

A IMPORTÂNCIA DO RACIOCÍNIO ANALÓGICO PARA A DECISÃO JUDICIAL TRABALHISTA

THE IMPORTANCE OF ANALOGICAL REASONING TO THE JUDICIAL DECISION –
MAKING ON LABOR LAW

Paulo Henrique Tavares da Silva¹

Juliana Coelho Tavares da Silva²

RESUMO

A analogia é um modelo argumentativo utilizado na prática judicial que se diferencia das formas tradicionais da lógica jurídica. Diante da peculiaridade do raciocínio analógico, o presente trabalho busca estabelecer a relevância de tal prática, especialmente no âmbito das decisões trabalhistas, a partir do modelo argumentativo proposto por Weinreb (2008). Utiliza-se o método da pesquisa bibliográfica e documental, para demonstrar que os argumentos da lógica formal (indução e dedução) convivem em igualdade com o raciocínio analógico, numa composição que varia de segmento para segmento do Judiciário, de instância para instância, representando ao mesmo tempo um fio condutor e o elemento de diferenciação entre os procedimentos em que serão proferidas as decisões. Pontua-se ainda a existência de um *common law à brasileira*, o qual paulatinamente se intensifica, seja pela utilização dos precedentes, seja pelo Código de Processo Civil Projetado (PL nº 6.025/2005) e especialmente considerando-se que não pode haver um acoplamento irrefletido de teorias decisórias desenvolvidas especificamente para sistemas de *common law* em relação aos modelos *de civil law*. Objetiva-se realçar o quanto é importante para a prática forense trabalhista o uso do raciocínio analógico e que há padrões decisórios que se especializam a partir do ambiente normativo e procedimental em que estejam inseridos.

PALAVRAS-CHAVE: Raciocínio analógico; Argumentação jurídica; Justiça do trabalho; Teorias da decisão; Realismo jurídico.

ABSTRACT

The analogy is an argumentative model used in judicial practice that differs from traditional forms of legal logic. Faced with the peculiarity of analogical reasoning, this paper seeks to establish the relevance of this practice, especially in the field of labor law decisions, from the argumentative model proposed by Weinreb (2008). It is used the method of bibliographical and documental research to demonstrate that the arguments of formal logic (induction and deduction) lie in equality with analogical reasoning, in a composition that varies from segment

¹ Doutor e mestre em Direito pela UFPB, professor titular dos cursos de graduação e pós-graduação do Centro de Ciências Jurídicas do UNIPÊ-João Pessoa-PB, Juiz do Trabalho Titular da 5ª Vara de João Pessoa-PB.

² Pesquisadora bolsista do CNPq (PIBIC) vinculada ao grupo de pesquisa “Marxismo e Direito” e do Centro de Pesquisas sobre o Judiciário Trabalhista Paraibano (CPJ-TRT13), Graduanda em Direito pela UFPB.

to segment of the Judiciary, from Instance to Instance, representing at the same time a thread and the element of differentiation between the procedures in which will be handed down the decisions. It is also highlighted the existence of a “Brazilian” *common law* which gradually is intensified, whether by the use of precedents, either by the Code of Civil Procedure Designed (PL n°. 6.025/2005) and especially considering that there cannot be an unreflected engagement of decision-making theories developed specifically for the *common law* systems in relation to the models of *civil law*. The objective is to highlight how important it is for labor forensic practice the use of analogical reasoning and the decision-making patterns that specialize from the regulatory and procedural environment in which they are inserted.

KEYWORDS: Analogical reasoning; Legal argumentation; Labor Justice; Decision- making theories; Legal realism.

1 INTRODUÇÃO

Como ponto de partida daquilo que será tratado neste ensaio, válida é a lembrança da seguinte fábula, cuja autoria é atribuída a Esopo (2001; p. 56):

Um dia um gato caçou um galo e resolveu transformá-lo em almoço. Só que antes queria achar uma boa desculpa para matar o outro. Primeiro, explicou ao galo que ele era um verdadeiro transtorno para os homens com aquela história de cantar no meio da noite e não deixar as pessoas dormirem.
- Nada disso – disse o galo – Eu canto para ajudar os homens!
E disse que na verdade fazia um favor aos homens porque servia de despertador e avisava a hora de começar o trabalho do dia.
- Que enorme besteira! – disse o gato. – Você acha que vou desistir do meu almoço só por causa de uma conversa dessas?
E devorou o galo.

O gato pretende exercer sua força frente o galo, numa medida extrema que irá lhe tirar a vida, porém, buscou justificar tal conduta com base em um argumento racional, travestindo-a de aparente utilidade para os homens. Seu desejo autocrático é mascarado por uma lógica supostamente utilitarista.

Ocorre que o galo, ainda no terreno das ideias, apresenta um contra-argumento bastante ponderável, minando a aparente legitimidade da ação a ser exercida pelo gato. Este, por fim, como que sem saída, simplesmente ignora o debate, partindo para exercício da força sem maiores delongas. Numa apertada síntese, percebe-se que nenhum disfarce de justiça pode apagar uma natureza cruel, bem como que o exercício arbitrário de uma razão, por mais que se procure evitar, sempre desponta.

O embate de ideias e força travado entre o gato e o galo apresenta, metaforicamente, traços dos modelos argumentativos utilizados nas decisões judiciais, que foram se desenhando

a partir do final do século XIX. Ali podemos encontrar o apelo à lógica, típico do formalismo dedutivo/indutivo, bem assim o recurso à ação pragmática, ínsito ao realismo estadunidense. Mas igualmente ali também podemos encontrar a marca do raciocínio analógico.

Enquanto os argumentos lógicos e a atitude realista despontam de forma mais simples ao leitor da fábula, a analogia para ser sentida é bem mais sutil. Ela começa justamente a partir da utilização de uma fábula, da sua linguagem metafórica, no intento de produzir um conhecimento mais aprofundado daquilo que seria um modelo argumentativo utilizado na prática judicial. Carreamos dessa fábula elementos que podem desenhar condutas de justificação presentes nas decisões judiciais do século XXI. Assim aprende o homem, continuamente, graças ao acúmulo de conhecimento e ao estabelecimento contínuo de comparações, distinções e equivalências.

O presente trabalho objetiva, assim, estabelecer os contornos da relevância da prática analógica no âmbito das decisões adotadas nos processos trabalhistas brasileiros, a partir do modelo argumentativo preconizado por Weinreb (2008). A escolha das decisões trabalhistas não é feita ao acaso, justifica-se pelo fato de que, embora não se negue que as decisões judiciais se apresentam com cargas formais, realistas ou analógicas, que se alternam em quantidade dependendo do procedimento em que se insiram, o processo do trabalho brasileiro reúne peculiaridades capazes de vicejar a prática da analogia com maior intensidade, seja no trato da análise da prova, bem como no enfrentamento dos precedentes judiciais, presentes nesse ramo Judiciário pátrio em profusão.

Consoante infere-se do dito anteriormente, desde já partimos do entendimento acerca da impossibilidade de se construir uma teoria que se adeque a toda e qualquer decisão judicial. A prática argumentativa contida nos julgados e a predominância da lógica formal, do realismo e do raciocínio analógico, variam não apenas de segmento para segmento do Judiciário (Justiça Comum e Especial), como também de instância para instância (prática dos tribunais *versus* decisões monocráticas), além de considerar o tipo de procedimento em que será proferida a decisão (há ações que demandam uma carga de análise factual mais intensa que outras).

Ademais, não se pode acoplar, sem qualquer ajuste, teorias decisórias desenvolvidas para o ambiente do *common law* em relação aos modelos do *civil law* embora, no nosso caso, já haja o desenho de um sistema híbrido, que poderia ser chamado de *common law à brasileira*, graças à relevância que os precedentes desfrutam, tendência que assoma importância com o advento do novo Código de Processo Civil, que tramita no Congresso Nacional (PL nº 6.025/2005).

Nossa abordagem está dividida em três partes. Na primeira, iremos descrever as características daquilo que entende por raciocínio analógico e sua funcionalidade na convivência com os modelos formais e realistas, estes que inclusive tiveram precedência histórica, fazendo-se especial referência aquilo que se entende por analogia para os fins deste ensaio, em contraposição os demais significados ocorrentes no mundo jurídico. Na sequência, uma vez estabelecidas as premissas de análise, partiremos para a descrição do novo papel que se atribui à analogia, indicando como está estabelecido o sistema decisório na legislação vigente, assim como os espaços em que a discricionariedade pode ser exercida, levando à superação do rígido formalismo argumentativo. Dedicar-se a terceira parte, esta subdividida em dois momentos, a detalhar a presença do raciocínio analógico em dois momentos igualmente importantes ao decisório trabalhista, seja na análise dos fatos ou da aplicação dos precedentes.

Ajuda-nos nessa trajetória o uso do método da pesquisa bibliográfica e documental. Espera-se, com este trabalho, não apenas realçar o quanto é importante para a prática forense trabalhista o uso do raciocínio analógico, como também ressaltar que há padrões decisórios que se especializam a partir do ambiente normativo em que estejam inseridos.

2 FORMALISMO, REALISMO E ANALOGIA: DISTINÇÕES NECESSÁRIAS

Começamos pelo terreno da lógica.

O raciocínio indutivo, o dedutivo e o analógico integram espécies do gênero das inferências mediatas, que resultam no descobrimento de outras verdades partindo-se de duas ou mais verdades, sendo necessário ao raciocínio passar por um termo mediador para se chegar a uma conclusão.

O primeiro deles, a indução, estabelece proposições gerais a partir de observações ou experiências pontuais, do conjunto de reiterações dá-se um salto para exprimir determinada relação dotada de caráter universal e necessário³. Ao revés, na dedução, dito de forma simplificada, partimos em sentido contrário, concluindo uma terceira proposição como a resultante lógica de duas outras dadas, ou seja, indo do geral (princípios) para o particular. “Na dedução tem-se a certeza lógica da conclusão, visto que se tem a segurança de que, observadas

³ Mas vale aqui a advertência de Alaôr Caffé Alves, no sentido que através da indução pressupomos que o que vale para a parte observada empiricamente também vale para o todo **idealmente** concebido, e o ideal aqui é ressaltado porque o pensamento não consegue abarcar todo o complexo que é a realidade, assenta ele: “Jamais podemos apreender o todo, o complexo, a realidade de forma total e completa, a menos que o circunscrevamos por convenção; se assim o fizermos, não estaremos senão com o artificialismo do pensamento e não mais com a própria realidade.” (ALVES; 2005, p. 260).

as regras da lógica dedutiva, partindo-se de premissas verdadeiras, a conclusão não pode deixar de ser verdadeira” (ALVES, 2005, p. 261), do contrário, ocorrendo a negação daquilo que está presente nas premissas, dá-se manifesta contradição.

Fulcra-se a analogia no estabelecimento de relações entre coisas, em decorrência da presença de uma relação de mera *semelhança e conveniência* entre elas, posto que o raciocínio é levado a determinada conclusão a partir da constatação de que se determinado predicado pertence a certo sujeitos, é *possível* que o similar também o tenha. Logo, não pode existir a certeza da dedução, aqui residindo muito do preconceito que lhe é dedicado, a partir das necessidades de certeza da lógica formal⁴. A analogia forma uma resultante evidentemente precária, lastreada no sopesamento entre identidade e diferença, a partir de critérios que são previamente eleitos para se efetuar tais comparações.

No curso da história do direito positivado, a partir da codificação napoleônica (1804), iremos perceber uma clara tendência em privilegiar-se o raciocínio formal no processo de interpretação e aplicação das normas, despontando aqui, pela própria eleição da norma como premissa maior, o pensamento de matriz dedutiva, calcada no silogismo, onde a conclusão a que se chega é inferida de outras, denominadas premissas ou antecedentes. O pensamento formalista busca resolver as disputas definindo os termos legais que incidem no caso, com vistas a incluir ou excluir os fatos que se relacionam com a premissa maior (o Estado de Direito, em última análise).

Os primeiros passos dos sistemas normativos contemporâneos foram marcados pelo excessivo apego ao texto legal. Nunca é demais lembrar que ainda na França napoleônica, o juiz não poderia ser mais do que a “boca da lei”. Mesmo hodiernamente, como bem observa Bobbio, o positivismo jurídico estabelece um limite intransponível à interpretação, tendo como marco o texto legal, ela é geralmente textual e, somente em caráter episódico, devidamente autorizado pelo próprio sistema, pode ser extratextual, mas nunca pode ser antitextual, nunca poderá ser antepor à vontade do legislador cristalizada na norma escrita (BOBBIO, 2006, p. 214).

Consolidaram-se assim na tradição jurídica, como ferramentas interpretativas textuais, o método gramatical (ou léxico), o teleológico (ou simplesmente lógico), o histórico e o

⁴ “...a Lógica formal não lida com a ambiguidade (com a poesia), com a incerteza material. Das coisas análogas nunca se poderá ter certeza absoluta, visto que se as coisas são semelhantes sob algum aspecto, nem sempre este aspecto predomina em determinadas circunstâncias. E se formos concluir de forma precisa ou exata, apenas pautados no que é idêntico entre coisas e semelhantes, estaremos, outra vez, dentro da possibilidade do estereótipo. É assim, por exemplo, que os argumentos jurídicos, calcados em apreciações das provas do mundo cotidiano, da linguagem comum, nunca poderão ser estritamente formais, sob pena de não apreendermos a verdadeira natureza da argumentação do direito, e, por consequência, das coisas humanas.” (ALVES, 2005, p. 262)

sistêmico. A analogia integra o grupo dos meios extratextuais de interpretação, sendo seu uso voltado os processos de integração do ordenamento jurídico, naqueles casos em que se apresenta uma lacuna patente no sistema, que se mostra impotente para apresentar, de forma simplificada por meio dos processos lógicos tradicionais, uma solução para o litígio. Karl Larenz distingue no procedimento analógico dois mecanismos distintos, adiante descritos, a analogia particular e a analogia geral, vejamos:

A transposição de uma regra, dada para uma hipótese legal, numa outra “semelhante” a ela, quer dizer, que se há-de considerar igual na sua valoração, denomina-se analogia *legis*; mais apropriada a esse respeito seria a expressão “analogia particular”, porque é aplicada “analogicamente” uma norma legal particular a uma situação de fato não regulada por ela. Dela se distingue tradicionalmente a denominada analogia *juris*; mais exata é a sua denominação como “analogia geral”. Aqui, de várias disposições legais que ligam idêntica consequência jurídica a hipóteses legais diferentes, infere-se um “princípio jurídico geral” que se ajusta tanto à hipótese não regulada na lei como às hipóteses reguladas. (LARENZ, 1997, p. 544).

O elemento que permite essa migração da utilização de uma norma para um caso não regulado, ou a filtragem, de diversas normas, de um princípio geral que irá regular um caso, não seria outro senão a *ratio legis*. É ela o parâmetro que nos serve de guia para o estabelecimento das semelhanças e distinções utilizadas para tal transposição, é a razão suficiente que simplesmente legitimaria, no plano lógico, o *argumentum a simile*. No dizer do velho brocardo romano: *ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositivo*.

No entanto, Carlos Maximiliano já advertia que essa *ratio* não poderia corresponder à vontade do legislador, como pensava Bobbio, mas sim no princípio lógico que inspira a noção de igualdade jurídica, a exigir que espécies semelhantes sejam reguladas por normas semelhantes (1993, p. 210). Ele mesmo ressalta que se trata de um procedimento a ser presidido com rigor lógico, evitando-se as semelhanças aparentes, de modo que a resultante é materializada “quando a frase jurídica existente e a que da mesma se infere deparam como entrosadas as mesmas ideias fundamentais” (MAXIMILIANO, 1993, p. 212).

Em Kelsen vamos encontrar um tratamento bem mais arrojado acerca do uso da analogia, ao reconhecer que o juiz, diante das circunstâncias autorizativas da integração, teria ampla discricionariedade e criaria para o caso direito novo, por isso tanta cautela do ordenamento jurídico em autorizar seu uso, diz ele:

Quando a ordem jurídica autoriza o órgão aplicador do Direito a aplicar *per analogiam* normas jurídicas vigentes, ela permite ao órgão aplicador do Direito um largo espaço de livre arbítrio dentro do qual esse órgão pode criar Direito novo para o caso sub iudice. Por isso, na Teoria Jurídica procura-se indicar este arbítrio do juiz como limitado, quando se assevera que o juiz precisa preocupar-se com o espírito da lei, se

ele aceita o fato *sub judice* como semelhante, ou de acordo, no essencial, com o fato típico determinado na norma a ser aplicada. (KELSEN, 1986, p. 345).

A ideia de um ordenamento jurídico universal e dos mecanismos necessários à sua integração passou para o sistema jurídico nacional, onde se pode ver que somente “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” (art. 4º, da Lei de Introdução do Código Civil), havendo no Código de Processo Civil dispositivo similar⁵.

Mesmo assim, boa parte dos positivistas não reconhece na prática analógica algo novo, a formação de uma lógica específica para o direito, mas sim um exercício de lógica formal aplicada ao direito. Isso porque o raciocínio analógico assume uma forma similar ao do silogismo tradicional, distinguindo-se por possuir o *quaternio terminorum*, ou seja⁶:

Raciocínio silogístico tradicional	Raciocínio por analogia expandido	Raciocínio por analogia simplificado
M é P	M é R	R é P
S é M	R é P	S é R
S é P	S é R	S é P
	S é P	(M é R, suprimido, é exatamente o ponto de partida para se fazer a comparação entre S e P)

Assim, para o formalismo jurídico e sua expressão maior, o positivismo, a libertação do esquema racional/formal é sobremaneira difícil. No entanto, para os realistas norte-americanos, a questão se resolve de maneira mais fácil. Acerca dessa corrente de pensamento jurídico estadunidense, afirma, sinteticamente, Huhn (2003, p.305), que se trata de uma análise entre fins e meios daquilo que se implica numa decisão judicial, no equilíbrio dos custos e benefícios de um determinado resultado. É um método de raciocínio jurídico que determina o que a lei é, e não invocando seus princípios legais categóricos, mas sim considerando as consequências prováveis do ato jurisdicional, ou seja, os tribunais não devem procurar uma

⁵ “Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.” (grifamos).

⁶ Os modelos aqui são extraídos de Bobbio (2006, p. 217), a respeito do raciocínio analógico, diz ele: “os homens são seres vivos, os seres vivos são mortais, os cavalos são seres vivos como os homens, portanto os cavalos são mortais. Para reduzir tal raciocínio à forma do silogismo é preciso eliminar um termo (e exatamente aquele do qual se parte para fazer o raciocínio por analogia”.

definição literal dos termos da lei, mas devem, antes, procurar cumprir os valores que a lei se destina a servir.

Dentre os realistas, decerto foi Cardozo aquele que apreendeu o significado do raciocínio analógico na prática forense. Diz ele que os juízes trabalham com um acervo de conhecimentos preconcebidos, base a partir da qual outros conhecimentos podem ser agregados, assim evoluíra o direito, a partir das demandas judiciais. Diz ele:

As implicações de uma decisão podem parecer pouco claras de início. Mediante comentários e exposições, as novas causas extraem-lhe a essência. Ao fim, emerge uma norma ou princípio que se torna um dado, um ponto de partida do qual novas linhas surgirão, novos cursos serão traçados. Às vezes, descobre-se que a norma ou o princípio foi formulado de maneira muito ampla ou muito estreita e precisa, portanto, ser reformulado. Outras vezes é aceito como postulado para um raciocínio; suas origens são esquecidas e ele se torna um novo tronco genealógico, sua prole se une com outras estirpes e continuam a permear o Direito. Pode-se dar a esse processo o nome que se queira: analogia, lógica ou filosofia. De qualquer modo, sua essência é a derivação de uma consequência a partir de uma norma, um princípio ou precedente que, aceito como um dado, traz implicitamente em si o germe da conclusão. Não uso aqui a palavra “filosofia” em nenhum sentido estrito ou formal. O método parte do silogismo, numa das pontas, para reduzir-se à mera analogia, na outra. Às vezes, a extensão de um precedente vai até o limite de sua lógica. Às vezes não chega tão longe. Outras vezes, por um processo de analogia, é levado ainda mais além. Trata-se de uma ferramenta que nenhum sistema de teoria de direito conseguiu descartar. (CARDOZO, 2004, p. 32-33)

Se assim o processo de formação do direito ocorre, então o raciocínio analógico ocupa uma posição bem mais ressaltada, muito além daquele “quartinho dos fundos” que lhe reservou o positivismo.

3 A ANALOGIA COMO COMPONENTE ESSENCIAL AO RACIOCÍNIO JURIDICO

Neil MacCormick aponta que em qualquer sistema jurídico o esquema de aplicação das normas não pode escapar da moldura que é estabelecida pelo silogismo padrão, este que correlaciona determinados *atos operativos* (FO) com certas *consequências normativas* (CN), isto é, “sempre que FO, então CN”. Isso começa a existir desde a montagem da petição inicial, passando pela defesa do réu, culminando com a decisão judicial, esta que finca sua justificação igualmente nesse formato.

Contudo, isso não elide o uso da prática argumentativa ao longo de todo o processo, pelo contrário, enfatiza ainda mais sua necessidade, isto porque tudo pode ser questionado, a partir mesmo daquilo que se tem por fato operativo. Como selecioná-lo? Teremos ainda determinada a mesma consequência normativa a partir daquele FO encontrado? Isso apenas como um ponto de partida, sem falar naqueles escopos estratégicos tão importantes para os

realistas ao emprestar relevância às consequências de uma decisão jurídica, pensando que antes de dar um formato silogístico ao comando sentencial, elejo aquilo que seria para mim, julgador, o resultado mais apropriado para aquele caso.

Em síntese, afirma aquele autor que embora o silogismo jurídico forneça a moldura para toda a argumentação jurídica que está implicada na aplicação do Direito, “os problemas que daí podem surgir, que requerem para sua solução o uso da argumentação em princípio não dedutiva (ou seja, retórica ou persuasiva), se apresentarão em um número limitado de formas” (MACCORMICK, 2008, p. 57).

De fato, os sistemas jurídicos modernos são construídos a partir do modelo silogístico, no entanto, a verdadeira questão está naqueles mecanismos que utilizamos para posicionar aquilo que entendemos por fatos operativos, ou suporte fático da pretensão, com o conseqüente normativo. Aqui entra o raciocínio analógico.

Scott Brewer, por exemplo, situa a analogia apenas na fase inicial do processo de descoberta do significado e alcance dos fatos e sua correlação com as normas de determinado sistema jurídico. Ele sustenta que geralmente se parte da abdução para se levantar uma hipótese normativa, semelhante ao que um cientista faz quando pretende resolver um problema sujeito à experimentação, baseando-se, aqui, nas concepções de Peirce a respeito do tema. Chega-se, pois a uma *norma que justifica uma analogia* (NJA) como um ponto de partida. Num momento posterior, a NJA é testada graças ao embate dos *argumentos que justificam a analogia* (AJA) e aqueles que lhes são contrários. Graças a tal procedimento dialético, acerta-se a NJA e pode-se, com razoável margem de segurança jurídica, aplicar a NJA (devidamente ajustada) ao caso concreto. Numa apertada síntese, aquilo que justifica a analogia é o seu embate com os AJAs.

No entanto, aquilo que se defende neste breve ensaio é a aplicação da teoria de Weinreb (2008) na prática judicial brasileira. E essa última afirmação, referente à incidência na prática nacional já representa um sintoma da opção ora manifestada, isso porque aquele autor sustenta a inaplicabilidade dos modelos interpretativos destinados à práxis forense com os demais, a exemplo daquele manejado por agentes do Estado que não têm por finalidade a fixação de normas jurídicas para a resolução de casos concretos⁷. Há mesmo, segundo ele, padrões de raciocínio jurídico que se alteram até mesmo de instância para instância,

⁷ O trabalho forense implica no conceito de raciocínio jurídico diverso, sendo aplicado por Weinreb exclusivamente naqueles casos de inferências utilizadas por advogados e juízes no curso de demandas judiciais. “A função judicial de um tribunal é determinar o resultado de uma controvérsia concreta e específica em todas as suas particularidades. Nesse sentido, ela é bem diferente da atividade legislativa, que, mesmo incitada por circunstâncias particulares, tem o objetivo de moldar uma norma de aplicação geral para todos os casos de certo tipo. É diferente também da atividade executiva, à qual cabe implementar determinado resultado num caso particular (WEINREB, 2008, p. 54).

considerando-se o grau de liberdade que detém o julgador, ressaltando que os magistrados das instâncias inferiores adotam um comportamento que se aproxima mais dos entendimentos consolidados do tribunal a que se vinculam, em relação às cortes constitucionais, decerto dotadas de uma maior discricionariedade ao enfrentamento das questões que lhes são submetidas. Porém, todos esses órgãos não podem fugir da sua atribuição essencial: resolver casos dotados de particularidades, com base em normas gerais de conduta. E esse traço peculiar abre espaço ao raciocínio analógico, em doses moderadas ou generosas, caso a caso, procedimento a procedimento.

O envolvimento do magistrado com a hipótese posta em julgamento já empresta uma nuance não sentida pelos demais. Ademais, Weinreb não distingue precedência entre as formas argumentativas formais e o raciocínio analógico⁸. No caso brasileiro, podemos afirmar que a comparação dos procedimentos trabalhistas pode nos apresentar decisões onde há uma carga maior de dedução e outros onde irá preponderar o raciocínio analógico, mas sempre em qualquer um deles, ao menos num grau ínfimo, este irá existir⁹. Para ele, raciocinar através da analogia é fundamental na prática jurídica e aduz que “longe de as analogias servirem somente para ilustrar ou salientar um argumento instrumental, tais argumentos feitos a partir de casos anteriores são usados para explicar por que a analogia é de fato boa; e é a analogia que, por sua vez, sustenta a confiança nos argumentos instrumentais” (2008, p. 43).

O trabalho desenvolvido num processo judicial, visando o acertamento de relações concretas, envolve uma série particularidades, dentre as quais despontam: a seletividade quanto aos fatos emergentes para o caso, feita desde o início pelas partes, visando ajustá-los aos padrões normativos e, do lado do julgador, a obrigação de produzir uma decisão calcada no direito vigente, hipótese em que também há um procedimento de seleção de fatos e dispositivos normativos, inspirados nas experiências passadas, mas essencialmente voltada para o futuro, isso sem qualquer garantia quanto ao acerto daquilo que se está fazendo. Predomina em todo o ciclo esforços almejando a *caracterização* de fatos e normas e sua *interpretação*, em busca de se obter uma explicação coerente para aquilo que se pretende marcar como posição (WEINREB, 2008, p. 59).

Nesse sentido, o raciocínio jurídico, embora se distinga do raciocínio prático em geral pelas razões acima descritas, em essência dele não difere, porque

⁸ “Não há ordem fixa de precedência entre o argumento analógico que corrobora a aplicação de uma norma e as razões da norma que são então reunidas em apoio à sua aplicação” (WEINREB, 2008, p. 72).

⁹ Não se livra sequer as situações em que estamos a lidar com a aplicação de normas penais, por exemplo, onde, embora vedada de aparecer formalmente nas decisões, a analogia comparece no enquadramento das normas jurídicas universais aos casos particulares.

O raciocínio analógico prático permite que uma pessoa tome providências ponderadas e alcance seus propósitos em uma variedade de coisas muito maior do que poderia se não o usasse. Sem a capacidade de raciocinar dessa maneira e basear suas ações nos resultados assim obtidos, a pessoa ficaria efetivamente imobilizada, exceto quando a semelhança entre um problema presente e uma experiência passada fosse tão grande que, para todos os efeitos, eles fossem considerados o mesmo problema. (WEINREB, 2008, p. 50).

Ou seja, a formulação de uma regra de decisão e de ação, precisamente quanto ao raciocínio prático, é lastreada em nossas experiências passadas em relação a casos semelhantes, do contrário, sempre que nos deparássemos a situações aparentemente distintas, somente poderíamos ultrapassar a inércia a partir de uma sequência de experimentos controlados que nos levassem certeza quanto aos resultados esperados. Geralmente elegemos uma hipótese e, ato contínuo, testamos a conduta que entendemos necessária, esperando que dali saia o resultado esperado conforme experiências anteriormente acumuladas.

Com efeito, o procedimento de concretização dos efeitos de uma norma implica no crescente afunilamento dos padrões gerais estabelecidos nas leis para as especificidades da realidade posta sob análise. Nesse caminhar, nem sempre se mostram unívocos os parâmetros legais (aliás, bem ao contrário). Weinreb baseia o uso da analogia do direito, de maneira ínsita, a partir da pobreza que o texto normativo apresenta diante da explosão de nuances que a vida real nos oferece. Haverá um momento onde termina a convergência entre o direito e os fatos, arrematando:

[...] em algum ponto do argumento o conteúdo das normas se esgota e a aplicação clara do direito ao fato titubeia. Tendo que dar conta de todos os fatos nos seus detalhes específicos, e tendo que encaixá-los numa norma jurídica, o advogado ou o juiz vai recorrer ao raciocínio analógico para decidir se, levando tudo em consideração, os fatos se assemelham mais aos fatos regidos por uma norma ou pela outra, efetiva ou hipoteticamente. (WEINREB, 2008, p. 67).

Esse processo de escolha efetuado pelo julgador jamais poderá ser retratado de maneira absolutamente segura, destacando-se que quanto maior o distanciamento dos fatos à norma, maior será o uso da analogia¹⁰. No entanto, é possível especificarmos certos elementos que ajudam o juiz nessa tarefa de seleção.

A exemplo do raciocínio prático, a experiência acumulada conta bastante. Quanto maior for a preparação do juiz num determinado nicho do direito, maior será sua capacidade

¹⁰ “A infundável variabilidade do cotidiano, aliada ao desenvolvimento de novas tecnologias, às descobertas das ciências naturais e às mudanças nos contextos político e social, apresenta novas questões nunca vistas antes, que pedem novas distinções ou revisões de distinções feitas anteriormente. A racionalização do direito é um processo contínuo, que não atinge jamais a clareza e a estabilidade de um sistema dedutivo. As motivações e as experiências do homem são mutáveis demais para isso.” (WEINREB, 2008, p. 82).

para formular as distinções necessárias que o caso requer. Isso inclui também a própria experiência profissional, o tempo de exercício da carreira e até mesmo seu grau de aprofundamento não apenas no espaço limitado de sua atuação, mas noutras searas do conhecimento humano.

Por outro lado, o exercício do raciocínio analógico não pressupõe uma ruptura do dogma da hierarquização do sistema jurídico. Pelo contrário, a presença de um sistema jurídico que se organiza de maneira hierárquica (nos moldes do positivismo clássico) possibilita que dele se extraiam, à medida que o tempo passa, princípios gerais que permitem o estabelecimento de analogias, pois, “embora as normas não amparadas pelo raciocínio analógico sejam impotentes, também é verdade que, sem um corpo de normas relativamente estável e coerente, o raciocínio analógico não teria propósito” (WEINREB, 2008, p. 80), daí porque uma das tarefas realizadas por todos aqueles que constroem tanto a jurisprudência quanto a dogmática, é justamente promover o ajuste de casos ao modelo hierárquico (e aos critérios de pertinência dele extraídos).

De tudo aquilo dito até então, podemos concluir, ao menos preliminarmente, que ao contrário dos formalistas, o argumento analógico não aparece no procedimento de descoberta ou justificativa apenas em caráter preliminar, ele permeia todos os momentos dessa atividade, deixando rastros cuja intensidade aumenta ou diminui de conformidade com as exigências dadas pelo modelo procedimental desenhado para as demandas. Assim, dependendo do tipo de procedimento, o pensamento analógico aparece na fase de apreciação dos fatos e na interpretação das conclusões normativas ou apenas num desses momentos. Daí a dificuldade em se estabelecer uma teoria que pretenda explicar todo o mecanismo escondido detrás do ato de julgar. Vejamos como se comporta o uso do argumento analógico no âmbito do processo do trabalho, tomado como objeto deste estudo.

4 RACIOCÍNIO ANALÓGICO NA PRÁTICA DECISIONAL TRABALHISTA

No âmbito da teoria da prova civil, há duas maneiras do magistrado chegar aos elementos de convicção: direta ou indiretamente. Os casos de obtenção direta são raros, geralmente quando o juiz participa, por exemplo, de uma inspeção. Mais comum é a colheita indireta, pela qual “o conhecimento dos fatos não advém da percepção sensorial direta, mas depende de uma fonte de representação ou de um fato intermediário, que pode ser um documento ou uma declaração de ciência” (CAMBI, 2006, p. 357). As chamadas provas

indiretas podem ser históricas (conhecidas também por representativas) “e/ou” críticas (também chamadas de lógicas).

Na verdade, o uso duplo do conectivo “e/ou” quando se fala de provas históricas e críticas tem razão de ser porque aquilo que foi obtido por um meio histórico (representativo), a exemplo da colheita de um depoimento de testemunha ou da parte, pode ser submetido a uma análise lógica. A questão primeira que se estabelece aqui está justamente nessa operação lógica, considerando sua natureza, posto ser prevalecente a ideia que a distinção de uma para outra está posicionamento da dedução praticada pelo juiz em sua operação de coleta. Na prova histórica a dedução se opera antes, ao delimitar-se aquilo que será objeto de prova, enquanto que na prova lógica, a dedução se opera depois, visado correlacionar o fato representado com a realidade (CAMBI, 2006, p. 358-359). O que preconizamos aqui diverge dessa visão, pois essa “dedução” simplesmente não existe. Há, sim, tanto na fixação do tema da prova quanto em sua avaliação, a predominância do raciocínio analógico, seja escorado naquelas concepções de vida magistrado, sua experiência profissional acerca daquilo que ordinariamente acontece em processos similares, bem como frente a jurisprudência existente relacionada ao objeto da demanda.

Centremos nossa atenção para o procedimento que é a espinha dorsal do processo trabalhista, o rito dito ordinário, sem perder de vista uma derivação mais simples, o rito sumaríssimo.

Uma peculiaridade importante para aquilo que iremos destacar neste ponto tem natureza histórica. Atrela-se ao surgimento da Justiça do Trabalho como órgão destinado à solução de conflitos decorrentes do trabalho. Ontologicamente, segundo experiências havidas na Europa, os primeiros tribunais do trabalho nascidos no Brasil continham a presença de leigos compartilhando a atividade cognitiva, a exemplo dos Tribunais Rurais criados pela Lei Paulista nº 1.869, de 10 de outubro de 1922, compostos pelo juiz da comarca, juntamente com dois membros, um indicado pelo locador dos serviços e outro pelo locatário, eis que sua competência era restrita à matéria tal tipo contratual, envolvendo a mão-de-obra estrangeira. Em 1932, surgem, no plano administrativo, vinculadas ao Ministério do Trabalho, as Juntas de Conciliação e Julgamento e as Comissões Mistas de Conciliação, igualmente dotadas de aspecto paritário, congregando representantes dos trabalhadores e dos patrões, germe da Justiça do Trabalho.

A presença dos leigos auxiliando no processo de cognição e decisão continuou a ser justificada quando da migração desses organismos administrativos para o âmbito da organização judiciária brasileira por duas razões: uma de natureza ideológica, pregando-se uma

aparente possibilidade pacificação do conflito de classes, a partir da presença paritária no órgão julgador, atuando harmonicamente; bem assim sob outro argumento de que os representantes classistas, pela vivência com o mundo do trabalho, poderiam auxiliar o juiz togado no esforço de adequar o direito ao caso concreto, graças às suas experiências profissionais acumuladas.

Embora a figura da representação classista tenha recebido sentença de morte na estrutura organizacional da Justiça do Trabalho em 1999, com a Emenda Constitucional 24, o sistema jurídico ainda permanece permeado de disposições que valorizam o uso do senso comum profissional para o deslinde das questões. Mas é curioso notar que no início da CLT existe disposição colocando a analogia como critério supletivo, muito embora, na parte final desse mesmo dispositivo, exige-se que se tenha quando da decisão um sopesamento não alcançável pelo uso meramente formal. Estamos falando do art. 8º daquele diploma, assim posto:

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

Bem se vê que a harmonização do interesse particular ao interesse público é uma diretiva que deve anteceder todo o processo de aplicação do direito do trabalho, tendo o artigo sido construído de maneira inversa, a prevalência do público sobre o privado é premissa na concreção. No entanto, isso somente será atingido pelo uso do raciocínio analógico, conforme veremos adiante.

Mas é interessante notar que quando se fala na CLT de dissídio contendo a fixação de salários, o próprio sistema protetivo alarga a margem de discricionariedade do órgão judicante, como se vê no art. 766: “Nos dissídios sobre estipulação de salários, serão estabelecidas condições que, assegurando justos salários aos trabalhadores, permitam também justa retribuição às empresas interessadas”. A “justa” relação de que trata este dispositivo somente pode ser alcançada por comparação, indicando a necessidade do raciocínio analógico, na forma que estamos a preconizar.

Já quando aquela codificação trata do procedimento denominado de sumaríssimo (introduzido na CLT por meio da lei nº 9.957/2000), cujo traço principal seria uma simplificação do rito ordinário, com vistas a encurtar o prazo de tramitação, inserem-se dois dispositivos que discrepam do formalismo tradicional. São eles:

Art. 852-D. O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, considerado o ônus probatório de cada litigante, podendo limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias, bem como para apreciá-las e dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica.

Art. 852-I. A sentença mencionará os elementos de convicção do juízo, com resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência, dispensado o relatório.

§ 1º O juízo adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e as exigências do bem comum.

Ora, como entender a expressão “regras de experiência comum ou técnica” ou adotar uma decisão que se repute “mais justa e equânime”? Com o uso da analogia.

No entanto, poderíamos objetar que nesses casos o próprio ordenamento jurídico permite que o julgador aja dessa maneira, o que não quebra aquilo preconizado pelo positivismo clássico, no sentido do caráter supletivo do uso da analogia. Porém, há que se perceber que o processo foi concebido para emprestar efetividade ao direito do trabalho, este que deve acompanhar, na medida do possível, todas as transformações havidas continuamente no mundo da produção de bens e serviços, regulando as relações que daí surgem, com vistas a atender o imperativo de todo o sistema jurídico, qual seja, dar um mínimo de segurança aos cidadãos.

O mesmo poderia ser dito, por exemplo, daqueles procedimentos que versam sobre direito do consumidor ou ambiental. Nessas hipóteses, o uso da analogia permeia o ato de julgar, pois sobreleva-se tanto a questão fática quanto a jurídica.

Destaque-se, ainda, que na busca de se uniformizar a aplicação do direito do trabalho em âmbito nacional, gradualmente formou-se um sistema paralelo de precedentes jurisprudenciais, que servem não apenas para auxiliar os julgadores, mas também revestem-se, em algumas situações, de limites para o uso das instâncias recursais, como no caso das súmulas vinculantes e das impeditivas de recurso. Tanto a vertente fática quanto a jurisprudencial presidem, atualmente, a maioria dos processos que tramitam na justiça especializada do trabalho, que adotam tanto o procedimento ordinário quanto, mais intensamente, no rito sumaríssimo.

4.1 Análise fática das relações de trabalho: a prática forense e a experiência de vida

Começemos pela própria caracterização da relação de emprego, do contrato de trabalho, tema que pode ser objeto de questionamento prejudicial nas demandas trabalhistas, na qual terá o julgador que se posicionar se na hipótese posta a julgamento existe ou não um contrato de trabalho, em contraposição a outras formas não tuteladas pela CLT, a exemplo de do trabalho autônomo ou de uma empreitada civil.

O artigo 2º da CLT apresenta a necessidade do preenchimento de pressupostos fáticos necessários à caracterização do contrato de trabalho, quais sejam, sinteticamente, a pessoalidade, a onerosidade, a não-eventualidade e a subordinação. Esses elementos são esmiuçados à exaustão tanto pela doutrina, seja no aspecto conceitual mas, principalmente, a partir de exemplos práticos de como se dá a caracterização de cada um deles. O mesmo ocorre com a jurisprudência, construída a partir de certos casos paradigmáticos, especialmente quando se trata de afastar o vínculo de emprego, como nos casos do trabalho voluntário ou daquele movido por motivo religioso (capelão ou pastor de igreja, por exemplo).

Ou seja, quando se trata de enfrentar tema relativo à presença ou não de um pacto de emprego, o primeiro passo a ser tomado é comparar o caso com outros similares que foram julgados, na instância de origem ou em instâncias superiores. Atuamos já, desde o início, no terreno da comparação, estabelecendo igualdades e distinções, frente o sistema jurídico. Uma vez não excluída a presença da relação contratual, passa-se ao enfrentamento ainda do funcionamento do contrato, a partir daquilo que ordinariamente acontece, buscando-se, inclusive, o sentimento que preside as partes ao longo da execução do contrato, a pesquisa do *animus contrahendi*. Nesse passo, entram em cena as tais presunções daquilo que ordinariamente acontece (ditas *hominis*) e as máximas de experiência, que servem para guiar o julgador quando da análise das provas colhidas do caso, particularmente o dito nos depoimentos.

Aqui vai mais um elemento importante para a presença do raciocínio analógico, pois o processo de análise das provas ditas orais, depoimentos de partes, testemunhas, peritos etc., faz-se, de ordinário, através da analogia, mediante a comparação daquilo que foi dito, seja no processo e, muitas vezes (no processo do trabalho trata-se de prática cada vez mais recorrente), do uso da prova emprestada, coligindo-se aos autos depoimentos das partes colhidos noutros processos, ou mesmo de casos similares, para fins de uma melhor compreensão do caso.

Também é de interesse notar que os casos submetidos a julgamento geralmente não se apresentam com alto grau de ineditismo, pelo contrário. No Brasil, tendo-se em mente a pouca cultura acerca da coletivização das ações, a regra é a pulverização das microdemandas, que se disseminam em escala local, regional e até nacional (a depender, óbvio, do porte da empresa geradora dos conflitos individuais). E o cotidiano dos tribunais trabalhistas revela essa repetição de demandas, a implicar na sua comparação com casos similares, até mesmo para se evitar julgamentos discrepantes, o que fragilizaria o princípio isonômico, presente na raiz na ideia de segurança jurídica. Geralmente, os advogados ao proporem as demandas já fazem referência a outros casos enfrentados pelo judiciário trabalhista, invocando igualdade, uma vez que o

suporte fático é o mesmo, e não raro é encontrarmos sentenças e acórdãos que, em sua fundamentação, adotam como suas as “razões de decidir” de outro juízo, abreviando sua argumentação, mas que foram construídos a partir do uso da analogia.

4.2 O papel dos precedentes: o *common law* à brasileira e o uso analógico

É perceptível o fenômeno, em escala global, da flexibilização entre os limites que separavam os modelos de sistemas jurídicos de *civil law* e *common law*, cujos efeitos manifestam-se de maneira igual sobre o plano do ordenamento judiciário e do direito jurisprudencial. Esse cenário decorre especialmente da mudança ocorrida no papel do direito e do Estado na sociedade moderna, com a implantação do *Welfare State*, bem como do alargamento do papel do judiciário, que passou a ser visto como instituição fundamental à efetivação de direitos (CAPPELLETTI, 1999, p.124-134).

O sistema jurídico brasileiro, herdeiro do *civil law*, não fica imune ao movimento de convergência com o *common law*, e as transformações que o mesmo vem passando já resultam num misto muito particular. Seja pela “utilização cada vez mais corrente de decisões jurisprudenciais como fonte de aplicação do direito” (NUNES *et al*, 2013, p.633) ou pelo alargamento da competência do Supremo Tribunal Federal, assim como a possibilidade de editar Súmulas Vinculantes, ou ainda pelo institutos previstos no Código de Processo Civil vigente (1973), a exemplo da súmula impeditiva de recurso (art.518 §1º), das técnicas de Repercussão Geral e Recurso Repetitivo (art. 543-A, B e C), da competência do relator de prover e de negar seguimento a recurso (art. 557), do incidente de uniformização de jurisprudência (art. 476 a 479) e, no caso da disciplina procedimental trabalhista, da figura da transcendência recursal no caso trabalhista (CLT, art. 896-A), embora ainda não regulamentada. Todas elas tendo sempre como norte a geração de um julgamento igualitário, a partir de padrões decisórios.

Contudo, merece destaque que essa “padronização decisória é dimensionada somente para a resolução quantitativa das demandas seriais” (NUNES *et al*, 2013, p. 641). É precisamente neste sentido que se passou a adotar no ordenamento jurídico pátrio, um modelo muito peculiar de aplicação de “precedentes” como fonte do direito, baseado na aplicação de julgados isolados e súmulas. Conforme aduzem Dierle Nunes, Rafaela Lacerda e Newton Miranda (2013, p.180,181), a prática e a experiência brasileira da utilização dos precedentes vem se mostrando em desacordo com aquela dos países de tradição do *common law*, com

frequente confusão conceitual na aplicação de “súmulas”, “jurisprudência”, “julgados” e “precedentes”.

No contexto da prática jurídica do nosso país, apesar da existência de variados tipos de litigiosidade (individual, coletiva, serial), o poder Judiciário, sobrepõe suas teses abstratas aos fatos, na forma de “standards interpretativos”, abstraindo-se das especificidades inerentes ao caso, numa tentativa, nem sempre vitoriosa, de uniformização de jurisprudência a partir da identificação entre teses de casos presentes e pretéritos (NUNES *et al*, 2013, p. 636). Dessa forma, alertam Dierle Nunes, Alexandre Bahia, Bernardo Ribeiro Câmara e Carlos Henrique Soares (2013, p.637):

Assim, preserva-se a igualdade quando, diante de situações idênticas, há decisões idênticas. Entretanto, viola-se o mesmo princípio quando, nestas mesmas hipóteses (de situações “idênticas”), aplica-se, sem mais, uma “tese” anteriormente definida (sem considerações quanto às questões próprias do caso a ser decidido e o paradigma): aí há também violação à igualdade, nesse segundo sentido, como direito constitucional à diferença e à singularidade. Nesses termos, a temática se torna mais complexa, uma vez que não é mais possível simplificar a questão almejando tão só resolver o problema da eficiência quantitativa, tendo como pressuposto uma interpretação desatualizada do que representa a atual concepção de igualdade; até porque isonomia e diferença seriam cooriginários na formação da igualdade.

Vale lembrar que no caso do processo do trabalho já convivemos com um sistema de jurisprudência consolidada, com vistas a suprimir instâncias recursais, baseada em súmulas do TST (e de tribunais regionais), dentre outras figuras utilizadas nesse sentido, a exemplo das orientações jurisprudenciais das Seções de Direitos Individuais e de Direitos Coletivos daquela corte superior (OJs). Mesmo antes da chegada do novo CPC, encontramos um acirramento dessa técnica de eliminação em massa de demandas a partir da vigência da Lei 13.015, publicada em 27 de julho de 2014, com o nivelamento do processamento recursal, no âmbito do TST, ao que se pratica já no STJ ou STF, a partir do incidente de demandas repetitivas.

Tudo isto acarreta numa nova compreensão dos princípios que norteiam o nosso sistema jurídico. A igualdade passa a ser vista como isonomia frente ao direito e não apenas frente a lei, posto que não se pode ter, diante de uma mesma situação concreta, posicionamentos estatais divergentes; a segurança jurídica se transforma no respeito às situações consolidadas no passado, às legítimas expectativas surgidas, bem como às condutas adotadas a partir de um comportamento presente; o contraditório, por fim, precisa ser visto como direito de participação na construção da norma jurídica, na sua dimensão individualizada e geral (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2014, p.399-402).

Por outro lado, faz-se necessário uma alteração substancial na forma com que encaramos a padronização das decisões. Isso porque, atualmente, quando um órgão julgador resolve uma

questão pela aplicação de uma súmula, a faz de forma mecânica, a partir de um enunciado geral, abstrato, em total desconexão com as questões e debates que lhe deram origem (NUNES *et al*, 2013, p.648; NUNES; LACERDA; MIRANDA, 2013, p.197). A maneira com que aplicamos súmulas, incluídas aqui as vinculantes, é diametralmente oposta àquela deve ser utilizada na aplicação de um precedente, reflexo da própria definição dos dois institutos.

Observe-se que enquanto súmula é definida como “(...) enunciado numerado e publicado que sumariza a jurisprudência dominante de dado tribunal sobre aquele tema específico” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2014, p.404)”, o precedente é “a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2014, p.381). E a obtenção desse “núcleo essencial”, da *ratio decidendi*, passa pela confrontação de decisões, da busca por aquilo que há de comum ou distinto entre elas, porta aberta ao uso do raciocínio analógico.

Percebe-se, igualmente o aumento do prestígio da análise fática em detrimento da análise de teses, com o intuito de relacionar a possível solução encontrada, com as especificidades do litígio (e aqui, conforme se viu no item precedente, também já há prática da analogia no descobrimento dos ajustes dos fatos às consequências normativas). Ressalte-se que “nem em países nos quais é tradicional o uso de precedentes pode haver sua utilização mecânica, sem a reconstrução do histórico de aplicação decisória e sem se discutir sua adaptabilidade” (NUNES *et al*, 2013, p.638).

Duas das marcas registradas do processo de decisão pautado no uso de precedentes são a *consistência* e a *certeza*, alicerçadas na doutrina do *stare decisis* que se deve tratar da mesma forma os casos similares (*treat like cases alike*) (BAILEY *et al*, 2007, p.474,475), ou seja, *o julgador deve se perguntar como os casos análogos posteriores foram decididos*. Em um sistema jurídico de *common law*, nos moldes ingleses, uma proposição determinada ou derivada de um caso A é vinculante em um caso B se:

(1) é um argumento de direito; (2) faz parte da *ratio decidendi* do caso A; (3) o caso A foi decidido numa corte cujas decisões são vinculantes para o juízo que está decidindo o caso B; (4) não há nenhuma diferença relevante entre o caso A e o B que permita uma distinção¹¹. (BAILEY *et al*, 2007, p. 475, em tradução nossa).

¹¹ No original: “Under English system, a proposition stated in or derived from case A is binding in case B if: (1) it is a proposition of law; (2) it forms part of the ratio decidendi of a case A (the reason or ground upon which the decision is based); (3) Case A was decided in a court whose decisions are binding on the court that is deciding case B; and (4) there is no relevant difference between cases A and B which renders case A “distinguishable””

Se uma decisão pode vincular um órgão decisório, seja ele o juiz singular ou tribunal, é imperativo que haja algum modo racional de determinar qual parte do precedente é vinculante. Daí a doutrina dividir o precedente entre *ratio decidendi* e *obiter dicta*, ressaltando-se que tal contraposição é imprecisa, sendo foco de inúmeras correntes de interpretação, visando a identificação do significado formal das suas partes, para que seja possível extrair o efeito vinculante (MARINONI, 2013, p.221).

O primeiro elemento, a *ratio decidendi*, é a parte da decisão com capacidade de obrigar o processo de decisão de um tribunal posterior (BAILEY *et al*, 2007, p.477), a depender da posição que ocupe na sistemática dos tribunais, sendo definida como “fundamentos jurídicos que sustentam a decisão; a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi; trata-se da tese jurídica acolhida pelo órgão julgador no caso concreto” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2014, p.381).

Já as *obiter dicta* não obrigariam, apesar de deterem certa autoridade persuasiva (WHITTAKER, 2008, p.49,50), posto que seriam proposições constantes da decisão que não são necessárias ao resultado do caso ou da questão, como por exemplo àquelas relativas às alegações que nenhuma das partes arguiu, declarações acerca de fatos hipotéticos e questões que o julgado não está de fato decidindo (ATAÍDE JR, 2012, p.86). Todavia, embora tais proposições não sirvam como precedente, por assim dizer, elas não podem ser desprezadas, pois, podem representar uma futura orientação do tribunal, por exemplo (DIDIER JR. *et al*, 2014, p.384).

Simon Whittaker (2008, p.50), ainda fazendo diferenciações acerca das partes do precedente, assevera que a *ratio* de um caso traçaria as proposições de direito discutidas na sentença com os fatos e reclamações das partes. Isso significaria que a análise acerca dos fatos de um caso compõem algo que excede um simples contexto (estas, como dissemos, já moldadas por um prévio juízo analógico), tendo uma função decisiva na determinação da força futura do processo, de modo que a obrigatoriedade de um precedente reconhece a particularidade inerente a todo desenvolvimento jurídico efetuado no curso do litígio, no qual os juízes tem em mente as circunstâncias e o resultado do pleito que conhecem¹² (WHITTAKER, 2008, p.50).

¹² No original: “esto significa, primero, que los hechos de un caso componen algo que excede com mucho um simple contexto: ellos juegan una función decisiva al determinar la fuerza futura del proceso. Asi, la fuerza obligatória del precedente reconoce la particularidade inherente de todo desarrollo jurídico efectuado em el curso del litígio, en el cual los jueces tienen em mente las circunstancias y, puede decirse, el resultado deseado del pleito de que conocen”

Observe-se que para os próprios juízes “common lawyers” tal distinção apresenta alto nível de imprecisão. Seja pela possibilidade de excesso de *rationes* como acontece, por exemplo, quando há causas de pedir cumuladas (ATAÍDE JR, 2012, p.75), ou pela sua ausência (BAILEY *et al*, 2007, p.481,482); seja pelo fato de que em certos casos a *obiter dictum* pode ter efeito persuasivo de intensidade tão forte quanto à do efeito obrigatório particular à *ratio decidendi*¹³ (MARINONI, 2013, p. 235), ou ainda pela incerteza quanto a quem definiria a *ratio decidendi* (se o órgão que instituiu o precedente ou o que o está analisando), posto que o seu escopo só poderia ser determinado ou determinável após decisões posteriores (STONE, 1959, p.607). Assim, não há um procedimento de caminho reto, tão seguro assim, o que simplesmente potencializa a prática analógica, a partir da eleição, tanto pelos advogados quanto (mais especialmente) pelos juízes, dos critérios que irão presidir aquilo que é efetivamente relevante para se traçar os contornos daquilo é semelhante para fins da utilização dos precedentes. Isto é, a prática retórica persiste, sob o pálio de um rígido sistema de limitação recursal.

5 CONCLUSÃO

Nossa pretensão ao formular o presente ensaio foi, em apertada síntese, reposicionar o papel do raciocínio analógico no âmbito da teoria da decisão, destacando os efeitos daquilo que isso pode acarretar.

Com efeito, o uso da analogia na prática forense, por advogados e juízes, hodiernamente, representa, ao invés de exceção, uma regra. E o Brasil não fica apartado de tal perfil, haja vista que há algumas décadas vem construindo um modelo que mescla as características de um sistema normatizado com a análise de precedentes judiciais.

Embora a ênfase que aqui se dá a analogia não implique numa negação do uso das práticas da lógica formal na prática judicante, o fato é que a analogia já participa, com cargas variantes, desde o contexto de descoberta do significado normativo, da interpretação e seleção dos fatos relevantes ao caso, bem no procedimento de justificação das decisões judiciais, sinalizando que se está aplicando ao caso concreto ao menos com uma aparência de segurança, de coerência e da integridade de um determinado sistema jurídico.

Essas “cargas” que se dividem entre a utilização dos argumentos típicos da chamada lógica formal (a dedução e a indução) em contraponto com o raciocínio analógico, igualmente

¹³ Cf. HOUSE OF LORDS. **Perry v. Kendricks Transport**. [1956] WLR 85. Disponível em: << <http://www.e-lawresources.co.uk/cases/Perry-v-Kendricks-Transport.php>>> Acesso em: 30 maio 2014 .

passam a representar fio condutor e ao mesmo tempo elemento de distinção entre os diversos procedimentos. Existem alguns mais restritos, com forte carga de deducionismo, ao passo que outros, mais maleáveis e, por conseguinte, capazes de emprestar aos juízes uma margem alargada de discricionariedade, permissivos ao uso de juízos que priorizam a probabilidade, ao invés da certeza. A partir da analogia, podemos identificar como os procedimentos se ajustam e servem de instrumento ao direito que visam efetivar, pois já na norma de base começam a ser construídas as categorias mais ou menos rígidas no sentido argumentativo.

Enfim, ao reconhecer-se essa importância à analogia, nada mais se faz senão prestigiar aquilo que acontece no mundo real, no cotidiano das pessoas normais, que agem de conformidade com suas experiências acumuladas, inferindo a partir de distinções e semelhanças, frente a situações problema. É trivial do homem correlacionar, comparar resultados e deles extrair uma conclusão verossímil que pautar sua ação, fato este indissociável da prática judicante, por mais científica que pareça. E, à guisa de fecho, voltemos a Esopo (2001, p. 84):

Um astrônomo gostava de fazer passeios noturnos para olhar as estrelas. Certa vez ia tão distraído que caiu num poço. Enquanto tentava sair, seus gritos de socorro atraíram a atenção de um homem que passava. Ao ser informado do que havia acontecido, o homem riu e disse: - meu bom amigo, tanto o senhor se esforçou para olhar o céu que não lembrou de olhar o que tem embaixo dos pés!

É fácil deixar de ver o óbvio.

REFERÊNCIAS

ALVES, Alaôr Caffé. **Lógica: pensamento formal e argumentação: elementos para o discurso jurídico**. 4ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal**. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

BAILEY, S.H *et al.* **The modern english legal system**. London: Thomson Sweet & Maxwell, 2007, 5. Ed.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone Editora, 2006.

BREWER, Scott. Exemplary Reasoning: semantics, pragmatics, and the rational force of legal argument by analogy. **Harvard Law Review**, 109, pp 923,924 (1996).

CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARDOZO, Benjamin N. **A natureza do processo judicial**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: JusPodivm, 2014. V. 2. 9. Ed.

ESOPO. **Fábulas de Esopo** (Russell Ash e Bernard Higon comp.). São Paulo: Companhia das Letrinhas, 2001.

HOUSE OF LORDS. **Perry v. Kendricks Transport**. [1956] WLR 85. Disponível em: <<http://www.e-lawresources.co.uk/cases/Perry-v-Kendricks-Transport.php>>. Acesso em: 30 maio 2014.

HUHN, Wilson. The Stages of Legal Reasoning: Formalism, Analogy, and Realism, **Vill. L. Rev.** 48. 305 (2003).

KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, 3. Ed

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 13ed Rio de Janeiro: Forense, 1993.

NUNES, Dierle *et al.* **Curso de Direito Processual Civil: fundamentação e aplicação**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

NUNES, Dierle; LACERDA, Rafaela; MIRANDA, Newton Rodrigues. O uso do precedente judicial na prática judiciária brasileira: uma perspectiva crítica. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 62, pp. 179-208, jan./jun. 2013.

STONE, Julius. The ratio of ratio decidendi. **The Modern Law Review**, n. 6, vol. 22, pp. 597-620, nov. 1959.

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

WHITTAKER, Simon. El precedente en el derecho inglés: una vision desde la ciudadela. **Revista Chilena de Derecho**. Santiago, n.1 v.35, pp. 37-83, 2008 Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372008000100003>>. Acesso em: 10 fev. 2014.