicos relevantes para uma teoria do raciocínio analógico. Tais questões, como as especificidades da argumentação em contextos institucionais, as particularidades de argumentos normativos e a possível configuração do raciocínio analógico como um raciocínio dedutivo, ainda que não sejam diretamente referenciadas, ecoam na literatura jurídica.

Este capítulo está dividido em quatro seções, sendo que nas três primeiras apresento o debate da Revista *Informal Logic* do modo como o organizei. Na quarta e última seção, apresento minha leitura das principais questões teóricas examinadas e de que modo tal debate reflete uma agenda de pesquisa para o raciocínio por analogia que pode ser utilizada como chave de leitura para abordar a literatura na teoria do direito. Desse modo, antes de defender algum ponto de vista específico que tenha sido engajado por qualquer um dos autores examinados, minha maior preocupação é identificar as questões conceituais e as abordagens teóricas pelas quais elas surgiram. Essa conexão é a principal ferramenta analítica que pode ser encontrada para prosseguirmos ao debate sobre o raciocínio analógico no âmbito da teoria do direito.

2.1. O primeiro round: Govier versus Waller

A rodada inicial do debate é caracterizada pelo artigo de Trudy Govier, *Analogies and Missing Premises*, no qual Govier defende que analogias são um tipo de argumento distinto de deduções ou induções. Esse artigo foi respondido por Bruce Waller, através do

artigo *Classifying and Analyzing Analogies*, e uma réplica de Govier, com *Should a priori analogies be regarded as deductive arguments?*

Para Govier, argumentos por analogia não podem ser reduzidos a outros tipos de argumentos, como instâncias específicas de um argumento por indução ou de um argumento por dedução. Para defender essa tese, Govier trabalha com uma distinção entre analogias *a priori* e analogias indutivas.²⁰ Através dessa distinção, ela individualiza duas estratégias reducionistas. Analogias *a priori* seriam redutíveis a deduções enquanto analogias indutivas não passariam de induções. Seu argumento é geral e se aplica a estas duas classes de analogias, porém são as analogias *a priori* o objeto de estudo da Govier.

Por analogias indutivas, a autora se refere a argumentos analógicos em que “o análogo utilizado é uma instância real... e as características que detém lhe são atribuídas na base da observação ou outros meios empíricos” (1989: p. 141). A diferença dessas analogias para analogias *a priori* é que estas últimas não exigem que o caso análogo seja real ou empírico. Pelo contrário, o caso análogo pode ser “inteiramente hipotético”, sendo que “as características [nele] observadas não são a questão, nem é uma questão como o caso primário possa de fato se comparar e contrastar com o análogo” (Govier, 1989: p. 142). Na definição de Govier, “o análogo é construído; a questão é se, como construído, ele detém atributos que mostram a correção (*correctness*) de uma certa decisão em relação ao caso primário” (1989: p. 142).

Dessa distinção decorre uma importante diferença entre esses dois tipos de argumentos por analogia. Analogias indutivas são estruturadas em torno de propriedades empiricamente verificáveis, de modo que suas conclusões se referem a previsões ou estimativas de possibilidades. Vale considerar novamente o exemplo da vida em Vênus para ilustrar o uso de analogias indutivas para Govier. Os cientistas identificaram gás fosfina – PH_3 – na atmosfera do planeta e buscaram uma explicação para sua ocorrência, ainda inexplicada. Oferecem as seguintes hipóteses: “ PH_3 pode ser originar de fotoquímica ou geoquímica desconhecidas, ou, por analogia à produção biológica de PH_3 na Terra, da presença de vida [em Vênus]” (Greaves; et ali., 2020).

²⁰ Govier adota o termo “analogia indutiva” no sentido de que uma forma de conceber tais argumento é a de que este tipo de analogia exige uma generalização indutiva, pela qual a partir de um caso concreto se infere um atributo análogo ao caso objeto de análise. Porém, ela mesma nota que uma objeção pode ser levantada a esta forma de abordagem, uma vez que o uso de analogias não necessariamente estabelece qualquer tipo de generalização – ao seu ver, esta interpretação do argumento por analogia seria “sem caridade” (*uncharitably*) ao identificar uma generalização “afobada” (*hasty*) (1989: p. 142). Desse modo, a despeito da escolha terminológica, seu uso da expressão “analogia indutiva” não contradiz sua defesa de que analogias não são redutíveis a induções.

A meu ver, a construção de tais hipóteses é bastante ilustrativa do ponto que Govier busca desenvolver. Os astrofísicos buscam por uma explicação de por quê identificaram gás fosfina na atmosfera de Vênus e, através de uma analogia, propuseram duas soluções para tal questão – ou há alguma reação química desconhecida para a ciência na atmosfera do planeta que produz tal gás, ou há alguma forma de vida que, biologicamente, produza tal substância. E a confirmação de tal analogia é dependente da identificação de atributos empiricamente verificáveis nos dois casos sob comparação, isto é, a identificação de algum tipo de reação fotoquímica ou geoquímica, ou da identificação de um ser vivo que o produza biologicamente. Desta forma, a conclusão dos astrofísicos não pode ser formulada de outro modo que não o de uma previsão ou estimativa, pois se refere a um estado de coisas empiricamente confirmável.

Por sua vez, isso não poderia ser verificado em uma analogia *a priori*. Da maneira empregada por Govier, analogias *a priori* não permitem algum tipo de previsão em suas conclusões e tampouco exigem validação empírica para sua confirmação. Pelo contrário, funcionam através de casos hipotéticos, de modo que “o mérito de tais argumentos não depende da verdade de observações empíricas sobre o caso análogo e a conclusão não é uma que pode ser algum dia conclusivamente validada ou falseada por observações empíricas” (Govier, 1989: p. 143). Vale, nesse sentido, retomar a analogia proposta por Judith Thompson sobre o violinista que é conectado a outro indivíduo para ter sua vida sustentada. Como é nítido, o caso do violinista é um caso hipotético, cuja verificação empírica não influencia o mérito da analogia. Para confirmar esse ponto basta considerar uma objeção dirigida a Thompson de que tal cenário é excessivamente implausível ou absolutamente irreal. Essa crítica é ruim, não porque está errada, afinal o caso do violinista trata-se de um cenário hipotético, mas porque o argumento por analogia de Thompson em nenhum momento depende da verificação empírica da premissa do violinista para ser confirmado.

Nesse sentido, “se aceitamos a conclusão de uma analogia *a priori*... nós não *predizemos* que um atributo pertence ou pode pertencer ao objeto primário. Na verdade, nós decidimos *descrever* ou tratar o objeto primário de uma forma” (Govier, 1989: p. 143 – itálicos no original). Assim, enquanto para um argumento analógico indutivo a conclusão desenvolvida é uma previsão ou estimativa, para um argumento *a priori*, trata-se de uma conclusão de enquadramento ou classificação à um mesmo conjunto de instâncias que recebem o mesmo tratamento.

Feita tal distinção, Govier passa a analisar se analogias *a priori* são argumentos que, implicitamente, não passam de argumentos dedutivos. A comparação entre os dois esquemas

comparativos abaixo ilustra como uma analogia pode ser reconstruída em torno de um raciocínio dedutivo. A premissa 4 do esquema analógico, de acordo com esta reformulação, pressupõe a premissa 4', que seria “mais clara” e “logicamente interessante” (Govier, 1989: p. 144):

Raciocínio Analógico	Raciocínio Dedutivo
1. A detém x, y e z.	1. A detém x, y e z.
2. B detém x, y e z.	2. B detém x, y e z.
3. A é W.	3. A é W.
4. Em virtude de x, y e z que A é W.	4. Tudo que detém x, y e z é W.
5. Portanto, B é W.	5. Portanto, B é W.

Na reformulação dedutiva desse esquema argumentativo, a aceitação da premissa 4' implica que as premissas 1' e 3' passam a ser redundantes. Essas premissas deixam de ser necessárias para a validade do argumento, posto que as premissas 2' e 4' são suficientes para justificar a conclusão. Esse ponto é relevante, pois ao prescindir da análise de um dos casos particulares, o argumento deixa de ser uma analogia propriamente dita.

Govier apresenta quatro argumentos para rejeitar este tipo de reconstrução de argumentos analógicos, por mais que entenda que “estas razões não são realmente conclusivas” (Govier, 1989: p. 145). Em primeiro lugar, o fato de as premissas 1' e 3' se tornarem irrelevantes seria um bom indício de que a reconstrução teria ido “longe demais” (Govier, 1989: p. 145). Em segundo lugar, Govier sugere que tal reformulação seria *ad hoc*, motivada “apenas pelo desejo de ver o argumento por óculos dedutivistas e de assumir que todos bons argumentos são dedutivamente válidos” (Govier, 1989: p. 145). Os outros dois argumentos apresentam objeções bastante próximas. Um afirma que a reformulação traz consigo uma afirmação universal que não necessariamente é racionalmente aceitável, e o outro, que a reformulação pressupõe que casos particulares devem ser conhecidos por generalizações universais aplicadas a eles. Em relação a estes pontos, Govier reconhece que é “superficialmente plausível” a réplica de que tais argumentos confundiriam lógica com epistemologia (Govier, 1989: p. 145). Nesse sentido, a estrutura formal de um argumento seria uma questão da lógica, e não se reportaria a questões epistêmicas sobre se existiriam premissas implícitas ou explícitas, conhecidas ou desconhecidas.

Essa objeção, ainda que plausível, não convence a própria Govier. Ela indica que é uma questão de interpretação a reconstrução de argumentos, o que envolve a incidência de um tipo de princípio de caridade. E para ela, se o princípio de caridade é cabível, “então o status epistêmico de uma afirmação que é candidata à atribuição a um autor de fato importa” (Govier, 1989: p. 146). O princípio da caridade não deve considerar, por exemplo, como

implícitas premissas de difícil verificação ou totalmente implausíveis. Desse modo, a teorização de argumentos não seria uma questão totalmente circunscrita ao âmbito da lógica, mas também responderia a questões epistêmicas.

Govier traz também uma razão adicional para se opor a reconstruções dedutivistas de analogias a priori. Ela pede para considerarmos a distinção entre um princípio que pode ser pressuposto no plano de fundo de um argumento, e uma alegação que é assumida como uma premissa implícita, isto é, uma premissa não afirmada. Nesse sentido, argumentos dedutivamente válidos podem pressupor um princípio de não-contradição, no primeiro sentido desta distinção, mas que não é necessariamente uma premissa do argumento. Essa distinção é relevante para Govier, pois influenciaria diretamente na forma como um argumento analógico é construído. A seu ver (Govier, 1989: p. 147):

A distinção aqui pode parecer trivial, mas em termos de tipologia do argumento não é. Pois se a alegação universal (chame-a de alegação-U) for um pressuposto de fundo, não uma premissa, a analogia a priori preserva sua estrutura premissa-conclusão enquanto um tipo distinto de argumento, enquanto se ela for uma premissa não dita, não um pressuposto de fundo, o argumento se torna, como vimos, um argumento dedutivamente válido em que o peso da avaliação irá depender não dos casos particulares A e B e suas relativas semelhanças e diferenças, mas na verdade ou aceitabilidade da alegação-U.

Assim, para Govier, o ônus do dedutivista é garantir que a alegação-U – a regra constante da premissa 4' do esquema acima apresentado – seja verdadeira ou minimamente aceitável. E o desafio é que na maioria dos casos não é claro quais são os atributos compartilhados entre os dois casos comparados que justificam o tratamento paritário que é demandado pela analogia. Dessa forma, no seu entendimento, analogias podem até implicar alguma proposição universal, mas não a assumir ou pressupor. Não há uma relação de prioridade entre a formulação de uma regra e a comparação de semelhanças entre os casos sob análise. E, principalmente, na maior parte das vezes não há certeza sugerida sobre quais são as características que impõem o tratamento paritário entre um caso e outro.

A resposta de Waller diverge dessa posição, defendendo uma posição reducionista. A seu ver, analogias a priori devem ser compreendidas como argumentos dedutivos. Além de desenvolver esse argumento, seu artigo essencialmente cumpre com dois outros objetivos. O primeiro trata da distinção de três diferentes tipos de argumentos analógicos. Waller propõe uma distinção entre três categorias relevantes: analogias figurativas, argumentos analógicos dedutivos e argumentos analógicos indutivos (2001: p. 199). Em segundo lugar,

Waller elabora um guia de como reconhecer e classificar cada um destes tipos de argumento por analogia.²¹

Em relação à taxonomia das analogias proposta por Waller, a analogia figurativa não seria propriamente um argumento. Em sua definição, analogias figurativas empregam imagens familiares para auxiliar na compreensão de algo que não é familiar ou é demasiadamente complexo. Estas analogias “não argumentam, mas podem elucidar” (Waller, 2001: p. 200).²² Por sua vez, Waller afirma que argumentos analógicos podem ser tanto dedutivos quanto indutivos (Waller, 2001: p. 200). A rigor, sua nomenclatura é equivalente à nomenclatura de Govier, não havendo distinções relevantes entre o que ele denomina argumento dedutivo por analogia e Govier de analogia a priori, ou entre o que Waller denomina de argumento indutivo por analogia e ela de analogia indutiva.²³ Contudo, diferentemente de Govier, Waller sugere que tais argumentos são formalizados em esquemas que não se confundem um com o outro.

Abaixo, comparo as propostas de esquematização de Waller para ambos os tipos de argumentos por analogia (Waller, 2001: p. 203):

Argumento Dedutivo por Analogia	Argumento Indutivo por Analogia
1. Nós dois concordamos com o caso <i>a</i> .	1. D detém as características <i>e, f, g e h</i> .
2. A razão mais plausível para acreditar em <i>a</i> é a aceitação do princípio <i>C</i> .	2. E também detém as características <i>e, f, g e h</i> .
3. <i>C</i> implica <i>b</i> (<i>b</i> é um caso que se adequa ao princípio <i>C</i>).	3. D também tem a característica <i>k</i> .
4. Portanto, consistência exige a aceitação de <i>b</i> .	4. Deter as características <i>e, f, g e h</i> é relevante para deter a característica <i>k</i> .
	5. Portanto, E provavelmente também detém a característica <i>k</i> .

²¹ Para os fins da presente pesquisa, a discussão de Waller sobre como identificar e classificar diferentes tipos de analogia não é tão relevante, de modo que não abordarei em detalhes este ponto no texto que segue. Waller indica que a análise de analogias “requer dois passos: primeiro, identificar o tipo e a função apropriada da analogia (figurativa, dedutiva ou indutiva); e segundo, avaliar a efetividade da analogia específica [sob análise]” (Waller, 2001: p. 215). O ponto principal para Waller é que é chave para identificar adequadamente o tipo da analogia o exame de qual é o objetivo específico da analogia utilizada. Uma analogia dedutiva, nesse sentido, teria como finalidade nos lembrar de um determinado princípio, enquanto uma analogia indutiva ressaltaria as condições comuns entre dois casos que permitem a elaboração de uma estimativa. Outra sugestão de Waller é avaliar o grau de familiaridade entre os casos objetos de uma dada analogia. Nesse ponto, os casos trabalhados em analogias figurativas em tese serão mais familiares para todos, em ordem de ilustrarem com efetividade um determinado ponto. Por sua vez, os casos trabalhados em analogias indutivas são empiricamente fundamentados, enquanto os casos de analogias dedutivas podem ser mais elaborados (*fanciful*) (Waller, 2001: p. 215).

²² Waller ilustra este tipo de analogia a partir de um comentário de Samuel Johnson sobre a diferença entre um argumento e um depoimento, implicando que analogias figurativas são justamente capazes de ilustrar um determinado ponto, sem necessariamente fornecer uma razão adicional e independente para que este seja aceito. A analogia é a seguinte (Waller, 2001: p. 200): “Depoimentos são como uma flecha atirada de um arco; sua força depende da força do braço que o puxa. Argumentos são como uma flecha de uma besta, que detém a mesma força, mesmo se disparadas por uma criança”.

²³ Não devemos esquecer que Waller é um reducionista e Govier, não. Assim, uma ressalva aqui é necessária. Em primeiro lugar, conforme indicado acima, Govier, apesar da nomenclatura adotada, entende que “analogias indutivas” não são redutíveis a induções, ao contrário de Waller. Similarmente, ambos divergem sobre a redutibilidade de analogias a priori em argumentos dedutivos. Esse ponto será explorado no texto que segue.

A comparação entre estes dois tipos de argumentos, formalizados por Waller, ressalta uma distinção importante que, a seu ver, é obscurecida pelo uso do mesmo esquema argumentativo por Govier. Notadamente, “formular o princípio por detrás do argumento dedutivo por analogia também apresenta desafios, mas os desafios são de um tipo diferente que os desafios de determinar o que é relevante para um argumento indutivo por analogia” (Waller, 2001: p. 203). Em argumentos dedutivos por analogia, Waller entende que buscamos determinar o porquê de acreditar em algo (por que temos o direito de se desconectar do violinista?), enquanto em argumentos indutivos por analogia buscamos determinar a associação empírica de elementos comuns (gás fosfina é associado à vida biológica; se há gás fosfina em Vênus...). Em vista disso, os esquemas elaborados por Waller buscam dar conta da diferença entre articular um princípio normativo e semelhanças empíricas comuns aos dois casos comparados.

Essa distinção é relevante na medida que Waller discorda da posição de Govier de que um princípio ou alegação universal não deve fazer parte de um argumento analógico. Mais especificamente, a preocupação de Govier se relacionaria com a natureza de tal princípio – “Govier não está realmente oposta ao dedutivismo, mas ao status exaltado do princípio universal do qual a dedução analógica procede” (Waller, 2001: p. 206). Assim, na leitura de Waller, Govier rejeita qualquer princípio de plano de fundo que é lógica e epistemicamente antecedente. Contudo, para Waller, há um equívoco central em compreender uma analogia a priori como uma questão de identificar um “princípio fixo e final que adequadamente regula a analogia” (Waller, 2001: p. 207). Ao seu ver, nem o princípio nem os particulares detêm algum status lógico ou epistêmico superior. Nesse sentido, para Waller, a premissa normativa parte de um argumento analógico dedutivo tanto não seria alguma forma de verdade transcendental ou forma platônica, quanto não seria axiologicamente prioritária.

Waller defende que tanto tal premissa normativa quanto os particulares são igualmente relevantes no desenvolvimento de analogias a priori, sendo sua relação uma relação de ajustamento mútuo (*mutual adjustment*) (Waller, 2001: p. 207). Assim, ambos influenciam o resultado final da analogia. Um conjunto inicial de semelhanças e diferenças pode implicar na identificação de uma determinada premissa normativa, mas a própria identificação de tal princípio ou proposição universal e suas implicações pode demandar uma revisão do conjunto inicial de características que o originou. Desse modo, Waller sugere que uma concepção de analogia a priori fundamentada em um ajustamento mútuo ou

equilíbrio reflexivo, para utilizar a terminologia de John Rawls, desarma a preocupação de Govier. O modelo dedutivista não pressupõe “princípios fixos que sempre gozam de prioridade lógica e epistêmica” (Waller, 2001: p. 210). Desse modo, mesmo sendo a construção de tais premissas normativas bastante difícil e sujeita a revisões, isso não é razão para que sejam excluídas da formalização de argumentos analógicos a priori.²⁴

Em uma breve nota, Govier respondeu a este artigo (Govier, 2002: p. 155-157). Sem se aprofundar na discussão, Govier destacou duas posições em que diverge de Waller: primeiro, da alegação de que a identificação da premissa normativa, no esquema de Waller, é uma forma de reconhecer que esta não é um elemento da analogia original e, segundo, da alegação de que a reconstrução da analogia em torno do desenvolvimento de uma premissa normativa torna o argumento original um argumento normativo. Contudo, o que chama a atenção de Govier é a relevância da natureza do raciocínio desenvolvido na aceitação da premissa normativa. Ao seu ver, este é o grande mérito da discussão de Waller – chamar atenção para este ponto no contexto de analogias a priori. A aceitação de tal premissa, ela indica, não é fundamentada por um raciocínio exclusivamente dedutivo, e tampouco é justificada por algum tipo de indução. Em sua conclusão, Govier nos confessa: “acho a distinção entre *a priori* e *dedutivo* crucial nesse ponto. Parece-me inteiramente plausível dizer que tal raciocínio será (majoritariamente) a priori – mas bastante implausível dizer que é dedutivo” (Govier, 2002: p. 157 – *italico no original*).

2.2. O segundo round: tentativas de reconciliação

O que denomino de primeiro round do debate da Revista *Informal Logic* é uma útil porta de entrada para o debate teórico sobre raciocínio analógico. Conforme exposto acima, a interlocução entre Govier e Waller viabilizou o desenvolvimento de uma taxonomia de diferentes tipos de argumentos analógicos, relativamente aceita por ambos os autores, e especificou uma discussão teórica sobre a natureza de argumentos analógicos a priori e a natureza de suas premissas normativas. A etapa que denomino de *segundo round* contempla

²⁴ Esta forma de teorização do raciocínio analógico, para Waller, tampouco afetaria sua função persuasiva. Conforme visto, uma das preocupações de Govier é de que o “charme” de analogias muitas vezes reside na ausência de uma premissa universal que elenque exaustivamente a vinculação entre determinadas características em comum e uma dada consequência normativa. Para ela, a enunciação exaustiva do princípio iria na contramão retórica do argumento. Neste ponto, Waller entende que a teoria de ajustamento mútuo não sacrifica de maneira relevante a persuasão do argumento. Ao seu ver, a analogia passa a ser até mais persuasiva “pelo uso de princípios que pessoas reconhecem como delas e então aplicam de formas que não consideradas previamente” (Waller, 2001: p. 212).

duas tentativas de conciliação entre ambas as posições, sugeridas por Marcelo Guarini e Lilian Bermejo-Luque.

Guarini corroborou a tese inicial de Govier, ainda que não aderindo totalmente sua visão.²⁵ Guarini desenvolve duas objeções à concepção dedutivista de argumentos analógicos de Waller. Em primeiro lugar, Guarini afirma que é problemático interpretar argumentos analógicos como “lembretes de princípios” (2004: p. 155). Ao seu ver, Govier está correta ao defender que, ainda que analogias possam ser reformuladas como argumentos dedutivos, sua formulação original não se organiza em torno de uma premissa normativa. Guarini argumenta que um argumento analógico não se baseia em princípios compartilhados por sua audiência e que, até a analogia, não são associados a um caso em específico. Nesse ponto, considere o seguinte diálogo hipotético, que toma por ilustração o caso do violinista (Guarini, 2004: p. 155):

Jack: Eu acho que o aborto é sempre imoral, exceto quando a vida da mulher está imediatamente em perigo físico.

Jill: E os casos em que uma vida foi feita dependente de uma mulher através da força, como casos de estupro?

Jack: Isso é profundamente lamentável, mas por mais que um estupro seja moralmente questionável, o direito a vida do feto se sobrepõe à questão de que a vida do feto foi feita dependente da mulher através de força.

Jill: Bom, imagine que você tenha sido sequestrado, apagado e ao acordar você descobre que tenha sido conectado a um violinista mundialmente famoso. Seus rins estão filtrando o sangue dele. Você pode se desconectar, mas, se o fizer, ele morre. A única forma de manter o violinista vivo é permanecer conectado até que um rim adequado seja encontrado para transplante, e a expectativa é que isso corra em nove meses. Não seria ok você se desconectar?

Jack: Acho que sim.

Jill: Então você não deveria dizer que abortos são moralmente aceitáveis em casos de estupro?

A ideia que Guarini busca ilustrar com esse diálogo fictício é que analogias não funcionam como instrumentos de recordação de um princípio aceito pelo interlocutor. Pelo contrário, analogias efetivamente persuasivas são argumentos de convencimento a respeito da aplicação de um princípio, e não necessariamente de recordação de um princípio já aceito. Nesse sentido, a concepção de Waller de que analogias a priori apenas implicam em um tratamento consistente de dois casos particulares a partir de um mesmo princípio aceito não explica o funcionamento de analogias em alguns casos. Se Waller mostra como analogias funcionam no varejo – quando a incidência do princípio já é aceita em um dos casos e é

²⁵ Em um nível taxonômico, ele afirma que prefere outra terminologia: analogias a priori seriam analogias classificatórias e analogias indutivas seriam analogias preditivas (2004: p. 166). Adicionalmente, Guarini é cético quanto a distinção entre estes tipos de analogias, uma vez que entende que analogias a priori muitas vezes exigiriam particulares empiricamente verificáveis e, similarmente, analogias indutivas poderiam ser desenvolvidas a partir de cenários hipotéticos (2004: p. 165-166).

estendida para outro –, Guarini indica que há casos em que a analogia funciona no atacado – quando a incidência da premissa normativa é aceita de uma vez em ambos os casos analisados.

Em segundo lugar, Guarini argumenta que a reconstrução esquemática de argumentos deve conter espaço para a força dos argumentos reconstruídos. Se a reconstrução não é capaz de capturar as características essenciais do argumento para avaliação, então tal reconstrução é falha (2004: p. 159). Neste contexto, em sua avaliação, o esquema proposto por Waller para a teorização de argumentos analógicos dedutivos não captura variações de força de tais argumentos.²⁶ Guarini afirma que existem duas formas pelas quais os graus de força podem ser refletidos na reconstrução de um argumento. De um lado, o vínculo entre as premissas e a conclusão pode ter diferentes graus de força. De outro, as premissas propriamente ditas podem ter diferentes graus de força ou aceitabilidade (Guarini, *id.*). Abaixo, apresento uma tabela que compara o esquema de Waller, criticado por Guarini, e o esquema sugerido por Guarini:

Esquema de Waller (2001: p. 201)	Esquema de Guarini (2004: p. 161)
1. Nós dois concordamos com o caso a .	1. a tem características f_1, f_2, \dots, f_n .
2. A razão mais plausível para acreditar em a é a aceitação do princípio C.	2. b tem características f_1, f_2, \dots, f_n .
3. C implica em b (b é um caso que se adequa sob C).	3. a e b devem ser tratados ou classificados da mesma forma a respeito de f_{n+1} .
4. Portanto, consistência exige a aceitação de b .	4. a é X em virtude de f_1, f_2, \dots, f_n .
	5. Portanto, b também é X.

Alguns detalhes devem ser notados no esquema de Guarini. Em primeiro lugar, Guarini interpreta as características compartilhadas em seu esquema (f_1, f_2, \dots, f_n) como semelhanças relevantes entre dois particulares, ainda que esta propriedade – a relevância – não seja explicitada nas premissas. Em segundo lugar, o próprio esquema não deixa de ser um esquema dedutivo, articulado em torno de uma premissa normativa que, em tese, prescinde das premissas 1 e 2. Para Guarini, o problema do esquema de Waller é que suas inferências ou suas premissas não permitem a gradação de força do argumento como um resultado da análise de semelhanças e diferenças entre os casos comparados (2004: p. 161). A premissa normativa de Waller não refletiria o grau de força do cotejamento entre os casos particulares objetos da analogia. Desse modo, na visão de Guarini, o esquema de Waller

²⁶ Por força do argumento, Guarini se refere ao grau de semelhanças entre casos comparados. Quanto maiores as semelhanças relevantes, maior a previsibilidade de aceitação da analogia proposta; quanto menores as semelhanças, menor a chance de a analogia vingar (Guarini, 2004: p. 159).

“não é que ele não menciona diferenças; é que nem a inferência, nem as premissas permitem alguma gradação em razão de diferenças” (2004: p. 161).

Adicionalmente, para Guarini, o esquema de Waller não contemplaria disjunções exclusivas (2004: p. 158). Imagine que um sujeito está em dúvida sobre a moralidade do aborto em razão de estupro. Ao ouvir o caso do violinista, ele reconhece que ambos os casos compartilham semelhanças relevantes e que devem ser tratados de maneira equitativa – se o aborto por estupro for imoral, a desconexão do violinista também é; se o aborto por estupro for moral, a desconexão do violinista também é. Para Guarini, esta conclusão é fundamentada em uma analogia, mas uma analogia que não exige a aceitação de um princípio que regula a moralidade de ambos estes casos, como aparenta exigir Waller em seu esquema.²⁷

Já a reconstrução de Guarini teria “espaço para se argumentar que uma ou mais diferenças podem enfraquecer ou até mesmo derrotar a conclusão. Em resumo, que o link inferencial de 1 e 2 para a conclusão permite [a gradação de] níveis de força” (2004: *id.*). Assim, sua proposta seria superior à de Waller. Contudo, a gradação de níveis de força construída por Guarini não é explícita no esquema formal apresentado. Trata-se de uma avaliação substantiva verossimilhança viabilizada pelo cotejamento entre as semelhanças relevantes identificadas, estas sim formalizadas no esquema.

Por sua vez, Bermejo-Luque interveio na discussão, adotando a posição pela qual argumentos analógicos estabelecem conclusões de maneira dedutiva, ainda que premissas normativas – que explicitem um princípio ou norma – não sejam uma parte elementar do argumento. Bermejo-Luque tenta reformatar o debate propondo um esquema de análise de argumentos analógicos, baseado não em suas estruturas lógico-formais, mas pelo “significado do ato de argumentação”. Isso, a seu ver, contorna a discussão sobre se é necessária uma pressuposição sobre “se argumentação analógica envolve premissas normativas ou não” (2012: p. 23). Em seu entendimento, tal discussão gira em torno de uma petição de princípio, uma vez que a formalização de um esquema para o argumento

²⁷ Há uma questão aqui de quão significativa para o argumento de Waller é a necessidade de autor e interlocutor da analogia “concordarem” em um dos particulares e aceitarem que este particular é regulado por um princípio que ambos “aceitam”. Em tese, poderíamos imaginar cenários em que não há qualquer tipo de concordância pressuposta sobre qualquer um dos particulares, ou ainda que o princípio identificado não é aceito pelo interlocutor ou até mesmo pelo autor. Minha leitura neste ponto é minimizar a relevância dessas expressões no argumento de Waller. Em parte, entendo que estes termos ultimamente apontam para sua tese de que a premissa normativa de um argumento analógico a priori passa por um processo de ajustamento mútuo entre as intuições do autor do argumento e seu interlocutor, que idealmente irão chegar a algum tipo de acordo em relação ao princípio aplicável.

necessariamente pressupõe, ao invés de fundamentar, o caráter dedutivo ou não de argumentos por analogia.

Bermejo-Luque propõe a adoção de um esquema de análise de argumentos baseado na teoria de argumentação de Stephen Toulmin. A partir dos elementos derivados desta teoria, ela defende a posição de que analogias a priori “podem ser dedutivas (no sentido de que sua conclusão é estabelecida por necessidade) e, ainda assim, derrotáveis (*defeasible*); sendo sua derrotabilidade uma questão não de recusar a razão, i.e., a analogia, mas de resistir a inferência” (2012: p. 21). Para justificar esta conclusão, entendo que é necessário passar pelas definições adotadas por Bermejo-Luque, a partir de Toulmin. A seu ver, os elementos de um argumento são os seguintes: (i) os dados ou um ato de fala de segunda ordem de adução, (ii) a alegação-alvo ou um ato de fala de segunda ordem de conclusão, (iii) a garantia (*warrant*) ou uma inferência implícita, (iv) o qualificador ontológico dos atos de argumentação de primeira ordem, e (v) o qualificador epistêmico do ato de conclusão. Bermejo-Luque não especifica em detalhes todo este aparato conceitual, mas a ideia central na discussão é que “a distinção entre argumentos dedutivos e indutivos é uma questão do qualificador que corresponde à garantia do argumento” (2012: p. 16).²⁸ Desse modo, argumentos cujas garantias sejam verdades necessárias (o qualificador ontológico de Bermejo-Luque) permitem a inferência de conclusões que decorrem “necessariamente” das premissas (o qualificador epistemológico de Bermejo-Luque). Estes seriam argumentos dedutivos (2012: p. 17). Por sua vez, argumentos cujas garantias ontológicas não são absolutas, mas prováveis ou plausíveis (qualificador ontológico), permitem a inferência de conclusões que “provavelmente” ou “plausivelmente” (qualificador epistêmico) decorrem das premissas. Estes seriam os argumentos não-dedutivos.

Grosso modo, esta distinção reflete a distinção entre analogias a priori (os argumentos chamados dedutivos por Bermejo-Luque) e analogias indutivas (os argumentos denominados não-dedutivos por Bermejo-Luque). Nesse sentido, a diferença entre analogias indutivas e analogias a priori estaria não em sua estrutura, mas na qualificação ontológica

²⁸ Para os fins da reconstrução do debate na *Informal Logic*, entendo que não é necessário entrar nos pormenores da geringonça conceitual de Bermejo-Luque. Seu ponto é que as condicionantes epistemológicas e ontológicas das premissas serão refletidas na conclusão do argumento, o que deve ser levado em consideração na avaliação de força de uma analogia. Isso porque, em seu modelo, “a garantia de um argumento é a representação da alegação inferencial (*inference-claim*) do ato de fala argumentativo correspondente. (...) Esta alegação inferencial é uma presunção linguística cujo conteúdo é um condicional que detém por antecedente a razão do ato de argumentar (isto é, seu conteúdo e o qualificador ontológico que representam a força pragmática com a qual este constativo é desenvolvido) e por consequente a conclusão do ato de argumentar (de novo, seu conteúdo e qualificador ontológico). Assim, garantias representam alegações condicionais implícitas; e por estas alegações inferenciais serem alegações, elas podem ter tantos tipos de qualificadores ontológicos quanto quaisquer outras alegações” (Bermejo-Luque, 2012: p. 17).

de seus argumentos (i.e., argumentos analógicos a priori estabeleceriam conclusões de necessidade; argumentos analógicos indutivos estabeleceriam conclusões de probabilidade).²⁹

Para analogias a priori, Bermejo-Luque defende que podemos conceder a analogia e também que, caso a alegação inferencial da analogia seja verdadeira, ela será uma verdade necessária decorrente das premissas do argumento, e ainda assim rejeitar sua conclusão. No caso do violinista, ela indica que tal reação seria algo como: “é verdade que se manter conectado por uma máquina de diálise ao violinista por nove meses de maneira não consentida é como sustentar uma gravidez decorrente de estupro, mas em ambos os casos a decisão de interromper o vínculo de suporte é imoral, e não moral”. O que esta ilustração revela é que Bermejo-Luque busca desvincular a inferência decorrente da analogia – no exemplo, de que o caso do violinista deve ser tratado como o caso da gravidez decorrente de estupro – da correção da conclusão do argumento. Para a analogia suceder, deve haver a constatação de que tais casos devem ser semelhantes a ponto de ensejarem algum tipo de tratamento paritário, mas isto é um aspecto distinto da aceitação do argumento. O que se nega não é a semelhança entre os dois particulares, mas sim suas qualificações.

Em razão disso, Bermejo-Luque sugere que argumentos analógicos podem ser dedutivos, no sentido de que a conclusão decorre necessariamente das premissas. Concomitantemente, argumentos analógicos também seriam derrotáveis, na medida em que a validade de suas premissas estaria sujeita à questionamento através de seus qualificadores. Desse modo, Bermejo-Luque acaba construindo uma via de compromisso entre Govier e Waller, ao formular uma solução que não contempla a construção de premissas normativas e ainda assim preserva um raciocínio dedutivo.

2.3. O terceiro round: Bermejo-Luque *versus* Shecaira

Após as duas abordagens conciliadoras de Guarini e Bermejo-Luque, compreendo como o terceiro round do debate da *Reevista Informal Logic* a intervenção de Fábio Shecaira e a resposta decorrente de Bermejo-Luque. Shecaira retoma a defesa de Waller de argumentos analógicos como argumentos dedutivos. Bermejo-Luque, por sua vez, alega que

²⁹ Assim, pelo modelo desenvolvido, “a validade de um argumento é uma questão de correção de sua garantia” (2012: p. 17), ou seja, uma questão de que a qualificação epistêmica da conclusão do argumento reflita adequadamente a qualificação ontológica de suas premissas. Para Bermejo-Luque, “estas condições fariam a conclusão, da forma como qualificada (...), de fato correta” (2012: p. 18). Isto, contudo, não é muito claro para o caso de argumentos analógicos.

a defesa de Shecaira de argumentos analógicos dedutivos é falha ao caracterizar equivocadamente sua intervenção inicial no debate e ao supor que o dedutivismo seria um elemento relevante de caracterização e análise de argumentos analógicos.

Shecaira defende que o esquema de Waller contempla, na realidade, um conjunto de duas inferências, sendo que uma delas é dedutiva. Neste ponto, o primeiro conjunto teria por conclusão uma premissa normativa, construída a partir de um sub-argumento, que não é dedutivo, semelhante a uma inferência à melhor explicação. Esta premissa é então subsequentemente empregada no segundo sub-argumento, este sim dedutivo, sobre o caso-alvo da analogia deve ser tratado (2013: p. 435). Em vista desta composição, Shecaira defende que a análise de argumentos analógicos que não contempla uma premissa normativa, principalmente em um contexto jurídico, onde há exigências de transparência e limitações institucionais (*institutional restraints*), é uma análise deficiente. Nesta tarefa, ele retoma criticamente objeções levantadas por Govier, Guarini e Bermejo-Luque.³⁰

Shecaira organiza sua análise a partir de casos em que premissas normativas são explícitas e casos em que tais premissas são implícitas. Para os casos de analogias em que premissas normativas não são explicitadas, sua posição é que tais argumentos trazem, implicitamente, princípios em suas premissas, de modo que sua ocorrência pode ser explicada por uma teoria dedutiva de argumentos analógicos. Shecaira distingue entre argumentos analógicos que listam semelhanças relevantes (em seu exemplo, “fazer sexo com pessoas com deficiência intelectual severa é como fazer sexo com crianças, é moralmente inaceitável, deficientes intelectuais e crianças não compreendem as implicações físicas e sociais de fazer sexo”) e argumentos que não listam semelhanças relevantes (e.g., “fazer sexo com pessoas com deficiência intelectual severa é como fazer sexo com crianças, é moralmente inaceitável”).

³⁰ Shecaira aborda uma questão relativa à coerência da posição dedutivista. Entendo, contudo, que essa questão não foi apresentada explicitamente por seus interlocutores. Em sua leitura, é necessário descartar uma interpretação das alegações de Govier e Guarini de que a posição dedutivista – a posição de que analogias a priori devem ser compreendidas como argumentos em parte dedutivos – seria incoerente. De acordo com Shecaira, tal objeção afirma que, pelo fato de o intérprete do argumento ter de suplementar a premissa normativa à analogia, tal premissa evidentemente não faria parte do argumento original. Nesse sentido, Waller se contradiria ao sustentar que o argumento seria dedutivo e, concomitantemente, necessitaria da suplementação de uma premissa normativa. Neste ponto, a avaliação de Shecaira é que Waller apenas indica que a identificação e discernimento da premissa normativa não é uma tarefa trivial – conforme visto, trata-se um processo de ajustamento mútuo, sujeito a falsificações e a contra-analogias que podem sujeitá-lo a revisões. Porém, isso não seria um reconhecimento de que a premissa normativa não fizesse parte do argumento desde sua formulação inicial (Shecaira, 2013: p. 413). Nesse sentido, poderíamos até imaginar que a formulação final do princípio seja distinta, após todo o processo de reflexão e teste perante outras analogias, de sua formulação original. Isso contudo, não implicaria que o argumento, desde sua primeira formulação, não detivesse uma premissa normativa. Dessa forma, a alegação de incoerência é afastada por Shecaira.

Para argumentos que listam semelhanças relevantes, Shecaira defende a posição dedutivista de duas objeções de Govier. Em primeiro lugar, alega que Govier interpreta equivocadamente o princípio da caridade na interpretação de argumentos analógicos. Govier (1989: p. 145) utiliza o princípio da caridade para sugerir que uma interpretação de um argumento analógico não deve incluir uma premissa questionável – nem sempre racionalmente aceita –, sob pena de deturpar o argumento sob análise. Contudo, Shecaira nota que o ponto do princípio da caridade é fazer justiça à intenção do autor do argumento, e não necessariamente filtrar premissas normativas questionáveis (Shecaira, 2013: p. 418). Em segundo lugar, afirma que a impossibilidade de determinação exaustiva de todas as semelhanças e diferenças relevantes tampouco seria um impeditivo ao dedutivismo. Conforme vimos, Govier (1989: p. 148) entende que a identificação de semelhanças e diferenças nunca é exaustiva, o que inviabilizaria a formulação da premissa normativa. Porém, para Shecaira, o uso de argumentos dedutivos não exige que o autor do argumento “esteja perfeitamente confiante da completude de sua lista proposta de semelhanças” (Shecaira, 2013: p. 419). Nesse sentido, mesmo que o princípio venha a ser posteriormente revisado ou não seja aceito, isto não mudaria o fato de que houve uma dedução a partir de uma premissa normativa.

Para argumentos que não listam semelhanças, Shecaira levanta um ponto normativo.³¹ Para ele, argumentos analógicos podem, de fato, não expressar premissas normativas. Contudo, argumentos que explicitem esta premissa, ao seu ver, são melhores que argumentos que não fazem, vez que a falta de tal premissa pode torná-lo menos persuasivo para sua audiência – o autor corre o risco de a audiência não “ver” as semelhanças (2013: p. 421). Nesse sentido, a reconstrução dedutivista de argumentos analógicos não refletiria somente os elementos principais de uma analogia, mas também indicaria as condições pelas quais estes argumentos possam ser considerados bons. E, nesse caso, estas analogias mais simples seriam instâncias de argumentos de pior qualidade.

³¹ Um ponto empírico é também debatido (2013: p. 420). Para Shecaira, na prática em que tais argumentos são geralmente mobilizados – para ele, na filosofia e no direito – estes argumentos são compreendidos por interlocutores conscientes de que há uma referência a semelhanças relevantes entre os particulares cotejados pela analogia. Desse modo, mesmo perante uma analogia que não explicita as semelhanças, não seria equivocado compreender tal argumento como um argumento normativo. O próprio Shecaira sugere que a questão normativa é mais relevante.

Por fim, Shecaira passa a responder objeções pontuais de Bermejo-Luque³² e Guarini³³ à posição dedutivista. Desta discussão, um ponto relevante é a defesa de que Guarini fez uma leitura rasa da passagem da premissa 1 (“nós dois concordamos com o caso *a*”) à premissa 2 (“a razão mais plausível para acreditar em *a* é a aceitação do princípio *C*”) do esquema de Waller (Shecaira, 2013: p. 428). Para Shecaira, tal esquema contempla uma premissa normativa que serve como “a razão mais plausível” para aceitar uma avaliação em particular de um caso concreto. Tal razão, contudo, pode ser menos ou mais plausível, quando contrastada com outras. Considere o seguinte ponto. Podemos supor que uma razão plausível para o aborto de uma gravidez decorrente de um estupro ser um ato moral é a simples vontade da grávida de interromper a gravidez. Contudo, podemos supor uma outra razão, também plausível, para julgar tal conduta moral: que pela gravidez não ser decorrente de uma relação consensual, a grávida não é responsável pela manutenção da vida do feto. Contrastando ambas as razões, é possível construir uma hierarquia de maior ou menor plausibilidade moral, e supor, por exemplo, que a segunda razão é uma razão mais plausível para defender a moralidade de tal conduta do que a primeira razão.

Para Shecaira, isso demonstra que o passo da premissa 1 para a premissa 2 no esquema de Waller não é uma mera inferência à melhor explicação, mas um raciocínio complexo que possibilita a gradação de força do argumento (Shecaira, 2013: p. 428-429). Por tal razão, a objeção de Guarini não seria realmente um problema para o esquema dedutivo de Waller. Em vista disso, Shecaira sugere que a premissa 2 seja quebrada em duas premissas distintas, para representar melhor a aceitação da premissa normativa. A primeira linha se manteria idêntica (“a razão mais plausível para acreditar em *a* é a aceitação do princípio *C*”) e uma segunda linha confirmaria a adequação da premissa normativa (“portanto, é verdade que *C*”) (2013: p. 429).

³² Shecaira nota que, em face da conclusão de Bermejo-Luque de que argumentos analógicos contemplam premissas normativas e pode ser considerado melhores quando as explicitam, a proposta de conciliação proposta por Bermejo-Luque é pouco atrativa, justamente por ter como mérito a evasão da questão de se princípios integram analogias ou não (2013: p. 425). Shecaira adicionalmente nota que não há nada na posição dedutivista que motive a adoção de qualquer tipo de teoria de derrotabilidade. Pelo contrário, “qualquer indivíduo aceitará que argumentos relevantes podem ser derrotados... se alguma de suas premissas for demonstrada falsa” (Shecaira, 2013: p. 425).

³³ Em relação a Guarini, Shecaira afirma defende que o esquema de Waller pode ser revisado para contemplar disjunções exclusivas. Como vimos, Guarini argumentou que o esquema de Waller não era capaz de explicar a analogia de alguém convencido que dois casos particulares devem ser tratados de maneira paritária, sem ter, contudo, aceitado uma premissa normativa que os regule (Guarini, 2004: p. 158). Contudo, Shecaira, indica que o reconhecimento de que ambos os casos devem ser tratados de maneira igual – isto é, pertencem a uma mesma classe – é uma premissa normativa suficiente que demonstra como um esquema dedutivo pode compreender disjunções exclusivas. Desse modo, “argumentos que acabem em disjunções podem ser adequados a um esquema dedutivista desde que indiquem as semelhanças relevantes” (Shecaira, 2013: p. 427).

A intervenção de Shecaira foi respondida por Bermejo-Luque, que desenvolveu críticas à posição dedutivista. Bermejo-Luque retoma principalmente dois pontos da discussão de Shecaira: a aplicação do princípio de caridade na compreensão de argumentos analógicos e a viabilidade de uma abordagem dedutivista.³⁴ Além destes pontos, Bermejo-Luque reitera suas críticas à taxonomia de argumentos por analogia que foi convencionada no debate.³⁵ Em relação ao dedutivismo enquanto proposta teórica, Bermejo-Luque afirma que tal abordagem consiste em duas teses relacionadas, sobre a interpretação de argumentos (dedutivismo interpretativo) e sobre os padrões de correção de um argumento (dedutivismo avaliativo) (2014: p. 334). Ambas as teses são intrinsecamente relacionadas, pois o dedutivista interpreta argumentos de modo a compreendê-los como argumentos dedutivos, como forma de mostrar que suas conclusões não podem ser falsas se as premissas das quais decorrem são verdadeiras. A rigor, isso também é uma abordagem adequada de avaliação de qualidade inferencial, posto que mostra que a conclusão decorre, por necessidade, de suas premissas.

Contudo, Bermejo-Luque entende que esta abordagem enfrenta o seguinte problema (2014: p. 334):

De acordo com a abordagem dedutivista, se para adequar-se (*fit*) a ao menos um esquema dedutivo válido nós devemos incorporar premissas falsas ao argumento original, então o argumento como um todo deve ser considerado como ruim. Notadamente, esta estratégia de análise de argumentos [o dedutivismo] é um meio para determinar se argumentos são em geral bons – isto é, não apenas bons em suas inferências, mas também bons em suas premissas. Em outras palavras, o dedutivismo é inútil enquanto ferramenta para determinar a mera qualidade lógica (*logical goodness*) – isto é, a qualidade da inferência independentemente da

³⁴ Bermejo-Luque também faz uma breve crítica a noção de derrotabilidade que ela depreende de Shecaira. Ao seu ver, derrotabilidade “não é uma questão da possibilidade de se ter falsas premissas [como leva a crer Shecaira], mas da possibilidade de se tomar premissas como verdadeiras e não aceitar a conclusão delas decorrente” (2014: p. 334).

³⁵ Para ela, “‘a priori’ e ‘a posteriori’ não são tipos de inferências, mas tipos de juízos, e é um tanto ilusório identificar a natureza a priori ou a posteriori de argumentos analógicos com seu uso (...) como uma razão ou fundamento de um argumento indutivo ou dedutivo, respectivamente” (2014: p. 318). A seu ver, a distinção mais adequada seria entre analogias quantitativas e analogias qualitativas. Analogias quantitativas dizem respeito a quando “duas coisas, fatos, situações, etc., são similares quando eles têm suficientes propriedades em comum relevantes” (2014: p. 313). Por sua vez, analogias podem ser qualitativas no sentido de que “não é a quantidade de propriedades em comum que fazem a alegação de similaridade mais ou menos consistente, mas a proximidade entre propriedades em jogo dentro de uma dada escala” (2014: p. 314). Nesta terminologia, por exemplo, a analogia sobre vida em Vênus ou sobre o caso do violinista seria exemplos de analogias quantitativas, enquanto a máxima de Vinicius de Moraes – “uísque é o cachorro engarrafado” – seria uma analogia qualitativa. Bermejo-Luque explica do seguinte modo a distinção: “analogias quantitativas não são necessariamente empíricas (...), mas sempre são a posteriori. Elas giram em torno da possibilidade de se inspecionar e comparar ambos análogos – possivelmente, ao inferir suas (alegadas) propriedades, não necessariamente ao empiricamente checká-las. Por sua vez, analogias qualitativas são a priori porque seu critério de correção (*soundness*) é uma questão de adequação em ver um dos análogos em termos do outro” (2014: p. 317).

qualidade das premissas. Afinal, ao fazer um argumento se adequar ao esquema de um argumento dedutivo válido, nós já estamos o fazendo ser válido.

O ponto de Bermejo-Luque é que a teoria dedutivista implica em uma espécie de redundância. Ao reconstruir um argumento de modo a se obter uma dedução, de fato a questão sobre a validade formal de tal argumento se torna redundante, ao menos nos pressupostos clássicos da lógica formal. Contudo, isso não significa dizer que o esquema dedutivo não funciona como um parâmetro de correção.³⁶ Desse modo, no limite do que Bermejo-Luque está alegando, a tarefa do dedutivista passa a ser tão somente avaliar se as premissas suplementares que foram necessárias para compreender o argumento de maneira dedutiva são premissas verificáveis ou minimamente plausíveis perante o argumento do autor.

Minha avaliação é que essa tese não deve ser extrapolada até esse ponto. O que o dedutivismo oferece, no plano teórico, é uma razão bastante plausível para compreender uma inferência dedutiva como um paradigma para a análise de qualidade de um argumento, pelo fato de tal inferência garantir que a conclusão decorre, por necessidade, de suas premissas. Porém, Bermejo-Luque nota que no esquema de Shecaira, em que apenas um sub-argumento é dedutivo, isto pode não ser verdade, pois o argumento analógico também deve dar conta de um sub-argumento que não é dedutivo. Assim, para ela, “a proposta dedutivista de Shecaira sequer se aproveita do principal *insight* do dedutivismo: sua plausibilidade enquanto um standard de correção lógica” (Bermejo-Luque, 2014: p. 335).

Além desse ponto, Bermejo-Luque questiona a leitura que Shecaira faz do emprego do princípio da caridade por Govier. Conforme vimos, Govier é reticente quanto à suplementação de premissas normativas na interpretação de argumentos, posto que o grau de indeterminação de tais premissas pode abrir espaço para configurar o argumento original em outro argumento distinto. Já Shecaira, da perspectiva dedutivista, entende que é necessária a construção de premissas normativas – antes implícitas – e, através do princípio da caridade, entende que tal construção deve refletir “a interpretação que representa o argumento em sua luz mais favorável” (Shecaira: 2013, p. 330).

³⁶ Aqui há espaço para uma discussão de metateoria sobre qual seria o standard adequado de correção lógica de argumentos. Conforme nota Bermejo-Luque (2014: p. 327), “[na visão de Shecaira], argumentos a priori que não se enquadrem no esquema de Waller seriam logicamente falhos. Contudo, a plausibilidade dessa alegação depende da concepção de qualidade lógica (*logical goodness*) que nós endossamos. Neste ponto, podemos ver que a defesa de Waller e de Shecaira de uma teoria dedutivista de argumentos analógicos conclusivos contra a proposta de Govier deveria ser fundamentada por uma defesa adequada da lógica formal como o standard correto de qualidade lógica”.

Bermejo-Luque defende que o princípio da caridade deve ser compreendido como um princípio guia da interpretação, e não uma “regra de cortesia recomendando fazer o melhor do argumento do autor” (2014: p. 330). Para ela, compreender este princípio como uma regra de cortesia implica em aceitar que este só pode ser aplicado após a compreensão do que foi dito pelo autor como um argumento, o que implicaria que tal princípio não seria um requerimento para sua interpretação. Por sua vez, tomado como um princípio de interpretação, “o princípio é um requerimento necessário da interpretação... de outro modo, não haveria nada para avaliar, nenhum sentido algum” (2014: p. 330). Assim, a seu ver, o princípio da caridade deve ser empregado apenas se as palavras do autor do argumento não forem suficientes para sua compreensão (2014: p. 331). Em vista disso, uma abordagem mais minimalista, como a de Govier, seria preferível, uma vez que reconhece que o que foi efetivamente exposto pelo autor foi suficiente para transmitir seu argumento.

2.4. Tópicos para uma teoria do raciocínio analógico

Feito este percurso pelo debate da Revista *Informal Logic*, podemos extrair alguns vetores que em minha avaliação são chaves para a teorização de argumentos analógicos. Conforme já ressaltai, meu objetivo era o de identificar centros de gravidade analíticos que permitam o desenvolvimento de reflexões teóricas sobre teorias do raciocínio analógico. A partir deste mapeamento, a discussão sobre argumentos por analogia poderá ser mais bem compreendida e avaliada no âmbito da teoria do direito. Nesse sentido, considero que o diálogo inicial entre Govier e Waller é importante pela focalização em uma divergência teórica específica entre ambos autores. Contudo, creio que é particularmente relevante por estabelecer uma taxonomia de argumentos por analogia útil que serve de *plateau* teórico para o desenvolvimento das controvérsias decorrentes do debate. A distinção entre analogias indutivas ou a posteriori e analogias a priori, dedutivas ou não, captura particularmente bem o funcionamento de dois jogos de linguagem distintos em que o raciocínio analógico é operacionalizado. Em um, há o cotejamento entre dois casos particulares em que a evidência e a verificação empírica de fatos do mundo são cruciais para proposição de uma estimativa e sua confirmação. Em outro, algo diferente ocorre – a validação empírica dá de lado para a necessidade normativa de tratamento paritário de casos semelhantes.

Este ponto é fundamental na medida em que demonstra que, desde o primeiro momento, a teorização do raciocínio por analogia não é exclusivamente pautada por uma preocupação formal de validade lógica. Pelo contrário, levanta questões epistêmicas sobre

as premissas estabelecidas no raciocínio analógico e as inferências delas decorrentes. Há um peso epistêmico atribuído ao racional e aos particulares da analogia que varia a partir do jogo em que o raciocínio é desenvolvido. Em analogias indutivas, o domínio epistêmico pode ser descrito como fisicalista.³⁷ Em analogias a priori, o domínio epistêmico já não é tão claro, mas é nitidamente outro: um domínio que proponho denominar de hermenêutico, na medida em que seus sentidos são construídos a partir de práticas, orientadas por finalidades específicas, cuja realização depende da intencionalidade dos sujeitos nelas inseridos.³⁸

Por sua vez, Guarini desenvolve frentes importantes para uma teoria do raciocínio analógico. Seu artigo propõe a distinção entre duas formas de funcionamento de argumentos analógicos a priori. No primeiro, o argumento reivindica a aplicabilidade de um princípio já aceito pelo interlocutor. No segundo, o argumento reivindica a aceitação de uma premissa normativa que transparece a partir do cotejamento entre dois particulares. Além disso, Guarini destaca a importância de teorias da analogia compreenderem a força de argumentos a partir da verossimilhança entre os particulares analisados. Trata-se de uma observação importante, na medida em que a análise de semelhanças e diferenças relevantes é seja parte essencial da força do argumento, o que justifica tal passo do raciocínio – o cotejamento entre casos – um passo cuja teorização não pode ser ignorada.

Da parte de Bermejo-Luque, destaco a constatação de que a formalização de um esquema para argumentos analógicos pressupõe, ao invés de fundamentar, a validade lógico-formal ou não de argumentos analógicos. Sem esta ressalva, a discussão sobre o dedutivismo de argumentos analógicos a priori se converte em um debate circular que, no limite, refletiria um confronto de intuições sobre o raciocínio analógico. A meu ver, esta petição de princípio

³⁷ A visão “fisicalista” ou “absoluta” do mundo se refere a ideia de que só estados de coisas do mundo objetivamente considerado – isto é, cuja existência independe da nossa concepção – podem ser objeto da percepção humana. Neste ponto, Thomas Nagel observa que tal concepção de mundo “não é a mesma coisa que nossa ideia acerca do que é a realidade física, mas se desenvolveu como parte de nosso método para chegar a um entendimento mais verdadeiro do mundo físico, um mundo que se apresenta a nós inicialmente, se bem que de modo um tanto impreciso, por meio da percepção sensorial” (2004: p. 18). Vide ainda Williams (2005: p. 49 – onde o termo “concepção absoluta do mundo” é desenvolvido e suas implicações para o projeto filosófico cartesiano) e Michelon Jr. (2004: p. 33-37 – para um diagnóstico de como esta concepção de mundo influenciou profundamente a filosofia do direito da primeira metade do século XX).

³⁸ A definição estipulada é deliberadamente abrangente – minha intenção é capturar um âmbito epistêmico que seja o do direito, mas não restrito a ele. Adoto aqui o mesmo sentido de hermenêutica adotado por Ronaldo Porto Macedo Jr. (2013: p. 66), utilizando a expressão “para descrever todo tipo de abordagem que considera a produção do sentido da ação como um elemento para o seu conhecimento”. Por sua vez, conforme abordado na introdução, lembro a concepção moderna de direito é fundamentada na ideia de prática social. Quanto a isso, vale esclarecer que a noção de prática aqui adotada faz referência à reflexão de José Reinaldo de Lima Lopes, com inspiração em Alasdair MacIntyre: “práticas dependem de sentido, isto é, existem onde houver um “bem interno”, uma “razão de ser”, uma “finalidade”, um “ponto de vista interno”, tudo isso compartilhado socialmente” (2015: p. 202).

denota a necessidade de compreender a discussão sobre validade lógica de argumentos por analogia em um ponto de fuga teórico mais amplo que o da validade lógico-formal.

Este ponto também denota a necessidade de se retomar a discussão sobre distinção de esferas epistêmicas diferentes decorrente da contribuição de Govier. Contudo, ao propor uma nova taxonomia, Bermejo-Luque sugere uma distribuição distinta de pesos epistêmicos atribuídos, dando ênfase ao modo de avaliação entre os casos objetos da analogia. Assim, passam a ser relevantes na taxonomia proposta o número propriedades em comum entre particulares (para o caso do que denomina analogias quantitativas) ou o grau de afinidade ou proximidade entre os particulares cotejados (para o caso de analogias qualitativas).

Da contribuição de Shecaira, um ponto a ser explorado é a defesa de que a articulação de uma premissa normativa em argumentos analógicos é um fator que pode ser utilizado na análise de qualidade do argumento. Avalio que esta contribuição é relevante enquanto preocupação teórica, ainda que não deva ser tomada no sentido da defesa de um elemento “essencial” ou “necessário” para argumentos analógicos. Pelo contrário, sugiro que tal preocupação deve ser compreendida a partir do contexto do uso de argumentos por analogia no direito, em que juízes são sujeitos restrições institucionais que exigem deles “que decisões sejam tomadas com base em normas gerais que tenham uma relação mais ou menos direta com o direito posto” (Shecaira, 2013: p. 435).

Em vista destas considerações, defendo que três pontos mapeados do debate da *Informal Logic* devem ser utilizados como instrumental analítico de avaliação de concepções do raciocínio por analogia na teoria do direito. Em primeiro lugar, defendo que tais teorias não podem ignorar o contexto institucional em que a argumentação no direito é desenvolvida. Entendo que reconhecer esse ponto não me faz um defensor do dedutivismo, ao menos nos moldes da posição de Shecaira. A posição que estou assumindo aqui é uma preocupação que não decorre de uma suposta essencialidade do caráter dedutivo de argumentos por analogia, mas pelas características de seu contexto de uso. Desse modo, dada a conjuntura institucional de argumentação existente no direito, a explicitação de premissas normativas e da relação de semelhanças e diferenças relevantes entre os casos objetos de uma analogia cumpre um papel na tomada de decisões judiciais, mas disso não decorre que esta seria uma característica essencial e necessária do raciocínio por analogia. Não vejo razões para se defender esta tese ontológica, posto que pouco ela pouco influencia meu argumento.

Em segundo lugar, defendo que tais teorias devem ser analisadas a partir de uma perspectiva antirreducionista. Conforme ficou claro do debate analisado, há um risco e uma

perda analítica em teorizar argumentos analógicos exclusivamente a partir de sua validade lógico-formal. Por um lado, o foco único da discussão sobre a redutibilidade de argumentos analógicos em outras formas de raciocínio – como dedução ou indução – gera o problema de circularidade identificado por Bermejo-Luque. As formalizações de tais argumentos pressupõem, e não fundamentam, sua validade lógica. Por outro, a dedicação exclusiva à validade lógica perde de vista os diferentes modos pelos quais podem ser distribuídos os pesos epistêmicos às premissas e inferências desenvolvidas em raciocínios analógicos. Tal tipo de teoria não é sensível para os diferentes âmbitos de objetividade dos contextos em que raciocínios analógicos são empregados, justamente por estar equipada apenas para avaliar a validade lógico-formal de tais argumentos.

É a partir desta constatação que o terceiro fator é justificado. Entendo que teorias do raciocínio analógico devem possuir uma sensibilidade mínima para compreenderem diferentes âmbitos de objetividade na elaboração de analogias. Esta necessidade teórica é demonstrada pelas diferentes propostas de taxonomia de argumentos por analogia e pelo fato de tais propostas serem embasadas, invariavelmente, pela identificação de racionalidades epistêmicas distintas entre espécies de argumentos por analogia (seja por exemplo, a distinção entre dados empíricos e hipotéticos de Govier, ou a distinção entre cotejamento quantitativo ou qualitativo de Bermejo-Luque). Inclusive, a discussão sobre reducionismo pode ser compreendida a partir deste mesmo ponto. Notadamente, não há um único jogo de linguagem da analogia, mas diversos; qualquer tentativa de redução à uma definição única sacrificará a capacidade explicativa de sua perspectiva.

Portanto, estes são os três pontos analíticos identificados para a teorização do raciocínio por analogia: contextualização institucional, antirreducionismo e pluralidade de âmbitos epistêmicos. Com este ferramental analítico, o capítulo seguinte mapeia e analisa criticamente literatura sobre o raciocínio analógico existente na teoria do direito.

Capítulo 3. A Fronteira do Debate do Raciocínio por Analogia na Teoria do Direito

A despeito de seu uso disseminado no direito em petições de advogados e decisões judiciais, a analogia não é objeto frequente de análise teórica na filosofia do direito. Ainda assim, é possível fazer referência a uma literatura diversa sobre o raciocínio analógico e seu emprego na argumentação jurídica.³⁹ Geralmente, boas teorias devem ser capazes de explicar seus objetos de análise, ao menos suas principais características ou seus casos centrais de ocorrência. E, no caso de argumentos analógicos, é possível identificar na literatura jurídica concepções diferentes sobre o conceito de analogia ou sobre quais seriam suas características centrais. Nesse capítulo, apresento uma revisão de literatura que contempla as principais abordagens filosóficas de argumentos analógicos no direito. Essa revisão serve a um propósito específico: diagnosticar o que entendo ser as principais deficiências teóricas da literatura contemporânea. Mais especificamente, defendo que o apego generalizado à análise da validade lógica do raciocínio analógico ocorre em detrimento da avaliação de mérito do papel do raciocínio por analogia no direito. Há uma confusão entre a ideia de justificação e validade lógico-formal. A teorização do raciocínio analógico na filosofia do direito, portanto, padece do problema reducionista identificado no capítulo anterior.

Nessa revisão, identifico um conjunto de teorias sobre o raciocínio analógico no direito que denomino teorias padrão da analogia. Essas teorias compartilham entre si o apelo a uma epistemologia lógico-formal, pela qual buscam explicar analogias a partir da decomposição formal das premissas que comporiam este tipo de raciocínio e a esquematização formal da ordem que tais premissas assumiriam em um argumento analógico. Em vista disso, avaliar tais teorias se torna um empreendimento analiticamente arriscado, na medida em que praticamente pode-se identificar um consenso na descrição de argumentos analógicos. A explicação é mais ou menos a seguinte: analogias são comparações entre casos objetos distintos; o primeiro, o caso-fonte (*source case*), possui as características *A* e *B*, e foi julgado de maneira *X*; o segundo caso, o caso-alvo (*target case*), também possui as características *A* e *B*, mas ainda não foi julgado.⁴⁰ O argumento analógico

³⁹ Vide Guarini, et al. (2009) e Macagno & Walton (2009) para extensos resumos de bibliografia e mapeamento de tópicos a partir dos quais o raciocínio por analogia pode ser abordado.

⁴⁰ A terminologia “fonte” (*source*) e “alvo” (*target*) teve origem em estudos sobre raciocínio analógico na área da psicologia cognitiva e se difundiu para outras disciplinas que também têm a analogia como objeto de estudo. Vide Gentner, Holyoak e Kokinov (2001), e Holyoak e Thagard (1995).

se baseia no fato de que ambos os casos compartilham um conjunto de características (*A* e *B*) relevantes para determinar que, da mesma forma que o caso-fonte, o caso-alvo também deva ser julgado de modo que sua conclusão seja *X*.

Essa explicação, um tanto abstrata, é endossada pela literatura jurídica que aborda o tema. De fato, esta caracterização pode ser identificada em uma miríade de autores que abordam argumentos analógicos, independente do período em que estão escrevendo. Considere as seguintes definições, respectivamente, de John Austin (1911: p. 1005-1006), Martin Golding (2001: p. 102) e Cass Sustein (1993: p. 743):

[A] natureza desta inferência ou raciocínio pode ser afirmada ou sugerida assim: - *A* é *x* e *y* e *z*. Obtém-se uma analogia ou paridade entre *A* e *B*; pois *B* como *A* é *x* e *y*. Nós sabemos (ou, ao menos, assumimos), antes e sem o raciocínio, que *A* é também *z*. Nós não sabemos, contudo, antes e sem o raciocínio, que *B* também é *z*. Mas como *B*, assim como *A*, é *x* e *y*, e nós sabemos, raciocínio a parte, que *A* também é *z*, nós inferimos, por analogia, ou paridade, que *B* também é *z*.

Argumentos por analogia envolvem a passagem de semelhanças assumida ou dada à uma semelhança inferida. Assim, dado que *x* tem as características *F*, *G* e *H*, e que *y* tem as características *F* e *G*, infere-se que *y* também tem a característica *H*.

[O] raciocínio analógico... tem uma estrutura simples: (1) *A* tem uma característica *X*; (2) *B* compartilha esta característica; (3) *A* também a característica *Y*; (4) porque *A* e *B* compartilham a característica *X*, nós concluímos o que ainda não é sabido, que *B* compartilha da característica *Y* também.

Estas citações ilustram de modo simples o que denomino de teorias padrão do raciocínio analógico no direito. Essa rotulação se justifica por algumas razões. Em primeiro lugar, pela influência que este modo de compreender o raciocínio analógico exerce na literatura jurídica. Comparando as citações acima de Austin a Sunstein, pode-se ver o quão persistente é esta definição de analogia, predominante ao longo do último século. Em segundo lugar, a revisão de literatura indica que esta concepção geralmente é a base pela qual o debate sobre analogia na teoria do direito se desenvolveu. Essa abordagem teórica é geralmente tomada como interlocutora, seja para propostas críticas e reformistas, seja para propostas que justificam tal modelo.

Assim, em torno destas teorias padrão, são defendidas diferentes concepções de argumentos por analogia que exaltam a validade ou os vícios deste tipo de raciocínio e seu papel prático na argumentação jurídica. Este tipo de abordagem está presente em diversos autores, três dos quais foram escolhidos a título de ilustração de tais empreendimentos teóricos. Mais especificamente, organizo estes três autores em duas frentes distintas para sistematizar esta concepção padrão de argumentos por analogia. A primeira dedica-se às concepções de Edward Levi e Martin Golding, que em suas obras sobre o raciocínio jurídico

destacam as dificuldades em se considerar a analogia um raciocínio formalmente válido. Por sua vez, a segunda frente cobre a teoria desenvolvida por Scott Brewer, que considera, ao seu modo, a analogia uma forma de raciocínio formalmente válido.⁴¹

Após apresentar estas duas formas de teorização de argumentos por analogia no direito, apresentarei a posição cética perante o raciocínio analógico. Chamo estas concepções de céticas, pois seus defensores – por exemplo, Richard Posner, Larry Alexander e Lloyd Weinreb – desconfiam de sua capacidade de fornecer resultados seguros para uma tomada de decisão judicial.⁴² Seus defensores levantam diversas críticas ao modo pelo qual a analogia é concebida no direito. Argumentam que analogias são arbitrárias, pois não possuem um controle eficaz da análise de semelhanças entre os casos comparados. Argumentam que, uma vez esquematizado, o raciocínio analógico não passa de outra forma e raciocínio – uma mera dedução, por exemplo. Nesta visão, à analogia sobraria somente o papel de um recurso retórico utilizado por advogados e juízes para persuadir seus interlocutores de que suas teses são procedentes. Conceder algo mais do que isso aos argumentos analógicos, ao ver dessas críticas, imprudente e conceitualmente equivocado.

Ainda que opostas, tais concepções também podem ser consideradas como uma espécie de núcleo robusto das teorias padrão do raciocínio analógico, a partir do qual se explica e se justifica seus sentidos. No fim do dia, estas teorias do raciocínio analógico têm por centro gravitacional o pressuposto de que analogias devem ser construídas e avaliadas a partir de sua validade lógico-formal. Em vista disso, após a exposição, apresento um diagnóstico crítico desse tipo de abordagem. Argumento que tal tipo de abordagem, além de circular, ignora um aspecto central do raciocínio analógico: o mérito da avaliação de dois objetos ou casos que são podem (ou não) ser considerados análogos.

Ao se rejeitar a abordagem padrão, abre-se espaço para um outro tipo de explicação do raciocínio analógico, que será desenvolvida com mais detalhes nos próximos capítulos.

⁴¹ Outros autores que analisarei nos capítulos seguintes, como Neil MacCormick e Robert Alexy, também podem em alguma medida ser compreendidos nesta chave de leitura que proponho. Ainda assim, por mais que seja possível identificar neles uma preocupação teórico com o rigor e a estruturação formal do argumento analógico, entendo que não seria apropriado apresentá-los neste momento de aproximação de teorias de argumentos por analogia uma vez que suas obras apresentam preocupações e particularidades teóricas suficientemente específicas (*i.e.*, o papel da coerência normativa e factual para um e o uso do teste da proporcionalidade para o outro) a ponto de distingui-los dos autores analisados neste capítulo e nos capítulos seguintes desta dissertação.

⁴² No caso específico de Weinreb, é possível inclusive identificar uma forma de ceticismo alternativo perante o raciocínio analógico – uma postura crítica não necessariamente voltada ao uso de tais argumentos e sua viabilidade teórica, mas à sua redução a alguma forma lógica. Weinreb rejeita que argumentos analógicos podem ser reduzidos a uma outra forma de raciocínio lógico como a dedução ou a indução. Seu projeto, contudo, é um projeto predominantemente crítico, menos focado na elaboração de uma teoria própria sobre o raciocínio analógico e seu funcionamento no direito.

Conforme já está claro, minha leitura e organização da literatura existente neste primeiro momento dá ênfase para o ponto de fuga epistemológico de tais teorias, que são organizados em torno dos postulados de validade da lógica clássica para a descrição e avaliação de teorias sobre o raciocínio analógico. Para isso, contudo, estas teorias formais de argumentos por analogia devem ser compreendidas a nível de seu projeto teórico e especificidades conceituais para que um diagnóstico fiel possa ser feito.⁴³

2.1. O raciocínio imperfeito

Duas obras se destacam no desenvolvimento da concepção do raciocínio por analogia como uma forma de raciocínio imperfeito por serem constantemente citadas em tratamentos contemporâneos do raciocínio analógico na teoria do direito. *Legal Reasoning*, de Martin Golding (2001), tem o mérito de buscar retificar a omissão pela qual “o estudo de argumentos e a formulação de critérios para a avaliação de argumentos caiu nos domínios da lógica, mas até recentemente lógicos não estenderam sua atenção para a argumentação jurídica” (2001: p. v). Por sua vez, *Introdução ao Raciocínio Jurídico*, de Edward Levi (2005), não só explicitamente faz a defesa do raciocínio analógico como paradigma de raciocínio no direito, como também é uma das poucas obras traduzidas para o português que alia a discussão do raciocínio analógico com teoria do direito.⁴⁴

Para Levi, “o raciocínio por comparação de casos, ou seja, por analogia” (2005: p. 7), é “o modelo básico do raciocínio jurídico” (2005: p. 2). O raciocínio analógico, nesse sentido, é a forma de raciocínio paradigmática e distintiva da prática do direito. Ao seu ver, a analogia está profundamente ligada ao que chama de doutrina do precedente, “segundo a qual uma proposição representativa do primeiro caso transforma-se em uma norma jurídica, que é depois aplicada à situação similar seguinte” (2005: p. 2). Levi indica que este modelo

⁴³ Ressalvo que esta forma de leitura que proponho não é a única possível e tampouco tem pretensão de exaurir todas as discussões teóricas existentes sobre o assunto. Pelo contrário. Seria possível, por exemplo, organizar a literatura em ordem cronológica. Alternativamente, outros recortes poderiam ser propostos para ressaltar algum determinado conflito teórico. Nesse sentido, poderia ser proposta uma chave de leitura que enfatizasse posições céticas perante argumentos por analogia, o debate em torno da dedutibilidade do raciocínio analógico ou ainda sobre a derrotabilidade de suas conclusões. Optei por explicitar o caráter lógico-formal da literatura uma vez que, a meu ver, esta preocupação revela uma forma de teorização generalizada na literatura. Vide, para outras formas e escopos de revisão de literatura, Brewer (1996), Postema (2007), Guarini, et al. (2009) e Macagno & Walton (2009). Ademais, o debate sobre o dedutivismo de raciocínios por analogia e o mérito da posição cética perante analogias são retomados mais a frente neste capítulo.

⁴⁴ A outra obra é *A Razão Jurídica*, de Lloyd Weinreb (2016). Considero importante destacar que tais obras são relevantes no debate da literatura nacional justamente por terem sido traduzidas para o português. Em vista da tradução, naturalmente tais obras passam a ser referências mais acessíveis para o estudo do papel do raciocínio analógico no direito e, em razão disso, devem ser endereçadas pela pesquisa.

básico é organizado por três passos (2005: p. 2). Em primeiro lugar, deve-se identificar as similaridades entre os dois casos comparados. Em segundo lugar, elabora-se uma norma jurídica a partir do primeiro caso. Por fim, há aplicação desta norma ao outro caso.

De acordo com Levi, estes passos mostram como o significado de normas jurídicas em geral pode sofrer mudanças de caso para caso, garantindo uma qualidade dinâmica que ao seu ver é indispensável ao direito. Esta instabilidade de sentido ocorre pois “o âmbito de uma norma jurídica... depende de se determinar quais fatos serão considerados similares aos fatos ocorridos quando a lei foi promulgada pela primeira vez” (2005: p. 3). Dessa forma, Levi entende que a comparação de casos e a consequente identificação de similaridades e diferenças é o elemento chave do processo legal.⁴⁵ Esta qualidade dinâmica do significado de conceitos jurídicos também indicaria que o raciocínio empregado no direito “não é simplesmente dedutivo”, pois, como Levi afirma, “a longo prazo, um movimento circular pode ser observado” (2005: p. 14).⁴⁶ Da centralidade desse raciocínio decorrem suas pretensões normativas. De acordo com Levi, uma ordem legal justa e eficiente deve ter como seu principal objetivo “selecionar as similaridades principais e concluir a partir delas, por raciocínio, o quão justa seria a aplicação de uma classificação comum” (2005: p. 4). A principal questão de justiça que fundamenta desse objetivo, assim, é a noção de que casos iguais devem ser tratados igualmente. Nesse sentido, Levi afirma que “o problema para o direito é: em que casos será justo tratar causas diferentes como se fossem iguais?” (2005: p. 4).

Porém, talvez a característica mais marcante da contribuição de Levi é sua conclusão de que o raciocínio analógico é “imperfeito” (2005: p. 5). De acordo com o autor, raciocínios analógicos são marcados por uma falácia lógica: “a falácia do meio não distribuído ou a falácia de assumir que o antecedente é verdadeiro porque o consequente o foi” (2005: nota

⁴⁵ Nos termos do uso de Levi, “processo legal” aqui deve ser compreendido não como o procedimento institucional orientado para a resolução de conflitos através da jurisdição estatal, mas o processo mental – o raciocínio – pelo qual normas jurídicas gerais são aplicadas a um conjunto de fatos específicos através da análise de instâncias pretéritas de aplicação.

⁴⁶ Em um primeiro estágio, há a construção do significado de um dado conceito jurídico, que é construído à medida que os casos são comparados. A seguir, este núcleo semântico é estabilizado na prática do direito, com a criação de precedentes sobre seu campo de incidência e limites de aplicação. Por fim, com o desenvolvimento de novas analogias, os termos e categorias iniciais são gradativamente abandonados, pois “[a] influência sugestiva do vocábulo não é mais desejada” (2005: p. 14). Contudo, esta afirmação sobre o caráter dedutivo de ser tomada com um grão de sal. Levi afirma que este ciclo denota que o raciocínio jurídico, por ser analógico, não é dedutivo. Porém, ao que parece, Levi está na verdade argumentando contra a suposição de que conceitos jurídicos possuem núcleos semânticos duros e de significação permanentemente estável. Nesse sentido, ao ter sua significação relativamente estabilizada, um conceito jurídico funcionaria praticamente como uma regra. Para o autor, o ciclo por ele descrito indica que, na realidade, tal estabilidade semântica, se existe, é momentânea e está sempre sujeita a mudanças. Dessa forma, a leitura de Levi não implica em um autor defensor da tese de que o raciocínio analógico, central ao direito, não é dedutivo.

de rodapé nº 5). Para Levi, o problema está na inexistência de uma norma de caráter abrangente que vincule a semelhança entre os dois casos comparados e uma dada conclusão normativa. A seu ver, a analogia, enquanto um raciocínio que prossegue de um caso particular para outro, não chega a formular uma regra geral abrangente, de modo que se cria uma lacuna no raciocínio que, precisamente, seria o “meio não distribuído” do silogismo. Esta conclusão não deixa de ser surpreendente, uma vez que o próprio Levi reconhece que o raciocínio analógico é marcado por três passos, sendo que o segundo deles é a elaboração de uma norma jurídica a partir do caso-fonte. A rigor, esta norma seria responsável para preencher a lacuna do termo médio, de modo que uma leitura possível de Levi é explicitar esta construção contraditória de sua teoria.

Outra interpretação possível é que Levi entende que tal norma não preenche o termo médio. O problema é que o autor não justifica essa visão. Pode-se levantar a hipótese de que, ao considerar uma norma extraída de um conjunto específico de fatos oriundos do caso-fonte, Levi entendeu que seu alcance seria demasiadamente restrito para que pudesse ser formalizada enquanto um termo médio. Porém, na prática, ao entender que é justamente essa norma derivada do caso original a norma a ser aplicada ao outro caso, o autor teve de conciliar a operação prática do raciocínio com sua esquematização formal. A meu ver, é nesse sentido que para Levi o raciocínio base do direito seria um raciocínio “imperfeito”.

Similarmente, a conceptualização do raciocínio analógico de Golding também conclui que “argumentos por analogia não são formalmente válidos”, sendo que “a falsidade de suas conclusões é compatível com a verdade de suas premissas” (2018: p. 124). Enquanto um argumento não-dedutivo, argumentos analógicos poderiam somente evidenciar que suas conclusões são mais verdadeiras do que falsas. Porém, Golding nota que em contextos jurídicos, argumentos analógicos não estabelecem apenas plausibilidade, mas reivindicam para si a correção de suas conclusões. Esta é a principal tensão que Golding endereça em sua teoria do raciocínio analógico.

Em parte, isso se explicaria pelo fato de se tratar de argumentos práticos normativos – são argumentos que estabelecem como novos casos devem ser resolvidos em um contexto de tomada de decisão. Golding afirma que argumentos analógicos no direito estão relacionados principalmente a três temas: coerência, equidade (*fairness*) e classificação (2018: p. 128). Em relação ao primeiro, analogias são relevantes pois contribuem para as expectativas de que juízes elaborem decisões que sejam coerentes com o direito existente e os fundamentos gerais do sistema jurídico. Em relação ao segundo tema, analogias são importantes ferramentas pelas quais juízes possam trabalhar com equidade, concretizando a

ideia de que casos similares devem ser tratados similarmente. Por fim, em relação ao tema de classificação, Golding indica que analogias são relevantes ao orientarem a classificação conceitual de casos particulares diferentes a uma mesma categorização para fins legais (2018: p. 130). A analogia, nesse sentido, é um raciocínio que logra um movimento de raciocínio entre casos particulares, sem a formulação de uma regra explícita que possibilite uma inferência dedutiva como conclusão do raciocínio. Para Golding, a forma de um argumento analógico pode ser esquematizada da seguinte maneira em quatro proposições (2018: p. 124):

1. x tem as características F, G, ...
2. y tem as características F, G, ...
3. x também tem a característica H.
4. F, G, ..., são características relevantes para fins de H.
5. Portanto, y tem a característica H.

Como se pode notar do esquema acima, a premissa 4 tenta dar conta do problema referente à análise de similaridade entre os casos comparados em uma analogia. A proposição enuncia um critério de relevância para a caracterização de H. E, conforme o próprio Golding reconhece, a ideia de relevância expressa na premissa não necessariamente se refere à causalidade ou conexão necessária. Ao seu ver, a característica relevante – por exemplo, “F” – para a determinação de H pode funcionar como um critério ou um conjunto de critérios (2018: p. 124). Golding entende que esse esquema é uma boa representação de como, em um contexto institucional, juízes fazem uso de analogias e lidam com questões de classificação conceitual. Contudo, a seu ver ainda haveria espaço para uma nova revisão no tipo de inferência conclusiva do argumento. Golding entende que o esquema apresentado acima não dá conta do fato de analogias no direito serem argumentos práticos normativos.

Por argumento prático, Golding se refere ao tipo de raciocínio que “fornece a um indivíduo apropriadamente situado uma razão para agir” (2001: p. 55). Por sua vez, a noção de argumento normativos busca ressaltar que as conclusões de argumentos judiciais em questões de direito – bem como as conclusões de argumentos morais – possuem força imperativa e “envolvem alguma noção ‘o que é o certo a fazer’, seja de acordo com o direito, a moralidade ou outro tipo de standard” (2001: p. 42).⁴⁷ Em vista dessas características de

⁴⁷ E, nesse sentido, “conclusões judiciais assim devem ser distinguidas de conclusões em que nenhum elemento de normatividade (*oughtness*) é explícito ou implícito; estas últimas conclusões são denominadas proposições descritivas”. Vide Golding, 2001: p. 42.

argumentos por analogia no direito, ele propõe a seguinte reformulação da conclusão do esquema (2018: p. 131):

5. Portanto, a menos que existam considerações excludentes (*countervailing considerations*), y tem a característica H.

Conforme pode se notar, Golding propõe uma conclusão que considera “mais fraca” do que a anterior (2018: p. 131). Contudo, ao seu ver, com a inserção da frase qualificadora – “a menos que existam considerações excludentes” – é possível contornar a invalidez formal do argumento e estabelecer, em um contexto normativo e prático, que a conclusão (5) decorre das premissas⁴⁸. Nesse sentido, a correção das premissas compromete (*commits*) um juiz a aceitar a conclusão (2018: p. 131). Golding afirma que as premissas (1) e (2) são premissas descritivas cuja correção é aferida a partir de fatos. Por sua vez, as premissas (3) e (4) são premissas normativas. Golding afirma que a premissa (3) geralmente se refere à regra aplicada no caso-alvo (2018: p. 131). Por sua vez, a premissa (4) também é normativa: sua correção só pode ser aferida pelo precedente de onde se extrai a premissa (3) (2019: *id.*).

Por fim, Golding sugere que um modo de adicionar força ao argumento é decompor a afirmação (5) em duas premissas e uma inferência, de modo o argumento conclua em uma dedução formalmente válida (2018: p. 133):

5. A menos que existam considerações excludentes (*countervailing considerations*), y tem a característica H.

6. Não existem considerações excludentes.

7. Portanto, y tem a característica H.

Para Golding, juízes querem chegar a conclusões fortes, que não sejam limitadas por qualificantes, dado que devem responder a uma questão de direito (2018: p. 133). Dada a correção da premissa (6), segue a conclusão da decisão judicial sem qualificações. Dessa forma, Golding entende que o esquema apresentado consegue justificar porque analogias no direito não estabelecem a probabilidade de correção, mas a reivindicam categoricamente. Afinal, “um juiz que aceita as premissas [1]-[7] é racionalmente comprometido a aceitar a conclusão [8]” (2001: p. 111).

Nota-se, portanto, que a teorização de argumentos analógicos no direito de Golding dá um passo além das conclusões de Levi. Ambos reconhecem que se trata de um argumento

⁴⁸ “Certamente parece ser o caso de que se há uma boa razão para aceitar uma conclusão normativa em particular e nenhuma razão para não a aceitar – o que seria interpretar a frase qualificadora do modo mais fraco – então a conclusão há de ser (*ought to be*) aceita também. (...) Se, então, um juiz fosse aceitar as premissas de um argumento analógico e chegasse à conclusão [(5)], não é difícil ver por que ele poderia considerar o resultado como conclusivamente estabelecido”. Vide Golding, 2001: p. 108.

de validade formal questionável. Contudo, enquanto Levi conclui que se trata de um raciocínio formalmente imperfeito, Golding propõe revisões para articular uma teoria da analogia que formalmente pare de pé. Sua solução é minuciosa – o autor decompõe o que seria a conclusão do argumento em um silogismo, de modo que a conclusão resultante não inclua nenhum termo qualificador.

2.2. O raciocínio lógico

O plano de fundo teórico da analogia na literatura da filosofia do direito estadunidense foi influenciado pelo extenso artigo de Brewer publicado em 1996, *Exemplary Reasoning: semantics, pragmatics, and the rational force of legal argument by analogy*. Tal obra oferece descrições do funcionamento da analogia no direito, propõem esquemas argumentativos para analogias, discutem a racionalidade do argumento e conectam a argumentação analógica com a prática social do direito. Além disso, Brewer é representativo da frente que teoriza o raciocínio por analogia como um tipo de raciocínio formalmente válido. E em razão disso devem ser consideradas como contrapontos dentro da teorização formal de argumentos analógicos no direito. Nesse sentido, apesar de compartilharem muitas características, estas contrastam com a abordagem exposta no tópico acima.

O objetivo de Brewer é explicar tanto a estrutura formal de argumentos por analogia quanto sua força racional (*rational force*) (1996: p. 930).⁴⁹ Ele defende que o raciocínio analógico no direito é mais bem compreendido como um raciocínio de processo abdutivo (1996: p. 923). O raciocínio abdutivo é entendido em sua teoria como algo próximo do que se entende por inferência à melhor explicação e, naturalmente, não se confunde com deduções ou induções.⁵⁰ Brewer defende que raciocínios por abdução têm um papel relevante em argumentos analógicos. E é de se notar que desde a largada ele reconhece que o raciocínio abdutivo é formalmente inválido – “de um ponto de vista lógico, (...) a conclusão de uma abdução é uma proposição cuja verdade aparenta ser inferida por uma regra dedutivamente inválida” (1996: p. 949). Esta é uma observação crítica para a teoria de

⁴⁹ De acordo com Brewer, “‘força racional’ será definida em um sentido estrito: a força racional de um argumento é o grau pelo qual a forma do argumento gera (*yields*) um argumento confiável sobre a verdade de sua conclusão baseada na verdade assumida de suas premissas”. Brewer, 1996 (p. 928).

⁵⁰ Brewer introduz o conceito de dedução da seguinte maneira: “em um argumento dedutivo válido, a verdade das premissas garante a verdade da conclusão” (1996: p. 943). Ele então remete ao silogismo aristotélico como “paradigma amplamente conhecido” de argumento dedutivo. Por sua vez, o conceito de indução de Brewer contempla dois tipos de inferências. Uma generalização indutiva envolve generalizações a partir de instâncias particulares. Já em uma analogia indutiva, a conclusão afirma que um dado indivíduo provavelmente agregará as características notadas nas premissas (*ibid.*: p. 944).

raciocínio analógico de Brewer, que defende que argumentos analógicos são formalmente válidos a despeito do papel que o raciocínio por abdução desempenha em analogias.⁵¹

Antes de passar a este ponto, contudo, cabe detalhar a estrutura de argumentos analógicos para Brewer. A seu ver, o raciocínio por analogia é um processo de três etapas entendidas, em conjunto, como condições necessárias e suficientes para a definição de uma analogia. Uma analogia começa com uma “abdução em contexto de dúvida sobre a extensão de um predicado ou significado de um texto” (1996: p. 962), sendo o “contexto de dúvida”⁵² em contexto jurídico a indefinição sobre a aplicação de uma regra ou vagueza de um determinado conceito. Após a avaliação de diversos exemplos de aplicação da regra, o intérprete (*reasoner*) constrói uma regra justificadora da analogia. A segunda etapa consiste na confirmação ou rejeição da regra justificadora da analogia (*analogy-warranting rule*) postulada. De acordo com Brewer, “este passo envolve testar a capacidade da regra ‘abduzida’ (*abduced*)” de satisfazer vários requerimentos” (1996: p. 962). Por requerimentos, ele se refere à capacidade da regra justificadora da analogia de organizar de modo plausível (*acceptable sorting*) os exemplos ou casos concretos considerados pelo intérprete (1996: p. 962). Após isso, por fim, de acordo com Brewer, o intérprete deve avaliar a regra construída a partir da estipulação de um racional justificador para a analogia (*analogy-warranting rationales*).

Tanto esta norma articulada quanto a percepção de semelhança inicial devem ser comparadas e reajustadas, em um processo que evoca ou se assemelha ao equilíbrio reflexivo rawlsiano (1996: p. 963). Ao fim deste processo, haverá uma regra construída a partir de semelhanças normativamente relevantes dos casos comparados, que os abrangeria e articularia suas conclusões de maneira equânime. A terceira etapa do raciocínio analógico,

⁵¹ De acordo com Brewer (1996: p. 947), “a abdução é uma forma de inferência disciplinada (ainda que, em contraste com a dedução, não rigidamente guiada); que tem um grau substantivo de força racional; e que tem um papel vital no raciocínio analógico e por exemplos, assim como no raciocínio explanatório e justificatório nas ciências e em outros campos de pesquisa”. Em relação ao conceito de “raciocínio abuditvo”, observo que apenas uma parcela minoritária de autores na filosofia da lógica reconhece este padrão lógico como uma forma autônoma e independente (Haack, 2002: p. 38). Neste ponto, é de se notar a influência de Charles S. Peirce em sua conceptualização do raciocínio abdutivo, que seria capaz de explicar como seria possível “selecionar de um número indefinido de explicações lógicas possíveis de um fenômeno natural enigmático um número relativamente pequeno de hipóteses para confirmação ou rejeição” (Brewer, 1996: p. 946).

⁵² Por fim, cabe destacar que, para Brewer, a abdução ocorre em um contexto de dúvida (1996: p. 978). Este ponto é relevante na medida em que Brewer o utiliza para manter a ideia de que o raciocínio por analogia é caracterizado pela ideia aristotélica do movimento de um particular para outro particular em um esquema argumentativo que contempla a aplicação de uma regra. Nesse sentido, a busca abdutiva por racionais é necessária “apenas em um contexto de dúvida sobre a aplicação de um conceito” central para a expressão de uma norma (1996: p. 980). Assim, “uma das funções mais importantes do argumento por analogia em contextos de dúvida é a de ‘precisar’ a norma de modo a fornecer orientação em casos semelhantes relevantes” (1996: p. 981).

então, é aplicar a regra construída e justificada pelo racional identificado ao caso-alvo (1996: p. 963). É em vista da aplicação de tal regra que Brewer afirma que dois casos podem ser considerados análogos.

O esquema abaixo ilustra a estrutura do argumento analógico assim como Brewer o concebe (2018: p. 39-40):

1. x_1, x_2, x_3, \dots têm F, G, H... [fontes têm características específicas]
2. y tem F, G, H... [alvo também tem estas mesmas características específicas – tratam-se de características compartilhadas]
3. x_1, x_2, x_3, \dots também têm N [fontes também têm a característica inferida]
4. Regra justificadora da analogia (“*analogy-warranting rule*”):
[Uma opção:] tudo que tiver F, G, H também terá N [tudo que tiver as características específicas compartilhadas também terá a característica inferida]
[Outra opção:] algumas coisas que tiverem F, G, H também terá N [algumas coisas que tiverem as características específicas compartilhadas também terão a característica inferida]
5. Racional justificador da analogia (“*analogy-warranting rationale*”): afirma uma justificação explanatória para a regra justificadora da analogia, especificamente para a asserção da regra de que o compartilhamento das características pelo alvo e pela fonte autorizam a conclusão de que a característica também está presente no alvo.
6. Portanto, y tem N [conclusão: o alvo tem a característica inferida]

Para Brewer, a reconstrução de um argumento analógico, como a de qualquer entimema, exige uma interpretação justa (“*fair interpretation*”) do texto no qual o argumento é apresentado (2018: p. 36). Ao seu ver, analogias podem ter premissas omitidas, o que exige cautela adicional na compreensão de tais argumentos. Não é por acaso que Brewer fornece duas opções de regras justificadoras na premissa (4) do esquema apresentado acima, para ressaltar justamente as diferentes possibilidades de construção de uma regra através do raciocínio analógico. Os argumentos analógicos para Brewer são pautados pela comparação entre dois casos ou objetos, a fonte e o alvo. Além disso, em todo argumento analógico, há uma característica inferida – uma característica ou propriedade que se sabe existente no caso-fonte, mas que é incerta no caso-alvo (Brewer, 2018: p. 38). Nesse sentido, a analogia possibilita o discernimento sobre “se a posseção de determinadas características compartilhadas pela fonte e o alvo justificam racionalmente a inferência de que o alvo também possui a característica inferida que o alvo tem” (2018: p. 38).

Este processo de discernimento exige a determinação de características compartilhadas pelos casos fonte e alvo que sejam relevantes para a avaliação da característica inferida. Deve-se notar que tal processo abrange dois passos: o mapeamento de características compartilhadas e a indicação de quais delas são relevantes para os fins da

analogia. Assim, como é comum na teorização de argumentos por analogia, o mero compartilhamento de uma dada característica não autoriza uma conclusão analógica.⁵³

Brewer também defende que há sempre uma regra implícita que guia a inferência à característica inferida das características compartilhadas (2018: p. 39). Trata-se da premissa (4) no esquema apresentado acima. Ainda que a existência de tal regra seja uma característica central de sua teorização do argumento por analogia, Brewer também destaca que esta regra deve ser de alguma maneira justificada por algum racional. Trata-se da premissa (5) no esquema apresentado acima. Para Brewer, essa justificativa é muito relevante para que um argumento analógico seja consistente por duas razões. Primeiro, porque os dois itens ou casos objetos de uma analogia podem ser semelhantes ou diferentes de inúmeras maneiras. Como indicado, o mero arrolamento de similaridades não é suficiente a partir de uma regra – esta deve ser imbuída de uma racionalidade que institua e justifique porque tais similaridades são relevantes. Segundo, porque argumentos analógicos “não podem ser racionalmente convincentes a não ser que haja alguma explicação que justifique a regra justificadora da analogia” (2018: p. 39).

Para Brewer, é tal explicação que dá uma justificação racional para a asserção da regra de que as características compartilhadas pelos dois casos autorizam a inferência de que o caso-alvo também possui uma dada característica ou propriedade que, inicialmente, não era clara.

2.3. Os céticos perante o raciocínio por analogia

A concepção inicial do raciocínio analógico exposta acima, como uma forma formalmente frágil de justificar conclusões, é explorada por teóricos críticos da analogia. Justamente por tal caracterização, afirmam os críticos, argumentos analógicos não servem como boas justificativas para a tomada de decisão. Esta reação ao raciocínio analógico é ilustrada pelas obras de Posner, Alexander e Sherwin, autores que são identificados na literatura como os principais oponentes de teoria sobre argumentos analógicos no direito.

⁵³ Para Brewer, a identificação de um padrão comum de características compartilhadas e relevantes para a aferição de uma propriedade inferida envolve uma abdução. Brewer afirma que uma inferência abdutiva tem três passos principais (1996: p. 947-948): em primeiro lugar, a identificação de um fenômeno a ser explicado (o *explanandum*); em segundo lugar, há a formulação de uma hipótese para o fenômeno identificado (a *explanans*), geralmente uma proposição condicional; e por fim, a escolha da hipótese como preliminarmente correta, a partir de testes. No caso de argumentos analógicos, o padrão é o seguinte: a partir de uma base de características compartilhadas, infere-se que o caso-alvo tem uma característica adicional que o caso-fonte também possui (2018: p. 39).

Larry Alexander defende que analogias são um “fantasma” (1996: p. 145). Sua objeção aborda a organização lógico-formal de argumentos analógicos. Alexander afirma que analogias não são argumentos logicamente válidos distintos de uma mera operação dedutiva, e, portanto, são uma forma de raciocínio incapaz de justificar o apelo à precedentes. As críticas de Alexander ao raciocínio analógico podem ser encontradas em diversos de seus escritos (1998: p. 531; Alexander e Sherwin, 2008: p. 76-83). No artigo *Bad Beginnings*, Alexander busca compreender analogias no direito à luz de duas teorias de interpretação concorrentes. Ao seu ver, a inadequação da analogia em ambas as teorias revela que o raciocínio analógico no direito seria um “fantasma”. Alexander argumenta que analogias não constituem uma forma própria de raciocínio moral que leva em conta decisões judiciais pretéritas, e tampouco uma forma de investigação empírica sobre intenção legislativa que leva em conta exemplos de textos estatutários.

Em primeiro lugar, em vista da teoria articular por Brewer, Alexander propõe uma distinção conceitual entre analogias e equilíbrio reflexivo – ambos, ao seu ver, não se confundem. Com isso, ao seu ver, analogias não seriam uma forma própria de raciocínio moral, diferentemente do método de equilíbrio reflexivo. A primeira diferença apontada afirma que o uso do equilíbrio reflexivo no discurso moral testa princípios contra julgamentos pessoais do autor do argumento, enquanto a analogia se basearia em posições de outros (e.g., o posicionamento de um juiz em determinado caso) (Alexander, 1996: p. 73).

A segunda diferença estaria na rigidez das preposições comparadas. No caso do equilíbrio reflexivo, o autor do argumento seria capaz tanto de ajustar o princípio moral sob análise quanto seu julgamento pessoal (1996: p. 74). Analogias no direito, contudo, lidam com precedentes – casos dotados de normatividade e já estabelecidos no tempo por um órgão dotado de autoridade – que não estariam sujeitos a ajustes ou seriam passíveis de desconsideração. Por sua vez, a terceira diferença se refere ao grau de especificidade que tais métodos abordam seus objetos paradigmas. De um lado, analogias no direito estariam inteiramente sujeitas às avaliações pretéritas existentes. De outro, o uso de paradigmas no equilíbrio reflexivo não seria estrangido por eventos passados e é livre inclusive para trabalhar com situações hipotéticas (1996: p. 75).

Em segundo lugar, analogias não seriam uma forma de raciocínio apta a trabalhar com fatos do mundo que explicam a normatividade do sentido de textos legais. Alexander indica que a recuperação da intenção do autor da norma seria uma forma paradigmática de explicar a normatividade do sentido de uma regra legal. Analogias não seriam uma forma de raciocínio útil para isso, uma vez que estariam restritas a um universo de evidências bastante

limitado, *i.e.*, o de textos legais pretéritos (deixando de lado, por exemplo o histórico legislativo de uma dada lei). Assim, ao seu ver, analogias não seriam “nada de especial: apenas o método científico ordinário de abdução e indução aplicado à busca de fatos passados de relevância jurídica” (1996: p. 75).

Na obra em que coautora com Emily Sherwin, *Demystifying Legal Reasoning*, outras objeções ao raciocínio analógico são apresentadas. Para ambos, a “tomada de decisão analógica baseada em similaridades factuais entre casos ou é intuitiva ou é dedutiva” (2008: p. 87). Se o processo é intuitivo, então o caso precedente não constrangeria a decisão do caso novo de nenhuma forma. Se, por outro lado, o processo é dedutivo, então o que ocorre é a aplicação de uma regra ao caso novo, inexistindo necessidade de apelo a um precedente. Inclusive, uma vez dada a dedução, o esquema do argumento analógico prescindiria das premissas relativas ao caso-fonte. Considere o esquema de Golding (2001: p. 107), apresentado acima, para fins ilustrativos:

1. x tem as características F, G...
2. y tem as características F, G...
3. x também tem a característica H.
4. F, G... são características H-relevantes.
5. Portanto, ao menos que existam considerações excludentes (countervailing considerations), y tem a característica H.

Como se nota, a conclusão (5) é uma inferência que pode ser deduzida a partir das premissas (2) e (4). Alexander e Sherwin argumentam que as premissas (1) e (3), relativas ao caso-alvo, são superficiais. Assim, este problema torna-se uma questão relevante para quem visa defender que o caso-fonte detém alguma relevância na conclusão de um argumento analógico. Isso é especialmente verdadeiro para argumentos analógicos no direito, onde há uma expectativa geral de que casos similares serão julgados de maneira similar. Abandonar as premissas do caso-fonte na esquematização do argumento, dessa forma, parece ser um abandono de valores epistêmicos que orientam a força normativa de precedentes em um dado ordenamento jurídico.

Alexander e Sherwin também objetam à ideia de sopesamento entre casos para se avaliar suas semelhanças. Em primeiro lugar, entendem que tal processo exige uma métrica e que “se tal métrica existe, sua aplicação a um corpo de precedentes que inclui decisões incorretas levaria ao caos jurídico” (2008: p. 87). Por fim, ambos argumentam que a identificação de regras ou racionais de precedentes é um processo aberto (“*open-ended*”) incapaz de constranger discricionariedade. Pelo contrário, juízes decidiriam casos com autoridade para a criação de regras que pouco estariam restritos – a não ser por

dessemelhanças entre casos (2008: p. 87). Contudo, estas dessemelhanças seriam determinadas por normas independentes, que estabeleceriam a métrica jurídica relevante para análise de fatos. Nesse sentido, para ambos, “as decisões anteriores em si são ultimamente inertes” (2008: p. 87).

Críticas semelhantes a estas também são identificadas em *Problems of Jurisprudence* de Richard Posner. Posner rejeita qualquer tipo de redução de argumentos por analogia à alguma estrutura formal, focando especialmente na concepção de analogias como algum tipo de uma indução. Ao seu ver, a teorização de tal tipo de raciocínio não pode ser ancorada em algum tipo de estrutura formal de argumentação. Ao avaliar a possibilidade de teorizar argumentos analógicos a partir de induções, Posner considera que, apesar de induções identificarem a existência de padrões e criarem uma expectativa de cumprimento de regras no futuro, o método indutivo não justifica por que uma regra deve aplicada em um determinado caso⁵⁴. Desse modo, para Posner, o juízo de probabilidade geralmente produzido por uma indução não é capaz de explicar ou ainda fornecer as razões que informam a aplicação de uma dada regra. O processo meramente possibilita a enunciação de uma fórmula, mas não a justifica – não fornece razões para que seja adotada em um determinado caso.⁵⁵

Posner também distingue argumentos por analogia da doutrina do precedente – “todas as analogias são, do ponto de vista do usuário, precedentes... sejam elas autoritativas ou não” (1993: p. 89). Com isso, Posner busca enfatizar que analogias não participam de processos de justificação de aplicações de regra, mas apenas de processos de descoberta (“*discovery*”) de soluções. Neste argumento, Posner sugere que analogias podem abrir um caminho para a resposta de uma questão ou de uma aplicação de regra, mas não são aptas a justificar a resposta efetivamente dada, mesmo que esta seja decorrente de um raciocínio analógico.⁵⁶

⁵⁴ Para Posner (1993: p. 88-89), “o método indutivo pode isolar elementos comuns em casos prévios, mas não pode estabelecer sua indispensabilidade, assim como uma regra não cria uma obrigação para ser cumprida”.

⁵⁵ Adicionalmente, Posner considera que “generalizar a partir de observações é perigoso”, no sentido de que “o fato de que dez casos tenham sido decididos de uma maneira não prova que o próximo caso, que está destinado a não ser idêntico em todos os aspectos a qualquer dos casos prévios, deve ser decidido da mesma maneira” (Posner, 1993: p. 89). Para ele, haveria ainda um viés judicial relevante nesse tipo de consideração, posto que casos considerados idênticos em seus aspectos relevantes a precedentes tendem – ao menos na jurisdição estadunidense – a ser resolvidos por acordos extrajudiciais ou sequer são propostos.

⁵⁶ Nas palavras de Posner (1993: p. 91): “Um conjunto de casos pode compor um padrão. Mas quando advogados ou juízes divergem sobre qual é o padrão composto, sua divergência não pode ser resolvida pela apelação à um padrão intuitivo ou pelos métodos da indução científica. Tampouco resolveria enfatizar a importância da analogia no funcionamento da imaginação científica – ou legal. Ver um problema como um outro que já foi solucionado é, de fato, colocar o novo problema no caminho para sua solução. Mas aqui a diferença entre a lógica de descoberta e uma de justificação entra em jogo; analogias pertencem à primeira, e

2.4. Uma defesa do antirreducionismo

Por sua vez, cabe destacar o tipo de ceticismo de Weinreb, que é direcionado a abordagens redutivas do raciocínio analógico – isto é, teorias que buscam reduzir a analogia a algum tipo de esquema formalmente válido, como a dedução ou a indução. O ponto de Weinreb é justamente que o raciocínio analógico, no direito e em outros contextos, não pode ser reduzido a outro tipo de raciocínio, como a dedução ou a abdução. Para ele, na maior parte do tempo analogias não são teorizadas de forma alguma como qualquer forma de raciocínio (2016: p. 43). A seu ver, não há uma ordem fixa de precedência entre um argumento por analogia que justifica a aplicação de uma determinada regra e as razões de aplicação da regra que são invocadas para fundamentar sua aplicação (2016: p. 64).

No que se refere a teorias dedutivas da analogia, Weinreb afirma que o requerimento de formulação de uma regra em argumentos analógicos não descreve adequadamente o uso corrente de analogias no direito, uma vez que peças e decisões “estão cheias de argumentos analógicos desacompanhados de regras” (2016: p. 82). Ademais, para ele, a própria formulação de uma regra exaustiva seria impossível, pois a norma elaborada deveria contemplar cada uma das similaridades e diferenças entre os casos comparados. A seu ver, “preocupados demais com a premissa maior, aqueles que reconstruiriam uma analogia como um argumento dedutivo perderam de vista a premissa menor” (2016: p. 82).

Ao abordar a teoria de Brewer – seu principal interlocutor –, Weinreb critica o passo dedutivo de seu esquema. Walton e Macagno (2009: p. 161) afirmam que a crítica de Weinreb é dirigida à proposição da premissa normativa (4) do esquema, a regra justificadora da analogia. De modo mais específico, Weinreb sugere que frequentemente pessoas não são capazes de apontar todas as características relevantes, de dizer por que estas características devem ser associadas ou por que estas características, uma vez associadas, justificariam a inferência proposta por um argumento por analogia. Na sua visão, “preocupados com a premissa maior, aqueles que reconstroem uma analogia como um argumento dedutivo perdem totalmente de vista a premissa menor” (2016: p. 83).⁵⁷

não à segunda. É uma coisa ver óleo e gás como análogos à coelhos e raposas, e outra justificar (ou diferenciar) seu tratamento jurídico”.

⁵⁷ Nas palavras de Weinreb (2016: p. 85-86): “Não é por acaso que aqueles que insistem que o raciocínio por analogia tem forma dedutiva escrevem sobre uma “regra” tácita como a premissa maior de um silogismo e não falam sobre o conteúdo de tal regra em um caso concreto. Seu argumento sendo formal, eles dizem pouco sobre como a regra é derivada, ou o que deve conter, com a exceção de que, satisfazendo o silogismo, deve conter ambos os itens sendo comparados. (...) Lançar uma analogia na qual o resultado depende de uma inferência dedutiva a partir de uma regra prenuncia e predetermina o *holding*, que não é conhecido até o resultado do caso

Nesse sentido, o verdadeiro alvo da crítica de Weinreb parece ser elaboração da premissa (5) no esquema de Brewer, o racional justificador da analogia. Por consequência, a regra justificadora da analogia também é criticada, uma vez que é um produto desse racional. De qualquer modo, para Weinreb, “não há ordem fixa de precedência entre o argumento analógico que baseia a aplicação de uma regra e as razões para esta regra que são então arrazoadas em defesa de sua aplicação” (2016: p. 64).⁵⁸ Weinreb considera que ambas são consideradas em conjunto e se legitimam mutuamente. E, mutualmente, como são derivadas de uma etapa abdutiva e utilizadas na etapa dedutiva do argumento, acabam por descaracterizar o que seria um argumento analógico para Brewer.⁵⁹

Weinreb contudo não fornece uma teoria organizada do raciocínio analógico. Apesar de defendê-lo contra os críticos de seu funcionamento e de teóricos que buscam reduzi-lo a uma forma específica de raciocínio, não é claro como Weinreb entende o funcionamento de uma analogia.⁶⁰ Como exposto, ao seu ver analogias não necessitam explicitar regras ou racionais para justificar a comparação feita. Ao comparar contextos diferentes – analogias na vida ordinária e perante instituições jurídicas – Weinreb indica que há uma diferença relevante: diferentes contextos discursivos contêm diferentes “diálogos em que os argumentos estão inseridos que governam quais tipos de movimentos são aceitáveis em uma dada circunstância”, na feliz afirmação de Walton e Macagno (2009: p. 161).

é conhecido. O holding, é claro, abrange os fatos do caso, mas se ele é aplicável a outros casos mais ou menos similares permanece a ser determinado por argumentos analógicos em casos futuros. Inevitavelmente, então, a “regra geral” que é formalizada permanece abstrata e indeterminada, nada mais que uma sombra lançada pela premissa de que deve haver uma”.

⁵⁸ Nesse sentido, vide Weinreb (2016: p. 64-65): “Qual precede e incita a outra não é uma questão lógica, mas epistêmica, uma resposta a qual varia de um juiz para o outro e de caso a caso; muito provavelmente, a analogia e os argumentos instrumentais que a sustentam serão considerados em conjunto. As razões para a regra podem justificar a analogia, porque, como em *Adams* e *Katz*, elas valem igualmente para a fonte (*source*) e o alvo (*target*) e assim ajudam a estabelecer que a similaridade a qual a analogia depende é relevante. Ao mesmo tempo, a analogia legitima a referência às razões que subjazem a regra (...). Uma ou outra poderá ter maior peso. Pois se as razões para a aplicação da regra não são substanciais, isso pode sugerir que a analogia que fundamenta sua aplicação é fraca e que outra analogia apontando para uma diferente regra deve ser preferida. Ou, se a analogia é fraca, isso pode sugerir que menos peso deve ser dado para as razões para a aplicação da regra a qual a analogia aponta”.

⁵⁹ Como Weinreb busca sintetizar (2016: p. 109): “A regra justificadora da analogia confirmada é, com efeito, a premissa maior e os fatos do caso a premissa menor de um silogismo ordinário. No fim, afora dar início ao processo com uma analogia inexplicada – um ‘momento imaginativo, não-codificado’ – a explicação de Brewer de argumentos analógicos no direito não é mais do que um novo empacotamento de argumentos indutivos e dedutivos de outros. Sem o afirmar claramente, Brewer simplesmente combina as análises de Westen e Posner”.

⁶⁰ Minha leitura de Weinreb é que a ausência de uma articulação mais detalhada sobre o funcionamento de argumentos analógicos se deve pela dupla função de seu livro. *Legal Reason* é tanto uma obra de defesa dessa forma de raciocínio como uma obra de introdução ao estudo do direito. Por esta dupla natureza, por vezes a obra perde o foco sobre qual é o objetivo que está tentando cumprir. Assim, o leitor e Weinreb encontra em um mesmo capítulo críticas de teorias reducionistas do raciocínio analógico e considerações sobre o funcionamento do método socrático no ensino de escolas de direito.

Como visto, Weinreb considera que a avaliação do racional e da regra justificadora da analogia é simultânea. Uma legitima a outra. Além disso, uma das duas pode ter maior peso do que a outra (2016: p. 64). Se as razões que justificam uma determinada regra não forem substanciais, elas podem sugerir que a analogia proposta é fraca, e possivelmente indicar que outra analogia é preferível. Para Weinreb, “o quanto mais forte forem as razões para a regra, menos convincentes as semelhanças entre caso-fonte e caso-alvo necessitam ser para sustentar a analogia”, enquanto “o quanto mais convincente for a similaridade, mais fracas as razões podem ser sem que a analogia se torne irrelevante” (2016: p. 65). Nesse sentido, Weinreb possui uma teoria implícita de sustentação de argumentos analógicos, em que os fatores que devem ser analisados são a força das razões que orientam a regra objeto da analogia e as similaridades entre os casos comparados.

A seguinte comparação entre os dois raciocínios pode esclarecer a visão de Weinreb, por contrastar o que seria um raciocínio dedutivo em face de um raciocínio puramente analógico. O exemplo é construído a partir de um caso norte-americano em que foi feita uma analogia entre pousadas e barcos a vapor para fins de responsabilidade por furtos à bens de passageiros (Walton e Macagno, 2009: p 161-162):

Raciocínio dedutivo	Raciocínio analógico
1. Hospedarias e outros que ofertam acomodações privativas para pernoite são responsáveis pelos prejuízos de seus hóspedes.	1. Hospedarias são responsáveis pelas perdas de seus hóspedes.
2. Operadores de barcos a vapor ofertam acomodações privativas para pernoite.	2. Operadores de barcos a vapor não são diferentes de hospedarias em nenhum aspecto relevante.
3. Operadores de barcos a vapor são responsáveis pelos prejuízos de seus hóspedes.	3. Operadores de barcos a vapor são responsáveis pelas perdas de seus hóspedes.

Como se pode notar, na coluna do raciocínio analógico, não houve a formulação de uma regra explícita ou da racionalidade que justificaria tal regra. Contudo, mesmo assim, o raciocínio decorre do fato de que para ambos os casos – a hospedaria e o barco a vapor – foram aplicadas as mesmas considerações de “política pública” (Walton e Macagno, 2009: p. 162), de modo que ambos são regulados pela mesma regra. Além disso, ainda que a análise de similaridades seja relevante para que a analogia funcione, esta análise não é expressa em alguma forma de regra explícita, até porque as semelhanças relevantes, para Weinreb, nem sempre podem ser exaustivamente identificadas.⁶¹

⁶¹ Por fim, para Weinreb, há um importante fator de experiência na prática. Ao seu ver, há uma limitação no tipo de teoria que reduz à lógica formal – “respostas são encontradas, contudo, não na razão abstrata, mas em nossa experiência no mundo” (Brewer, 2016: p. 115). Nesse sentido, a escolha de uma analogia não é arbitrária. Na visão de Brewer, “quanto maior sua expertise [do advogado ou juiz], maior será a chance de que a analogia

2.5. Problemas da abordagem padrão

Esta revisão tornou os contornos do diagnóstico explicitado no início do capítulo mais claros. Afirmar que essas teorias do raciocínio analógico têm por centro gravitacional o pressuposto de que analogias devem ser construídas e avaliadas a partir de sua validade lógico-formal. Levi e Golding desenvolveram suas teorias do argumento por analogia de modo a concluir que se trata de um raciocínio logicamente imperfeito. Brewer, por sua vez, diverge de Levi e Golding em um aspecto importante. Para ele, argumentos analógicos possuem a força de argumentos dedutivos (2018: p. 34) – isto é, são argumentos cujas conclusões têm a mesma força racional de argumentos dedutivos e são inderrotáveis (“*indefeasible*”) (2018: p. 44)⁶². Nesse sentido, argumentos analógicos não seriam relevantes apenas em contextos de descoberta de conclusões (“*discovery contexts*”), mas também em contextos de justificação de conclusões (“*justificatory contexts*”).

Brewer afirma que, ao se considerar a operação de abdução parte do raciocínio analógico, pode-se notar que há uma forma justificatória em argumentos por analogia, ainda que aliada ao elemento de descoberta de uma conclusão. De acordo com o autor, “a descoberta, por meio da abdução do padrão expressado por uma regra justificadora da analogia enquanto fundamentada por um racional justificador da analogia, pode ter a força racional de uma inferência dedutiva, se a esfera (“*domain*”) do argumento for baseada por regras da lógica dedutiva” (2018: p. 47). Nesse sentido, a presença de uma abdução como uma das etapas de um argumento analógico faz da analogia um argumento capaz de produzir uma inferência lógica (2018: p. 47). Argumentos analógicos, portanto, podem ser construídos sem um vício formal, principalmente se o racional justificador da analogia é subscrito por uma abdução em um contexto de um argumento inderrotável (“*abduction in a context of indefeasible argument*”). O ponto de Brewer é que, a partir de uma abdução, o desenvolvimento de uma regra devidamente justificada por uma determinada racionalidade é capaz de suprir o desafio formal identificado por Levi e Golding.

Por sua vez, a centralidade do raciocínio formal também se faz presente para os teóricos críticos do raciocínio por analogia. Críticos como Alexander, Sherwin e Posner

escolhida será convincente para outros” (2016: p. 59). Da mesma forma, será mais acurada a seleção de semelhanças relevantes para a construção e desenvolvimento do argumento.

⁶² Destaco que, para Brewer, “o único tipo de argumento inderrotável é um argumento dedutivo válido”, sendo que um argumento válido é aquele onde que, se todas as premissas são verdadeiras, a conclusão também deve ser verdadeira (2018: p. 45).

rejeitam as tentativas de estruturar raciocínios analógicos em torno de qualquer arquétipo argumentativo. Neste ponto, as teses desenvolvidas por esta parte da literatura denotam a centralidade do raciocínio formal ao suporem que argumentos analógicos não são reduzíveis à uma dedução ou não correspondem à uma indução. Para tais autores, este é a origem de perplexidade – a avaliação de que o raciocínio dito analógico não consistir, na visão deles, uma forma distinta, ou ainda derivada, de outros arquétipos formais. Weinreb, por sua vez, defende uma abordagem antirreducionista. Seu programa, contudo, é basicamente negativo – Weinreb critica diferentes tentativas de reduzir argumentos por analogia à algum esquema de raciocínio formal, mas não desenvolve uma concepção teórica alternativa. A despeito desse problema, sua intervenção no debate pode ser localizada como uma espécie da teoria padrão, pois também gravita em torno da premissa central sobre a validade lógica de argumentos por analogia.

Minha proposta aqui não é defender uma dessas teorias específicas, reformulando suas eventuais fragilidades conceituais e desarmando as objeções de seus oponentes. Conforme antecipei no início deste Capítulo, tal tipo de abordagem, é injustificadamente redutiva por deixar de lado alguns aspectos que aparentam serem centrais para a discussão de argumentos por analogia. Em primeiro lugar, há um foco exclusivo na suposta validade ou invalidade de argumentos analógicos, tanto em termos de adequação aos pressupostos da lógica clássica, quanto em termos de formulações esquematizadas do raciocínio analógico. Todas essas concepções de raciocínio por analogia confundem, em algum grau, a justificação do raciocínio com sua validade lógico-formal.

A rigor, isto em si não seria um problema, mas a persistência da discussão sobre se a analogia é um tipo de argumento formalmente válido ou um “raciocínio imperfeito” traz consigo questões que não foram enfrentadas pelas teorias padrão. Conforme destacado no capítulo anterior, a redução de argumentos por analogia à outras formas de raciocínio gera um problema de circularidade, posto que a formalização de uma analogia em uma dedução ou uma indução pressupõe, ao invés de justificar, sua validade ou invalidade lógica. As teorias padrão são cegas para esse problema, o que possivelmente pode explicar a aridez das discussões existentes em literatura jurídica.

Tal abordagem também se abstém de explicar o uso do raciocínio analógico em diferentes âmbitos de objetividade no contexto de uma mesma prática. A literatura padrão pouco se preocupa em localizar o raciocínio analógico jurídico dentro de uma taxonomia mais ampla do raciocínio analógico em geral – o que não deixa de ser curioso, posto que existem movimentos inversos na literatura de ciências naturais, sendo a obra de Paul Bartha

(2010: p. 252-263) um exemplo. O problema, contudo, não é apenas provincianismo teórico. Ignorar que o raciocínio analógico no direito é um jogo similar a outros jogos analógicos, de outros campos do saber, revela também uma insensibilidade teórica à possibilidade de no âmbito jurídico existirem uma pluralidade de jogos analógicos cuja explicação passa batida perante o projeto lógico-formal.

Adicionalmente, esta perspectiva teórica pouco se relaciona com o uso ordinário de analogias no direito. Advogados e juízes raramente debatem em juízo a validade formal de argumentos por analogia. Pelo contrário, o que está em jogo na maioria das vezes é o mérito da avaliação de dois objetos ou casos que podem ou não ser considerados análogos. As teorias padrão, nesse sentido, perdem conexão com o que de fato estão tentando explicar, ao se refugiarem em um ponto de fuga lógico que não desenvolve aspectos centrais do uso de argumentos analógicos. Porém, uma qualificação ao meu argumento acima é necessária. Não estou defendendo que o empreendimento teórico relativo ao estabelecimento de condições formais de validade e análise de conformidade da razão a tais condições é teoricamente menos relevante ou até mesmo desimportante vis-à-vis outros tipos de empreendimentos teóricos. Meu ponto é outro. Argumento que o quadro comum de teorias da analogia no direito é predominantemente monopolizado por este empreendimento e, em razão disso, paulatinamente se tornou uma caricatura de seu objeto de estudo.

Como desdobramento desse ponto inicial, a abordagem padrão é muito pouco dedicada à etapa de mapeamento ou identificação de semelhanças entre os casos ou objetos do raciocínio por analogia. Tal passo é fundamental no raciocínio. Conforme indicou Guarini no debate da Revista *Informal Logic*, análise de semelhanças e diferenças relevantes é seja parte essencial da força do argumento. Contudo, estas especificidades são pouco exploradas pela abordagem padrão. Algumas questões podem deixar este ponto mais claro. De que forma o alvo e a fonte devem ser comparados? Há uma metodologia útil para a identificação de semelhanças e diferenças? Como teorizar a necessidade de distinguir entre semelhanças e diferenças relevantes das semelhanças e diferenças pouco relevantes?

Brewer, é verdade, defende que a postulação de uma regra que encopasse os casos alvo e fonte deve ser justificada por alguma racionalidade substantiva capaz de fundamentar a conclusão da analogia. Como exposto acima, contudo, ele apenas desenvolveu tal recurso para fundamentar a terceira etapa de sua estrutura do raciocínio analógico – a etapa dedutiva – que prevê a aplicação da regra postulada a partir da comparação dos casos alvo e fonte. Porém, a nível teórico, isso apenas indica que Brewer estava preocupado com a defesa da validade lógico-formal do raciocínio analógico fornecido por sua teoria. Em outras palavras:

a preocupação de Brewer é defender seu dedutivismo, e não articular uma teoria substantiva de cotejamento de semelhanças.

Por fim, esta forma de se explicar o uso de analogias no direito, ao proceder exclusivamente orientada pela lógica formal, aparenta estar desconectada com propostas mais recentes da agenda da teoria do direito contemporânea de elaborar uma conceitografia de sentidos para a prática do direito.⁶³ Conforme adiantado na introdução e explorado no Capítulo anterior, um elemento chave para qualquer teoria da analogia é ser capaz de explicar jogos de linguagem análogos em que há alguma forma de mapeamento e avaliação de semelhanças entre objetos em um primeiro momento distintos. Contudo, esta não parece ser uma preocupação teórica da abordagem padrão. Nesse sentido, este conjunto de teorias não é sensível para diferentes contextos em que o raciocínio analógico no direito é empregado na prática institucionalizada do direito. Por exemplo, em nenhum momento a abordagem lógico-formal indica se existem razões para distinguirmos entre analogias referentes a questões de direito e analogias referentes a questões de fato. Ou, por exemplo, se é uma empreitada relevante a distinção entre analogias em discussões de aplicação de precedentes e aplicação de regras positivadas.

Por tais razões, entendo que é necessário retomar o raciocínio por analogia a partir de outra perspectiva teórica, deixando de lado o monopólio lógico-formal. Abandonada a abordagem padrão do raciocínio analógico no direito, a Parte II inicia este projeto, explorando paralelamente diferentes jogos de linguagem com os quais o raciocínio analógico é relacionado: o silogismo jurídico, a ponderação de princípios e a aplicação de precedentes na forma de estudos de caso de três autores distintos, respectivamente, Neil MacCormick, Robert Alexy e Frederick Schauer.

⁶³ Como brevemente exposto na introdução desta dissertação, a identificação de diferentes jogos de linguagem no direito não se presta apenas a determinar o significado semântico de proposições jurídicas específicas como “É proibido estacionar veículos no parque”, mas também pode ser compreendida como um método geral de compreensão do que é o direito enquanto uma prática social normativa onde seus integrantes estão constantemente avaliando o sentido da própria prática com a finalidade de tomar decisões. Cf. Dworkin (2011) (propondo como e em que sentido o direito pode ser tratado como um conceito descritivo ou normativo); e Marmor & Soames, 2011; e Keil & Poscher, 2016 (explorando o papel da determinação do sentido semântico no direito).

Capítulo 4. Analogia e o Silogismo Jurídico

A primeira parte desta dissertação apresentou diferentes maneiras de se conceber o raciocínio por analogia na teoria do direito. A partir da vetores de avaliação desenvolvidos a partir do debate na *Informal Logic*, argumentei que a abordagem *mainstream* do raciocínio por analogia no direito dá muita ênfase ao aspecto lógico-formal deste tipo de raciocínio, em detrimento de discussões mais substantivas a respeito do emprego de analogias no contexto institucionalizado da prática do direito e da avaliação de semelhanças e diferenças entre casos potencialmente análogos.

A segunda parte desta dissertação tem por objetivo analisar estas outras questões a partir de raciocínios – ou jogos de linguagem – com os quais o raciocínio por analogia é relacionado. O presente Capítulo tem por objeto a relação da analogia com o silogismo jurídico. De acordo com Neil MacCormick, “[o] raciocínio desta forma [raciocínio do tipo silogístico] é de fato central ao direito” (2005: p. 32).⁶⁴ Desse modo, compreender o papel do raciocínio analógico na estrutura “central” de justificação de decisões judiciais é aspecto relevante para se compreender como analogias funcionam no direito.

Conforme explorado nos Capítulos 2 e 3, há uma discussão em aberto na literatura sobre se analogias devem ser compreendidas como uma forma de raciocínio ou argumento dedutivo. Há aqueles, como Shecaira, Brewer e Waller, que defendem que analogias devem ser compreendidas como um modelo cuja conclusão é decorrente de uma premissa normativa, desenvolvida ao longo do raciocínio. Outros, como Levi, Golding e Gouvier, defendem que analogias prescindem de qualquer espécie de premissa normativa, ao menos na condição de atributo essencial desse tipo de raciocínio ou argumento. Esta discussão denota a relevância de se compreender adequadamente a relação da analogia com o silogismo jurídico, entendido enquanto um esquema dedutivo.

Na seção 1, o presente Capítulo apresenta tal relação a partir da obra de Neil MacCormick. A partir de MacCormick, defendo que compreender a relação entre o silogismo jurídico e o raciocínio por analogia é uma forma relevante de compreender o sentido do uso de argumentos por analogia na prática do direito. Mais especificamente, o

⁶⁴ MacCormick não é o único a reconhecer a relevância do silogismo, enquanto um modelo de raciocínio dedutivo, no direito. Por exemplo, para Brian Leiter, “é certo que o raciocínio dedutivo no modelo do silogismo é um atributo característico da maioria das decisões jurídicas bem feitas – isto é, a conclusão pode ser reconstruída como decorrente de uma afirmação da regra de direito aplicável e uma afirmação dos fatos” (2010: p. 111). Já para Andrei Marmor, é “o negócio habitual de advogados e juízes elaborar inferências jurídicas. Muitas destas inferências parecem um silogismo ordinário pelo qual uma conclusão é derivada de algumas premissas sobre o conteúdo normativo do direito e proposições descrevendo fatos ou eventos” (2014: p. 61).

raciocínio por analogia no direito é uma ferramenta relevante de fundamentação de coerência de decisões judiciais perante o restante do ordenamento jurídico. Na seção seguinte, discuto três objeções que podem ser apresentadas à esta forma de teorizar a relação entre o raciocínio por analogia e o silogismo jurídico. As duas primeiras retomam a já familiar discussão do dedutivismo e sua plausibilidade como forma de justificação. A terceira, inspirada na noção de faculdade de julgar de Kant⁶⁵, questiona a necessidade de uma premissa normativa na avaliação de semelhanças relevantes.

Por fim, a seção três contextualiza o raciocínio por analogia na prática do direito à luz da concepção de coerência apresentada por MacCormick. A partir da ideia de pluralidade de âmbitos epistêmicos desenvolvida no Capítulo 02, apresento uma releitura de propostas existentes literatura para mostrar como o raciocínio por analogia pode, na prática, ser operacionalizado. Nesse sentido, discuto de que maneira parâmetros de semelhanças relevantes podem ser mobilizados no raciocínio por analogia, como uma forma de garantir coerência normativa e coerência narrativa à uma decisão judicial.

4.1. Silogismo jurídico e analogia em Neil MacCormick

Neil MacCormick desenvolve sua teoria de argumentação como uma forma de conciliação entre o caráter argumentativo (e, portanto, não-demonstrativo) do direito com a noção de Estado de direito (*rule of law*). O pensamento de MacCormick gradativamente abandonou sua matriz inicial (MacCormick, 1978), influenciada pelo positivismo hartiano, e adotou uma posição metodológica próxima ao interpretativismo dworkiniano (MacCormick, 2005).⁶⁶ Meu objetivo nesta seção é apresentar sua concepção do silogismo jurídico e do raciocínio por analogia, de modo que não abordarei a evolução de sua posição inicial e quais foram as teses abandonadas ou reformuladas por MacCormick ao longo de sua obra.

O pensamento de MacCormick é particularmente relevante, não só porque conecta o raciocínio analógico ao silogismo jurídico, mas porque contextualiza a analogia no direito a partir de uma ideia de coerência, entendida como um valor inserido nesta prática social específica. Nesse sentido, sua concepção de raciocínio analógico no direito é única, se

⁶⁵ O termo utilizado por Gerald Postema, ao trabalhar esta objeção (Postema, 2007: p. 114), é “*power of judgement*”. A referência indicada é o trecho A132-3/B171-2 da Crítica da Razão Pura. Na tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão, na obra edição pela Fundação Calouste Gulbenkian, o termo é traduzido como “faculdade de julgar” (Kant, 2001: p. 203).

⁶⁶ Vide Atienza (2003) para uma avaliação da fase positivista do pensamento de MacCormick a respeito da argumentação no direito.

distinguindo da abordagem *mainstream* que caracterizei no Capítulo 3 desta dissertação. Ademais, como argumentarei na seção 4 adiante, sua teoria do silogismo jurídico permite relacionar o raciocínio por analogia à prática institucional do direito, o que denota a finalidade tal tipo de raciocínio em um contexto de tomada de decisão jurídica.

Nesta seção, apresentarei como MacCormick concebe o silogismo jurídico em relação à prática do direito e qual é a relação, a partir desta perspectiva, entre o silogismo jurídico e o raciocínio por analogia. Enquanto o silogismo é a estrutura justificadora básica do raciocínio jurídico, o raciocínio por analogia é uma forma de garantir a qualidade justificadora de tal estrutura, possibilitando a universalização de razões particulares de um caso concreto perante outros casos e o restante do ordenamento jurídico.

4.1.1. O silogismo como estrutura justificadora do raciocínio jurídico

MacCormick entende que o silogismo é central para a prática do direito. Para ele, o silogismo jurídico é o modelo básico de aplicação do direito. MacCormick concebe regras jurídicas como enunciados da seguinte estrutura: “*Sempre que FO, então CN*”. Tal estrutura mostra que uma regra se trata de uma provisão normativa “que tem a forma de conectar uma determinada consequência normativa [CN] à determinados fatos operativos [FO]” (2005: p. 24). Consequências normativas são os resultados previstos em lei que resultam da ocorrência de cenários hipotéticos também previstos pelo texto legal. Se, nos termos da regra do Código Penal, um indivíduo mata outro (fato operativo), ele será apenado com reclusão, seis a vinte anos (consequência normativa).

O silogismo jurídico não deixa de ser o clássico silogismo hipotético em termos lógicos. Assim que é estabelecida a ocorrência de FO, então segue-se CN (MacCormick, 2005: p. 32):

‘*Se FO, então CN.*
FO.
Portanto, CN.’

O raciocínio no direito assume a estrutura de uma dedução formal não por acaso. “Leis (*statutes*) tipicamente operam com universais” (MacCormick, 2005: p. 42), empregando termos como ‘veículo’, ‘consumidor’, ‘devedor’, ‘mercado relevante’, etc. “Aquele que deseja aplicar uma lei deve selecionar um conjunto de particulares que instanciam os universais... utilizados pela lei”, nos diz MacCormick, e, além disso, “deve provar eventos e fatos que substanciam os alegados particulares como instâncias dos

universais” (2005: p. 36). A forma lógica do raciocínio acompanha esta necessidade. A premissa maior é a regra aplicável, necessariamente em termos universais. A premissa menor consiste nas alegações de fato, necessariamente particulares, uma vez que se referem a sujeitos e eventos específicos no mundo. A conclusão do silogismo pode ser tanto uma demanda levada ao Judiciário como o resultado de uma decisão judicial.⁶⁷

O que MacCormick defende é que este silogismo é um papel fundamental na estrutura do raciocínio jurídico, ainda que esta estrutura não seja exaustiva. Isto é, ainda que existam outras formas de raciocínio e de estruturação do pensamento legal, o silogismo jurídico é fundamental para se compreender o raciocínio por trás de peças de acusação ou defesa de advogados e decisões judiciais. É o silogismo “que fornece a estrutura na qual outros argumentos fazem sentido enquanto argumentos jurídicos” (MacCormick, 2005: p. 42).

Enquanto elemento presente na prática do direito, o silogismo não garante as decisões judiciais o atributo demonstrativo associado a esta forma de raciocínio. Afinal, todos os conceitos, para todos os universais mobilizados em uma decisão devem ser apresentadas evidências que documentem suas instancicações particulares. E tais provas não são dadas de antemão, referem-se a eventos passados, que podem ser construídos em mais de uma maneira. Conforme MacCormick reconhece, “há um caráter narrativo inevitável sobre qualquer tentativa de compreender, quanto mais provar, eventos que ocorreram no passado” (2005: p. 40).

Adicionalmente, cada um dos termos e suas relações de significado estão sujeitos à interpretação – “interpretação a luz do entendimento do sentido (*point*) do direito, sua adequação (*fit*) com o direito em volta, e um senso de justiça apropriado ao domínio legal em questão” (2005: p. 40). Por sua vez, a conclusão em relação a qualquer discussão de interpretação envolve razões que a justifiquem, argumentos sobre a consistência interna do direito, sobre a coerência de determinada regra perante os princípios que orientam seu ramo do direito e perante princípios mais básicos que organizam e dão racionalidade para a prática do direito como um todo (2005: p. 42).

Em vista disso, o silogismo, sozinho, não é suficiente para determinar a conclusão de qualquer caso legal. Trata-se de um elemento necessário, porém não suficiente, uma vez que os conceitos legais das normas aplicáveis deverão ser interpretados a luz do caso concreto, bem como os fatos e eventos narrados deverão ser avaliados e comprovados a luz

⁶⁷ Compare com D’Almeida (2019) para uma visão contrária sobre como o silogismo jurídico deve ser compreendido no direito.

das evidências disponíveis. Assim, para MacCormick, além da estrutura geral dedutiva, a justificação de uma decisão judicial passa por problemas “que requerem um raciocínio em princípio não-dedutivo, isto é, retórico ou persuasivo, para serem solucionados” (2005: p. 43). Nesse contexto, a partir da estrutura dedutiva do silogismo jurídico, MacCormick apresenta quatro possibilidades de problemas que podem surgir para além da questão dedutiva (2005: p. 43):

1. O “problema de prova”. Trata-se do problema relativo à prova dos fatos, isto é, de se há comprovação das alegações de fato feitas em um dado caso a partir de evidências válidas pelas regras de processo aplicáveis.
2. O “problema de classificação ou avaliação”. Trata-se do problema relativo à classificação dos fatos alegados – provado ou não – como uma instância particular de FO.
3. O “problema de interpretação”. Trata-se do problema relativo a como interpretar o enunciado ‘Sempre que FO, então CN’ no caso concreto.
4. O “problema de relevância”. Trata-se do problema relativo a como extrair a norma ‘Sempre que FO, então CN’ do conteúdo das fontes de direito relevantes (um tipo de problema mais comum em sistemas de *common law*, por exemplo, baseados na extração de *ratio decidendi* de precedentes⁶⁸).

Defendo que argumentos por analogia podem ser relevantes na discussão dos problemas de classificação, interpretação e relevância, na medida em que o raciocínio analógico é capaz de justificar conclusões nestes tipos de problemas. Esse ponto fica claro a medida em que compreendemos o modo pelo qual MacCormick entende que uma decisão judicial – considerando tanto seus aspectos dedutivos, quanto seus aspectos não-dedutivos – é justificada. A seu ver, a ideia de justificação no direito “pressupõe... um conceito de ‘universabilidade’”, uma vez que, para a solução de um caso específico ser considerada justificada, “qualquer que “qualquer caso com fatos materialmente similares deve ser do mesmo modo reconhecido como um caso justificado” (MacCormick, 2005: p. 46).

Este ponto é crucial para a teoria do silogismo jurídico de MacCormick, enquanto modelo principal de justificação de proposições jurídicas. A “universalização é essencial para justificação no âmbito da razão prática” (2005: p. 78). Porém, ainda que universais –

⁶⁸ Tal problema não deixa de ser relevante em sistemas de *civil law* também. Basta considerarmos a tarefa desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal no desenvolvimento de teses de repercussão geral ou por tribunais brasileiros em geral na construção de súmulas.

regras e princípios – possam ser construídos por generalizações indutivas, estes não são suficientes para fins de justificação. MacCormick entende que a tomada de decisões exige a consideração de razões particulares para diferentes opções de tomada de ação. Razões particulares, mas que possam ser compreendidas como razões para casos materialmente similares. O raciocínio analógico cumpre um papel epistêmico relevante no conceito de justificação de MacCormick, justamente por materializar o valor da coerência na justificação de decisões particulares e similares.

Juízos no direito, portanto, é simultaneamente particular e universalizável.⁶⁹ De acordo com MacCormick, a razão de ser da justificação é fornecer um “nexo universal” (2005: p. 91):

Para um dado ato ser correto em virtude de uma certa característica, ou conjunto de características, ou situação, o mesmo ato precisa ser materialmente correto em todas as situações em que materialmente as mesmas características se apresentarem. Isso é sujeito à exceção de que características relevantes adicionais podem se apresentar de sorte a alterar o resultado correto, mas a exceção é válida apenas se tiver a seu turno a mesma qualidade universal. Nós teremos que estar lidando com algum conjunto adicional de relações que, a seu turno, se repetido, será utilizado para justificar a mesma exceção em um caso futuro semelhante.

O trecho acima explicita como MacCormick vê o silogismo jurídico como a estrutura básica de justificação de decisões no direito. Justificar um ato é mostrar que ele é correto, isto é, mostrar que o ato deve ser feito, dadas as características do ato e as circunstâncias do caso (2005: p. 98). Contudo, “não há justificação sem universalização; a motivação não precisa de universalização; a explicação requer generalização” (2005: p. 99). Para que fatos ou motivos particulares sejam razões justificadoras, eles devem “ser subsumíveis a um princípio de ação relevante de formulação universal” (2005: p. 99). Dessa forma, o silogismo, ao organizar o raciocínio jurídico e seus eixos de discussão, torna-se a estrutura básica de justificação de uma decisão ao possibilitar a produção de uma inferência

⁶⁹ Desta compreensão decorrem diversas implicações, como, por exemplo, a discussão de derrotabilidade de proposições jurídicas – sempre sujeitas a exceções e qualificações, resultantes da interação de diversos princípios constantes em um ordenamento jurídico. Nesse sentido, vale referenciar a distinção conceitual proposta por MacCormick entre “universal” e “geral” (2005: p. 94-95): ““Universal” e “particular” são propriedades lógicas, enquanto a generalidade e a especificidade são propriedades quantitativas. No Direito, tanto as regras quanto os princípios são universais – como são as decisões sobre o Direito que justificam decisões particulares. Mas algumas proposições normativas são mais gerais que outras. Os princípios jurídicos são normas bastante gerais, que frequentemente competem com outras normas igualmente gerais em dilemas práticos. As regras jurídicas são tipicamente mais específicas e imediatamente aplicáveis. Contrastes estabelecidos com base nesse eixo de “geral e específico” conduzem a questões diferentes daquelas que surgem com referência ao par de termos mutuamente excludentes “universal vs. particular”. São termos e conceitos que desempenham papéis diferentes em uma teoria geral da justificação jurídica. Generalizações, no sentido de afirmações generalizadas sobre princípios, têm um papel especial na justificação jurídica. Tais afirmações de princípios são bem mais gerais em seus termos que o tipo de decisões que discutimos até agora. A generalidade, como esta observação demonstra, é uma questão de grau”.

universalizável a partir de premissas de fatos particulares e de normas de formulação universal.⁷⁰

4.1.2. A relação entre silogismo jurídico e raciocínio analógico

O raciocínio por analogia cumpre um papel relevante neste esquema de justificação. Para MacCormick, “a forte coerência de uma proposição [jurídica] com o direito pré-existente fala a seu favor” (2005: p. 47). Esta é a dimensão do que ele chama de “coerência normativa”⁷¹, relativa à justificação de uma decisão jurídica perante o restante do ordenamento jurídico (2005: p. 189). A outra dimensão da coerência, complementar à coerência normativa, é a coerência narrativa, relativa à compreensão de descobertas de fato e a elaboração de inferências razoáveis a partir de provas disponíveis em um processo judicial (2005: p. 189). De acordo com MacCormick, “a coerência narrativa... é nossa única base para sustentar conclusões, opiniões, e até mesmo vereditos sobre questões de fatos passados” (2005: p. 224). Mais especificamente, esta forma de coerência funcionaria como uma espécie de teste, que possibilita avaliar a verdade – ou a verdade provável – de premissas a respeito de coisas ou eventos.⁷²

Antecipando meu argumento, entendo que é nestes contextos de avaliação de coerência que se justifica relevância de argumentos por analogia e desse tipo de raciocínio. O sentido (*point*) de argumentos analógicos é ressaltar princípios implícitos em um

⁷⁰ MacCormick chama atenção para o fato de que, no âmbito da moral e da ética, um ponto de atenção relevante é a discussão sobre a existência de premissas normativas universais que fundamentariam este tipo de silogismo. Reconhecer essa discussão é relevante na medida que a literatura sobre o raciocínio analógico costuma a distinguir analogias na moral e no direito de analogias nas ciências exatas. Nesse ponto, a associação entre direito e moral não é automática ao menos no seguinte sentido: diferentemente da moral, o direito efetivamente fornece ao seu intérprete normas de conduta interpessoais inteligíveis, como a Constituição, leis e precedentes. Em vista disso, a discussão jurídica acerca da aplicabilidade de normas pré-existentes é bastante diferente da discussão moral de se há uma norma determinando certa conduta. Além disso, a deliberação jurídica – *i.e.*, o processo de tomada de decisão – é uma questão pública, diferentemente da deliberação moral. Há uma expectativa legítima de que juízes irão afirmar publicamente o que estão decidindo e por que acreditam que suas decisões são as decisões corretas a serem tomadas. Assim, entendo que o “problema ontológico” da premissa normativa no raciocínio moral não é, de fato, um problema para o silogismo jurídico. Esse ponto será retomado na discussão sobre dedutivismo na seção a seguir.

⁷¹ Uma distinção relevante que MacCormick propõe é a distinção entre “coerência” e “consistência”. Consistência é interpretada como não-contradição. Duas proposições são consistentes se, quando afirmadas simultaneamente, não entrem em contradição uma com a outra. Por sua vez, coerência é compreendida como a capacidade de um conjunto de proposições “fazer sentido como um todo” (*make sense in its entirety*) (2005: p. 190). Consistência absoluta não é uma exigência da coerência, uma vez que a segunda, diferentemente da primeira, pode ser uma questão de grau.

⁷² Nesse ponto, a atenção de MacCormick se volta para a questão de que, no contexto institucional da prática do direito, as partes de um processo formulam em juízo narrativas antagônicas sobre eventos passados. De que maneira avaliar e estipular a narrativa mais adequada para endereçar as demandas levadas à juízo? Esta é a função do “teste” mencionado acima.

ordenamento jurídico, pois “nenhuma norma jurídica pode ser racionalmente interpretada se abstraída de seu lugar dentro de um contexto maior” (2005: p. 47). De fato, para MacCormick, a relevância de um argumento por analogia no direito depende do princípio identificado para regular os casos análogos. É nesse sentido que analogias são teorizadas como modos de “desenvolver o direito” (*develop the law*) ou de “preencher lacunas” (*fill gaps in the law*) no ordenamento jurídico. Estas expressões apresentam a mesma ideia. Trata-se de um “raciocínio coerentista”, que “pertence confortavelmente” (2005: p. 207) em uma estrutura – em uma forma de vida – em que a coerência é um valor relevante para a prática do direito.

Para MacCormick, o raciocínio por analogia mobiliza dois tipos diferentes de processos intelectuais cuja distinção é importante. Trata-se da dicotomia entre descoberta (*discovery*) e justificação (*justification*), também discutida por Scott Brewer.⁷³ O processo de descoberta se refere “aos passos mentais que levam do confronto inicial de um problema... à descoberta de uma resposta ao problema” (2005: p. 208). Uma vez identificada a resposta, o processo seguinte é de justificá-la, “de mostrar que é e por que ela é a resposta correta” (2005: p. 208). Para a tomada de decisões no direito, o processo de justificação é relevante a medida em que a decisão é concebida no contexto institucional da prática jurídica. Isso, contudo, não é ignorar a possibilidade de se estudar o processo de descoberta, que por sua vez não se trata de nenhum tipo de contingência psicológica impassível de análise racional.⁷⁴

É difícil dizer o quanto Brewer influenciou a posição de MacCormick sobre o raciocínio analógico no direito. Apesar da ausência de uma referência explícita, a descrição do funcionamento de uma analogia em sede de decisão judicial por MacCormick é bastante similar ao processo defendido por Brewer (2005: p. 208-209):

A percepção de similaridade entre o problema diante da Corte e problemas tratados em caso decidido anteriormente pode, por si mesma, levar a uma decisão satisfatória, envolvendo, idealmente, a formulação de um princípio satisfatório. Mesmo na falta da formulação de um princípio especificamente relevante para a área do Direito na qual o problema se localiza, há um princípio abrangente de justiça segundo o qual casos iguais devem ser tratados igualmente, e casos diferentes devem ser tratados diferentemente. Esse princípio requer que se siga uma analogia uma vez que se esteja convencido de que há semelhança, mesmo quando seja difícil decifrar exatamente qual a “relevância” da semelhança.

⁷³ Vide o início da seção 2.5 da dissertação. Brewer introduz essa dicotomia para defender que argumentos analógicos possuem a força racional de argumentos dedutivos, uma vez que também não teriam um vício formal que tornasse a inferência conclusiva frágil.

⁷⁴ Essa questão é explorada por Dan Hunter (2001) de maneira detalhada. Trata-se de trabalho que alia o debate da psicologia cognitiva à teorização do raciocínio por analogia no direito. Schauer e Spellman (2017) também apresentam a mesma proposta.

Obviamente, decifrar o que é relevante na semelhança entre os casos A e C equivale, com efeito, a formular um princípio jurídico, e isso pode ser caracterizado como uma forma de argumentação indutiva. Uma vez que isso é articulado dessa maneira, o procedimento funciona tanto em casos individuais quanto em generalizações explicativas ou justificadoras destes, e então retorna à decisão, agora coerentemente conectada, sobre o problema presente. Em áreas realmente novas do desenvolvimento jurídico, os princípios emergem por meio de decisões de casos, e não como base preestabelecida para algum tipo de inferência dedutiva. Uma vez percebida uma analogia aparente, deve-se testar sua relevância verificando se há um princípio aplicável. Até que isso possa ser feito com sucesso, a relevância genuína da analogia continuará sendo passível de dúvida.

A diferença relevante entre ambos é que MacCormick não está interessado em defender a força racional de uma inferência analógica da mesma forma que Brewer. Para MacCormick, o modelo dedutivo do silogismo jurídico já está estabelecido como a estrutura principal de justificação de uma decisão jurídica. Nessa perspectiva, o raciocínio por analogia se insere como ferramenta de justificação de soluções para questões satélites do silogismo jurídico. Assim, o que se nota é que, em âmbito epistêmico, o foco é outro. Ao invés da preocupação sobre a qualidade lógico-formal do argumento analógico, MacCormick está mais preocupado em entender a analogia como uma ferramenta disponível na busca por coerência na prática do direito.

Por tal razão, ainda que MacCormick comente *en passant* no trecho citado acima que o raciocínio por analogia pode ser caracterizado como uma forma de argumentação indutiva, não há uma proposta de modelo formal para esse tipo de raciocínio ou argumento. A meu ver, a posição de MacCormick é justamente provocativa nesse ponto, uma vez que reconhece que podemos conceber ocasiões de emprego de analogias em que a própria formulação de uma premissa normativa não é necessária. Estes seriam os casos de problemas de classificação, em que uma dada norma atribui um certo predicado como condição para a ocorrência de determinada consequência normativa. A premissa normativa já é dada, e a questão é: *x* pode ser considerado como uma instância deste predicado?

Esta é a situação evocada pelo caso do veículo no parque de H.L.A. Hart. Há uma norma no parque que proíbe a entrada de veículos. Podemos supor que motocicletas são consideradas como veículos, para fins de aplicação da norma. ‘Bicicletas’ também podem ser consideradas como uma instância do predicado ‘veículo’? Para MacCormick, nesse tipo de problema, “cada caso tem seus fatos particulares e circunstâncias relevantes para esta relação jurídica definida e uma decisão pode funcionar como um modelo ou analogia de referência para qualquer outro” (2005: p. 212). Aqui, o peso atribuído às circunstâncias particulares de cada caso são relevantes. Caso não ocorram os mesmos fatores e sejam atribuídos os mesmos pesos, tais analogias não poderiam ser consideradas como vinculantes.

Estas, afinal, são analogias presentes em um contexto de indeterminação decorrente da textura-aberta da linguagem.

A partir desta visão sobre a relação entre analogias e o silogismo no direito, entendo que o raciocínio analógico cumpre um papel relevante no esquema de justificação de decisões judiciais concebido por MacCormick. A ideia é que analogias são ferramentas capazes de demonstrar que a conclusão de uma dada decisão é justificada perante o restante do ordenamento jurídico e os princípios que orientam a prática do direito em determinada comunidade. Assim, a analogia é um meio de demonstração de universalidade e, nesse sentido, uma forma de garantir a justificação de uma dada decisão. De que modo essa demonstração é alcançada via analogia? Ao se mostrar que proposições jurídicas são análogas, se mostra que tais proposições são coerentes.

Para MacCormick, um aspecto relevante da coerência normativa “é uma questão de subserviência comum de um conjunto de leis a um valor ou valores relevantes. Adicionalmente, envolve uma ausência de conflitos evitáveis com outros valores” (2005: p. 192).⁷⁵ Desse modo, a coerência de um conjunto de normas é uma questão de fazerem sentido a luz de um valor ou conjunto de valores que estruturam os objetivos de determinada prática social. E estes próprios valores ou princípios são coerentes caso, quando tomados em conjunto, expressem uma certa forma de vida. Como MacCormick sintetiza,

Em resumo, a coerência de um conjunto de normas é função de sua justificabilidade sob princípios e valores de ordem superior, desde que os princípios e valores de ordem superior ou suprema pareçam aceitáveis, quando tomados em conjunto, no delineamento de uma forma de vida satisfatória (2005: p. 193).

O uso da expressão “forma de vida” por MacCormick não é por acaso. No Capítulo 1, comentei brevemente que a teoria do direito contemporânea foi profundamente influenciada pela obra do segundo Wittgenstein. O uso deliberado da expressão forma de vida, a meu ver, denota como MacCormick está chamando atenção para a existência de uma pluralidade de valores que são mobilizados na prática do direito e que, em conjunto, devem refletir uma forma de vida “satisfatória” para a comunidade. Não se trata aqui de uma coerência circunscrita ao ordenamento o jurídico, concebida enquanto um valor interno à prática do direito, posto que essa forma de coerência “não é suficiente em si mesma

⁷⁵ Noto o comentário de MacCormick de que, a nível institucional, “princípios fornecem orientação ampla sobre a busca de valor num contexto de atividade regulada por regras” (2005: p. 193). Assim, não me parece muito produtivo investir na distinção gramatical entre princípios e valores para fins de compreensão da ideia de coerência normativa enquanto um valor relevante na prática do direito. O ponto não é identificar eventuais distinções gramaticais, mas explicitar a finalidade do raciocínio por analogia nesta prática.

enquanto uma garantia de justiça” (2005: p. 203). Trata-se de um valor mais amplo, “aceitável para uma certa concepção de racionalidade na vida prática, que requer tanto universalidade quanto o maior grau possível de generalidade em princípios práticos” (2005: p. 201).

Assim, a relação entre o raciocínio por analogia e o silogismo jurídico é uma forma de instanciação do valor da coerência na prática do direito. Conforme visto nos capítulos anteriores, esta forma de compreensão da analogia no direito está sujeita a questionamentos relativos à centralidade da premissa normativa no raciocínio analógico. As seções seguintes exploram até que ponto os debates a respeito de premissas normativas no raciocínio analógico apresentam um desafio real a esta forma de conceber e teorizar o raciocínio analógico. A segunda seção retoma o debate da *Informal Logic*, enquanto a seção seguinte retoma a abordagem *mainstream* do raciocínio analógico na teoria do direito.

4.2. Três objeções ao dedutivismo

Uma objeção à esta forma de compreender a relação entre o raciocínio analógico e o silogismo jurídico afirma que o raciocínio analógico, na realidade, não passa de um raciocínio dedutivo. Esta é a objeção desenvolvida, por exemplo, por Posner e Alexander, conforme exposto no Capítulo 3. No momento em que há a construção de um princípio ou premissa normativa – a alegação-U discutida por Govier – as premissas de caracterização e qualificação do caso-fonte se tornam irrelevantes no raciocínio. Se a formalização do raciocínio prescinde da comparação do caso-fonte com o caso-alvo sem prejuízo da conclusão alcançada, não há uma analogia propriamente dita, apenas uma dedução. Como Govier constata, se durante a reconstrução do raciocínio algumas premissas se tornam irrelevantes, a reconstrução foi “longe demais” (1989: p. 145). Para fins de análise, vou me referir a esta linha de crítica como a “objeção da redução”.

A própria Govier também apresenta uma outra linha de ataque à posição dedutivista. Notadamente, o dedutivista deve ser capaz de garantir que a premissa normativa em seu esquema seja verdadeira ou, pelo menos, minimamente aceitável. Contudo, a seu ver, na maioria dos casos não é claro quais são os atributos compartilhados entre casos alegadamente análogos que justifiquem o tratamento equitativo decorrente da analogia (1989: p. 147-148). Trata-se, portanto, de um problema que gira em torno da determinação e da veracidade da premissa normativa. Chamarei esta linha de crítica de “objeção da indeterminabilidade”.

Quando comparadas, estas duas linhas seguem por caminhos opostos. A objeção da redução afirma que, se o objetivo é estruturar o raciocínio por analogia a partir ou em torno de uma dedução, então não há razões para perseguir esta teoria até suas últimas consequências. Uma vez estabelecido o modelo dedutivo, devemos reconhecer que uma analogia é redutível a uma dedução. Por sua vez, a objeção da indeterminabilidade avança na direção contrária. De acordo com ela, não temos como justificar a plausibilidade ou os contornos mínimos da premissa normativa, central ao esquema dedutivo. Não devemos reconhecer que a analogia é redutível a uma dedução porque sequer podemos estabelecer de modo seguro o universal no silogismo.

A terceira objeção também é voltada à premissa normativa no silogismo jurídico, ainda que não se refira ao aspecto lógico-formal da dedução como uma estrutura de justificação de decisões. Seu ponto é outro: afirma que o raciocínio a partir de premissas normativas pressupõe o raciocínio analógico, e não vice-versa. Chamarei esta linha de crítica de “objeção kantiana”, uma vez que Gerald Postema, ao desenvolver este ponto, lembrou que nenhuma aplicação de regra a um caso particular “é possível sem o exercício daquilo que Kant chamou de faculdade de julgar” (2007: p. 114).

Nos tópicos que seguem, argumento que estas objeções não são convincentes. Mais especificamente, defendo que, considerando a contextualização institucional de argumentos por analogia no direito, tais objeções perdem a força que podem ter em outros âmbitos, como, por exemplo, teorias da analogia na ética ou na lógica informal.

4.2.1. A objeção da redução

Um bom ponto de partida para avaliar o sucesso da objeção da redução é retomar parte da teoria de Brewer (1996) e da resposta que Waller (2001) propôs à Govier. Waller defende duas teses relevantes neste ponto: que a premissa normativa não é qualquer tipo de verdade transcendental, forma platônica ou axiologicamente prioritária, e que a formulação do universal depende de um ajustamento mútuo – um equilíbrio reflexivo – com os particulares. O ponto de Waller é que a formulação da premissa normativa é instável, é um processo sujeito a revisões, e não a identificação de um princípio imutável, cujo enunciado é fixo e independente das semelhanças relevantes identificadas nos casos sob comparação (Waller, 2001: p. 210).

Assim, para Waller, ignorar as premissas de caracterização e qualificação do caso-fonte, como a objeção da redução propõe, é ignorar o complexo de formulação da premissa

normativa. Seria, assim, ignorar o processo de *discovery* da solução do problema jurídico. Em uma ótica puramente lógico-formal, a dedução funciona, mas não conta toda a história da solução. O problema é que decisões judiciais são documentos públicos que, no limite, justificam o exercício de poderes coercitivos estatais. A validade lógico-formal não basta nesse contexto institucional. O raciocínio deve também ser teorizado levando-se em conta o processo de justificação da decisão.

Nesse ponto, considero que MacCormick está ultimamente correto ao sugerir que a justificação de uma decisão leva em conta tanto validade lógico-formal de sua conclusão quanto a avaliação de veracidade de suas premissas. Em uma de suas intervenções no debate da *Informal Logic*, Bermejo-Luque defende que o “dedutivismo é inútil enquanto ferramenta para determinar... a qualidade da inferência independentemente da qualidade das premissas”, uma vez que “ao fazer um argumento se adequar ao esquema de um argumento dedutivo válido, nós já estamos o fazendo ser válido” (2014: p. 334). Essa afirmação não me parece acertada, uma vez que, para o dedutivista, o esquema dedutivo é justamente o parâmetro de correção aplicável para a reconstrução do raciocínio. A suposta redundância denunciada por Bermejo-Luque é justamente o funcionamento do parâmetro de correção dedutivo.

Bermejo-Luque também defende que compreender o argumento por analogia como um conjunto de dois sub-argumentos, como sugere MacCormick (e Brewer e Shecaira, entre outros), seria um equívoco. A seu ver, defender essa concepção vai contra o propósito – isto é, *defeats the purpose* – do dedutivismo. A vantagem teórica do dedutivismo é fornecer um padrão de correção que garante que a conclusão do raciocínio decorre, por necessidade, de suas premissas. No momento em que se aceita o primeiro sub-argumento, que não é dedutivo, tais autores perderiam tal vantagem (Bermejo-Luque, 2014: p. 335).

Conforme indiquei no Capítulo 2, entendo que um ponto crucial levantado por Bermejo-Luque é constatação de que a formalização de um esquema para argumentos analógicos pressupõe, ao invés de fundamentar, a validade lógico-formal do raciocínio esquematizado. A objeção acima descrita parece justamente ignorar essa constatação. Quando avaliamos o escopo de justificação de uma decisão judicial, é um erro supor que a validade lógico-formal da conclusão é o único fator disponível para avaliação. Pois a mesma forma de vida que fundamenta a necessidade de uma decisão judicial ter validade lógico-formal também implica em outros valores de justificação, como coerência narrativa e coerência normativa.

Não pretendo tomar uma posição no debate imediato sobre os méritos de uma posição dedutivista. Meu objetivo é apenas ressaltar que qualquer teoria sobre justificar uma ordem judicial vai além da discussão lógico-formal, e é um erro supor que apenas esta perspectiva é suficiente para justificar tal tipo de decisão. Em vista disso, entendo que é possível endereçar o problema delineado por Bermejo-Luque. Isto porque não é claro se devemos aceitar que a conclusão de um argumento por analogia é frágil, em uma perspectiva lógica-formal, por considerar como premissa uma inferência não-dedutiva decorrente de um primeiro sub-argumento. Afinal, o segundo sub-argumento – o silogismo jurídico, a dedução propriamente dita – é logicamente válido.

O ponto de Bermejo-Luque, portanto, não se refere exatamente à validade lógica da conclusão, mas a veracidade ou plausibilidade mínima da premissa normativa. Esta objeção, portanto, não se refere ao dedutivismo enquanto parâmetro de correção lógica, mas ao mérito das premissas constantes no silogismo jurídico. Desse modo, ao contrário de Bermejo-Luque, entendo não há razões para supor que a relação entre silogismo jurídico e raciocínio por analogia proposta compromete o “principal *insight* do dedutivismo” (Bermejo-Luque, 2014: p. 335).

De qualquer modo, mesmo ao se conceder o ponto de que há algum prejuízo na qualidade lógica da conclusão, é possível imaginar que este prejuízo é minimizado pela realização de outros valores estruturantes da prática do direito. Meu ponto aqui, novamente, é que conceber o raciocínio por analogia no contexto de uma prática institucionalizada exige o reconhecimento dos diversos valores que a estruturam. A justificação de uma decisão judicial pode ser organizada em torno de uma operação dedutiva – o silogismo jurídico –, mas também deve ser compreendida a partir de outros princípios relevantes, como o da coerência. Esta é uma faceta decorrente da pluralidade de âmbitos epistêmicos em uma teoria do raciocínio jurídico. E é justamente o ponto que Bermejo-Luque parece ignorar em sua objeção ao dedutivismo.

Em vista disso, considero que a objeção da redução não é convincente. A relação entre o silogismo jurídico e o raciocínio por analogia deve ser considerada em vista de sua contextualização institucional, isto é, sua existência em meio a uma prática social orientada para uma finalidade específica a partir de diversos valores relevantes nela presentes. A estratégia reducionista justamente não funciona uma vez que, ao compreender uma analogia somente como uma dedução, leva em conta apenas o âmbito lógico-formal no processo de justificação deixando de considerar outros valores relevantes.

4.2.2. A objeção da indeterminabilidade

A objeção da indeterminabilidade afirma que não temos como justificar a plausibilidade ou os contornos mínimos da premissa normativa, central ao esquema dedutivo. Esta objeção retoma a discussão de que não é sempre claro quais são os atributos compartilhados entre casos alegadamente análogos. Identificar as semelhanças relevantes que justificam a analogia não é uma tarefa simples e, por tal razão, seria um equívoco teorizar o raciocínio analógico a partir de uma premissa normativa.

Novamente, é bom ponto de partida para avaliar o sucesso da objeção da indeterminabilidade retomar a ideia de que a formulação do universal depende de um ajustamento mútuo com os particulares. Esta concepção afasta a ideia de que a premissa normativa seria uma enunciação de algum tipo de verdade transcendental ou forma platônica. A premissa normativa passa a ser a articulação de uma afirmação sujeita a processos de revisão e ajustes no contexto de cotejamento de casos análogos específicos. Mas isso por si só não é suficiente para afastar tal objeção.

Conforme visto no Capítulo 2, Govier (1989: p. 146) defende que a interpretação e reconstrução de argumentos depende da consideração de um princípio de caridade, que exige uma justiça mínima ao raciocínio original. O ponto de Govier é que adotar uma abordagem teórica que implique na adoção de premissas originalmente não contempladas que não sejam minimamente plausíveis. Se estas premissas não podem ser desenvolvidas de maneira plausível, há um problema esta forma de teorização da relação entre o silogismo jurídico e o raciocínio por analogia.

No debate da *Informal Logic*, Shecaira sugere que Govier interpretou equivocadamente as implicações do princípio da caridade na compreensão de um argumento. Para ele, levamos em conta o princípio da caridade para fazer justiça ao raciocínio original - ou à intenção do autor do argumento original - e não necessariamente para rejeitar premissas normativas que possam ser consideradas implausíveis. O ponto, contudo, é compreender se o princípio da caridade enquanto guia epistêmico impossibilita a formulação de premissas normativas, isto é, de um princípio ou racionalidade que justifique o tratamento paritário de dois casos análogos.

A leitura do princípio da caridade de Govier sugere que sim. A seu ver, a identificação de semelhanças e diferenças nunca é exaustiva (1989: p. 148). Se tal determinação não é viável, então decorre do princípio da caridade que a melhor compreensão do argumento por analogia não exige a formulação de uma premissa normativa. Nesse sentido, o princípio da caridade vedaria o desenvolvimento da premissa normativa, uma vez

que esta seria construída a partir de um universo limitado ou de um ponto de vista parcial de todas as semelhanças relevantes entre os dois casos. A ideia, independentemente do mérito do argumento, é preservar o sentido original argumento.

Nesse ponto, Shecaira afirma que a formulação da premissa normativa não exige o conhecimento prévio e exaustivo de todas as semelhanças relevantes (Shecaira, 2013: p. 419). Em um raciocínio em que a premissa normativa é postulada em um processo de ajustamento mútuo, mesmo que ela venha a ser posteriormente revisada, isto não impede que a conclusão de um argumento por analogia seja obtida a partir de uma dedução. O princípio da caridade, portanto, não exige a determinação exaustiva de todas as semelhanças relevantes. E essa interpretação do princípio, a meu ver, é mais coerente com a ideia do princípio da caridade de preservar o raciocínio original. Preservar o raciocínio original não implica na identificação exaustiva das semelhanças relevantes, mas naquelas que dão plausibilidade mínima ao tratamento paritário.

Assim, entendo que esta forma de compreender o papel do princípio da caridade, endereça o desafio colocado pela objeção da indeterminabilidade. Adicionalmente, a identificação de semelhanças relevantes, compreendida em um processo de ajustamento mútuo, é putativa. Como visto, em um processo de ajustamento mútuo, a formulação da premissa normativa que estabelece as semelhanças relevantes pode ser revista, o que é uma razão adicional para defender esta interpretação do princípio da caridade.

Para além desta etapa própria do raciocínio por analogia, ainda é possível considerar que, no contexto institucional da prática do direito, o próprio estabelecimento de premissas normativas é uma exigência da justificação de decisões judiciais. Nesse contexto, além de estar sujeita a ajustes na formulação do raciocínio analógico, a premissa normativa se torna objeto de revisões posteriores a partir de novos casos, não mais na qualidade de caso-alvo, mas de caso-fonte. Conforme indicado, o direito disponibiliza para intérpretes normas de conduta interpessoais que são minimamente inteligíveis, como a Constituição, leis e precedentes. O processo de tomada de decisão é uma questão pública que por natureza lida com normas. Assim, defender que na prática do direito não é possível a formulação de uma premissa normativa é uma posição bastante implausível neste contexto.

Desse modo, entendo que a objeção da indeterminabilidade também não é capaz de afetar a relação entre o silogismo jurídico e o raciocínio analógico no direito, ao menos da forma compreendida aqui.

4.2.3. A objeção kantiana

Há outro modo possível de criticar a centralidade do princípio – da premissa normativa – nesta forma de teorização do raciocínio analógico que não se refere ao seu aspecto lógico-formal. A identificação de padrões e semelhanças, afinal, é um processo intelectual básico e muitas vezes intuitivo. Ao analisarmos os fatos ou a incidência de princípios em um caso, é possível estipular qual é a relação deste caso com outros. “Nossa capacidade de identificar ou ver padrões similares em histórias diferentes explica nossa habilidade de formular afirmações de princípio abstratas e abrangentes”, reconhece MacCormick, de modo que “o raciocínio a partir de princípios pressupõe o raciocínio analógico, e não vice-versa” (2005: p. 207). Este é um ponto que apresenta uma questão epistemológica relevante.

Gerald Postema (2007) desenvolve de maneira mais aprofundada essa discussão questão ao discutir a posição que denomina de racionalismo de regras (*rule-rationalism*) – para fins de abreviação, irei me referir ao “racionalismo” e aos “racionalistas” ao abordar esta posição, conforme descrita por Postema. Racionalistas defendem que raciocínios cujo propósito é o de justificar decisões ou ações deve, necessariamente, ser pautado em regras ou princípios (Postema, 2007: p. 111). Além disso, no que se refere ao raciocínio por analogia, entendem que tal raciocínio é baseado em uma inferência produzida a partir das semelhanças relevantes compartilhadas entre os dois casos análogos. A relevância de tais semelhanças, defendem os racionalistas, é necessariamente determinada por uma norma que fornece critérios de relevância (Postema, 2007: p. 111).

Postema indica que Scott Brewer é um racionalista, e podemos supor que a posição analisada no início deste capítulo e defendida na seção acima, até o momento, pode ser descrita como uma posição racionalista. Postema atribui ao racionalista a defesa da ideia de que “a regra [que determina em que sentido os casos análogos são relevantemente similares] é anterior aos casos” (Postema, 2007: p. 111). Esta antecedência, para Postema, reflete a prioridade da norma no raciocínio em ao menos três aspectos. Em primeiro lugar, a norma determina que os casos sob consideração sejam análogos, o que denota sua prioridade constitutiva. Em segundo lugar, em razão deste fato, a norma justifica a inferência do caso-fonte ao caso-alvo, o que denota sua prioridade normativa. Em terceiro lugar, Postema afirma que a norma serve de guia para o raciocínio do intérprete, o que denota sua prioridade epistêmica (Postema, 2007: p. 112).

Para Postema, estes três compromissos teóricos são problemáticos. A seu ver, o problema desta posição é o fato de que o estabelecimento de uma premissa normativa – que

estabelece os parâmetros de semelhanças relevantes – “implica que os casos não têm significância independente das regras que fazem suas propriedades compartilhadas normativamente significantes” (2007: p. 113). Isso implicaria em uma caracterização equivocada do raciocínio analógico, uma vez que “não há prioridade absoluta de casos sobre proposições gerais ou vice-versa” no raciocínio por analogia (2007: p. 115). Além disso, a posição racionalista equivaleria a justificação à correção lógica, quando a “justificação não pode ser plausivelmente modelada como uma questão estritamente de cima para baixo (*top-down matter*)” (2007: p. 115).

Como argumentei acima, o raciocínio por analogia contempla algum tipo de ajustamento mútuo entre suas premissas, que influencia tanto a formulação da premissa normativa, quanto as descrições das características dos casos particulares no argumento. Essa avaliação surge justamente do diagnóstico realizado nos Capítulos anteriores de que a validade lógico-formal é uma abordagem teórica insuficiente para explicar o raciocínio analógico no direito. Em vista disso, entendo que essas objeções apresentadas por Postema não afetam a relação da analogia e do silogismo jurídico proposta neste Capítulo. A ideia de ajustamento mútuo implica no reconhecimento de que não há prioridade da norma sobre os casos particulares. E como visto, a ideia de justificação contempla valores para além da correção lógico-formal – conforme MacCormick defende, há um papel relevante da ideia de coerência no processo.

A principal questão de Postema, contudo, é a viabilidade de defender uma concepção do processo de análise de semelhanças em que a premissa normativa seja necessária. Caso isso seja um problema, a relação entre silogismo jurídico e raciocínio por analogia sugerida acima está ameaçada, uma vez que a analogia surge como uma ferramenta de classificação conceitual. De acordo com Postema (2007: p. 114):

O *rule-rationalist* argumenta que não é possível julgar um caso relevantemente similar a outro sem a orientação de uma regra que os traz sob uma categoria ou descrição: nós podemos julgá-los relevantemente similares apenas no caso que sejam instâncias de uma mesma regra ou conceito. Contudo, na realidade o oposto é verdadeiro. É possível identificar algo como uma instância da regra ou conceito apenas se julgarmos que é relevantemente similar a casos que já são enquadrados na regra, e isto é possível apenas se em algum ponto for possível julgar casos como relevantemente similares sem apelar a uma regra mediadora. Se todo julgamento pressupusesse uma regra para guiá-lo, nós seríamos pegos em uma regressão infinita. Aqui está a forma geral do argumento: Nenhuma aplicação de uma regra explícita a um caso particular, nenhuma aplicação de um conceito, é possível sem o exercício daquilo que Kant chama de faculdade de julgar (*power of judgment*), uma faculdade que desafia articulação explícita. Se insistirmos que um julgamento é legítimo (racionalmente guiado) apenas em virtude da compreensão de uma regra intermediadora, então nós enfrentamos o mesmo problema a respeito da aplicação da regra intermediadora. Que requer, por sua vez,

um exercício de julgamento (*exercise of judgement*) que, se a legitimidade do julgamento for somente dependente da regra que o guia, postula outra regra que por sua vez exige um novo exercício de julgamento, e assim em diante. Se cada exercício de julgamento requer uma regra, então não apenas julgar é impossível, mas também são regras e o raciocínio.

O argumento de Postema ao ressaltar a ideia kantiana de faculdade de julgamento é de que não há como seguir uma regra, um parâmetro de correção para uma dada conduta, sem que antes ocorra um exercício de julgamento desregrado, que não é pautado por qualquer tipo de norma.⁷⁶ Isto é dizer: não há necessidade de postulação de uma premissa normativa para a identificação de semelhanças relevantes entre casos potencialmente análogos. A faculdade de julgar – a faculdade de subsumir particulares à universais – prescinde ela mesma de regras, sob pena de uma regressão infinita. Não há, portanto, razões para se supor que há qualquer tipo de prioridade epistêmica de premissas normativas no raciocínio por analogia.

Esta é uma questão relevante para a própria compreensão do que ocorre no silogismo jurídico. Isso porque, conforme a definição de Kant, a faculdade de julgar é capacidade de subsumir particulares a uma regra. Em razão disso, parte da avaliação de aplicabilidade de uma regra, mais especificamente, a avaliação de se os fatos observados no mundo são fatos correspondentes aos fatos operativos – ao *FO* – previstos na norma, exige um exercício de julgamento de similaridade que não é orientado por qualquer tipo de premissa normativa. Para a aplicação norma ‘É proibido entrar veículos no parque’, há um exercício de julgamento anterior que compara o carro particular ou a motocicleta particular à ideia de veículo prevista na norma. A avaliação de similaridade sempre precede a aplicação de uma norma – é a similaridade entre um fato operativo, a hipótese legal, e eventos do mundo real que estabelece a aplicabilidade de um padrão normativo. Nesse sentido, a própria operação dedutiva que estrutura o silogismo jurídico é dependente, em alguma medida, de um raciocínio analógico, o que denota a centralidade da analogia para a prática do direito.

⁷⁶ Vide a definição apresentada na Crítica da Razão Pura (Kant, 2001: p. 203): “se é definido o entendimento em geral como a faculdade de regras, a faculdade de julgar será a capacidade de subsumir a regras, isto é, de discernir se algo se encontra subordinado a dada regra ou não (*casus datae legis*). A lógica geral não contém nem pode conter quaisquer preceitos para a faculdade de julgar. Com efeito, já que abstrai de todo o conteúdo do conhecimento, resta-lhe apenas a tarefa de decompor analiticamente a simples forma do conhecimento em conceitos, juízos e raciocínios e assim estabelecer regras formais do uso do entendimento. Se essa lógica quisesse mostrar, de uma maneira geral, como se deve subsumir nestas regras, quer dizer, discernir se algo se encontra ou não sob a sua alçada, não poderia fazê-lo sem recorrer, por sua vez, a uma regra. Esta, sendo uma regra, por isso mesmo exige uma nova instrução por parte da faculdade de julgar; assim se manifesta que o entendimento é, sem dúvida, suscetível de ser instruído e apetrechado por regras, mas que a faculdade de julgar é um talento especial, que não pode de maneira nenhuma ser ensinado, apenas exercido”.

Entendo que é possível acomodar a objeção kantiana na relação analisada entre o raciocínio analógico e silogismo jurídico. Isso porque entendo que Postema se utiliza deste argumento sem deixar clara a distinção que pode ser expressa pelo que MacCormick se refere quando distingue entre os processos de descoberta e justificação. O processo de descoberta, conforme visto acima, se refere ao processo de identificação de uma solução a um problema, enquanto o processo de justificação se refere ao processo de justificar por que a solução identificada é correta. O reconhecimento de que um exercício de julgamento em sentido kantiano prescinde de normas me parece descrever corretamente a faculdade de julgar em um processo mental de descoberta, onde o foco é a identificação de soluções para um problema.

Desse modo, o argumento de Postema não pode ser entendido como um argumento no sentido de que a formulação de uma premissa normativa é desnecessária no processo de justificação das soluções identificadas.⁷⁷ Porém, reconhecer que a faculdade de julgar é desregrada não implica em negar que, em um contexto de justificação institucional do uso legítimo do poder de coerção estatal, a formulação deste tipo de regra é necessária. Nesse sentido, notar as exigências decorrentes do contexto institucional da prática do direito não implica em cair na regressão infinita identificada por Kant. A faculdade de julgar é um “talento especial, que não pode de maneira nenhuma ser ensinado, apenas exercido”, mas no direito as conclusões alcançadas – os julgamentos propriamente ditos – devem ser justificados. Nesse contexto, ainda que normas não possuam qualquer tipo de prioridade axiológica no raciocínio, tampouco pode-se dizer que são prescindíveis.

Eu concluo, portanto, que a objeção kantiana levantada por Postema não afeta a maneira proposta de relacionar o raciocínio por analogia e o silogismo jurídico.

4.3. Raciocínio por analogia: coerência, ajustamento mútuo e semelhanças relevantes

Afirmar na introdução deste trabalho que o raciocínio por analogia pode ser compreendido como um jogo de linguagem orientado para a avaliação de parentesco entre diferentes casos – a analogia é o jogo de semelhanças. Afirmar também que compreender o

⁷⁷ Minha leitura é de que o próprio Postema concordaria com essa ressalva. Como ele reconhece (2007: p. 121): “Isto não é negar que tentar fazer os produtos de nosso raciocínio analógico explícitos é uma tarefa importante. Isso os sujeita à reflexão crítica de uma perspectiva diferente que pode corrigir e refinar nosso raciocínio analógico. No direito, esta é a tarefa do raciocínio analógico secundário (*second-level*), de avaliação da analogia (*analogy-assessment*). É uma parte essencial do processo do raciocínio por analogia no direito, mas é importante ter em mente que esta atividade crítica, reflexiva, pressupõe a integridade racional independente do processo do raciocínio analógico”.

raciocínio por analogia como uma espécie de jogo é útil na medida em que aproxima preocupações teóricas da teoria do direito e da teoria da argumentação. Nesta seção, vou expandir brevemente estas ideias, levando em conta a relação entre o raciocínio por analogia e o silogismo jurídico abordada acima.

4.3.1. Níveis do raciocínio por analogia

Conforme verifica-se nos Capítulos 2 e 3 deste trabalho, a literatura frequentemente divide o raciocínio por analogia em diferentes etapas. Shecaira (2013: p. 435) defende que analogias devem ser compreendidas como um conjunto de duas inferências, sendo que uma delas é dedutiva. Conforme visto acima, tal ideia é bastante próxima da posição de MacCormick, que sugere que, em um contexto de justificação jurídica, a inferência obtida através de uma analogia é produto de um raciocínio indutivo cuja conclusão se torna uma das premissas do silogismo jurídico. Outra proposta na literatura é a de Brewer (1996: p. 962), que defende a compreensão do raciocínio por analogia como um processo de três etapas, que contemplam a formulação de uma regra justificadora da analogia e um racional que sirva de fundamentação para a regra postulada.

A meu ver, qualquer tipo de esquematização do raciocínio por analogia deve ser considerado apenas como uma representação provisória deste processo mental, ao menos no sentido de que não é possível ordenar de maneira sequencial as etapas do raciocínio. O raciocínio por analogia é um processo mental dinâmico sobre o desenvolvimento de analogias. Não é possível afirmar qual etapa vem primeiro: se a identificação de semelhanças relevantes, se o julgamento efetivo de semelhança. Nesse ponto, concordo com Postema quando ele afirma que “não devemos pensar nestes [níveis] como estágios pelos quais o raciocínio analógico deve passar, mas como diferentes e interdependentes tipos de raciocínio que podem, por vezes, ocorrer simultaneamente” (2007: p. 116).

Considerando esta ressalva acima, é útil para fins de caracterização do raciocínio analógico concebê-lo um raciocínio marcado por duas etapas interdependentes e simultâneas. A descrição das etapas apresentadas por Postema me parece fundamentalmente acertada, porém entendo que ao invés de adotar sua terminologia de um raciocínio por analogia “de nível básico” e de “nível reflexivo” (2007: p. 116), é melhor associar estas duas etapas aos processos já descritos de descoberta e justificação. Entendo que estes processos são úteis para explicar intuições muito básicas que temos a respeito do funcionamento de analogias na cognição humana, e também indicam de que modo a contextualização

institucional do uso da analogia no direito a distingue como uma forma de jogo de linguagem próprio.

Um momento chave é a descoberta da analogia. A descoberta é o processo cognitivo de identificação de análogos, de cotejamento entre objetos de análise avaliação de similaridades relevantes. O outro processo chave é a justificação de da descoberta, de fundamentação de sua correção. Esta justificação ocorre a partir de e perante a relação de analogia estabelecida e a constelação de valores da prática em que a analogia está inserida. No direito, é nesse momento que entram em consideração as exigências de publicidade, de explicitação de premissas normativas postuladas, de situação da racionalidade da analogia em torno de outros princípios e valores.

Estes dois processos são independentes e, conforme sugerido por Postema, simultâneos. Contudo, entendo que a relação entre o raciocínio analógico e o silogismo jurídico faz parte do processo de justificação da analogia. Seguindo a sugestão de MacCormick, analogias são relevantes na discussão de problemas de classificação, interpretação e relevância no raciocínio jurídico em geral. Nesse sentido, o raciocínio por analogia é uma ferramenta de apoio para a construção das premissas do silogismo jurídico, garantindo que sejam coerentes na dimensão normativa e na dimensão narrativa. Tal coerência é fundamental para estabelecer a universabilidade das proposições jurídicas mobilizadas pelo silogismo jurídico e, portanto, para sua justificação.

Quando falo em coerência, este valor não deve ser compreendido de maneira estanque. Similarmente ao modo como MacCormick afirma que a coerência é uma questão de grau (2005: p. 190), entendo que a coerência deve ser compreendida como um valor relevante apenas em uma determinada dimensão – por exemplo, a coerência entre o princípio postulado pela analogia e outros princípios no ordenamento jurídico. Como defendo neste trabalho, um fator importante a ser levado em conta em teorias do raciocínio analógico é a sensibilidade para diferentes âmbitos de objetividade. Entendo que defender essa posição exige uma avaliação mais detalhada de suas implicações para a discussão de como analogias são instrumentos importantes para a garantia de coerência na prática do direito.

Nos Capítulos 2 e 3, argumentei que o reconhecimento da pluralidade de âmbitos de objetividade leva ao abandono de posições que consideram exclusivamente preocupações lógico-formais na teorização do raciocínio por analogia. Porém, entendo que aceitar diferentes âmbitos de objetividade também implica em abandonar teorias que consideram exclusivamente analogias sobre normas. É por tal razão que a distinção entre analogias a priori e analogias indutivas me parece pouco importante, ao menos no seguinte sentido: é

um equívoco supor que o raciocínio analógico institucionalizado na prática do direito seja apenas um raciocínio sobre normas e premissas normativas, como esta dicotomia leva a crer. Pelo contrário, se argumentos por analogia são compreendidos como modo de coerência e decisões judiciais devem apresentar uma narrativa fática coerente para a aplicação do direito, o raciocínio por analogia não deve ser circunscrito somente à normas no direito.

Entendo que, da mesma forma que MacCormick sugere compreender a coerência no direito a partir de duas dimensões – normativa e narrativa –, podemos compreender o raciocínio por analogia nestas duas dimensões também. A dimensão narrativa se refere ao estabelecimento da relação de igualdade entre dois casos particulares, um tido como caso-alvo e outro como caso-fonte. Por sua vez, a dimensão normativa se refere ao ajuste entre o princípio postulado pela relação pela analogia estabelecida perante outros princípios e regras no ordenamento jurídico. Estas duas dimensões, respectivamente, se adequam aos processos de descoberta e justificação delineados no tópico acima. Nos dois tópicos que seguem, mostrarei como é possível ilustrar estas duas dimensões de coerência no raciocínio por analogia.

4.3.2. Raciocínio analógico e coerência narrativa

De acordo com MacCormick, a coerência narrativa é a dimensão de justificação das questões de fato e eventos passados em sede de decisão judicial. Posta a reconstrução retórica de fatos no âmbito de processos judiciais e a impossibilidade da aferição absoluta de eventos passados, a valorização da coerência narrativa é uma forma de organização e avaliação do acervo de evidências disponível. Em razão disso, a coerência narrativa é um valor relevante para o nível de descoberta do raciocínio por analogia, posto que é nesse momento em que estão sob análise as características relevantes do caso-alvo e do caso-fonte, bem como o grau de correspondência entre ambos os casos.

A literatura jurídica possui poucas referências sobre como trabalhar esse tipo de avaliação. Do lado da literatura de teorias da argumentação e lógica informal, destaco a proposta de Douglas Walton, que defende o uso de esquemas narrativos para o mapeamento e avaliação de similaridades entre casos para fundamentar raciocínios por analogia (Walton, 2012). Walton define uma narrativa como o conjunto de ações particulares ou eventos juntos em uma sequência de um tipo estamos familiarizados por conhecimento geral (2012: p. 191). Por sua vez, esquemas narrativos contêm variáveis de modo a funcionar como uma categoria que abrange diversas espécies de narrativas (2012: p. 191).

O ponto de Walton é que analogias são construídas através de similaridades narrativas. a premissa de similaridade pode ser baseada ou rejeitada a partir de evidências de uma estrutura narrativa identificável, observável e passível de análise e comparação. Walton aponta dois passos para comparar os casos objetos de um argumento analógico e avaliar sua alegada similaridade (2012: p. 200). Em primeiro lugar, ressalta três fatores que orientam a identificação de semelhanças: a correspondência unívoca entre narrativas do caso-alvo e caso-fonte, a correspondência de ordem dos pontos narrativos entre os casos e a plausibilidade mínima⁷⁸ dos pontos narrativos identificados.

O segundo passo, de acordo com Walton, refere-se ao método de análise de um argumento analógico. Para ele, a análise deve avançar para um grau maior de abstração, onde pode-se articular um esquema narrativo que é comum às duas narrativas então articuladas a partir de variáveis e uma mesma ordem de pontos narrativos (2012: p. 200-201). Este esquema abstrato, para Walton, é o que dá plausibilidade e organiza uma discussão em torno da premissa de similaridade de um dado argumento analógico. Para fins de ilustração do que Walton sugere, vale retomar a analogia de Judith Thomson e o caso do violinista. A partir da teoria de esquemas narrativos de Walton, a postulação de uma estrutura narrativa abstrata que dá coerência narrativa para a analogia pode ter a seguinte aparência (a partir de Walton, 2012: p. 199-203):

Narrativa da interrupção de gravidez oriunda de estupro	Narrativa do violinista inconsciente	Estrutura narrativa abstrata
1. Mulher vítima de estupro engravida.	1. Pessoa se encontra conectada a um famoso violinista.	1. Pessoa x tem outra pessoa y conectada a seu corpo.
2. A mulher não teve escolha sobre engravidar.	2. A pessoa não teve escolha sobre esta conexão.	2. A pessoa x não teve escolha sobre esta conexão.
3. A gravidez onera e prejudica a vida diária da mulher.	3. A conexão onera e prejudica a vida diária da pessoa.	3. Ter y conectado onera e prejudica a vida diária da pessoa x.
4. O feto morrerá caso seja removido do útero da mulher.	4. O violinista morrerá caso seja desconectado.	4. A pessoa y morrerá caso seja desconectada de x.
5. O feto somente sobrevive caso seja sustentado por aproximadamente nove meses.	5. O violinista somente sobrevive caso seja sustentado por aproximadamente nove meses.	5. y somente sobrevive caso seja sustentado por aproximadamente nove meses.
6. A mulher pode escolher abortar o feto.	6. A pessoa pode escolher desconectar o violinista.	6. x pode escolher desconectar y.

⁷⁸ De acordo com Walton, espera-se que tais pontos “façam sentido com base no senso comum sobre como coisas geralmente se desdobram em situações que nos são familiares em esboço, mesmo que sejam hipotéticas” (2012: p. 200).

Estabelecida a estrutura narrativa abstrata a partir da organização dos esquemas narrativos dos dois casos candidatos para a analogia, é possível argumentar que a analogia de Thomson detém coerência narrativa. Em vista disso, é apta a embasar o tratamento paritário entre o caso do violinista e o caso da interrupção de gravidez decorrente de estupro. A proposta de Walton, nesse sentido, é uma ilustração relevante de como instrumentalizar a ideia de coerência narrativa no raciocínio por analogia.

4.3.3. Raciocínio analógico e coerência normativa

No que se refere à dimensão da coerência normativa, outra sugestão de Walton pode ser um ponto de partida útil. Walton entende que analogias são uma forma de classificação conceitual (2010: p. 243), o que dialoga diretamente com a relação proposta entre o raciocínio analógico e o silogismo jurídico. Para fins de coerência normativa, o que o raciocínio proporciona é uma classificação de dois casos particulares sob uma mesma categoria, o que autorizaria o tratamento paritário entre os casos considerados análogos. Conforme MacCormick indica, neste tipo de problema, “uma decisão pode funcionar como um modelo ou como caso-fonte (*analogy guide*) para qualquer outra” (2005: p. 212).

Esta forma de compreensão da etapa justificatória da analogia como uma classificação conceitual – isto é, da justificação do tratamento paritário entre os casos tidos por análogos – levanta uma questão interessante. Analogias aproximam um caso particular já decidido de um outro caso particular, ainda não decidido, em razão de um conjunto de similaridades que ambos têm. Nesse sentido, afirmar que ambos os casos são análogos é dizer que ambos compartilham questões jurídicas do mesmo tipo. O reconhecimento desta relação de espécies do mesmo tipo é o que justifica a extensão da decisão do caso-fonte ao caso-alvo.

Um argumento nesse sentido foi apresentado por Luís Duarte d’Almeida e Cláudio Michelin (2017). Ambos sustentam que as questões jurídicas particulares do caso-alvo e do caso-fonte devem ser compreendidas como espécies de uma mesma questão jurídica, mais geral. d’Almeida e Michelin propõe um esquema de raciocínio analógico que enderece dois problemas já abordados no debate teórico do raciocínio por analogia. Os autores defendem que o esquema de um raciocínio analógico deve conter uma premissa normativa. Além disso, defendem que o esquema deve ser construído de modo a não ser alvo da objeção da redução (2017: p. 18).

De maneira abreviada, no modelo proposto pelos autores, “afirmar que dois casos particulares são análogos... é afirmar que as questões particulares postas em cada um são subquestões de uma questão geral para a qual há uma resposta uniforme” (2017: p. 30-35).⁷⁹ Dessa forma, o que se pretende com uma analogia é estender a resposta autoritativa dada a uma questão à outra questão ainda não respondida formalmente, sendo que ambas estas questões são espécies – são subquestões – de uma questão mais geral. Para fins de ilustração, no caso do violinista, poderíamos imaginar a seguinte análise para justificar a analogia:

Questão da interrupção de gravidez oriunda de estupro	Questão do violinista inconsciente	Questão geral
Pode uma gestante interromper a gravidez decorrente de um ato sexual não consentido?	Pode uma pessoa interromper a manutenção da vida do violinista decorrente de uma conexão médica não consentida?	Pode uma pessoa interromper a sustentação de outra vida caso a conexão não tenha sido consentida?

Esta concepção do raciocínio analógico, para os autores, resolve os problemas indicados, uma vez que preserva a premissa normativa no esquema (ao exigir uniformidade de resposta para subquestões da mesma questão geral) e não sofre com a objeção da redução, uma vez que o esquema prescinde da determinação de características compartilhadas pelos casos. O que efetivamente mantém de pé a analogia é o reconhecimento de que as perguntas postas por cada caso são espécies de uma pergunta mais geral para a qual há uma resposta uniforme (2017: p. 33).

Assim como a discussão da proposta de Walton acima, meu intuito aqui não é propor uma análise detalhada da sugestão de d’Almeida e Michelon. Pelo contrário, meu objetivo é ilustrar uma ferramenta teórica concreta que endereça a discussão de coerência normativa no âmbito de um raciocínio analógico. Assim como a proposta de Walton para a discussão

⁷⁹ Meu objetivo aqui não é fazer uma análise detalhada e crítica da sugestão dos autores. Para fins de referência, o modelo proposto por d’Almeida e Michelon (2017: p. 18) é o seguinte:

- (1) Q_A é uma questão geral que não foi autoritativamente decidida.
- (2) Q_F é uma questão geral que foi autoritativamente decidida.
- (3) Há uma questão (mais) geral a qual ambas Q_A e Q_F são subquestões de, e que possui uma resposta uniforme (esta questão mais geral é referida por Q_g).
- (4) Para cada x e para cada y , se (a) x é uma questão geral que não foi autoritativamente decidida, (b) y é uma questão geral que foi autoritativamente decidida, e (c) há uma questão mais geral Q_g a qual possui tanto x quanto y como subquestões e que possui uma resposta uniforme, então há razões para se adotar, em relação a x , a resposta que é implicada pela resposta uniforme à Q_g , que implica a resposta autoritativamente adotada em y .
- Portanto, a partir de (1)-(4),
- (5) Há razões para adotar, em relação a Q_A , a resposta implicada pela resposta uniforme à Q_g , que implica a resposta autoritativamente adotada em Q_F .
- (6) A resposta que é implicada, em relação a Q_A , pela mesma resposta uniforme à Q_g , que implica a resposta autoritativamente adotada em Q_F , é a resposta A .
- Portanto, a partir de (5)-(6),
- (7) Há razões para se adotar, em relação a Q_A , a resposta A .

de coerência narrativa, a proposta de d’Almeida e Michelin é uma indicação de como instrumentalizar a ideia de coerência normativa para refletir sobre o raciocínio por analogia na prática, a partir de avaliações de fatores específicos (respectivamente, pontos narrativos e questões jurídicas) para parametrizar a análise de semelhanças relevantes. Desse modo, tais abordagens são referências relevantes sobre como conduzir o cotejamento entre casos potencialmente análogos na prática do direito.

Capítulo 5. O Raciocínio Analógico e a Ponderação de Princípios: uma análise a partir de Robert Alexy

Neste capítulo, abordo a teoria do raciocínio analógico desenvolvida por Robert Alexy. Alexy é autor de uma das teorias mais influentes de argumentação na teoria do direito contemporânea, na qual defende o teste de proporcionalidade⁸⁰ como técnica decisória para a avaliação de conflitos de valores antagônicos. A ponderação se tornou uma técnica dominante de decisão judicial no mundo, compreendida muitas vezes como o método predominante de interpretação constitucional.⁸¹ Paralelamente a esta difusão, tal método também foi recebido criticamente por diversos autores.⁸²

O estudo de caso da teoria de argumentação e ponderação de princípios particularmente interessante para meus propósitos uma vez que Alexy passou a reconhecer o raciocínio analógico como uma terceira operação básica no direito, para além das operações subsunção e ponderação. A seu ver, “a dialética de referência a atributos de outros casos... não pode ser racionalmente resolvida sem a ponderação” (2010: p. 18). Para Alexy, o cotejamento entre casos é necessariamente conectado à ponderação de princípios. Esta posição representa uma abordagem única na literatura sobre raciocínio analógico na teoria do direito e gerou um debate específico próprio sobre a viabilidade de tal teoria. A explicação do cotejamento de casos a partir da ponderação de princípios, portanto, é uma forma de teorizar o que no Capítulo anterior defini como coerência normativa no raciocínio por analogia. Contudo, antes de prever uma operação de classificação conceitual, trata-se de uma outra forma de raciocínio proposta.

Este capítulo é focado em um conjunto específico de textos. A teoria de Alexy é apresentada em *Teoria da Argumentação Jurídica*, sendo que o teste da proporcionalidade em sua versão paradigmática consta de *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Alexy detalha sua visão sobre as operações de subsunção e ponderação em um artigo nomeado *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison* (2003). Este será meu ponto de

⁸⁰ Refiro-me ao “teste de proporcionalidade”, “balanceamento” e “ponderação” como termos intercambiáveis.

⁸¹ Vide o comentário de Alec Sweet & Jud Mathews: “Nos últimos cinquenta anos, a análise de proporcionalidade (AP) se difundiu amplamente. É hoje um princípio abrangente de adjudicação constitucional, o procedimento preferido para a gestão de disputas envolvendo um alegado conflito entre direitos opostos, ou entre uma previsão de direito e um estado legítimo ou interesse público” (2008: p. 73). Nesse sentido, T. Alexander Aleinikoff introduz assim seu artigo: “este ensaio é uma tentativa de explorar e avaliar uma forma de raciocínio constitutivo – a ponderação – que se tornou generalizada, se não dominante, nas últimas quatro décadas” (1987: p. 943-944).

⁸² Vide a coletânea de ensaios organizada por Ricardo Campos, *Crítica a Ponderação* (2016), para um exemplo de intervenção crítica no debate brasileiro.

partida. Sua teoria sobre o raciocínio analógico é apresentada no trabalho *Two or Three?* (2010). Bartosz Brożek desenvolveu em *Analogy in the Legal Discourse* – artigo de 2008 – a tese de redutibilidade parcial, em uma tentativa de reformulação da noção de analogia de Alexy. Na recente obra coletiva *Analogy and Exemplary Reasoning in Legal Discourse* (2018), Brożek e David Duarte submeteram contribuições aprofundando a discussão sobre a tese de redutibilidade parcial.

Conforme mostrarei, a análise da posição de Alexy possibilita uma reflexão sobre as implicações da defesa de uma abordagem reducionista para uma teoria do raciocínio analógico. Neste capítulo, apresento na seção 1 a teoria do raciocínio analógico de Alexy e sua reação inicial às objeções que sua proposta recebeu. Na seção 2, a discussão passa para a tese da redutibilidade parcial, elaborada por Brożek, como uma tentativa de reformulação da compreensão da analogia a partir da ponderação de princípios. Na seção 3, apresento uma avaliação crítica da defesa da posição de que a analogia seria é uma operação básica no direito e redutível ao teste de proporcionalidade.

5.1. As três operações básicas

Alexy afirma que existem operações básicas de raciocínio na prática do direito. Como disse acima, Alexy reconhecia duas formas básicas de pensamento, a subsunção e a ponderação. Posteriormente, ele passou a defender que o raciocínio por analogia constituiria um terceiro tipo de operação básica no direito. Entender as razões que levaram Alexy a considerar o raciocínio por analogia como uma operação básica é meu objetivo inicial. Contudo, uma ressalva é importante: não ignoro que a teoria de argumentação jurídica de Alexy é uma instanciamento de uma teoria mais ampla de argumentação prática geral.⁸³ Meu foco será a primeira. Esta teoria mais ampla – sobre em que sentido podemos dizer que o discurso jurídico é um discurso racional – não é imediatamente relevante para meus fins neste trabalho.

Por estar interessado na teoria do raciocínio analógico de Alexy, inicio a discussão pela ideia de operação básica. Esclarecer este conceito como passo inicial é particularmente

⁸³ Neste ponto, Alexy (2001) faz uma discussão de diversas abordagens da argumentação e da racionalidade prática, cobrindo Richard Hare, Stephen Toulmin, Kurt Baier, a Escola de Earlangen e Chaim Perelman. Contudo, a matriz teórica na qual ancora sua posição é a teoria do discurso de Jürgen Habermas. Como nota Manuel Atienza (2003: p. 160): “a teoria de Alexy significa, por um lado, uma sistematização e reinterpretação da teoria do discurso prático habermasiano e, por outro lado, uma extensão dessa tese para o campo específico do direito”. Ainda que seja um ponto de fuga teórico importante para compreender a posição de Alexy, avaliar criticamente sua apropriação da teoria discursiva de Habermas está muito além do escopo deste trabalho.

útil para compreender em que sentido Alexy discute suas fórmulas para cada tipo de operação básica – as Fórmulas da Subsunção e Ponderação, que serão apresentadas mais abaixo. Para Alexy, uma operação pode ser qualificada como uma operação básica quando deter três características distintivas: tal operação deve ser formal, necessária e específica (2010: p. 10-11). Uma operação é específica quando é estruturada a partir de um determinado tipo de regra (por exemplo, a subsunção segue as regras da lógica; a ponderação, da aritmética). Necessária, por sua vez, quando deve ser aplicada a todos os casos relacionados a seu respectivo padrão normativo. Desse modo, a subsunção é necessária sempre que uma regra deve ser aplicada, enquanto a ponderação é necessária sempre que um princípio deve ser aplicado. Por fim, uma operação é formal quando necessita de saturação, isto é, deve ser completada com argumentos substantivos. Tanto a subsunção quanto a ponderação são para Alexy operações básicas no direito e, portanto, operações formais, necessárias e específicas.

5.1.1. As fórmulas da subsunção e ponderação

Alexy nos diz que “existem duas operações básicas na aplicação do direito: a subsunção e a ponderação” (Alexy, 2003: p. 433), cada uma passível de redução a uma fórmula específica. A seu ver, a subsunção pode ser representada por um esquema pautado pelas regras da lógica, enquanto a ponderação pode ser representada por um esquema pautado pelas regras da aritmética.⁸⁴ Desse modo, ambas as operações de subsunção e ponderação têm uma estrutura formal para suas premissas, a partir das quais se chega a uma conclusão. A distinção para Alexy reside no tipo de inferência feita em cada raciocínio.

A Fórmula da Subsunção (daqui em diante, “FS”) exhibe os tipos de premissas envolvidas neste tipo de raciocínio. A premissa 1 é uma dada norma, por exemplo, uma regra codificada ou um enunciado vinculante de um tribunal. As premissas 2 e (n+2) são regras semânticas que conectam o conceito da condição antecedente da norma (T) ao conceito utilizado para a descrição de um caso concreto (S). Por sua vez, a premissa (n+3) é a

⁸⁴ Não é exatamente claro qual sentido Alexy dá à expressão “esquema aritmético”. Podemos imaginar que, em oposição a uma dedução, onde se contempla uma classificação conceitual, um esquema aritmético, antes de classificar, compara valores dentro de um mesmo parâmetro de avaliação. Um segundo possível sentido decorreria diretamente da Fórmula da Ponderação, que será apresentada mais abaixo – que Alexy apenas deseja indicar que é possível empregar uma fórmula em termos matemáticos para ilustrar o raciocínio a partir de princípios. A meu ver, ambas razões são ruins para justificar a adoção de um “esquema aritmético”. Em primeiro lugar, a Fórmula da Ponderação, conforme apresentarei adiante, é pouco intuitiva e certamente não é uma ilustração simples de como raciocinamos com valores no direito ou na moral. Em segundo lugar, a pressuposição de que podemos equacionar valores dentro de um mesmo parâmetro, como se tivéssemos uma escala disponível que tornasse princípios comensuráveis, é em si uma tese cuja defesa e implicações vai muito além do que pretendemos dizer quando, em relação a um raciocínio de subsunção, dizemos que nossa inferência é dedutiva.

descrição do caso, e a premissa (n+4) expressa a conclusão do raciocínio. Abaixo, apresento a estrutura formal da subsunção, apresentada por Alexy como a FS e a ilustração dada por Alexy sobre como ela é operacionalizada (Alexy, 2003: p. 433-434):

Fórmula da Subsunção	Exemplo esquemático
1. $(x) (Tx \rightarrow ORx)$	1. <i>Quem cometer assassinato (T) será punido com pena de prisão perpétua (OR).</i>
2. $(x) (M^1x \rightarrow Tx)$	2. <i>Quem traiçoeiramente matar um ser humano (M¹), comete assassinato (T).</i>
3. $(x) (M^2x \rightarrow M^1x)$	3. <i>Quem deliberadamente se aproveita da condição indefesa de uma vítima (M²), mata traiçoeiramente um ser humano (M¹).</i>
...	...
(n+2) $(x)(Sx \rightarrow M^nx)$	4. <i>Quem mata uma pessoa enquanto ela dorme (S) deliberadamente se aproveita da condição indefesa da vítima para mata-la (M²).</i>
(n+3) Sa	5. <i>a matou uma pessoa sem defesas, enquanto ela dormia (S).</i>
(n+4) ORa (1) – (n+3)	6. <i>a deve ser punido com pena de prisão perpétua (OR). (1)-(5)</i>

Alexy entende que a aplicação do direito não é exaurida pela dedução estruturada acima. Em primeiro lugar, a FS não diz nada sobre o raciocínio de determinação de qual norma é aplicável para um dado caso concreto. Alexy sugere que em tais hipóteses pode ser o caso de se fazer uma ponderação, mas não necessariamente – é possível que outras regras, como os critérios de *lex posteriori*, *lex specialis* ou *lex superior* determinem o resultado de um eventual conflito. Em tais casos, ocorreria uma “meta-subsunção” (Alexy, 2003: p. 434) que antecederia a subsunção “de primeira ordem” que produziria a conclusão final do raciocínio. Em segundo lugar, a FS não diz nada sobre a veracidade de suas premissas. De fato, trata-se apenas de uma estrutura formal; a justificação das proposições tidas por premissas ocorre em outro estágio do raciocínio, que Alexy denomina “externo”, ao passo que a dedução decorrente de tais premissas seria a justificação “interna” da conclusão (Alexy, 2003: *id.*).

O mesmo tipo de estrutura formal estaria disponível para a ponderação. Para Alexy, a ponderação é um requerimento do princípio da proporcionalidade, que abrange três subprincípios – os princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Apenas a formulação deste último é relevante para os fins deste trabalho, a denominada Lei da Ponderação (*Law of Balancing*): “quanto maior o grau de não-satisfação de, ou detrimento de, um direito ou princípio, maior deve ser a importância de satisfazer o outro” (Alexy, 2003: p. 436). Tal Lei visa indicar uma abordagem para se determinar, em

casos de princípios conflitantes, qual princípio deve prevalecer na análise e ser empregado na FS acima exposta.

De acordo com Alexy, a Lei da Ponderação estabelece as três etapas da ponderação. O primeiro estabelece o grau de não satisfação de um princípio (por exemplo, da dignidade do feto) em detrimento do outro (por exemplo, a dignidade da gestante). O segundo estabelece a relevância de seguir o princípio que está sendo priorizado. O terceiro e último estabelece se tal relevância (por exemplo, de priorizar a dignidade da gestante) justifica a não satisfação do princípio relativizado (a dignidade do feto) (Alexy, 2003: p. 436-437). A questão, para Alexy, é defender que estes juízos são possíveis de modo que a inferência decorrente deles possa ser considerada tão racional quanto a inferência constante da FS. Para ele, estas proposições são racionais na medida em que podem ser fundamentadas em graus de intensidade, em um modelo de três graus ou triádico. Tais graus se referem à intensidade de interferência de um princípio no outro, sendo estipulada como fraca (*light* ou *l*), moderada (*moderate* ou *m*) ou séria (*serious* ou *s*) (Alexy, 2003: p. 440).⁸⁵ Esta interferência é sempre avaliada a partir de um caso concreto, em que um princípio colide com outro.

Compreender a formalização proposta por Alexy requer algum grau de clareza sobre a notação que ele utiliza. De fato, a despeito de rejeitar uma abordagem cujo parâmetro de correção seja exclusivamente lógico formal, Alexy busca formalizar máximas ou fórmulas para expressar seu raciocínio. Nesse sentido, ele denomina o princípio com o qual a interferência será examinada de “ P_i ” e seu “peso abstrato” de “ W_i ” (Alexy, 2003: p. 440). A intensidade de interferência concreta com P_i é estipulada como “ I_i ”. Por sua vez, a importância concreta de P_j – o princípio antagônico de P_i – é “ I_j ”. De acordo com Alexy, I_j depende dos efeitos que a omissão com a interferência de P_i implicaria para P_j (Alexy, 2003: p. 441).

Assim, no caso do violinista, para determinar a intensidade de interferência da dignidade de vida do provedor de sangue para o violinista (I_i), temos que questionar quão intensamente sua conexão forçada com o violinista afeta o princípio da dignidade humana (P_i). Por sua vez, para determinar a importância concreta (I_j) da satisfação do princípio de proteção da vida do violinista, temos que questionar o que a não-aplicação do princípio da

⁸⁵ O número de graus disponíveis nesta escala é irrelevante para o argumento de Alexy. A escala poderia contemplar 2 graus de intensidade, ou 9, ou 100. Alexy explica que segue com um modelo de três graus uma vez que “a escala triádica detém, comparada com suas alternativas, a vantagem de se adequar especialmente bem na prática da argumentação jurídica. Em adição a isto, ela pode ser estendida de modo bastante intuitivo” (Alexy, 2003: p. 440). De fato, Alexy considera um modelo de nove estágios também, combinando os três graus originais em especificações do tipo “moderadamente séria (sm)”, “menos séria (sl)”, “muito séria (ss)”, etc.

dignidade humana – a referida omissão – significaria para o princípio da proteção à vida (P_j). Neste esquema, são a intensidade de interferência de P_i e a importância concreta da satisfação de P_j que podem ser avaliadas como fracas, moderadas ou sérias – podemos dizer, por exemplo, que para Thomson a “intensidade de interferência” da dignidade de vida de alguém que é conectado a força em uma máquina de diálise é “séria”.⁸⁶

A partir dessa notação, Alexy defende que é possível criar uma fórmula que expressa o peso de um princípio sob as circunstâncias de um caso concreto a ser decidido. Tal fórmula expressa o peso concreto de tal princípio, sendo denominada a “Fórmula do Peso” (*Weight Formula*) (a partir de agora, FP) (Alexy, 2003: p. 444), onde $W_{i,j}$ representa o peso concreto de P_i . De acordo com Alexy, a FP mostra que o peso concreto de um dado princípio em um caso concreto é relativo. Ela “faz do peso concreto o quociente da intensidade de interferência com este princípio (P_i) e a importância concreta do princípio concorrente (P_j), isto é, a intensidade da interferência hipotética com P_j causada pela omissão da interferência com P_i ” (Alexy, 2003: p. 444).

Adicionalmente, a FP dá conta do fato de um princípio pré-balanceamento eventualmente ter um peso maior ou menor do que outro, através das variáveis “ W_i ” e “ W_j ”. Em segundo lugar, a fórmula pode contemplar também o grau de veracidade de premissas empíricas relativas à interferência de um princípio no outro no caso concreto, expresso pelas respectivas variáveis “ R_i ” e “ R_j ”. Assim, a FP em sua versão completa seria a seguinte (Alexy, 2003: p. 446):

$$W_{i,j} = \frac{I_i \times W_i \times R_i}{I_j \times W_j \times R_j}$$

Comparando FS com a FP, Alexy sustenta que ambas as operações podem ser formalizadas em estruturas semelhantes. A grande distinção entre as duas, ao seu ver, é que cada uma expressa uma forma distinta de raciocínio jurídico. A operação de subsunção expressaria de um raciocínio classificatório, enquanto a operação de ponderação expressaria um raciocínio gradativo (Alexy, 2003: p. 448). Este é seu principal ponto: cada operação

⁸⁶ Conforme o próprio Alexy nota, sua escala permite antever três circunstâncias em que a interferência com P_i será maior do que com P_j ($I_i = s / I_j = m$; $I_i = s / I_j = l$; $I_i = m / I_j = l$). Estes três casos, em seus opostos, revelam as hipóteses em que a interferência com P_j será maior do que com P_i . E há três casos em que ocorreria um empate – quando a intensidade de interferência de um dos princípios for igual à importância de realização do outro. É a partir destas situações de empate que Alexy desenvolve sua teoria de discricionariedade judicial (Alexy, 2003: p. 443).

estabelece uma relação distinta entre suas premissas e conclusões, ainda que ambas sejam racionais.

5.1.2. Analogia como uma nova operação básica

Alexy desenvolveu o argumento de que, além da subsunção e ponderação, haveria outra operação básica no direito: a analogia. A subsunção seria representada em um esquema dedutivo, enquanto a ponderação seria representada em um esquema aritmético. A seu ver, a analogia pode ser compreendida como um terceiro esquema – a sugestão preliminar dessa ideia foi criticada por Bartosz Brożek e Carsten Bäcker (2010: p. 9). Em vista de tais críticas, Alexy, em seu *Two or Three?* (2010), elaborou em mais detalhes sua teoria do raciocínio analógico. A abordagem de Alexy pode ser resumida na seguinte questão: é possível elaborar um esquema para o raciocínio analógico que seja formal, necessário e específico, assim como a subsunção e a ponderação? Para ele, a resposta a esta pergunta depende de como se é estruturada a comparação entre casos (2010: p. 11).

Alexy apresenta inicialmente o seguinte esquema formal para o raciocínio analógico (2010: p. 17):

A₁: Em todo caso c₁, cada caso c_j pode ser abduzido pelo argumento de que c_i compartilha com c_j as características F_1^j, \dots, F_n^j , e que c_i, por tal razão e pela regra $F_1^j, \dots, F_n^j \rightarrow Q$ ser válida, pode ser tratado, como c_j, para os efeitos de Q.

A₂: Em todo caso em que um argumento na forma de A₁ é feito, pode ser alegado que c_i é distinto pelas características F_1^i, \dots, F_n^i de c_j, e que c_i, por esta razão e por causa da regra $F_1^i, \dots, F_n^i \rightarrow \neg Q$ ser válida, não deve, em contradistincção (“*contradistinction*”) a c_j, ser considerado para efeitos de Q.

Seguindo Alexy (2010: p. 12), a operacionalização dessas regras pode ser ilustrada a partir do caso dos veículos no parque de H.L.A. Hart. Podemos considerar uma regra R₁, pela qual ‘São proibidos veículos no parque’, sendo que já há uma aplicação clara desta regra para o caso de automóveis, como R₂ (‘São proibidos automóveis no parque’), e para o caso de bicicletas no parque, como R₃ (‘Bicicletas podem entrar no parque’). Alexy pede então para considerarmos o caso de um patinete elétrico para exemplificar sua notação técnica (2010: p. 12). O usuário do patinete elétrico pode ser acusado de violar R₁. O usuário defende que andar de patinete elétrico (c_i) é como andar de bicicleta (c_j), são atividades similares de finalidade recreativa (F_1^j) que apresentam riscos baixos a pedestres (F_2^j). O princípio de liberdade de ação (P₁) exige que, para casos em que ocorram estas duas características, a entrada no parque seja permitida (Q). Desse modo, a regra R₄ ($F_1^j \wedge F_2^j \rightarrow Q$) poderia ser

aplicada. Por sua vez, seu acusador defende que andar de patinete elétrico (c_i) se parece mais com andar de automóvel (c_k) – ambos são barulhentos e poluentes (F_1^i). Sendo “a paz e tranquilidade no parque” (2010: p. 12) um princípio norteador nesta questão, seria aplicável uma regra R_5 ($F_1^i \rightarrow \neg Q$).⁸⁷ Como estas duas formulações antagônicas são resolvidas?

Esta formulação do argumento foi revista por Alexy em razão de críticas recebidas dirigidas ao modelo por Bartosz Brożek e Carsten Bäcker. A resposta mais detalhada de Alexy foca na objeção de Brożek, e farei o mesmo aqui, uma vez que a crítica de Bäcker é apenas uma reformulação desta objeção. Brożek apresenta para Alexy o problema que Larry Alexander, entre outros, imputa ao raciocínio analógico, discutido no Capítulo 03. Tomando por exemplo a discussão de um raciocínio contra analógico, Brożek alega que se $F_1^i \rightarrow \neg Q$ é regra jurídica válida, não há necessidade de uma analogia (2009: p. 199). O caso seria apenas uma questão de subsunção. Em relação ao esquema de raciocínio analógico propriamente dito, Brożek defende que as características compartilhadas entre os casos não constituem um antecedente de uma regra jurídica válida. Neste ponto, a seu ver, o esquema de Alexy pressupõe a incidência de uma regra ou princípio que regula os casos análogos, o que, portanto, torna irrelevante sua comparação ou a identificação de quais são os atributos relevantes para a analogia em questão.⁸⁸

Esta é uma discussão que já é familiar. As objeções opostas ao esquema de Alexy estão, na realidade, como visto nos Capítulos 2 e 3, atacando a pressuposição de que o raciocínio analógico é um esquema dedutivo constituído por uma premissa normativa. Se há uma norma válida para ambos os casos, afirma a crítica, não há necessidade de comparação, e, portanto, não há analogia. A estratégia de defesa de Alexy é qualificar o tipo de premissa normativa pressuposta em sua teoria. Alexy afirma que “aduzir características como razões para um certo tipo de consequência legal significa pressupor uma regra que as contenha como antecedentes. Este é um corolário do princípio da universalizabilidade (*universalizability*)” (2010: p. 14). Dessa forma, para Alexy, a objeção de que a comparação entre os casos particulares seria irrelevante para a analogia é afastada, pois é justamente cotejamento entre particulares que especificaria os antecedentes da premissa normativa que regula a analogia.

⁸⁷ Alexy nota que esta réplica pode ser construída tanto de maneira positiva, isto é, através de uma comparação explícita com outro caso, como de maneira negativa, apenas negando a relação de semelhança com o caso-fonte original (2010: p. 13). Nesse sentido, a disputa de uma analogia possui duas frentes de desenvolvimento, sendo uma orientada para a construção de uma nova relação de semelhança, enquanto a segunda é orientada para a rejeição da relação de semelhança originalmente proposta.

⁸⁸ Este é o ponto geral de Bäcker – no esquema de Alexy, a força principal do argumento “não é o caso, mas a regra” (Alexy, 2010: p. 13).

Esta resposta, contudo, não diz nada sobre como identificar as características relevantes para especificar a premissa normativa em um caso concreto (Brožek, 2009: p. 199). Para Alexy, a solução deste problema passa pela conexão entre o raciocínio analógico e a ponderação de princípios (2010: p. 15). Isso porque a escolha do caso-fonte relevante (por exemplo, o caso da bicicleta ou da motocicleta) para uma analogia depende do princípio que justifica a importância de determinados atributos do caso em detrimento de outros. É assim que Alexy resolve as formulações antagônicas de um argumento analógico. Tal solução, portanto, pressupõe para Alexy uma ponderação, na qual “os objetos de balanceamento são os princípios que apoiam a seleção de certas características... como razões para a consequência jurídica” e, dessa forma, “são antecedentes das regras” que regulam o tratamento paritário dos casos análogos (Alexy, 2010: p. 15).

Alexy afirma que se estabelece uma relação concreta de precedência entre princípios antagônicos quando o princípio P_i precede o princípio P_j sob certas circunstâncias de um caso concreto (Alexy, 2010: p. 16). Suponha que, no caso do patinete elétrico, seja aplicada a FP e é determinado que o princípio de paz e tranquilidade no parque P_2 tenha precedência sobre o princípio de liberdade de ação P_1 . Neste caso esta relação de precedência – formalizada como $(P_2 \text{ P } P_1) C$ – antecede o esquema de raciocínio analógico (representado como “C” no esquema). Esta representação do esquema analógico – “C” – pode ser representada de diferentes formas, como a decisão do caso concreto (“*case rule*”, representado como “ C_i ”), os atributos antecedentes do caso (“*preceding feature rule*”, representado como “ F_1^i ”) ou ainda os atributos relevantes do caso (“*relevant feature rule*”, representado pela conjunção dos atributos relevantes na comparação “ $F_1^j \wedge F_2^j \wedge F_1^i$ ”) (Alexy, 2010: p. 16).

Dessa forma, o raciocínio analógico para Alexy, enquanto uma operação básica no direito, é condicionado por uma operação de ponderação, que determina o princípio organizador comparação entre casos potencialmente análogos. Esta construção é sua principal contribuição para a teorização do raciocínio analógico no direito. Para Alexy, analogias dependem da ponderação para identificar características relevantes para fins de aplicação de uma norma que sejam compartilhadas entre os casos comparados. Sem o balanceamento, não há uma diretriz substantiva que oriente o cotejamento. Em vista disso, a ponderação seria uma espécie de prólogo de qualquer raciocínio analógico.

5.1.3. Avaliação da proposta de Alexy

Esta teoria é surpreendente por um par de razões. Como visto nos Capítulos 2 e 3 desta dissertação, uma abordagem teórica cuja proposta é a de reduzir o raciocínio analógico à uma explicação puramente lógico-formal é circular. A formalização da analogia pressupõe, e não justifica, sua validade lógica. O grande problema decorrente dessa constatação é que este tipo de teoria não dá conta do mérito de diferentes âmbitos epistêmicos contemplados por raciocínios analógicos. Para uma teoria da analogia do direito, esta deficiência é particularmente grave uma vez que diferentes tipos de analogias, cada um com seu propósito, são mobilizados na argumentação jurídica. A teoria de Alexy, a meu ver, não escapa desta dificuldade que identifiquei na abordagem *mainstream* do raciocínio analógico.

Antes disso, contudo, é de se questionar o quão úteis são as propostas de formalização de Alexy para seu argumento. Como explorado nos Capítulos 2 e 3 da dissertação, teorias dedutivistas do raciocínio analógico possuem uma razão de ser: dedutivistas entendem que há um grande benefício em construir e interpretar argumentos por analogia como argumentos dedutivos, a saber, o fato de sua conclusão decorrer por necessidade de suas premissas. Isso, para tais teóricos, compensa a necessidade de muitas vezes ter de reconstruir uma analogia de modo a apresentá-la como uma dedução.

Contudo, não é imediatamente clara qual seria a razão de Alexy em condicionar o raciocínio analógico à Fórmula da Ponderação. O balanceamento de princípios, nos diz Alexy, é necessário para determinarmos quais são as características relevantes que orientarão a comparação entre casos potencialmente análogos. Contudo, uma vez determinado o princípio aplicável através da ponderação, não há exatamente um cotejamento entre particulares. Considere o caso do patinete elétrico. Se, através da ponderação, determinamos que o princípio preponderante é o de paz e tranquilidade no parque, não há mais uma razão para compararmos patinetes com bicicletas e veículos automotores.

Além de eliminar a avaliação de semelhanças relevantes existente em uma analogia, Alexy altera outro aspecto fundamental do raciocínio por analogia. Isso porque, ao transformar o raciocínio analógico em uma ponderação de princípios, Alexy reconfigura a situação original da qual surge a necessidade de analogia. A partir de seu modelo, um caso em que não há uma solução normativa imediata – uma lacuna – é objeto da analogia. Com a ponderação, há uma solução normativa imediata, seja o princípio P_1 , seja o princípio P_2 (o que não se sabe é qual deles é predominante, por isso Alexy passa à FP).

Assim, Alexy inverte as etapas analíticas de uma analogia: em sua teoria a premissa normativa que determina a seleção de atributos relevantes, ao invés de ser construída a partir

do cotejamento dos atributos dos particulares análogos. Justamente em razão desta inversão, a teoria de Alexy não tem muito a dizer sobre como cotejar semelhanças e diferenças. A seu ver, a racionalidade de maior poder explicativo sobre o raciocínio analógico é a ponderação. O balanceamento é uma ferramenta analítica que possibilita, de certa forma, justificar a escolha entre dois princípios antagônicos. Porém, o preço teórico de se adotar a resolução do problema normativo é minimizar qualquer tipo de comparação de características. E, por tal razão, a teoria do raciocínio analógico de Alexy deixa de explicar um aspecto central do raciocínio por analogia. Sua teoria, portanto, não atende aquilo o que se propôs a fazer.

Porém, além destes problemas relacionados ao seu sucesso em explicar o raciocínio por analogia, a teoria de Alexy tem dificuldades mesmo quando lhe damos o benefício da dúvida sobre sua habilidade em explicar um argumento analógico. Mais especificamente, a definição proposta de operação básica defendida Alexy gera três problemas que não são adequadamente endereçados por sua teoria. Alexy define uma operação básica como toda operação que seja formal, específica e necessária. Esta definição é bastante arbitrária e, notadamente, estes três critérios podem ser colocados em questão. O primeiro problema se refere especificidade da operação básica da analogia. O segundo problema é defender a afirmação de que, no caso da analogia, esta operação seria “formal” no sentido dado por Alexy. Por fim, o terceiro se refere à sua qualificação como necessária.

No que se refere ao caráter específico de uma operação básica, conforme visto, Alexy afirma que operação é específica quando é estruturada a partir de um determinado tipo de regra. Assim, por exemplo, enquanto a analogia expressaria uma “dialética da referência” entre casos análogos (Alexy: 2010, p. 18), a subsunção expressaria as regras da lógica formal. Uma objeção que pode ser dirigida à Alexy é dizer que, no fundo, a operação básica da analogia não é específica, uma vez que Alexy condiciona a comparação de casos à uma operação de balanceamento. Para Alexy, contudo, isso não é um problema, uma vez que uma conexão necessária de uma operação básica à outra “não tira da primeira seu caráter básico” (2010: p. 11). A operação de balanceamento seria um exemplo disso: não é porque, após a determinação do princípio prevalente via teste da proporcionalidade, segue uma subsunção da norma ao caso particular, que a ponderação deixaria de ser específica. “A ponderação funciona, primeiro, de acordo com um tipo de regra específico, neste caso a regra da aritmética” (2010: p. 11), Alexy nos diz.

Contudo, ele pode sustentar o mesmo no caso da operação de analogia? Para a objeção que levantei acima, a resposta de Alexy é a mesma.⁸⁹ Entendo que ela não é suficiente. Há uma distinção relevante que é ignorada em sua resposta. No caso da relação necessária entre subsunção e ponderação, há um argumento de que o raciocínio que ocorre na primeira operação – de classificação conceitual – não se confunde com o raciocínio que ocorre na segunda. De fato, para seguir o exemplo de Alexy, uma coisa é classificar uma motocicleta como um veículo, e outra coisa é determinar se o princípio de proteção ao meio-ambiente prevalece sobre o princípio da liberdade de locomoção. É possível reconhecer duas gramáticas distintas aqui, que organizam o funcionamento independente destas duas operações básicas.

Porém, não é minimamente clara qual seria a distinção gramatical entre a ponderação e a analogia. Para expressar este problema nos termos utilizados por Alexy: não é clara a distinção entre a comparação de características de particulares potencialmente análogos e a ponderação de princípios. Conforme visto, uma analogia para Alexy depende do princípio que justifica a importância de determinados atributos do caso em detrimento de outros. A determinação de tal princípio depende de uma ponderação. Desse modo, o próprio resultado da ponderação determina a conclusão da comparação dos particulares analisados. A gramática do raciocínio analógico, para Alexy, é a gramática da ponderação. E se há alguma distinção gramatical entre o raciocínio por analogia e a ponderação, tal distinção é irrelevante perante o grau de influência do teste de proporcionalidade no funcionamento de uma analogia.

A afirmação de Alexy de que a analogia seria uma operação específica, portanto, não está justificada. Em face de seu próprio esquema conceitual, há um bom argumento para se dizer que uma analogia não é uma operação básica por não ser específica. Esta mesma dificuldade transborda para a discussão do aspecto formal da operação básica de analogia. Sob uma certa interpretação, a alegação de Alexy de que a operação básica de analogia é formal parece é difícil de ser disputada. A operação é construída a partir de termos abstratos que necessitam de “saturação” (2010: p. 10) e que não dizem nada a respeito do mérito do argumento.

⁸⁹ Nas palavras de Alexy (2010: p. 18): “É claro, o esquema da analogia não pode atingir coerência exclusivamente através de seus próprios meios. A dialética de referência à características de outros casos, como mostrado acima, não pode ser racionalmente resolvido sem a ponderação. Neste sentido, a comparação é necessariamente conectada com a ponderação. Conexões necessárias entre esquemas básicas, contudo, como notado acima, não as privam de seu atributo de básica. Fosse de outro jeito, nem mesmo a ponderação seria específica, pois ela é, no início e também no fim, necessariamente conectada com a subsunção. O esquema de analogia, portanto, não é apenas formal e necessário, mas também específico”.

Entretanto, Alexy parece adotar uma definição bastante restritiva de “mérito” do argumento, como todo e qualquer aspecto “substantivo” ou “material” da analogia. Nesse sentido, o esquema que já contemplasse em sua formulação qualquer tipo de indicação, por exemplo, de que patinetes elétricos são mais parecidos de bicicletas do que de motocicletas, violaria para Alexy a exigência de formalidade. No caso da ponderação, que é necessariamente conectada à identificação de semelhanças relevantes entre casos análogos, não é claro se Alexy considera tal parte do argumento como uma questão “substantiva” ou “material”. Entendo que não há razão para não considerar a ponderação que determina a comparação entre casos como parte do mérito de um argumento analógico. Se entendemos que a o balanceamento é uma parte substantiva do raciocínio analógico – como o próprio Alexy defende –, é difícil explicar por que seu esquema de analogia não contempla esta parte do raciocínio, tão relevante para a parte material da analogia.

Esta omissão seria uma violação à exigência de formalidade? Acredito que sim, mas imagino que Alexy não concederia tão facilmente esse ponto. A meu ver, Alexy poderia responder que a ponderação é ela mesma uma operação básica e, portanto, uma operação formal, cuja conexão à operação por analogia não implica, necessariamente, em qualquer avaliação de mérito sobre o argumento analógico. Isso, contudo, não explica por que o esquema da analogia deixa de fora o raciocínio determinante para a determinação de características relevantes entre casos análogos. Nesse ponto, podemos até imaginar uma eventual reformulação que agregue a FP como um argumento subsidiário ao esquema analógico. Porém, entendo que aqui Alexy cai novamente no problema que descrevi inicialmente, de condicionar o raciocínio por analogia ao balanceamento de princípios. Há aqui uma encruzilhada. De um lado, ele atende ao critério da formalidade ao incorporar a FP no esquema do raciocínio analógico. De outro, a incorporação da FP torna irrelevante qualquer importância teórica da comparação de características relevantes entre os casos análogos. Nenhuma das soluções disponíveis para Alexy equaciona estes problemas, ao menos nenhuma resposta fiel à manutenção de sua teoria da ponderação.

Por fim, o critério da necessidade também não é livre de problemas. Alexy afirma que o esquema da analogia é “necessário” no sentido de que “não é possível se referir de modo racional a outros casos sem utilizar este esquema” (2010: p. 18). Se por necessário Alexy estivesse dizendo que não seria possível se referir a algum esquema formal, entendo que o argumento seria relativamente incontroverso. Porém, Alexy está defendendo uma interpretação mais forte do argumento: não se trata de algum esquema formal, mas de seu esquema formal. Assim, basta imaginar qualquer outro esquema formal de comparação de

características entre casos análogos para se demonstrar a implausibilidade de seu argumento. Os Capítulos 2 e 3 dessa dissertação apresentam exemplos de esquemas formais que cumprem essa função, mas há também exemplos da literatura secundária em torno da obra de Alexy que, inspirados por este desafio, mostraram que existem outras alternativas ao seu esquema.⁹⁰

Concluo, portanto, que a teoria do raciocínio por analogia de Alexy falha sob seus próprios requerimentos e não é capaz de explicar adequadamente a análise de similaridades entre casos potencialmente análogos.

5.2. A proposta alternativa da relação entre analogias e ponderação

O modelo de raciocínio por analogia de Alexy não é a única abordagem que relaciona analogias à ponderação. Brožek desenvolveu em *Analogy in the Legal Discourse* a tese de que o raciocínio analógico é parcialmente redutível à ponderação, em uma tentativa de reformular a noção de analogia de Alexy. Como este capítulo se dedica à análise da relação entre analogias e a ponderação de princípios, esta formulação alternativa será apresentada a seguir. Recentemente, a tese de redutibilidade parcial foi ainda objeto de uma troca de artigos entre Brožek e David Duarte na obra coletiva *Analogy and Exemplary Reasoning in Legal Discourse* (2018). Esse debate também será avaliado, na medida em que possibilita aprofundar a avaliação da tese de redutibilidade e sua vulnerabilidade às críticas que desenvolvi acima à teoria de Alexy.

5.2.1. A tese de redutibilidade parcial

A tese da redutibilidade parcial (vou me referir a ela como TRP) afirma que “[a] analogia não é completamente distinta da ponderação, mas a aceita” (Brožek, 2008: p. 197). Antes contudo, de avaliar a relação entre analogia e ponderação, Brožek oferece uma descrição do que chama de raciocínio por analogia. Para ele, o raciocínio analógico possui três elementos principais. O primeiro se refere ao fato de que no caso “[há uma] questão jurídica que não pode ser respondida via recurso a uma regra legal explícita” (2008: p. 190).

⁹⁰ Vide, por exemplo, o esquema apresentado por Thomas Bustamante (2012: p. 8), que incorpora a relação de precedência entre princípios na comparação de características relevantes:

- (1) $N_i: (x) ([C_i^1 \wedge C_i^2 \wedge \dots \wedge C_i^n]x \rightarrow ORx)$
- (2) $(P_I \text{ } P_P) C_i^1 \wedge C_i^2 \wedge \dots \wedge C_i^n$
- (3) $(P_I \text{ } P_P) C_j^1 \wedge C_j^2 \wedge \dots \wedge C_j^n$
- (4) $N_j: (x) ([C_j^1 \wedge C_j^2 \wedge \dots \wedge C_j^n]x \rightarrow ORx)$

Por fim, o segundo elemento do raciocínio por analogia é “a formulação de uma regra legal pela qual a decisão do caso dado será fundamentada” (2008: p. 191).

Por fim, o terceiro é a observação de que “existe um caso similar ao caso dado, que possui uma solução jurídica explícita” (2008: p. 190). É neste elemento em que Brožek localiza a discussão de semelhança entre casos análogos, tanto a possibilidade de existir mais de uma alternativa para o desenvolvimento da analogia, como a avaliação sobre quais são as semelhanças relevantes que devem guiar a analogia. Neste ponto, Brožek dois níveis de similaridade. O primeiro – “similiaridade₁” – se refere a “casos que resolvem um problema similar” (2008: p. 191). Este sentido de semelhança, por exemplo, aborda como a discussão sobre se um patinete elétrico pode entrar em um parque é similar à discussão de se uma motocicleta ou uma bicicleta podem entrar no parque. Já a “similiaridade₂” é o caso da “similaridade relevante” (2008: p. 191), isto é, a decisão de quais casos identificados na similiaridade₁ é o caso-fonte adequado para a analogia.

Na discussão de Brožek, a primeira etapa do raciocínio analógico, explicado pela tese de redutibilidade parcial, é a etapa da similiaridade₁. O intérprete deve identificar quais são os casos semelhantes e potencialmente análogos àquele que tem em mãos. No caso patinete elétrico, podemos imaginar que nessa etapa são escolhidos os casos da permissão da bicicleta e da proibição da motocicleta. No caso da interrupção da gravidez por microcefalia, podem ser escolhidos os casos de interrupção por anencefalia e por risco à vida da gestante. Brožek diz que “o problema real é decidir qual dos casos é relevantemente similar (i.e., similiar₂) ao caso sob consideração” (2008: p. 194). A tese da redutibilidade parcial defende que esta similaridade relevante é construída a partir da FP. A segunda etapa do raciocínio por analogia, então, é construir argumentos possíveis a partir dos casos selecionados no exame de similiaridade₁. Assim, por exemplo, podem ser desenvolvidos os argumentos de que o patinete elétrico deve ser aceito no parque uma vez que é como uma bicicleta e de que o patinete elétrico deve ser proibido no parque uma vez que é como uma motocicleta. O ponto aqui, para Brožek, é identificar as racionalidades ou princípios que estruturam o tratamento análogo entre casos – o princípio de que todos têm o direito ao lazer no primeiro argumento, por exemplo, e o princípio de que o meio ambiente deve ser preservado, no segundo argumento.

Sabendo que estamos considerando esta etapa em vista da aplicação da FP, a estratégia de Brožek é identificar nos potenciais casos análogos princípios concorrentes e antagônicos. Uma vez definidos os princípios aplicáveis ao caso, ele defende que “o conflito deve ser resolvido pelo processo do balanceamento, de acordo com a conhecida Fórmula da

Ponderação” (Brožek, 2008: p. 194). Nesse caso, como o próprio Brožek nota, “a questão problemática de qual dos casos *similiar*₁ é relevantemente similar... foi transformada em um problema de ponderação de princípios” (Brožek, 2008: p. 195). A ponderação substitui a análise de similaridade.

A seu ver, esta solução apresenta a “grande vantagem... no modo de como se livra do processo problemático de decidir quais similaridades₁ são similaridades relevantes” (Brožek, 2008: p. 195).⁹¹ Assim, tal como visto na proposta de Alexy, a TRP teoriza o raciocínio analógico substituindo a determinação e a análise de semelhanças relevantes pela ponderação de princípios. Contudo, esta tese também não passou incólume de críticas externas a ela. Antes de avaliar a TRP em face das objeções feitas à teoria de Alexy, apresentarei primeiro as críticas formuladas por David Duarte à proposta de Brožek.

5.2.2. O debate entre Bartosz Brožek e David Duarte

David Duarte identifica inicialmente quatro problemas com a TRP. O primeiro problema, a seu ver, é que a TRP implica na identificação aleatória de princípios a serem ponderados (2018: p. 93). Duarte afirma que a escolha de princípios é mais complexa do que a TRP leva a crer, uma vez que mais de um princípio pode justificar uma dada solução normativa. E isso é relevante porque apenas os princípios considerados pela FP influenciam o resultado do balanceamento (2018: p. 93). Brožek descarta esta preocupação, que a seu ver é mais dirigida à teoria de princípios de Alexy do que propriamente à TRP. De acordo com Brožek, “para identificar princípios que fundamentam uma dada regra, deve-se recorrer ao senso comum, mas também às previsões do ato jurídico que a expressa, e documentos produzidos em seu processo legislativo, bem como teorias doutrinárias” (2018: p. 104).

O segundo problema seria que na TRP a analogia seria escondida pela ponderação. Afinal, cada princípio reflete um fator dos casos selecionados na etapa de similaridade₁. Assim, a ponderação não passa de um esquema para identificar o fator determinante da analogia. “Isso leva à alegação de que o balanceamento é utilizado apenas como uma ferramenta para determinar qual [dos fatores] prevalecerá” (2018: p. 94). Na contramão da

⁹¹ Considerando a distinção entre regras e princípios proposta por Alexy, Brožek também considera em seu artigo um modelo do raciocínio analógico a partir de regras, e não princípios. Como o autor descarta tal modelo, acredito que não é necessário avaliá-lo em maiores detalhes, posto que meu objetivo neste capítulo é avaliar de que maneira o raciocínio por analogia é teorizado a partir da ponderação de princípios. No caso deste modelo a partir de regras, é curioso notar que o próprio Brožek o critica, uma vez que “analogias baseadas em regras também necessitam da ponderação” (2008: p. 196).

suposta clareza trazida pela FP, tal operação na realidade estaria mascarando as etapas do raciocínio por analogia.

A resposta de Brožek é que o ponto da FP é justamente descartar a discussão sobre fatores determinantes para a comparação entre casos análogos (2018: p. 105). A meu ver, o ponto de Brožek é rejeitar a comparação factual e avaliação de critérios para estabelecimento de semelhanças factuais, por exemplo, entre patinetes elétricos e bicicletas. “Dizer que dois casos são *prima facie* similares significa que eles pertencem ao mesmo tipo de problema”, sendo que um problema “pode ser definido como um par de proposições contraditórias” (2018: p. 105). Esta forma de compreensão, para Brožek, descarta a necessidade de estabelecer critérios ou fatores de determinação de características relevantes.

O terceiro problema é a possibilidade de a FP considerar princípios irrelevantes para um determinado caso concreto. Suponha no caso dos veículos no parque, que a decisão de proibir a entrada de carros tenha sido fundamentada por um princípio de preservação ao meio ambiente, e que a decisão de permissão da entrada de bicicletas pelo direito de ir e vir. No caso de se avaliar se um tanque de guerra poderia entrar no parque em um ato solene, ao menos este segundo princípio é irrelevante para a determinação. De acordo com Duarte, isso implica que a TRP só funciona para estabelecer uma relação de analogia se o caso “engatilhe os mesmos princípios que aqueles que fundamentam as regras cuja aplicação por analogia está sendo considerada” (2018: p. 95).

O quarto problema, ao invés de considerar a possibilidade de princípios irrelevantes, considera a ausência de mais de um princípio (2018: p. 96). Suponha que os dois casos potencialmente análogos sejam justificados pelo mesmo princípio. Neste caso, não há ponderação a ser feita, uma vez que a operação pressupõe ao menos dois princípios antagônicos. Para Duarte, estes casos mostrariam mais um ponto cego da TRP.

Para Brožek, estes dois pontos não seriam propriamente um problema efetivo, uma vez que sua ideia de similaridade justamente seleciona “o mesmo tipo de problema” (2018: p. 105). Se a similaridade justamente mapeia problemas semelhantes, “não perigo real de que princípios jurídicos envolvidos no caso análogo não tenham relevância para o caso sob análise” (2018: p. 105). Em razão disso, a alegação de que a TRP só funcionaria para casos em que os mesmos princípios estejam em jogo seria um truísmo – o ponto é justamente este, nos termos da similaridade₁.

Para Duarte, todos estes problemas são decorrentes da incompatibilidade entre o raciocínio por analogia e a ponderação de princípios. De acordo com Duarte, “cada uma destas operações básicas demanda a circunstância normativa oposta” (2018: p. 97). A

analogia depende da ausência de uma norma imediatamente aplicável, enquanto a ponderação opera justamente determina a preponderância de um princípio entre dois aplicáveis. “Isso aponta para uma exclusão mútua”, afirma Duarte, posto que “um caso que pede uma analogia não pede por uma ponderação, e vice-versa” (2018: p. 97). Brožek rejeita esta tensão. De fato, em uma matriz teórica fiel à distinção entre regras e princípios de Alexy, não há que se falar propriamente em lacunas no direito. Sempre há uma regra aplicável, a questão é especificá-la para o caso concreto, muitas vezes a partir da FP. Ao se adotar este modo de compreensão de um ordenamento jurídico, não há, portanto, como concordar com uma avaliação de que a ponderação e o raciocínio por analogia dependem de condições normativas opostas.

Em sua réplica, Duarte afirma que a verdadeira questão sob discussão “não é se a analogia pode ser reduzida à ponderação. Mas se sob uma teoria de princípios a ponderação não é substituída por uma analogia” (2018: p. 115). Ao reavaliar suas objeções a partir da resposta de Brožek, Duarte concorda que os dois primeiros problemas inicialmente levantados não são objeções efetivas e Brožek está correto em rejeitá-los. Contudo, Duarte mantém sua defesa das duas objeções restantes, i.e., que a TRP pode implicar na consideração de princípios irrelevantes para o problema normativo sob discussão em um dado caso, e que a ponderação mascara a identificação de semelhanças relevantes em uma analogia (2018: p. 115).

Em relação a possibilidade de princípios irrelevantes serem considerações no caso concreto, Duarte afirma que não necessariamente questões jurídicas similares contemplam a incidência dos mesmos princípios jurídicos (2018: p. 116). A avaliação da similaridade¹ até pode ser pautada pela semelhança de questões jurídicas – por exemplo, considere esta questão de similaridade a partir das perguntas envolvidas no caso do violinista e da interrupção de gravidez. Porém, a identificação de princípios não é determinada por ela, até porque não é claro ao que Brožek se refere quando faz menção “[a]o mesmo tipo de problema” (2018: p. 105).

Em relação à objeção de que a ponderação esconde o raciocínio por analogia, Duarte reitera que o ponto do raciocínio por analogia é a determinação de semelhanças e diferenças entre dois casos sob comparação (2018: p. 117). Duarte avalia que Brožek erra o ponto ao defender que a TRP elimina a identificação de fatores ou racionais que orientem a comparação entre casos. A seu ver, mesmo que a ponderação não enderece diretamente tais

fatores, o fato é que esta operação responde à questão de semelhanças relevantes e, portanto, “sempre será um modo ‘disfarçado’ de decidir estes meta-fatores” (2018: p. 118).⁹²

5.2.3. Avaliação da tese de redutibilidade parcial

O que o debate entre Brožek e Duarte agrega na compreensão da relação entre a operação de balanceamento e o raciocínio por analogia? Inicialmente, entendo que a tese de redutibilidade parcial parece muito pouco diferente do que a teoria de Alexy. A principal diferença é que a proposta de Brožek deixa de lado a discussão de Alexy sobre se o raciocínio por analogia seria uma operação básica do direito. De fato, Brožek não debate com profundidade até que ponto o raciocínio por analogia seria uma operação necessária, formal e específica, o que parece ser uma vantagem da TRP. A TRP, diferente da teoria de Alexy, ainda avança em algum grau na avaliação de semelhanças, ao sugerir que a ponderação ocorre em um contexto de similaridade₁. Porém, entendo que a TRP continua com as dificuldades relacionadas à substituição do cotejamento de semelhanças relevantes pela ponderação de princípios. Mais especificamente, esse problema surge – para se utilizar a terminologia de Brožek – pelo fato de a TRP considerar apenas semelhanças de tipo 1 e não semelhanças de tipo 2 como relevantes para o desenvolvimento do raciocínio analógico. A substituição da análise de semelhanças relevantes pela ponderação – a similaridade de tipo 2 – implica o mesmo tipo de dificuldade teórica que identifiquei na teoria de Alexy. E o diálogo entre Brožek e Duarte ressalta este problema.

Quando consideramos a crítica de Duarte de que a FP estaria mascarando a análise comparativa desenvolvida na analogia, a objeção levantada é justamente a de que a redução à ponderação apaga a distinção gramatical entre o raciocínio por analogia e a operação por balanceamento. Nesse ponto, a TRP também inverte as etapas analíticas de uma analogia, pois é a ponderação que determina a seleção de atributos relevantes, ao invés de construí-la a partir do cotejamento dos atributos dos particulares análogos. Há, contudo, um outro problema que surge quando aceitamos a matriz teórica da ponderação. Mais especificamente, conforme visto no Capítulo 4, ao se aceitar a inexistência de lacunas e

⁹² De acordo com Duarte (2018: p. 117): “A ponderação funcionaria e daria um resultado para além desta análise. Mas esta alegação parece perder o ponto principal da crítica: ela a realiza de qualquer forma. Se o caso *A*, regulado por uma regra, tem os atributos ‘ $a_1 \wedge a_2 \wedge a_3 \wedge a_4$ ’, e o caso não regulado *B* tem os atributos ‘ $a_3 \wedge a_4 \wedge a_5 \wedge a_6$ ’, o resultado de ponderar os princípios aplicáveis no caso *A* necessariamente será – no problema ‘ $p \vee \neg p$ ’ – uma opção, direta ou indiretamente, sobre a relevância de ‘ $a \wedge a$ ’: se o resultado é uma ‘regra’ com uma solução igual a regra que regula o caso *A*, o caso *B* é relevantemente similar ao caso *A*; se não, a similaridade₁ não é confirmada na similaridade₂.”.

existência de mais de uma norma aplicável a um caso concreto, a teoria de Alexy e a TRP acabam por rejeitar a ocorrência do exercício de julgamento. Porém, conforme visto, só é possível identificar algo como uma instância de uma norma apenas se julgarmos que o particular é relevantemente similar a outros particulares, já enquadrados na regra, o que só é possível se em algum ponto o julgamento prescindir de uma norma. Porém, o emprego da operação de ponderação exige ao mínimo que dois princípios sejam aplicáveis. Alexy e Brožek derrapam na ladeira escorregadia de Kant.

O diálogo entre Brožek e Duarte também delinea a questão de compatibilidade entre a operação de balanceamento e o raciocínio por analogia. Duarte levanta uma questão relevante ao indicar que geralmente concebemos o raciocínio analógico em condições em que inexistem normas *prima facie* aplicáveis, ao passo que a ponderação ocorre em condições em que justamente há mais de um princípio *prima facie* aplicável ao caso concreto. Essa distinção, a meu ver, explica a razão da abordagem reducionista de Alexy e de Brožek. Se o ordenamento jurídico é concebido por uma união de regras e princípios, se princípios são compreendidos como mandatos de otimização *prima facie* aplicáveis a todos os casos, sempre haverá uma norma *prima facie* aplicável. E, em decorrência disso, não haverá uma lacuna propriamente dita. A operação de analogia, portanto, deve ser desenvolvida a partir de outras condições normativas, a saber, de incerteza sobre qual é a norma aplicável. Nesta forma de conceber um ordenamento jurídico, esta incerteza é endereçada pela ponderação de princípios. Por isso que Alexy e Brožek recorre à ponderação para teorizar o raciocínio por analogia.⁹³

Porém, quão exitosa é essa estratégia? Entendo que a abordagem reducionista de explicar o raciocínio analógico a partir da ponderação de princípios tenha tido sucesso. Do mesmo modo, as objeções que Brožek articula contra estratégias antirreducionistas (a “tese da irredutibilidade”) também não têm sucesso (2008: p. 198). Brožek sustenta que dois casos sempre terão uma infinidade de semelhanças e diferenças. A seu ver, mesmo que seja possível explicar um nível de similaridade₁, há uma dificuldade enorme em explicar a similaridade₂. E, mesmo que esta seja explicada em seus próprios termos, esta solução não explicaria a relação do raciocínio analógico com outras operações básicas – para utilizar a nomenclatura de Alexy – existentes no direito. Dessa forma, além de substituir o problema

⁹³ Inclusive, esta parece ser a grande chave do desacordo entre Brožek e Duarte. Nas palavras de Duarte, “a razão para [o fato da analogia não ser uma operação básica] é exatamente o que faz, de um modo, eu e Brožek aparentemente discordar sob o plano de fundo da teoria de princípios: se uma analogia depende de uma lacuna, mas sempre há um princípio aplicável a um dado caso, então nenhum esquema de analogia pode ter lugar quando o teste da proporcionalidade é aplicado” (2018: p. 122).

da comparação pelo problema da ponderação, a grande vantagem da TRP seria explicar a relação da analogia com outros modos de aplicação do direito e garantir que a solução por analogia de um caso jurídica seja fundamentada em uma norma pré-existente.

Entendo que as vantagens que Brožek encontra – e que em algum grau também são endossadas por Alexy – são um tanto superestimadas. Em primeiro lugar, a tese de que a FP é menos obscura ou minimamente menos discricionária do que o cotejamento de semelhanças relevantes no raciocínio por analogia é bastante controversa. Há uma extensa literatura que questiona a capacidade da FP de efetivamente constranger uma decisão judicial.⁹⁴ Estabelecer o grau de interferência de um princípio em outro princípio é um processo tão discricionário quanto estabelecer quais são as semelhanças relevantes entre dois casos potencialmente análogos. A FP não muda isso. O fato de o balanceamento ser estruturado em torno de uma suposta fórmula não o torna menos discricionário ou mais rigoroso. Não há, nesse sentido, nenhum ganho analítico em substituir a comparação de semelhanças relevantes pela ponderação de princípios. Como defendi acima, na realidade esta proposta trás consigo um ônus fatal: descaracteriza uma das etapas mais relevantes do raciocínio por analogia. Esta descaracterização não é compensada por nenhum tipo de vantagem teórica, de modo que a afirmação de Brožek não parece ser justificada. Não há nenhum ganho analítico em explicar o raciocínio analógico pela ponderação.

Os pontos sobre explicar a relação da analogia com outros modos de aplicação do direito e sobre fundamentar decisões a partir de normas pré-estabelecidas também não são convincentes. Alexy e Brožek parecem entender que explicar a relação de uma forma de raciocínio com outros modos de raciocínio presentes na aplicação no direito é condicionar um raciocínio a outro. Justiça seja feita, nenhum dos dois autores afirma isso explicitamente, mas é precisamente isso que a teoria de analogia de Alexy e a TRP efetivamente implicam. Estabelecer uma relação, contudo, não implica em condicionar um modo de raciocínio a outro. Uma teoria que se propõe a explicar o raciocínio por analogia em seus próprios termos, sem apelar para outra “operação básica”, não deixa por tal razão de ser capaz de explicar a relação do raciocínio analógico com outras formas de raciocínio na aplicação do direito.

Por sua vez, a sugestão de que sem a incorporação da FP no raciocínio por analogia a decisão legal não seria fundamentada em uma norma pré-existente não é plausível. O ponto de Brožek é que, ao incorporar princípios no raciocínio analógico, o intérprete não corre o

⁹⁴ Remeto novamente à coletânea de ensaios organizada por Ricardo Campos, *Crítica a Ponderação* (2016), para um exemplo de intervenção crítica no debate brasileiro. Vide também a obra de Francisco Urbina (2017), *A Critique of Proportionality and Balancing*.

risco de criar uma norma inédita no ordenamento jurídico, prejudicando a legitimidade da decisão neste processo. Contudo, o ponto da analogia é justamente estender a racionalidade de uma decisão concreta para um caso relevantemente similar ao que já foi decidido. Parece contraintuitivo compreender este processo como a criação de uma nova norma.

A meu ver, a incorporação da aplicação concreta de um princípio preponderante não acrescenta qualquer tipo de legitimidade – em termos de segurança jurídica, por assim dizer – ao raciocínio por analogia desprovido da FP. Pelo contrário, a extensão de uma decisão prévia a um novo caso pode ser considerada relevantemente similar a determinação de aplicabilidade de um princípio a um caso sem solução. Cada uma a seu modo, ambas apelam à valores já reconhecidos pelo ordenamento jurídico, de modo que a preocupação de Brožek sobre a suposta ausência de uma norma jurídica que embase uma decisão por analogia é pouco justificada.⁹⁵

5.3. A relação entre analogia e ponderação

Em sede de conclusão, a avaliação das duas tentativas de construção de uma relação entre a operação de balanceamento e o raciocínio por analogia ilustra os problemas teóricos que advêm de uma estratégia reducionista. Tanto a teoria de Alexy quanto a tese de redutibilidade parcial descaracterizam profundamente o raciocínio analógico ao tentarem conectar ponderação e analogia. Ao longo do debate entre Brožek e Duarte, foi possível identificar a origem da estratégia reducionista: a ponderação e analogia exigem condições normativas distintas. Ignorar essa diferença leva a teorias que abordam um tipo de raciocínio a partir do outro. Esta é a origem das soluções reducionistas analisadas. Ademais, a estruturação do raciocínio analógico a partir da operação de balanceamento levanta uma questão relativa ao âmbito epistêmico das analogias. Todas são orientadas especificamente para a avaliação do aspecto normativo dos casos sob comparação. Nesse ponto, é de se destacar que a similaridade avaliada pela TRP, como Brožek afirmou, é a similaridade de questão jurídica. Dois casos são considerados casos análogos quando lidam com o mesmo tipo de problema de direito. A priori, entendo que não há nada de errado buscar similaridades em questões de direito. O problema é entender que essa análise esgota a avaliação de

⁹⁵ Podemos ainda imaginar um outro cenário. Suponha que Brožek esteja correto e de fato o raciocínio analógico acabe por criar uma norma inédita no ordenamento jurídico. Suponha ainda que este mesmo ordenamento jurídico autorize intérpretes a utilizarem a analogia como forma de solução de casos. Nesta hipótese, em que sentido Brožek pode dizer que não havia uma norma jurídica prévia fundamentando a decisão tomada por analogia? Meu ponto é que a ideia de Brožek sobre o que consiste em uma norma prévia parece ignorar a existência do que H.L.A. Hart chama de regras secundárias.

similaridades, o que parece ser a posição de Alexy e de Brožek. Porém, não há nada relevante a ser dito sobre a similaridade fática dos casos? Essa abordagem ignora outros âmbitos epistêmicos existentes no raciocínio jurídico, o aspecto fático da similaridade é um deles.

Por fim, a discussão de um mesmo princípio articulando o significado de diferentes casos concretos evocada pela ponderação não deixa de ser uma discussão de classificação conceitual. Essa é um tópico importante, em que há uma interação semântica e uma interação institucional. A nível de linguagem, a questão de classificação conceitual é compreender até que ponto um o conteúdo semântico de uma categoria é capaz de constranger a classificação de particulares. A nível institucional, as referências de significados já existentes em um ordenamento jurídico são, muitas vezes, construídas a partir da jurisprudência dos tribunais. Uma teoria da analogia também deve compreender esta relação. Esse será o tema abordado no próximo capítulo.

Capítulo 6. O Raciocínio Analógico e Precedentes: uma análise a partir de Frederick Schauer

Nesse Capítulo, analiso a relação de argumentos por analogia no direito e a tomada de decisões a partir de precedentes. “Fazer uma analogia” e “aplicar um precedente” são duas expressões frequentemente tomadas como sinônimos por parte relevante da literatura que analisa o uso de analogias no contexto do *common law*.⁹⁶ Elegi Frederick Schauer como interlocutor para analisar a relação entre estes dois jogos de linguagem. A abordagem de Schauer é distintiva ao propor uma distinção analítica entre analogias e precedentes. Conforme explicarei mais a frente, a seu ver, o raciocínio analógico não se confunde com restrições de precedentes (*constraint by precedent*) na tomada de decisão judicial. Essa distinção, expressa nesses termos, é única na literatura sobre raciocínio analógico na teoria do direito, o que a torna especialmente relevante. Além disso, essa posição expressa a necessidade de contextualização institucional de uma teoria do raciocínio por analogia no direito.

A posição de Schauer defendida em *Thinking Like a Lawyer* foi inicialmente desenvolvida em 2008, no artigo *Why Precedent in Law (and Elsewhere) is Not Totally (or Even Substantially) About Analogy*. Antes destes trabalhos, a discussão de Schauer sobre analogias no direito já era muito próxima às discussões sobre precedentes, mesmo inexistindo a separação conceitual mais tarde desenvolvida, como mostram um artigo prévio – *Precedent* – e em sua monografia *Playing by the Rules*. A discussão mais recente de Schauer consta de artigo, em coautoria com Barbara Spellman, chamado *Analogy, Expertise, and Experience*.

Organizei este capítulo de modo a acompanhar, *grosso modo*, estas “fases” do pensamento de Schauer. Na seção 1, abordo a relação entre analogias e precedentes pré-distinção conceitual. Na seção 2, apresento as justificativas e implicações de tal distinção. Na seção 3, faço uma análise crítica da posição de Schauer, considerando as implicações de sua posição para uma teoria do raciocínio analógico no direito. Nesta discussão desenvolvo dois argumentos centrais. Em primeiro lugar, a distinção conceitual proposta entre analogias e precedentes ilumina uma instância relevante de contextualização institucional do raciocínio analógico, mas não justifica uma diferença de status normativo entre ambos.. Em

⁹⁶ Vide, neste ponto, os trabalhos desenvolvidos por Grant Lamond (2014), Adam Rigoni (2014), Douglas Walton (2010) e Dan Hunter (2000).

segundo, a institucionalização do raciocínio por analogia no direito o torna uma prática sujeita à expertise técnica e experiência dos praticantes.

6.1. “Raciocínio por precedente”: vinculação e formulação de premissas normativas

O tratamento inicial do raciocínio por analogia na obra de Schauer não é explícita. Nesse momento, sua preocupação teórica imediata é avaliar em que sentido podemos afirmar que uma dada decisão é regulada por um precedente e como a aplicação de um precedente se distinguiria da aplicação de uma regra. Assim formulado, o problema investigado por Schauer não elege como objeto de pesquisa o raciocínio analógico – ao menos não diretamente. Apesar disso, entendo que esta discussão é relevante, pois o “argumento do precedente” (Schauer, 1987: p. 571) por ele abordado é um argumento incrivelmente similar ao que entendemos por um argumento analógico.

6.1.1. Precedentes são capazes de constranger novas decisões?

Na definição de Schauer, “um apelo a um precedente é uma forma de argumento, e uma forma de justificação” que pode ser enunciada na seguinte fórmula: “o tratamento prévio da ocorrência *X* na maneira *Y* constitui, *unicamente em razão de seu pedigree histórico*, uma razão para tratar *X* da maneira *Y* se e quando *X* ocorrer novamente” (1987: p. 571 – *italico no original*). Esta afirmação chama atenção por ressaltar que o tratamento de dois casos análogos se justifica não por uma questão de coerência ou consistência, como geralmente defendido pela literatura.⁹⁷

Contudo, a concepção de “pedigree histórico” utilizada por Schauer é pouco clara. Entendo que não seria uma interpretação equivocada de seu argumento afirmar que, pra ele, argumentar por precedente é uma atividade justificada menos por uma racionalidade substantiva – de tratar coerentemente casos que demandam soluções jurídicas similares – e mais por uma racionalidade formal. Desse modo, o argumento é exclusivamente embasado por um apelo à autoridade de decisões passadas (1991: p. 183). A interrupção de uma gestação de feto microcefálico seria lícita não porque é consistente com valores constitucionais da dignidade humana e liberdade, mas porque o caso da interrupção de gravidez de fetos anencéfalos já foi decidido.⁹⁸

⁹⁷ Vide, por exemplo, Waller (2001) e Guarini (2004).

⁹⁸ Para Schauer, este tipo de argumento leva a uma conclusão em específico “indiferentemente de se o julgador acredita que ela seja correta e indiferentemente de se o julgador acredita que é de alguma forma valioso se

Outra característica relevante de argumentos por precedente seria que, além de ensinarem um olhar ao passado, tais argumentos também regulam o futuro. Para Schauer, este tipo de argumento nos pede para “ver a decisão de hoje como o precedente do julgador de amanhã. Hoje não é apenas o amanhã de ontem; é o ontem de amanhã” (1987: p. 572-573). O ponto em ressaltar esta característica é chamar atenção para a abertura do processo de descrição e caracterização de decisões prévias. Ao se tomar uma decisão, “devemos reconhecer a possibilidade de diversas caracterizações subsequentes, e assim as várias direções em que ela pode ser estendida” (1987: p. 574). Em face destas características, Schauer defende que precedentes podem constranger ou regular restritivamente a tomada de novas decisões. Isso se deve por duas razões. A primeira ressalta o papel exercido por precedentes a partir de restrições semânticas de categorias assimilativas (*categories of assimilation*). A segunda enfatiza o peso de tais categorias na aplicação de precedentes.

Schauer realiza a discussão de categorias assimilativas em duas etapas, sendo a primeira compreender o papel de regras de semelhanças. A seu ver, quando analisamos a questão de se precedentes influenciam novas decisões, pressupomos que há alguma semelhança entre o precedente e a nova decisão a ser tomada. Desse modo, para entendermos o que constitui um precedente para a decisão a ser tomada, há a necessidade de se determinar quais são as semelhanças relevantes entre ambos e justificar, a partir de outro standard, por que tais semelhanças são relevantes vis-à-vis outras características compartilhadas (1987: p. 574).

Em vista disso, “apenas a intervenção de uma teoria organizadora, na forma de regras de relevância, nos permite distinguir o que é precedente do que é irrelevante” (1987: p. 578). Contudo, tais regras também podem ser compreendidas como uma forma de escolha entre caracterizações alternativas do próprio precedente, uma vez que determinam quais atributos devem ser considerados relevantes para a tomada de decisão. Compreender esse ponto é relevante, na medida em que a caracterização do precedente que determinará a verificação de semelhanças em casos futuros. Desse modo, a mera vontade da mulher grávida de interromper a gravidez pode ser uma razão plausível para a justificar a moralidade de um aborto decorrente de um estupro. Porém, seu reconhecimento implica em um standard para identificação de semelhanças em casos futuros distinto do standard decorrente de uma razão

basear em decisões prévias” (1987: p. 576). E é nesse sentido, por exemplo, que Schauer distingue entre argumentos por precedentes de argumentos por experiência. Os primeiros decorrem de um apelo à autoridade de uma decisão prévia, enquanto, em sua visão, os segundos são fundamentos na “probabilidade de que o presente será como o passado” (1987: p. 575).

alternativa, por exemplo, de que pela gravidez não ser decorrente de uma relação consensual, a grávida não é responsável pela manutenção da vida do feto.

O que Schauer busca ressaltar é que tal questão “é uma questão de *assimilação*, de como agrupamos os fatos e eventos do nosso mundo. O poder do precedente depende de alguma assimilação entre o evento a mão e algum outro evento” (1987: p. 579 – *italico no original*). Um sistema de precedentes é dependente desse processo de assimilação ou de classificação de fatos ou eventos sob uma mesma categoria. E essa classificação é operacionalizada por uma regra de relevância. Nesse sentido, a segunda etapa do argumento de Schauer reconhece que a “caracterização articulada” dos fatos e eventos de uma decisão age como uma regra de semelhança especificamente formulada (1987: p. 581).

Considere o exemplo de Herbert Hart da proibição de veículos em um parque. Suponha que uma criança tenha solicitado para entrar no parque com sua bicicleta. Neste cenário, imagine que ela tenha recebido, por escrito, uma autorização para entrar com a bicicleta no parque e que esta autorização tenha reconhecendo que, por não se tratar de um veículo automotor, o pedido não era vedado pela regra. Esta caracterização da bicicleta como um veículo não-automotor restringirá quem, em casos futuros, desejasse caracterizar este precedente de modo mais abrangente, como por exemplo caracterizar uma bicicleta como um veículo silencioso ou de baixa periculosidade. Em vista desse exemplo, podemos reformular a questão da seguinte forma: até que ponto a linguagem autoritativa de um precedente pode regular tomadores de decisões que a estão interpretando?

“O problema”, nos diz Schauer, “é determinar quais restrições um tomador de decisões controla sobre as categorias assimilativas” (1987: p. 581). Schauer afirma que é útil explorar o problema de categorias, universais e tipos naturais na filosofia da linguagem e metafísica. Ele apresenta duas posições contrárias – o naturalismo e o nominalismo.⁹⁹ Estas duas posições teriam suas respectivas contrapartes na teoria do direito: o formalismo (para o naturalismo) e o realismo (para o nominalismo). Para formalistas, as regras de relevância seguem os padrões encontrados no mundo, não havendo realmente uma escolha sobre como caracterizar tais standards na aplicação de um precedente. Para os realistas, precedentes estão suscetíveis a qualquer caracterização que melhor reflita a conclusão que um juiz deseja

⁹⁹ O naturalismo defende que “o mundo está dividido em categorias intrínsecas, as quais a linguagem humana apenas reconhece” (1987: p. 581). Por sua vez, o nominalismo defende que “o mundo é demarcado por rótulos artificiais contingentemente atribuídos por pessoas específicas, culturas específicas ou linguagens específicas” (1987: p. 582).

chegar. Mesmo se tratando de caricaturas, estas posições são instrutivas para Schauer (1987: p. 584):

Naturalistas e nominalistas debatem a questão de se as categorias do mundo vêm a nós em uma forma relativamente imutável ou se são majoritariamente um produto das mentes e linguagens de culturas particulares. O debate no contexto do precedente é paralelo, mas a um nível diferente. A questão não é se são imutáveis as categorias do mundo. É se as categorias utilizadas na tomada de decisões estão totalmente sob controle do tomador de decisões, ou do ambiente decisional (*decisional environment*) em que o indivíduo tomador de decisões opera, ou se as categorias de alguma forma resistem a modelagem do tomador de decisões que as utiliza.

Posto o problema, Schauer desenvolve sua posição. Inicialmente, ele constata que o mundo não-jurídico – isto é, outras práticas sociais para além do direito – também envolvem e incorporam suas próprias categorias assimilativas e suas próprias regras de relevância. Tais regras de relevância muitas vezes estão implícitas na própria estrutura de nossa linguagem (1987: p. 584) e muitas vezes são nitidamente produtos da vontade humana. Entendemos tanto o xadrez profissional quanto o futebol de rua como espécies de “jogos”. Além disso, Schauer também afirma que a contingência temporal e cultural de tais regras não é controversa. Contudo, a seu ver, “não segue desta contingência temporal e cultural das regras de relevância que elas estejam sujeitas à mudança por um dado tomador de decisão” (1987: p. 585).

O ponto de Schauer aqui é que, mesmo que estas amplas categorias estejam sujeitas às variações de significados decorrentes de épocas distintas ou de culturas diferentes - considere, por exemplo, os significados de “liberalismo” ou “veículo” no século XIX e no século XXI -, tais mudanças não estão geralmente disponíveis para uma decisão imediata a ser tomada. O significado moral de “escravidão” não mudou do dia para noite. A decisão de autorização do aborto de fetos anencéfalos do STF também estabelece um precedente para o aborto de gestantes com zika vírus, que pode levar ao parto de crianças com microcefalia? Para Schauer, esta questão é sobre “se há uma categoria linguística ou social preexistente” que agrupe ambos os casos, “e, se existente, quais efeitos a existência desta categoria teria nas futuras decisões do tomador de decisões” (1987: p. 585).

Em vista disso, na visão de Schauer, a tomada de decisões no contexto de uma estrutura jurídica é restringida por categorias sociais e linguísticas mais amplas, que auxiliam na constituição do aparato conceitual instrumentalizado por operadores do direito. Contudo, temos de interpretar esta tese de modo pouco incisivo; ele não está defendendo uma relação de necessidade, mas apenas que “há uma profunda diferença entre a contingência absoluta e a contingência relativa às decisões então disponíveis dentro de um dado domínio” (1987: p.

586). Caso o STF seja confrontado com o caso do aborto de gestantes com zika vírus, haverá um ônus argumentativo para que a corte abandone, por exemplo, a categoria casos de abortos autorizados em razão da inviabilidade de vida cerebral significativa do feto. O precedente não fixa a decisão do tribunal, mas a constrange de alguma forma.¹⁰⁰

Tendo estabelecido como o papel restritivo de precedentes é estruturado pela semântica de categorias assimilativas exteriores à gramática jurídica, Schauer avalia como podemos avaliar a intensidade de tais restrições. A seu ver, a extensão da força restritiva de um precedente vai variar em acordo com o tamanho semântico da categoria assimilativa. Desse modo, “quanto maior o grupo de casos que o tomador de decisões está efetivamente decidindo, maior será o mandado para tratar tais casos paritariamente” (1987: p. 591). Similarmente, quanto menor for a categoria assimilativa, menor serão as restrições implicadas pelo precedente. No exemplo de Hart, a categoria de “veículos” é mais forte que a categoria “carros e motocicletas”, que por sua vez constrangerá mais decisões futuras do que a categoria “paratis e opalas”.

Pela restrição de um precedente ser uma questão de intensidade, e não de tudo ou nada, Schauer passa a analisar de que modo o tamanho de categorias assimilativas podem determinar a força de um precedente. Ele entende que “dizer que um precedente dá uma razão para decidir de um modo em particular não é dizer que seguir o precedente é o que devemos fazer, tudo o mais em consideração” (1987: p. 591). Ademais, considerando a prática judicial, Schauer nota que um precedente vinculante deve ser aplicado ou distinguido (*distinguished*). Nesse sentido, ele conclui que “posto que sempre podemos caracterizar qualquer evento que se sobrepõe ao precedente (*overriding event*) como uma diferença, não faz sentido distinguir entre se um precedente é aplicável ou se um precedente controla [a decisão]” (1987: p. 595). Nesse sentido, tanto a inaplicabilidade quanto a inefetividade são

¹⁰⁰ Dado que precedentes são capazes de constranger decisões futuras, este argumento poderia ser adaptado para defender uma posição dedutivista, posto que o que importaria, no fim do dia, seriam as normas de relevância articuladas pelo precedente. Noto que, para Schauer, isso não é verdade (1987: p. 587-588): “Assim, parece equivocado argumentar que a dependência de normas de um precedente compele à conclusão que a fundamentação a partir de precedentes se colapsa analiticamente em uma fundamentação a partir de regras normativas. A noção de precedente depende largamente da forma como as categorias do mundo são frequentemente mais amplas ou mais poderosas em canalizar o pensamento do que as categorias ou comparações que podem ser elaboradas para propósitos normativos específicos. Estas categorias conceituais se intrometem em diversos lugares e presumivelmente criam agrupações assimilativas mesmo quando esta assimilação pode frustrar objetivos pessoais ou institucionais. O agrupamento de caminhões e motocicletas como veículos é uma regra de linguagem, não apenas no controle das regulações do departamento de parques. Nós devemos distinguir a regra da linguagem da regra sobre os tipos de coisas que queremos no parque. Se nós colapsamos esta distinção, ignoramos o que é mais importante – a forma pela qual categorias mais largas e regras de linguagem que criam certos agrupamentos significativamente restringem as regras substantivas em contextos regulatórios particulares”.

expressas em termos de uma diferença relevante entre casos supostamente análogos. Em vista disso, esta discussão – de se um precedente é presuntivo ou derrotável – não faz sentido para Schauer. O que efetivamente importa é compreender a dimensão semântica pelo qual é expressa a categoria assimilativa que o regula.

6.1.2. A distinção entre a aplicação de precedentes e a aplicação de regras

E como o raciocínio por precedentes se distingue do raciocínio a partir de regras? Para Schauer, o fator distintivo de raciocínio a partir de precedentes é a exigência de se construir a generalização ou o predicado factual que já existe no caso de regras (1991: p. 183). Precedentes exigem a formulação de uma premissa normativa. Ele entende que a hipótese fática de uma regra – uma generalização que necessariamente abrange uma multiplicidade de eventos – é parte de sua forma canônica. Precedentes não possuiriam tal tipo de formato, dado que as hipóteses factuais de um precedente estariam vinculadas a formulação de um evento em específico.

Em razão da inexistência de uma fórmula geral, Schauer identifica um problema relativo a como um caso prévio pode vincular ou constranger decisões futuras. Afinal, “não há dois eventos exatamente iguais”, e, “dado a falta de identidade absoluta, a similaridade determinante deve vir de outro lugar que não a decisão restritiva de fatos particulares” (1991: p. 183-184). Poderíamos argumentar que, durante a decisão do caso presente, se cria uma regra de similaridade e uma generalização que abrange tanto o precedente quanto o caso que está sendo decidido. Contudo, Schauer defende que este processo seria substantivamente pouco restritivo (*substantially non-constraining*), pois seria possível construir um grande número de generalizações que abrangem ambos os casos, ou apenas um deles (1991: p. 184). E esse problema também se estende para um conjunto de vários precedentes, não ficando restrito para a aplicação de um caso em específico. De acordo com Schauer, a análise indutiva de diversos precedentes pode resultar em uma generalização do tipo “ c_1, c_2, \dots, c_n valem para a regra x , sendo que x detém um predicado factual geral que abrange de c_1 a c_n ” (1991: p. 184). Contudo, a possibilidade de se extrair uma regra desta sequência de precedentes c_1, c_2, \dots, c_n seria prejudicada pela indeterminação dos diversos casos em específico. Desse modo, para Schauer, “uma multiplicidade de regras de extensões divergentes satisfaria a condição de compatibilidade com todos os membros daquela série” (1991: p. 184).

Uma qualificação é importante sobre a posição de Schauer. A impossibilidade de formular uma premissa única que capture todas os casos da série não torna essa indução impossível. Para ele, simplesmente faz com que a formulação de uma regra ou *ratio decidendi* a partir dos precedentes de uma dada sequência de decisões seja orientada por valores exteriores aos particulares de cada caso concreto (1991: p. 185). O efeito prático disso, para Schauer, é que em um contexto de disputa judicial, tais formulações terão pouca capacidade de restringir ou controlar a discricionariedade do julgador (1991: p. 185).

Neste ponto, podemos imaginar uma alegação de que Schauer é contraditório. O argumento seria mais ou menos o seguinte: “se precedentes são capazes de vincular decisões posteriores através de categorias assimilativas exteriores à gramática jurídica, Schauer se contradiz ao sustentar que precedentes são pouco capazes de vincular decisões uma vez que o processo de elaboração de uma premissa geral é altamente discricionário”. Entendo que essa é uma má-leitura de Schauer. Ele em nenhum momento abandona a defesa das restrições decorrentes de categorias assimilativas, e em nenhum momento faz uma defesa dessa posição cética de indeterminação radical de premissas gerais. Schauer não deixa de reconhecer que haveria algum de restrição na elaboração de tais premissas, apenas alega que em alguns casos tal restrição não seria suficiente para pautar uma eventual decisão. Contudo, mesmo assim, não há razões para supor que tal processo não contempla alguma espécie de racionalidade. Schauer observa que há casos nos quais lidamos com “tipos naturais” (1991: p. 186), por exemplo. E, mesmo em casos em que tratamos de uma outra conceitografia, ele defende que a dimensão semântica da categoria assimilativa pode ser suficientemente determinada para regular o raciocínio individual de um tomador de decisão (1991: p. 186).

Isto pode não dizer muito sobre o peso que o precedente exercerá na decisão. Porém, para Schauer, mostra que, exceto pelo fato “[d]a ausência de uma formulação canônica de uma hipótese factual aumentar substancialmente a indeterminação da regra estabelecida em um precedente..., nada sobre restrições fundamentadas em precedentes os diferencia de restrições fundamentadas em regras” (1991: p. 187).

6.2. O uso da analogia no direito

Como visto, o tratamento de Schauer sobre o raciocínio por precedente não explicita qualquer tipo de relação com o funcionamento de analogias. Contudo, sua discussão se aproxima muito de questões geralmente levantadas na teorização do raciocínio analógico – ele levanta questões de classificação de particulares a uma mesma categoria e sobre os

desafios de formulação de uma premissa geral que abarque os casos sob análise. Enquanto leitores, ficamos em dúvida sobre se este posicionamento inicial confunde ou distingue entre a aplicação de precedentes e o uso de analogias. Em textos mais recentes, Schauer desenvolve sua posição, defendendo que argumentos por analogia não se confundem com a aplicação de precedentes e que o uso de analogias no direito está conectado com a expertise de advogados e juízes no âmbito desta prática social.

6.2.1. A distinção entre o raciocínio analógico e o raciocínio por precedente

Para Schauer, devemos resistir a tentativa de assumir que decisões baseadas na aplicação de precedentes são uma forma de argumentos analógicos no direito (2009: p. 85). A seu ver, analogias sempre serão “amigas”, e não “adversárias”, das teses que seus autores veiculam (Schauer, 2008). Nesse sentido, analogias seriam argumentos incapazes de constranger a discricionariedade de seus autores, uma vez que a construção da métrica de similaridade de tais argumentos sempre seria enviesada em favor da conclusão que o autor almeja estabelecer. Isto seria diferente de um precedente, cuja conclusão é mandatória “mesmo que o julgador no presente não concorde com tal decisão” (2008: p. 454). Nesse sentido, ainda que argumentos por analogia e por precedente compartilhem uma exigência de determinação de semelhanças relevantes, “deste ponto em diante os caminhos divergem, especialmente quando a questão da semelhança relevante admite uma única resposta plausível” (2008: p. 455).

O primeiro passo de Schauer é elaborar uma visão de como analogias são utilizadas em um processo de tomada de decisão. Baseando-se em referências da literatura de psicologia, ele descreve o raciocínio analógico como um processo de três etapas (2008: p. 456). A primeira se refere à recuperação, onde o julgador identifica o caso-fonte, potencialmente análogo, que será cotejado com o caso sob julgamento. A segunda etapa é uma etapa de mapeamento, onde as semelhanças relevantes compartilhadas entre ambos os casos são definidas e localizadas. Schauer afirma que o processo de determinação de quais são as semelhanças relevantes é crucial neste momento, dado que a relevância das características compartilhadas seria justamente a diferença entre um argumento analógico ruim e um argumento bom (2009: p. 94). Por fim, a terceira etapa realiza uma transferência, na qual os elementos estruturais do caso-fonte são utilizados para se inferir uma conclusão sobre o caso-alvo.

Schauer defende que um aspecto relevante desse esquema se refere ao fato de que, em analogias, o julgador possui uma escolha sobre quais são os casos-fonte e que tal escolha “é uma que é “potencialmente útil” para a tomada de decisão ou para persuadir outra pessoa” (2008: p. 456). Neste contexto, Schauer nota que buscar exemplos de analogias que restrinjam a tomada de decisões seria uma busca em vão (2008: p. 457). Para ele, é implícito em nossa compreensão geral do funcionamento de analogias que os autores de argumentos analógicos escolhem quais casos-fonte irão selecionar dentre as várias alternativas existentes. Tal escolha é pautada por uma avaliação de qual caso será mais útil para a tomada de uma determinada decisão ou persuasão de seu interlocutor (2009: p. 87). Desse modo, advogados usam analogias para desenvolver suas teses, mas não necessariamente são constrangidos por tais argumentos, como por exemplo um juiz é constrangido à aplicação de um precedente vinculante. É nesse sentido que Schauer afirma que analogias devem ser entendidas como “amigas” (2008: p. 456).

E por que precedentes seriam adversários? Porque um precedente seria, em virtude de seu status normativo, capaz de bloquear uma decisão alternativa àquela imposta, mesmo sendo o resultado final da aplicação do precedente tido por seu aplicador uma solução sub-ótima (2009: p. 87). Para Schauer, o uso de precedentes se diferencia substancialmente do uso da analogia no direito, pois em argumentos analógicos uma decisão prévia é selecionada para justificar um argumento. Por sua vez, na aplicação de precedentes uma decisão prévia impõe-se na determinação de um resultado, vetando conclusões alternativas por força de sua normatividade.

Schauer ilustra esse ponto com o exemplo do Ministro da Suprema Corte Estadunidense Potter Stewart. O Ministro Stewart, no caso *Griswold v. Connecticut* (relativo ao direito de aquisição de medicamentos anticonceptivos), divergiu da posição majoritária do tribunal ao defender que tal direito não seria fundamentado em um direito à privacidade, uma vez que tal formulação não consta explicitamente da constituição norte-americana. No caso *Roe v. Wade* (relativo à constitucionalidade do aborto), também decidido a partir do direito à privacidade, o Ministro Stewart reiterou sua posição contrária ao direito da privacidade, mas acompanhou a maioria do tribunal sob o fundamento de que *Griswold* era um precedente que vinculava a decisão sua decisão em *Roe*. Um exemplo que nos é mais próximo que poderia ser citado por Schauer é a posição da Ministra Rosa Weber, do STF, quando, no julgamento do Habeas Corpus nº 152.752/PR (impetrado pelo ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva), reiterou sua opinião contrária à execução provisória de pena após

acórdão condenatório e, ainda assim, aplicou a então posição do tribunal de que tal entendimento não implicaria em violação ao direito de presunção de inocência.

O ponto de Schauer com estas ilustrações é ressaltar a distinção entre, de um lado, escolher deliberadamente um dado caso para justificar uma decisão, e de outro, tomar uma decisão por obrigação de seguir uma decisão prévia. Nesse sentido, a principal diferença entre argumentos analógicos e a aplicação de precedentes seria a discricionariedade existente em analogias na escolha de casos-fonte, inexistente na aplicação de um precedente, cuja normatividade excluiria outras comparações. Por isso que precedentes seriam adversários – eles “tratam, para dizer sem rodeios, da obrigação da julgadora de tomar a decisão que ela acredita ser equivocada” (2008: p. 457). Portanto, enquanto analogias auxiliam julgadores, precedentes os constroem. Schauer explica que esta diferença entre analogia e precedente seria mais aparente na primeira etapa do raciocínio, a etapa onde se identifica o caso-fonte para o desenvolvimento do argumento. Diferentemente das possibilidades existentes para o julgador em uma analogia, um precedente não possibilita uma escolha com tal grau de liberdade. “A escolha é altamente restringida a respeito de restrições por precedentes”, enquanto para analogias “há uma escolha de qual entre vários candidatos” será recuperado para o argumento (2008: p. 457).

De acordo com Schauer, por força das restrições de um precedente entendemos que a questão a ser julgada é tão próxima do caso que já foi julgado que deixa de ser plausível para o julgador defender que haveria uma diferença relevante (2008: p. 458). A seu ver, para todos os propósitos, seria a mesma questão. Já analogias tratariam de questões semelhantes, mas distintas, posto que para o precedente “determinar um resultado baseado apenas em sua existência e não na sua percepção de correção, a similaridade entre a prática passada e a questão presente deve ser vista como inescapável” (2008: p. 458). Estabelecida que há uma diferença no processo de escolha do caso-fonte entre analogias e aplicação de precedentes, Schauer apresenta o que entende ser a diferença “mais dramática” entre ambos (2008: p. 458). Para ele, esta seria o fato já mencionado de que enquanto analogias são empregadas para se chegar a melhor decisão em um caso, precedentes determinam esta decisão, independentemente ou não de se o julgador concorda com suas conclusões. Assim, a distinção entre ambos não é apenas uma questão de liberdade na identificação do caso-fonte. No raciocínio por precedente, “a identidade essencial entre a fonte e o alvo torna o processo de transferência – a terceira etapa no raciocínio analógico – essencialmente redundante” (2008: p. 459).

6.2.2. Ossos do ofício e saltos mentais

Em um artigo relativamente recente, escrito em conjunto com Barbara Spellman, Schauer analisa o debate contemporâneo na teoria do direito sobre o raciocínio analógico e defende a posição de que o raciocínio por analogia “incorpora as categorias cristalizadas no conhecimento e experiência jurídica distintivos que advogados e juízes mobilizam no processo do raciocínio analógico” (Schauer e Spellman, 2017: p. 249). Esta posição dos autores é relevante na medida em que se destaca de grande parte da literatura jurídica sobre raciocínio por analogia. Para meus fins, como ficará claro adiante, Schauer e Spellman (de agora em diante os chamarei de “S&S”) indicam razões que entendo relevantes para compreender melhor o funcionamento do processo de descoberta de analogias no direito.

Como exposto no Capítulo 3, a literatura jurídica sobre analogia pode ser descrita a partir de uma divergência e de uma convergência. Os autores na teoria do direito divergem sobre a natureza do argumento por analogia (se se trata de um raciocínio distintivo ou se é reduzível a um outro tipo de raciocínio) e, conforme argumento, convergem sobre o âmbito epistêmico deste tipo de teorização (há praticamente um consenso sobre a necessidade de avaliação lógico-formal de teorias do raciocínio analógico). S&S retratam esta divergência, situando o debate entre aqueles que, em suas leituras, possuem uma visão laudatória da analogia (Brewer ou Weinreb, por exemplo) e aqueles que são céticos perante o papel da analogia no direito (Alexander e Posner, por exemplo).

S&S defendem que ambas as posições estão “em parte corretas e significativamente incorretas” (2017: p. 249). Céticos estariam corretos em apontar que analogias são dependentes de premissas normativas essenciais para a determinação de semelhanças e relevantes. Por sua vez, os laudatórios estariam também corretos em apontar que nem sempre tais premissas são explicitadas ou mesmo percebidas, de modo a caracterizar o raciocínio por analogia como um movimento de particular para particular. Para eles, ambos os lados ignoram o papel que a expertise jurídica dos participantes da prática do direito agrega ao raciocínio analógico. Assim, “o raciocínio analógico no direito pode se distinguir do raciocínio analógico cotidiano”, uma vez que “o plano de fundo de informações e experiência essencial para produzir uma analogia em primeiro lugar serve para distinguir uma analogia jurídica de uma analogia ordinária” (2017: p. 250).

S&S buscam desmistificar a visão de que o raciocínio analógico no direito seria uma atividade componente relevante do que entendemos ser pensar como um advogado. Eles argumentam que a despeito do raciocínio analógico ser certamente algo relacionado com a prática do direito, não evidencia que justifique a afirmação de que o raciocínio analógico,

enquanto uma habilidade independente, seja objeto de alguma expertise (2017: p. 261). Ainda que a expertise em uma determinada prática influencie o desenvolvimento de analogias em seu âmbito, o raciocínio ele mesmo não seria um tipo de expertise (2017: *id.*).¹⁰¹ Em vista disso, o que realmente seria relevante é a expertise no domínio no qual a analogia é empregada (2017: p. 264):

“E este fato, ao que parece, é a chave para compreender a importante característica do raciocínio analógico no direito. Mais especificamente, pode ser precisamente a imersão no direito e em categorias jurídicas – através do estudo ou prática ou ambos – que possibilita ao expert jurídico recuperar casos-fonte análogos que seriam ignorados por não-experts, e ver as conexões – mapeamentos – entre caso-fonte e caso-alvo que seriam insondáveis para o não-expert”.

A “importante característica” mencionada por S&S é justamente a identificação de semelhanças relevantes em casos análogos. Nesse sentido, para os autores, dado as inúmeras maneiras de como duas instâncias particulares podem ser comparadas, “pessoas com um certo tipo de experiência e treinamento provavelmente selecionariam deste universo de similaridades e diferenças umas que outros não veriam” (2017: p. 265). O ponto não é que experts do meio jurídico são melhores pensadores analógicos do que outras pessoas de outros meios. O ponto é que, experts, por virtude de suas experiências e conhecimento do meio jurídico, serão capazes de observar “conexões jurídicas pressupostas em categorias jurídicas” (2017: p. 265) que nos mostram como o raciocínio por analogia no direito se distingue de suas contrapartes em outras práticas e domínios do saber.

Tal argumento não se confunde com a posição cética de que julgadores podem escolher suas analogias já com vista em uma conclusão específica. E como exposto acima, Schauer entende que esta seria uma característica central do uso de analogias no direito. Contudo, S&S entendem esta posição não influencia na defesa da tese de que profissionais inseridos na prática do direito são capazes de enxergar analogias que outros ignorariam justamente por força de seu treinamento, experiência e expertise no direito (2017: p. 265). Uma posição se refere à identificação de potenciais casos-fonte, a outra se refere a qual será usado.

Conforme mencionado, no início deste tópico, S&S não rejeitam totalmente a posição cética. Pelo contrário: concordam que o raciocínio analógico é dependente de uma

¹⁰¹ Schauer e Spellman cobrem uma boa variedade de estudos empíricos de ciências cognitivas que avaliaram a possibilidade de especialização ou treinamento em raciocínio analógico. Constataram, por exemplo, que habilidades de raciocínio analógico tendem a não ser transferíveis de um domínio do conhecimento a outro e que existem poucas evidências empíricas de que indivíduos formados em cursos de direito seriam melhores pensadores analógicos do que indivíduos de outras formações (2017: p. 262-263 – notadas de rodapé).

premissa normativa que vincule os casos que estão sendo cotejados. Porém, os autores distinguem entre reconhecer a existência de tal premissa e seu uso consciente durante um argumento por analogia. Pelo contrário, “o que torna o raciocínio analógico distintivo é que, apesar das pessoas que esboçam analogias verem semelhanças que são necessariamente baseadas em princípios ou teorias, estes princípios ou teorias geralmente... não são conscientemente percebidos” (2017: p. 266). Desse modo, mesmo que o cético esteja correto em afirmar que o raciocínio analógico não passa de um raciocínio dedutivo, para os autores não há razões para supor que o autor de uma analogia no direito articule estes princípios ou teorias que estão incutidos em sua experiência de prática do direito (2017: p. 267). Um músico certamente não articula princípios de teoria musical quando improvisa em seu instrumento. O processo não seria diferente na prática do direito.

O mais plausível para S&S é a ocorrência de saltos mentais (*mental leaps*) entre casos mais ou menos análogos. A ideia aqui é de que uma analogia exige ver uma coisa como se fosse outra – uma gravidez decorrente de estupro como um violinista involuntariamente conectado a outra pessoa, por exemplo. Nesse sentido, o sujeito que está raciocinando deve realizar um salto mental entre domínios antes não conectados (Holyoak e Thagard, 1994: p. 7). Este salto, contudo, é distintivo na medida em que o treinamento, a experiência e a expertise do sujeito inserido na prática jurídica permitirão que ele ou ela sejam capazes de saltarem por espaços que leigos no direito não seriam capazes de encontrar.

6.3. Distinção gramatical e contextualização institucional

É hora de trazer para o contexto de meu argumento todos os insumos que Schauer fornece para a discussão de uma teoria do raciocínio analógico. A meu ver, duas questões são relevantes para os propósitos da dissertação. Em primeiro lugar, reformulando a questão para os termos estabelecidos na Parte I do trabalho, Schauer fundamenta sua distinção entre raciocínio por precedente e raciocínio por analogia a partir de dois âmbitos epistêmicos distintos aos quais cada raciocínio se reportaria. Esta é uma tese que merece uma consideração mais cuidadosa. Argumentarei a seguir que tal distinção não se sustenta. Em segundo lugar, quero tomar algumas das questões levantadas por Schauer sobre a capacidade de constrangimento de casos passados sobre casos no futuro para minha discussão de contextualização institucional. Mais especificamente, defenderei que a discussão de Schauer sobre a extensão semântica de conceitos e categorias efetivamente fundamenta o sentido pelo qual entendemos que o raciocínio por analogia explica a aplicação de precedentes no

direito. Isso, por sua vez, está profundamente conectado com a defesa de S&S de que o uso de analogias no direito é distintivo pela expertise de indivíduos inseridos na prática do direito.

6.3.1. “Sempre amigas, nunca inimigas”: a viabilidade da distinção

Começo pela distinção que fundamenta a afirmação de que analogias sempre seriam amigas, mas nunca inimigas, de seus autores. Entendo que Schauer visa ressaltar uma diferença entre um jogo de autoridade e um jogo de persuasão. Essa distinção refletiria justamente as razões pelas quais um precedente ou um argumento analógico seriam aceitos. A procedência da analogia seria relativa à uma avaliação substantiva do argumento proposto, enquanto a procedência do precedente se justifica por sua normatividade – isto é, pelo mero fato de ser uma decisão prévia aplicável ao caso presente.

Essa forma de distinção, contudo, não necessariamente implica em dois tipos de raciocínios que seriam diferentes como Schauer leva a crer. Não há um raciocínio por analogia e um raciocínio por precedente. A meu ver, isso revela uma má compreensão das exigências de antirreducionismo e contextualização institucional para uma teoria do raciocínio analógico no direito. Para começar por este último ponto: quando observamos que no processo de tomada de decisão em um contexto jurídico, o contraditório entre partes opostas tende a oferecer duas analogias plausíveis para o julgador, cada uma justificando uma conclusão específica (e geralmente oposta a outra). Inclusive, podemos supor que, neste processo, ambas as analogias oferecidas são construídas a partir de precedentes vinculantes.

Neste caso, não haveria como distinguir entre um raciocínio analógico e outro raciocínio por precedente. Na verdade, há um mesmo raciocínio operando, comparando os casos sob análise com a decisão a ser tomada. É o mérito do raciocínio analógico – a análise de características comuns relevantes e a racionalidade substantiva da conclusão – que determinará qual precedente será seguido e qual precedente será distinguido. O olhar retrospectivo de Schauer mascara este fato ao reconhecer, após a aplicação de um determinado precedente, que este era vinculante e o argumento analógico rival, não. Considere um eventual julgamento sobre a constitucionalidade da interrupção de gravidez de um feto microcefálico. De um lado, o Código Penal estabelece que a interrupção de gravidez, pelo mero desejo da gestante, é crime. Do outro, há um precedente do STF que reconhece a constitucionalidade da atipicidade da interrupção de gravidez de um feto anencefálico. Ambas as hipóteses podem ser consideradas como casos-fonte válidos neste

caso. Meu ponto é que, no momento da decisão, onde dois casos opostos estão sendo avaliados como possíveis casos-fonte potenciais, não se pode dizer que um dos casos é mais vinculante do que o outro apenas por apelo à algum atributo formal, isto é, relativo à autoridade ou status da fonte legal do caso-fonte. Esta inferência depende de uma avaliação substantiva de similaridades – algo que tanto o “argumento analógico” quanto o “precedente” estão sujeitos.

Inclusive, é possível identificar indícios de que o próprio Schauer reconhece o colapso desta distinção em alguma medida. Ele reconhece que, na discussão entre características relevantes entre diversos casos potencialmente análogos, a determinação pode depender da identificação de um caso prévio que detém explicitamente detém similaridades relevantes. Nesse sentido, “o quanto mais a questão de relevância jurídica já foi pacificada por uma regra geral..., mais um argumento por analogia se tornará um argumento por precedente” (2009: p. 95-96). Inversamente, caso a premissa de similaridade ainda seja uma questão em aberto, mais um argumento de precedente se assemelharia a um argumento analógico.

Meu argumento não deixa de ser análogo à distinção entre persuasão e derrotabilidade que o próprio Schauer levanta em sua discussão sobre força de um precedente. Conforme visto, ele defende que a distinção entre aplicabilidade e efetividade na aplicação de um precedente não faz sentido, uma vez que ambos os pontos colapsam na análise de características relevantes. Tanto a inaplicabilidade quanto a inefetividade são expressas em termos de uma diferença relevante entre casos supostamente análogos. Entendo que o mesmo pode ser dito sobre a distinção entre o raciocínio por analogia e o raciocínio por precedente defendida por Schauer.

Isso, por sua vez, mostra que a distinção entre raciocínio por precedente e raciocínio por analogia é injustificadamente reducionista. Schauer toma o que seria distintivo da argumentação via precedente e da argumentação via analogia – a normatividade do precedente vis-à-vis a persuasão do mero argumento – e a torna uma característica ontológica essencial. O precedente necessita de um pedigree histórico, a mera analogia não. Porém, tal distinção colapsa na análise de similaridades e diferenças relevantes. Um argumento analógico só não é restritivo como um precedente pelo fato de ter sido considerado inaplicável ao caso concreto, e não porque, diferentemente de um precedente, não seria dotado de algum tipo de autoridade formal. Nesse sentido, o que realmente importa, para ambos, é a discussão feita sobre a amplitude semântica das características relevantes que estabelecem em que termos dois particulares podem ser considerados análogos. É dessa

avaliação que a mera analogia e precedente serão compreendidos como restritivos ou não na tomada de uma dada decisão. Desse modo, a distinção entre supostos dois tipos de raciocínios, portanto, não é sustentável.

Porém, há uma outra forma de interpretar a distinção de Schauer entre o raciocínio por analogia e o raciocínio por precedente. Nessa reformulação, o argumento de Schauer não defenderia dois tipos de raciocínio distintos, mas que o mesmo raciocínio seria desenvolvido em âmbitos epistêmicos diferentes. Essa versão da distinção proposta por Schauer pode desenvolvida através da taxonomia proposta por Bermejo-Luque, que distingue entre analogias quantitativas e analogias qualitativas (2014: p. 313). Analogias quantitativas avaliam a similaridade (*similarity*) entre dois casos, enquanto analogias qualitativas verificam sua similitude (*sameness*). As primeiras se referem a quanto dois particulares possuem propriedades comuns relevantes suficientes para estabelecer uma analogia. As segundas não observam a quantidade de propriedades em comum, mas sim “de adequação em ver um dos análogos em termos do outro” (2014: p. 317). As primeiras implicariam em classificação conceitual; as segundas, em constituição de uma nova categoria (2014: p. 315).

Esta distinção pode explicar a diferença entre argumentos por precedente, que seriam embasados por analogias quantitativas, e meros argumentos analógicos, que seriam embasados por analogias qualitativas. A própria Bermejo-Luque sugere tal aplicação de sua taxonomia neste sentido¹⁰², de modo que o argumento de Schauer pode ser tomado como uma forma de distinguir não entre dois raciocínios diferentes, mas entre o funcionamento do raciocínio analógico em dois âmbitos epistêmicos diferentes. A meu ver, a grande vantagem dessa leitura do argumento de Schauer é que a distinção passa a ser compreendida a partir da gramática teórica estabelecida no Capítulo 3. A reinterpretação torna a distinção antirreducionista e, por tal razão, mais bem desenhada para a contextualização institucional necessária à prática do direito. Em um âmbito epistêmico, haveria o jogo da classificação; em outro, o jogo da constituição.

Entendo que essa releitura não salva a distinção de Schauer. Tome o caso do raciocínio analógico que considera precedentes já estabelecidos. Conforme argumentei acima, no momento da decisão, a determinação de aplicabilidade de um precedente depende da análise substantiva de características relevantes, e não apenas de seus atributos formais. Nesta nova formulação do argumento de Schauer, a aplicabilidade de precedentes sempre

¹⁰² Em seu artigo, Bermejo-Luque indica que estaria trabalhando em um artigo cujo objeto seria justamente esta distinção (2014: p. 316). Contudo, até o momento de redação deste trabalho, no meu melhor conhecimento, uma defesa mais elaborada desta distinção ainda não foi publicada.

ocorreria a partir de uma classificação dos dois casos sob análise em uma mesma categoria pré-existente, já formalizada pela prática institucional antecedente à nova decisão. Contudo, é difícil afirmar que na prática de precedentes não há também a constituição de novas categorias que articulem o tratamento paritário entre dois casos análogos.

Considere o exemplo da interrupção de gravidez por causa da gestante estar contaminada por zika vírus e haver a possibilidade de o feto ser microcefálico. O precedente do STF é de que a interrupção é possível em casos de fetos anencéfalos. Podemos imaginar que neste julgamento hipotético o STF estenda a possibilidade de interromper a gravidez para gestantes contaminadas por zika vírus. Para estes dois casos, poderíamos também supor que a racionalidade que articula a relação analógica entre eles seja que a Constituição autoriza a interrupção pela impossibilidade de o feto gozar de uma vida cerebral plena. Neste cenário, o julgamento da interrupção de gestações de fetos microcefálicos poderia ser resumido como uma classificação conceitual a uma racionalidade já pré-existente, aplicável ao caso do aborto de fetos anencéfalos.

Contudo, suponha um terceiro caso, pelo qual o STF autorize o aborto, não considerando a viabilidade da vida cerebral do feto, mas sim o desejo da gestante de interromper a gravidez (podemos imaginar que tal desejo seja motivado pelas mais variadas razões que não se relacionam com a vida cerebral do feto, como o dano emocional e psicológico que a gestante sofreria ao longo da gravidez). Neste caso, dificilmente estaríamos discutindo uma classificação conceitual nos termos da racionalidade aplicável aos dois julgamentos prévios, mas a constituição de uma nova categoria, capaz de abarcar os três precedentes.

Assim, entendo que não há como reduzir o raciocínio analógico por precedentes a somente casos de verificação de semelhanças relevantes. Há uma perda explicativa relevante nesta abordagem, uma vez que tribunais efetivamente articulam novas categorias conceituais quando trabalham com precedentes. Schauer e Bermejo-Luque poderiam objetar, dizendo que a nova racionalidade com a qual illustrei meu exemplo seria apenas uma “reformulação” ou ainda que ela “já seria existente” (poderiam argumentar que esta seria a racionalidade que autoriza a interrupção da gravidez em casos de estupro, por exemplo, e que por tal razão, estaria ocorrendo uma outra classificação conceitual, não necessariamente relativa aos casos de microcefalia e anencefalia).

Quanto a isso, sou indiferente a se a categoria foi “constituída” ou “reformulada”, ambos os termos implicam que houve uma reavaliação da categoria até então estabelecida – este é meu ponto. E por tal razão a objeção de que a categoria seria pré-existente também

não me convence. Conforme argumentei no Capítulo 4, a própria aplicabilidade de uma premissa normativa ou categoria a um caso particular depende de uma avaliação de semelhanças relevantes entre a hipótese normativa estabelecida e a instância particular. Nesta análise, a formulação de ambas é reavaliada e adequada para se estabelecer uma verossimilhança mínima. Há, portanto, em algum grau de “constituição” de uma categoria na sua aplicação a algum caso que até então não era nela enquadrado.

Não estou argumentando que este processo ocorre em toda aplicação de um precedente. Porém, certamente não podemos descartar sua ocorrência, como a distinção de Bermejo-Luque nos incentiva a fazer. Despida de seu suposto poder explicativo, esta taxonomia apenas reduz o raciocínio analógico a partir de precedentes a um único âmbito epistêmico, relativo ao pedigree histórico de precedentes. Isso ignora o fato de que muitas vezes precedentes também são utilizados para instituir novas premissas vinculativas entre casos. Por tal razão, tal distinção, assim, formulada, deve ser abandonada.

6.3.2. Contextualização institucional e precedentes

A discussão acima é importante para compreendermos os limites da distinção de Schauer entre argumentos analógicos e a aplicação de precedentes. Contudo, não defendo que tal distinção, compreendida a partir da dicotomia de Bermejo-Luque, seja totalmente descartada. A chave aqui é compreender que a contextualização institucional do raciocínio analógico no direito não é reduzível a uma forma única. Analogias podem tanto envolver classificações conceituais a partir de categorias pré-estabelecidas, quanto podem implicar na resignificação de tais categorias ou ainda na instituição de novas categorias, capazes de explicar relações entre casos análogos antes não totalmente compreendidas como tal.

Estes dois jogos analógicos são dependentes de como compreendemos a extensão semântica dos conceitos e categorias articulados no raciocínio por analogia. A classificação conceitual ocorre em razão da relativa delimitação da amplitude semântica da categoria mobilizada pela analogia. É com base nisso, por exemplo, que podemos afirmar que os casos de fetos anencéfalos e fetos microcefálicos pertencem a uma mesma categoria: ambos se referem à um mesmo racional que lhes dá inteligibilidade. Não necessariamente esta categoria abrangeria o caso do violinista. Como Schauer reconhece, é possível construir tal argumento, mas haveria um ônus argumentativo – no exemplo, o de associar o caso do violinista à alguma questão de viabilidade da vida cerebral. Neste processo, este racional pode ser reformulado de tal maneira que podemos considerar que a categoria original foi

substituída por uma nova, que não se refere mais à viabilidade de vida cerebral (mas sim, por exemplo, ao grau de tolhimento da autonomia da vida que deve suportar uma vida dependente). Em vista dos significados implicados por estes diferentes racionais, há uma forma de restrição decorrente do emprego de analogias.

Entendo que a partir desta perspectiva, podemos compreender sob uma melhor luz a discussão de Schauer e Spellman sobre a relevância da expertise e experiência de advogados e juízes. A depender da tese defendida por uma advogada em dado caso, sua expertise e experiência poderão lhe guiar sobre como melhor desenvolver um argumento analógico: se o caminho é pleitear por uma classificação conceitual a partir de categorias já existentes, ou se o caminho é defender a instituição de uma nova relação analógica entre casos sob avaliação judicial. O mesmo vale para um juiz ou juíza.

Esta sensibilidade depende da compreensão da dimensão semântica dos termos que articulam a relação análoga entre caso-fonte e caso-objeto. Enquanto prática social, encontramos no direito uma diversidade de gramáticas próprias, que obedecem a condições de inteligibilidade próprias – considere, por exemplo, a linguagem de análise de custo e benefício instituída pela regra da razão no direito da concorrência. A familiaridade do profissional, inserido na prática do direito com estas diferentes gramáticas, pautará, em parte, o modo pelo ele visualizará relações entre particulares e desenvolverá argumentos por analogia.

Nestes termos, entendo que a discussão de expertise de S&S trás um insight relevante sobre de que maneira o raciocínio analógico é institucionalmente contextualizado na prática do direito. A familiaridade de um indivíduo como o jogo em que está inserido lhe torna mais capaz de descobrir analogias, de delinear semelhanças de família menos evidentes de maneira mais substantiva. Para o direito, é a experiência e a expertise dos profissionais envolvidos nesta prática que indicará a qualidade persuasiva, a força da analogia. É a fluência nas gramáticas institucionalizadas que distingue o raciocínio por analogia no direito do raciocínio analógico em outras práticas.

Capítulo 7. Considerações Finais

Busquei mostrar neste trabalho como a filosofia do direito teoriza o raciocínio por analogia. Apesar de ser considerado central para a prática do direito, o raciocínio analógico não é um objeto de estudo frequente da filosofia do direito. Conforme apresentei nos Capítulos 2 e 3, a literatura jurídica sobre o raciocínio por analogia é profundamente influenciada pela reflexão sobre analogias na lógica e na teoria da argumentação. Por um lado, a reflexão presente no que denominei de abordagem *mainstream* do raciocínio por analogia busca na correção lógico-formal seu parâmetro de objetividade para teorizar o raciocínio por analogia. Por outro, ao se restringir exclusivamente a este tipo de consideração, esta abordagem deixa de explicar dimensões relevantes do raciocínio por analogia.

Mais especificamente, esta abordagem implica em uma concepção de justificação de decisões judiciais que considera apenas a validade lógico-formal como critério de correção apropriado. Contudo, outros valores estão em jogo no âmbito de justificação de uma decisão judicial. Conforme busquei mostrar no Capítulo 4, o princípio da coerência exerce um papel relevante no âmbito de justificação, seja na forma da coerência narrativa, seja na forma de coerência normativa. A partir da análise da relação entre o uso de analogias do direito como o silogismo jurídico, essa ideia se torna explícita. O raciocínio por analogia, nesse contexto, é uma ferramenta de concretização do valor da coerência na prática do direito.

Também busquei mostrar ao longo deste trabalho que empreitadas teóricas reducionistas do raciocínio por analogia são propostas teóricas que devem ser rejeitadas. Este argumento implica em reconhecer que a justificação de uma decisão judicial não é exclusivamente pautada por parâmetros de correção lógico-formal do raciocínio nela desenvolvido. Outras implicações relevantes seguem do antirreduccionismo. Em segundo lugar, que as tentativas de explicar o raciocínio por analogia como uma forma de dedução não são acuradas. Conforme visto, esta é uma tese popular na literatura jurídica, mas que ultimamente se equivocada em supor que a análise de similaridades é um processo irrelevante no processo ou que o raciocínio por analogia exige necessariamente a formulação de um algum tipo de premissa normativa. Muito pelo contrário, se há alguma conclusão na discussão em torno da ideia de uma faculdade de julgamento tal qual sugerida por Kant, é a de que a análise de similaridades relevantes é um requisito que antecede a aplicação de qualquer norma. Isso, contudo, não significa descartar a ideia de que o raciocínio constante

de uma peça ou decisão judicial não seja dedutivo. O silogismo jurídico, o processo que estrutura tais raciocínios, é um processo dedutivo. A identificação, construção e compreensão de suas premissas, contudo, são etapas não-dedutivas, conforme sugere MacCormick.

Em segundo lugar, tanto a teoria de Alexy quanto a tese de redutibilidade parcial descaracterizam profundamente o raciocínio analógico ao tentarem conectar ponderação e analogia. A operação de ponderação e o raciocínio por analogia exigem condições normativas distintas: a primeira exige normas aplicáveis, a segunda não. Além disso, tal qual no caso da operação de dedução, tem-se que a análise de similaridades relevantes é um requisito que antecede a aplicação de qualquer norma. Isso, contudo, não significa descartar a ideia de que o raciocínio constante de uma peça ou decisão judicial não seja dedutivo. Assim, não é possível supor que a operação de ponderação possa substituir adequadamente a avaliação de similaridades relevantes, como sugerem Alexy e Brožek.

A formulação de uma premissa normativa, mesmo não sendo parte do exercício de julgamento de similaridade, é uma etapa relevante no contexto institucional do direito. Conforme abordado ao longo do trabalho, decisões judiciais são documentos de razão pública que justificam e legitimam o exercício da autoridade estatal e possibilitam a resolução de conflitos na esfera pública. Em face desta prática institucionalizada e orientada por objetivos específicos, tem-se que o raciocínio por analogia no direito contempla a identificação ou formulação de premissas normativas. Defendi que esse contraste entre o contexto institucional da prática do direito e exercício mental de julgamento é mais bem compreendido pelos processos de descoberta e de justificação de uma analogia.

O processo de justificação fundamenta por que o exercício de julgamento da descoberta da analogia é um julgamento correto. Trata-se de um momento regrado, posto que cada prática social, cada jogo de linguagem terá suas próprias regras de correção e adequação, as quais a analogia deverá se reportar. Na prática do direito, há uma série de fatores institucionais que influenciam o desenvolvimento do raciocínio analógico. O fato de se tratar de uma prática social que legitima e autoriza o uso do poder coercitivo do Estado na resolução de conflitos implica na necessidade da explicitação do exercício de julgamento de descoberta da analogia.

A justificação da analogia no direito, contudo, não se resume à publicidade de suas razões ou em sua qualidade lógico-formal. Conforme argumentei acima, a correção lógico-formal de um raciocínio não é um parâmetro suficiente para sua justificação – outros valores estão presentes. Nesse sentido, o raciocínio analógico cumpre um papel epistêmico

importante na justificação de decisões judiciais ao tornar coerentes decisões particulares em relação a outros casos relevantemente similares e perante a constelação de valores compreendidos na prática do direito. Uma decisão coerente não é apenas uma decisão cuja justificação “para de pé”, mas cujas razões sejam racionalmente relacionadas a outros casos similares em dada área do direito. É por tal razão que a aplicação de precedentes é tão relevante para o raciocínio analógico institucionalizado no direito: casos similares exercem uma certa pressão ou influência em casos a serem decididos.

Este teste da conclusão da analogia (a peça) perante a racionalidade da área em que ela que está inserida (a figura do quebra-cabeça) é um tipo de “filtro de coerência sistêmica” (Postema, 2007: p. 131) que busca apresentar “o direito como um todo razoavelmente consistente” (Levi, 2005: p. 3). Neste momento, o que se busca é determinar se o princípio postulado que justifica o tratamento análogo pode ser situado junto de outros princípios ou doutrinas da mesma área jurídica. Dependendo da maneira de como se compreender a atividade de interpretação do direito, neste momento também são avaliados princípios de moralidade política para situar a conclusão da analogia.

Por sua vez, o que estou caracterizando como etapa ou processo de descoberta, ocorre o exercício de julgamento. O objeto deste julgamento é a identificação de um padrão. É o processo cognitivo de cotejamento entre objetos de análise supostamente análogos, que exige foco para identificar o que é uma similaridade irrelevante ou uma diferença relevante entre casos e expertise para situar tal comparação dentro do contexto de um jogo de linguagem ou de uma prática social.¹⁰³ Na feliz metáfora de Postema, menos um exercício de classificação conceitual ou de aplicação de uma regra, a descoberta de uma analogia “é como encaixar uma peça em um quebra-cabeça” (2007: p. 117) – é situar algo em um contexto inteligível e dotado de sentido.

Este processo não é regrado – fazer uma analogia não é o mesmo que seguir uma regra. Compreender o sentido de uma analogia neste momento prescinde da formulação de uma proposição geral que justifique o tratamento paritário dos casos análogos e os apresente como instâncias particulares de seu enunciado. O exercício de julgamento não postula uma

¹⁰³ É neste momento que a literatura da psicologia cognitiva distingue os processos de codificação, recuperação, mapeamento e avaliação. Inicialmente, o caso-alvo é codificado, isto é, seus atributos são identificados e empregados em uma busca por análogos. Esta recuperação é auxiliada pela codificação inicial e pelo fato de que nossa memória tende a ser organizada em “arquivos rotulados” (Keane, 1988: p. 56). Encontrados os candidatos para a analogia, “é então necessário estabelecer um mapeamento, ou um conjunto correspondências sistemáticas que sirvam para alinhar os elementos do caso-fonte e do caso-alvo. Com base no mapeamento, é possível derivar novas interferências sobre o caso-alvo, de modo a elaborar sua representação” (Holyoak, 2000: p. 117-118).

regra, mas envolve alguma compreensão da equivalência proposta. Assim, ao menos em algum sentido, também contempla as implicações da analogia no contexto mais amplo de significado em que o raciocínio está inserido.

Neste processo de descoberta, a comparação – as características identificadas, a avaliação postulada – pode ser e constantemente é reavaliada e revisada. Não se especificamente do processo que Brewer e outros se referem por ajustamento mútuo de premissas no raciocínio por analogia, porque não há ainda uma formulação explícita do julgamento em exercício. Trata-se do estabelecimento dos termos da relação de igualdade que se está propondo que surge do resultado desse processo. É nesse sentido que Postema revisa sua metáfora. As peças do quebra-cabeça não estão pré-moldadas. Os encaixes disponíveis na figura e na peça a ser encaixada variam ao longo do momento da montagem do desenho, pois o “encaixe (*fitting*) e a modelagem (*shaping*) envolvem um ajustamento mútuo” (Postema, 2007: p. 118).

É nesse sentido que faz sentido considerar a expertise e a experiência dos indivíduos inseridos na prática do direito como fatores relevantes na formulação de analogias. Analogias no direito, enquanto jogos e linguagem inseridos em uma prática social institucionalizada, dependem da sensibilidade dos praticantes de identificar semelhanças entre casos, de formatar uma questão como um problema de classificação conceitual ou de reconhecimento de um princípio até então implícito. Experiência e técnica na prática do direito possibilitam que profissionais enxerguem “saltos mentais” (Holyoak e Thagard, 1994: p. 7) pouco evidentes para leigos. Em vista disso, ao contrário de Schauer e Bermejo-Luque, defendi que não há razões para se distinguir entre o raciocínio por analogia e a aplicação de precedentes, ao menos a partir da ideia de um jogo de classificação conceitual para precedentes, e de constituição conceitual, para analogias.

Esta concepção peca por seu reducionismo, ao supor que cada operação é restrita a um jogo de linguagem específico. Pelo contrário, um argumento analógico só não é restritivo como um precedente pelo fato de ter sido considerado inaplicável ao caso concreto, e não porque, diferentemente de um precedente, não seria dotado de algum tipo de autoridade formal. A diferença se refere ao tratamento institucional de um argumento analógico e de um precedente na prática do direito, mas não vai além disso. Para ambos, a discussão é a discussão de características relevantes compartilhadas, é a formulação semântica desta relação e a avaliação de adequação da relação de igualdade estabelecida perante o restante dos valores e princípios que estruturam a prática do direito.

Como busquei mostrar ao longo deste trabalho, o raciocínio por analogia é uma ferramenta útil para estabelecer a coerência de e entre um conjunto de normas e fatos a luz dos valores que determinam a finalidade do direito em uma comunidade política. É através da analogia que mostramos como determinadas decisões são justificáveis sob estes princípios e valores que, quando tomados em conjunto, refletem uma forma de vida que entendemos ser satisfatória. A coerência assim, é um valor que não se reporta à justiça e ao estado de direito, mas também a “uma certa concepção de racionalidade na vida prática” (MacCormick, 2005: p. 201).

Conforme afirmei no capítulo introdutório, a discussão sobre o raciocínio analógico no direito pertence ao tradicional debate sobre se a prática do direito aspira alguma forma de racionalidade. Argumentei que o raciocínio por analogia é relevante para a concretização da coerência na prática do direito e assumi como pressuposto que a coerência é um valor fundamental para uma concepção de racionalidade prática. Há razões para supormos que a coerência é valiosa para a razão prática? Podemos imaginar que a coerência é um requisito elementar de justiça.¹⁰⁴ Podemos imaginar, também, que a coerência é útil para profissionais e pesquisadores no direito ao tornar mais fácil a identificação, avaliação e crítica de posicionamentos e doutrinas ao longo do tempo.¹⁰⁵ Por fim, podemos também imaginar que a coerência importa porque reflete a ideia de que há valor em levar nossas vidas de uma maneira em que há unidade narrativa, na qual nossas diversas empreitadas, escolhas e experiências podem ser reconduzidas a uma concepção de bens e valores que dá sentido a nossas ações.¹⁰⁶

Acredito que este último ponto é especialmente persuasivo. A coerência é, ela mesma, uma forma de vida.

¹⁰⁴ Conforme sugere H.L.A. Hart: “embora ‘Tratem-se os casos iguais de forma igual e os casos diferentes de forma diferente’ constitua um elemento central na ideia de justiça, ele é incompleto em si mesmo e, até ser complementado, não pode oferecer nenhuma orientação precisa para o comportamento... Para dar-lhe significado, precisamos saber quando, para os objetivos em vista, os casos devem ser considerados iguais e quais são as diferenças pertinentes. Sem essa suplementação ulterior, não podemos criticar as leis ou outras disposições sociais por serem injustas” (2012: p. 206-207).

¹⁰⁵ Esta é a sugestão de Robert Alexy e Alexander Peczenick (1990: p. 114).

¹⁰⁶ Nas palavras de Charles Taylor, “na medida em que temos algum sentido em nossas vidas, ou no que na vida em que estamos tentando levar, nós estaremos relacionando os diferentes bens que buscamos não apenas em relação a suas importâncias distintivas, mas também em relação ao modo como se ajustam, ou não, no desenrolar de nossas vidas” (1997: p. 182). No mesmo sentido, Ronald Dworkin observa que “o foco mais marcante da vida é a morte. É melhor estudar a vida em retrospecto, tal como ela aparece quando está perto do fim. Então, já não podemos escapar à questão de saber se as alegrias e tristezas, o glamour, os prêmios e prazeres, deram ou não em algo capaz de aquietar o terror, ou se não se limitar a zombar da tolice de termos achado que algo valia a pena. É desse ponto de vista que nossos dois princípios de dignidade [viver bem e ter uma vida boa] parecem mais austeros” (2011: p. 420).

Bibliografia

ALEINIKOFF, T. A. Constitutional Law in the Age of Balancing. In: **Yale Law Journal**, vol. 96, 1987: p. 943-1005.

ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. **Demystifying legal reasoning**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

ALEXANDER, Larry. Constrained by precedent. In: **Southern California Law Review**, vol. 1, 1989: p. 63 e ss.

_____. Bad beginnings. In: **University of Pennsylvania Law Review**, vol. 145, 1996: p. 57.

_____. The banality of legal reasoning. In: **Notre Dame Law Review**, vol. 73, 1998: p. 517.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2001.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALEXY, Robert; PECZENICK, Alexander. The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality. In: **Ratio Juris**, vol. 3, ed. S1, 1990: p. 130-147.

_____. On balancing and subsumption. A structural comparison. In: **Ratio Juris**, vol. 16, n. 4, 2003: p. 433-449.

_____. Two or Three? In: BOROWSKI, Martin (ed.). **On the Nature of Legal Principles**. Proceedings of the Special Workshop “The Principles Theory”, 23rd World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR). Franz Steiner Verlag, 2010.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Landy, 2003.

AUSTIN, John. **Lectures on jurisprudence**. Vol. II. 5ª ed. Londres: John Murray, 1911.

BARTHA, Paul. **By parallel reasoning: the construction and evaluation of analogical arguments**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

_____. Analogy and analogical reasoning. In: ZALTA, Edward (ed.). **Stanford Encyclopedia of Philosophy**, 2019. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2019/entries/reasoning-analogy/>>. Último acesso em: 07/07/2019.

BERMEJO-LUQUE, Lilian. A unitary schema for arguments by analogy. In: **Informal Logic**, vol. 32, n. 1, 2012: p. 1-24.

- BREWER, Scott. Exemplary reasoning: semantics, pragmatics, and the rational force of legal arguments by analogy. In: **Harvard Law Review**, vol. 109: p. 923-1038.
- _____. Indefeasible analogical argument. In: KAPTEIN, Hendrik; VELDEN, Bastiaan. **Analogy and exemplary reasoning in legal discourse**. Amsterdam: Amsterdam University Press, 2018: p. 34-48.
- BROZEK, Bartosz. Analogy in Legal Discourse. In: **ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie**, vol. 94, n. 2, 2008: pp. 188-201.
- _____. Is analogy a form of legal reasoning? In: KAPTEIN, Hendrik; VAN DER VELDEN, Bastiaan (eds.). **Analogy and exemplary reasoning in legal discourse**. Amsterdam: Amsterdam University Press, 2018: p. 49-64.
- _____. Analogy and Balancing: a reply to David Duarte. In: KAPTEIN, Hendrik; VAN DER VELDEN, Bastiaan (eds.). **Analogy and exemplary reasoning in legal discourse**. Amsterdam: Amsterdam University Press, 2018: p. 101-108.
- CAMPOS, Ricardo (org.). **Crítica da Ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social**. São Paulo: Saraiva, 2016.
- d'ALMEIDA, Luís; MICHELON, Cláudio. The Structure of Arguments by Analogy in Law. In: **Argumentation**, vol. 31, n. 2, 2017: p. 359-393.
- DUARTE, David. Analogy and Balancing: the partial reducibility thesis and its problems. In: KAPTEIN, Hendrik; VAN DER VELDEN, Bastiaan (eds.). **Analogy and exemplary reasoning in legal discourse**. Amsterdam: Amsterdam University Press, 2018: p. 49-64.
- _____. Analogy and balancing once again: a reply to Bartosz Brozek. In: KAPTEIN, Hendrik; VAN DER VELDEN, Bastiaan (eds.). **Analogy and exemplary reasoning in legal discourse**. Amsterdam: Amsterdam University Press, 2018: p. 49-64.
- DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2006.
- _____. Introduction. In: **The Philosophy of Law**. Cambridge: Oxford University Press, 1977.
- _____. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge, MA: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- _____. **Argumentação Jurídica**. São Paulo: Manole, 2014.
- FINNIS, John. Analogical reasoning in law. In: **Philosophy of Law: Collected Essays**, vol. IV. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- FRENCH, Robert. The Computational Modeling of Analogy-Making. In: **Trends in Cognitive Sciences**, vol. 6, n. 5, 2002: p. 200-205.

- GENTNER, Dedre; HOLYOAK, Keith; KOKINOV, Boicho. **The Analogical Mind: perspectives from cognitive science**. Boston: MIT Press, 2001.
- GOLDING, Martin. **Legal Reasoning**. Peterborough: Broadview Press, 2001.
- _____. Argument by Analogy in the Law. In: KAPTEIN, Hendrik; VELDEN, Bastiaan. **Analogy and exemplary reasoning in legal discourse**. Amsterdam: Amsterdam University Press, 2018: p. 123-136.
- GOVIER, Trudy. **Problems in argument analysis and evaluation**. Dordrecht: Foris, 1987.
- _____. Analogies and missing premises. In: **Informal Logic**, vol. 11, n. 3, 1989.
- _____. Should a priori analogies be regarded as deductive arguments? In: **Informal Logic**, vol. 22, n. 2, 2002: p. 155.
- GREAVES, J.S., et al. Phosphine gas in the cloud decks of Venus. In: **Nature Astronomy**, publicado em 14/09/2020.
- GUARINI, Marcello. A defence of non-deductive reconstructions of analogical arguments. In: **Informal Logic**, vol. 24, n. 2, 2004: p. 153-168.
- GUARINI, Marcello; BUTCHART, Amy; SMITH, Paul; MOLDROVAN, Andrei. Resources for research on analogy: a multi-disciplinary guide. In: **Informal Logic**, vol. 29, n. 2, 2009: p. 84–197.
- HART, Herbert L. A. **O Conceito do Direito**. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.
- HACKER, Peter. Analytic Philosophy: beyond the linguistic turn and back again. In: BEANEY, M. (ed.). **The Analytic Turn: analysis in early analytic philosophy and phenomenology**. London: Routledge, 2007: p. 125-141.
- HOLYOAK, Keith; THAGARD, Paul. **Mental Leaps: analogy in creative thought**. Boston: MIT Press, 1994.
- HOLYOAK, Keith. Analogy. In: HOLYOAK, Keith; MORRISON, Robert (eds.). **The Cambridge Handbook of Thinking and Reasoning**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005: p. 117-142.
- HAACK, Susan. **Filosofia das Lógicas**. São Paulo: Editora UNESP, 2002.
- HUNTER, Dan. Reason is Too Large: analogy and precedent in law. In: **Emory Law Journal**, vol. 50, 2001: p. 1197 e ss.
- JUTHE, André. Analogical Argument Schemes and Complex Argumentation. In: **Informal Logic**, vol. 35, n. 3, 2015: pp. 378–445.
- KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- KAPTEIN, Hendrik; VAN DER VELDEN, Bastiaan (eds.). **Analogy and exemplary reasoning in legal discourse**. Amsterdam: Amsterdam University Press, 2018.

- KEANE, Mark. **Analogical Problem Solving**. Ellis Horwood: Halstred Press, 1988.
- KEIL, Geert; POSCHER, Ralf (eds.). **Vagueness and Law: Philosophical and Legal Perspectives**. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- KLATT, Matthias. **Making the Law Explicit: The Normativity of Legal Argumentation**. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2008.
- KOSZOWSKI, Maciej. **Analogical Reasoning in Law**. Cambridge: Cambridge Scholars Publishing, 2019.pdf
- LAMOND, Grant. Analogical reasoning in the common law. In: **Oxford Journal of Legal Studies**, vol. 34, n. 3, 2014: p. 567-588.
- _____. Precedent and analogy. In: ZALTA, Edward (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, 2016. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/legal-reas-prec/>. Último acesso em 13/04/2019.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Filosofia analítica e hermenêutica: preliminares a uma teoria do direito como prática. In: **Revista de Informação Legislativa - RIL**, v. 53, n. 212, out./dez. 2016: p. 203-226. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/212/ril_v53_n212_p203. Último acesso em 13/04/2019.
- _____. História das ideias, das instituições e teoria do direito. In: SILVA, C. N.; XAVIER, A. B.; e CARDIM, P. (orgs.). **António Manuel Hespanha: entre a história e o direito**. Coimbra: Almedina, 2015.
- MACEDO JR., Ronaldo Porto. O método de leitura estrutural. In: **Cadernos Direito GV**, vol. nº 4., nº. 2: pp. 5-41.
- MACAGNO, Fabrizio; WALTON, Douglas. Argument from Analogy in Law, the Classical Tradition, and Recent Theories. In: **Philosophy & Rhetoric**, vol. 42, nº. 2, 2009: pp. 154-182.
- MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. São Paulo: Elsevier, 2008.
- _____. Legal reasoning and legal theory. Oxford: Clarendon Press, 1978.
- MARGOLIS, Howard. **Patterns, Thinking, and Cognition: A Theory of Judgment**. Chicago: University of Chicago Press, 1987.
- MARMOR, Andrei; SOAMES, Scott (eds.). **Philosophical Foundations of Language in the Law**. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- MICHELON JR., Cláudio. **Aceitação e Objetividade: Uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- POSNER, Richard. **Overcoming Law**. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

- _____. **Problems of jurisprudence**. Cambridge: Harvard University Press, 1990.
- PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **The new rhetoric: a treatise on argumentation**. Notre Dame: University of Notre Dame, 1969.
- PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- POSNER, Richard. Reasoning by analogy. In: **Cornell Law Review**, vol. 91, n. 3, 2006: p. 761-774.
- POSTEMA, Gerald. A Similibus ad Similia: Analogical Thinking in Law. In: EDLIN, Douglas (ed.). **Common Law Theory**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- PRADE, Henri; RICHARD, Gilles. **Computational approaches to analogical reasoning: current trends**. New York: Springer, 2014.
- RIBEIRO, Henrique J (ed.). **Systematic approaches to argument by analogy**. New York: Springer, 2014.
- RODRIGUEZ, Gabriel. **Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal**. 6ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015.
- SHAPIRO, Scott. The "Hart-Dworkin" Debate: A Short Guide for the Perplexed. **University of Michigan Public Law Working Paper**, nº. 77, 2007. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=968657>.
- SCHAUER, Frederick. **Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decisions in life and law**. Oxford: Clarendon, 1991.
- _____. **Thinking like a lawyer**. Cambridge: Harvard University Press, 2009.
- _____. Why precedent in law (and elsewhere) is not totally (or even substantially) about analogy. In: **Perspectives on Psychological Science**, vol. 3, 2008: p. 454.
- _____. Precedent. In: **Stanford Law Review**, vol. 39, n. 3, 1987: p. 571-605.
- SCHAUER, Frederick; SPELLMAN, Barbara. Analogy, expertise, and experience. In: **University of Chicago Law Review**, vol. 84, 2017: p. 249-268.
- SCHLIMM, Dirk. Two ways of analogy: extending the study of analogies to mathematical domains. In: **Philosophy of Science**, vol. 75, n. 2, 2008: p. 178-200.
- SHECAIRA, Fábio. Analogical arguments in ethics and law: a defence of a deductivist analysis. In: **Informal Logic**, vol. 33, n. 3, 2013: p. 406-437.
- _____. How to disagree about argument schemes. In: **Informal Logic**, vol. 36, n. 4, 2016: p. 500-522.
- SHECAIRA, Fábio; STRUCHINER, Noel. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Rio de Janeiro: PUC-Rio – Contraponto, 2016.

- SPIELTHENNER, Georg. Analogical Reasoning in Ethics. In: **Ethic Theory and Moral Practice**, vol. 17, 2014: p. 861-874.
- STRAVOPOULOS, Nicos. **Objectivity in Law**. Oxford: Oxford University Press, 1996.
- SUNSTEIN, Cass. On analogical reasoning. In: **Harvard Law Review**, vol. 106, n. 3, 1993: p. 741-791.
- SWEET, A., & MATHEWS, J. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. In: **Columbia Journal of Transnational Law**, 2008, vol. 47: p. 72-164.
- TAYLOR, Charles. Leading a life. In: CHANG, Ruth (ed.). **Incommensurability, incompatibility, and practical reason**. Cambridge: Harvard University Press, 1997.
- THOMSON, Judith. Uma defesa do aborto. In: **Revista Brasileira de Ciência Política**, nº 7, abril/2012: pp. 145-164.
- TOULMIN, Stephen. **The uses of argument**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.
- WALLER, Bruce. Classifying and analyzing analogies. In: **Informal Logic**, vol. 21, n. 3, 2001: p. 199-218.
- WALTON, Douglas. Similarity, precedent and argument from analogy. In: **Artificial Intelligence Law Review**, vol. 18, 2010: p. 217-246.
- _____. Story similarity in arguments from analogy. In: **Informal Logic**, vol. 32, n. 2, 2012: p. 190-221.
- WEINREB, Lloyd. **Legal reason: the use of analogy in legal argument**. 2a ed. New York: Cambridge University Press, 2016.
- WILLIAMS, Bernard. **Descartes: the project of pure enquiry**. New York: Routledge, 2005.