VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

FILOSOFIA DO DIREITO

MARIA CRISTINA VIDOTTE BLANCO TARREGA

MARIA CLARA CALHEIROS

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

F478

Filosofia do direito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UMinho

Coordenadores: Maria Clara Calheiros; Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-491-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial - Atualização e Perspectivas

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Pensamento jurídico. 3. Justiça Social. VII Encontro Internacional do CONPEDI (7. : 2017 : Braga, Portugal).

CDU: 34

Universidade do Minho
Escola de Direito
Centro de Estudos em Direito da União Europeia

CONPEDI

VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

FILOSOFIA DO DIREITO

Apresentação

A coletânea que se apresenta ao leitor é o conjunto de textos expostos e debatidos no Grupo de Trabalho de Filosofia do Direito, do VII Encontro Internacional do CONPEDI, ocorrido na Universidade do Minho, na cidade de Braga, em Portugal. O Grupo propôs-se a apresentar um panorama histórico da filosofia do direito, tratando de temas como humanismo jurídico, juspositivismo e jusnaturalismo, direito e justiça, direito e ideología, direito e fraternidade, direito e linguagem, principais correntes do pensamento jurídico contemporáneo, hermenéutica, crítica do direito, conhecimento extra-lógico do direito, filosofia do direito no Brasil, dimensões éticas e políticas do direito.

Contou com a apresentaçao e o debate de sete trabalhos que contemplaram diferentes correntes de pensamentos, textos esses escritos por autores originários de universidades brasileiras. Conforme a ordem aquí estabelecida para a publicaçao, os primeiros trabalhos analisam sistemas de pensamento, seguidos de reflexoes que tratam de abordagens filosóficas aplicadas a questoes de democracia e direitos humanos.

Sob o título de A essência da lei e a diversidade das leis: diálogo entre os paradigmas de São Tomás e Habermas, José Marcos Miné Vanzella , Lino Rampazzo refletem sobre a temática da essência da lei e da diversidade das leis, a partir do pensamento de São Tomás de Aquino. Discutem como elementos conceituais apresentados por São Tomas, continuam presentes no pensamento de Habermas e as suas modificaçoes para justificar as ordens jurídicas atuais. Consideram os autores as circunstâncias de um teólogo que faz filosofia metafísica numa sociedade teocêntrica, e, de outro, um filósofo contemporâneo agnóstico que desenvolve a teoria do agir comunicativo em diálogo com a cultura atual.

No artigo “A História do mundo e desenvolvimento do direito: contribuição da filosofia de Hegel”, a autora Cristina Godoy Bernardo de Oliveira e o autor Rafael Meira Silva analisam a contribuição da filosofia hegeliana para se compreender a conexão da história com o desenvolvimento do conceito de direito e justiça. Verificam, no pensamento de Hegel, como aspectos norteadores a liberdade e a tolerância, considerando que para o pensador a concretização da consciência depende da diferença e do outro.

No texto “Hermenêutica analógica: uma heterodoxia ortodoxa nos limites (nem sempre textuais) do estado democrático de direito”, Mauricio Martins Reis apresenta a hermenêutica analógica, na perspectiva do pensador mexicano Jesús Antonio de la Torre Rangel, explicando como ela permite intensificar o que denomina militância crítica pela normatividade dos direitos humanos e sua acolhida diante da premente necessidade de efetivaçao deles. O autor procura trazer a interface da hermenêutica analógica com a restauração da filosofia prática no novo positivismo e no neoconstitucionalismo, considerada a perspectiva jurisprudencialista do jurista português Castanheira Neves.

Em “Controle de constitucionalidade e democracia: o debate entre Jeremy Waldron e Ronald Dworkin”, Débora Caetano Dahas enfoca o debate Waldron-Dworkin sobre o controle de constitucionalidade, considerando que para Dworkin importa o resultado no modelo democrático, sendo o controle de constitucionalidade instrumento importante para o exercício e a manutenção da democracia. A Autora apresenta a crítica de Waldron à visão de Dworkin sobretudo no que diz respeito ao controle de constitucionalidade para a solução de controvérsias constitucionais e considera, por si, aquele controle compatível com o estado democrático de direito.

Embasado sobretudo no pensamento de Agambem e Foucault, Alessandro Severino Valler Zenni constrói uma reflexao na qual argumenta que apesar dos textos constitucionais, o estado democrático de direito esconde uma “violência racionalizada que faz viver e deixa morrer, reduzindo o humano ao corpo nu sacralizado pelos direitos fundamentais.” No artigo “A a deposição da razão como garantia à dignidade de pessoa humana.” afirma o que se o “agir do humano tende à realização do econômico, e a ciência se vale da espécie para impor seus resultados, capturando-a como meio, a potência de não é o passo inaugural para profanar a razão e suas formas institucionais, abrindo ensejo ao Kairos e uma lei do Cristo singular e superposta à lei positiva que permite o devir pessoal no crer e amar.”

Rodolfo de Freitas Jacarandá analisa a sobreposiçao de normas em ambientes complexos. No artigo denominado “Sobreposição normativa na Amazônia Brasileira e os desafios para o fundacionalismo universalista em direitos humanos.”, discute a universalidade na aplicaçao de direitos humanos e os desafíos disso em ambientes complexos. Analisa, o Autor, as condiçoes propostas pelas teorías tradicionais do agir normativo e pela teoria do discurso, de Habermas, na proposiçao de respostas à sobreposição normativa na Amazônia Brasileira. Conclui pela insuficiencia das referidas teorias para a soluçao dos conflitos graves encontrados em ambientes de profunda diversidade social e cultural.

“Sobre direitos humanos e democracia no âmbito global: a proposta de criação de uma corte constitucional internacional.”, apresentado por Maria Lucia de Paula Oliveira, tendo por marcos teóricos sobre temas de direitos humanos e democracia Habermas, Benhabib e Azmanova e o “experimentalismo democrático” de Mangabeira Unger, enfrenta a questao da criação de uma Corte Constitucional Internacional e a sua característica de privilegiar a efetivação dos direitos de participação política no âmbito interno dos Estados, incluindo a transparência do processo eleitoral, as liberdades de comunicação e expressão. Nesse aspecto consiste a inovaçao da proposta, segundo a Autora.

Os trabalhos são de extraordinária relevância acadêmica. Com os cumprimentos a Autoras e Autores, desejamos a todas e todos excelente leitura.

Braga, verão de 2017.

Maria Clara Calheiros

Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega.

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Revista CONPEDI Law Review, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

HERMENÊUTICA ANALÓGICA: UMA HETERODOXIA ORTODOXA NOS LIMITES (NEM SEMPRE TEXTUAIS) DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

ANALOGIC HERMENEUTICS: AN ORTHODOX HETEREDOXY WITHIN THE INTERPRETIVE BOUNDS (NOT ALWAYS TEXTUAL) OF THE RULE OF LAW

Mauricio Martins Reis [1]

Resumo

O artigo formula uma panorâmica apresentação da hermenêutica analógica, muito especialmente com suporte na abordagem adotada pelo filósofo do Direito Jesús Antonio de La Torre Rangel. Postula-se compreender em que medida essa vertente reflexiva contribui, nas suas mais variadas facetas, de modo a intensificar a militância crítica pela normatividade dos direitos humanos e da respectiva acolhida em sede de uma efetivação possível e cada vez mais inadiável. Ademais, contempla-se ambientar a interface entre a hermenêutica analógica e a restauração da filosofia prática no denominado novo positivismo e neoconstitucionalismo do século XX, sem ignorar, apenas de passagem, o denominado direito jurisprudencial.

Palavras-chave: Hermenêutica analógica, Direito constitucional, Filosofia do direito

Abstract/Resumen/Résumé

This article presents a panoramic presentation of analogic hermeneutics, especially with support in the approach adopted by the philosopher of law Jesús Antonio de La Torre Rangel. It is postulated to understand to what extent this reflexive aspect contributes, in its most varied facets, in order to intensify the critical militancy for the normativity of human rights, regarding also its possible and inescapable realization. In addition, this paper intend to settle the interface between analogic hermeneutics and the restoration of practical philosophy in the so-called new positivism and neoconstitutionalism of the twentieth century, without ignoring the movement of case law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Analogic hermeneutics, Constitutional law, Philosophy of law

[1] Doutor e Mestre em Direito Público pela UNISINOS. Doutor em Filosofia pela PUC-RS. Professor da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP).

1. Introdução

O tema da hermenêutica jurídica é recorrente nos escritos do filósofo do Direito Jesús Antonio de La Torre Rangel, em especial no módulo prático de exteriorização simbólica com a finalidade de provocar a transformação social. A despeito da multifacetada especialidade verificada em seus escritos (Direito, Filosofia, Sociologia), reside neles uma invariante espinha dorsal crítica tendente à intencionalidade de o discurso argumentativo promover movimentos significativos em direção a uma realidade mais justa, a saber, condizente com um cenário mais favorável no tocante à efetividade dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. A produção bibliográfica de nosso festejado professor possui um nítido compromisso, pois, com a complementariedade dialética solidária entre indivíduo e sociedade, de modo que a abordagem de assuntos mais técnicos, por exemplo, na seara do Direito – com os quais não deixa de lidar com o rigor analítico que lhes demanda exigibilidade reflexiva – culmina invariavelmente com o interrogante de fundo acerca da função social do correspondente aparato burocratizado de normas, funções, órgãos e entidades.

O alcance conteudístico da hermenêutica jurídica merecerá aqui a nossa atenção a partir dos principais escritos de autoria do Professor Jesús de La Torre[1]. Em primeiro lugar, porque a hermenêutica, enquanto lugar da interpretação, vocaciona e fundamenta o horizonte de sentido do discurso jurídico, daí se solidarizando com o pano de fundo de uma intencionalidade inclusiva típica dos seus delineamentos teóricos mais incisivos acerca do desiderato jurídico. Também e fundamentalmente porque a hermenêutica analógica possui um detalhamento específico nas linhas de pensamento do autor, o que enseja uma espécie de autorreflexão sobre o papel a ser desempenhado pela prática interpretativa ínsita ao Direito.

Poderíamos afirmar, de pronto, que Torre Rangel trabalha incansavelmente com um postulado crítico com teor hermenêutico prioritário segundo o qual o Direito haverá de se

[1] Recorreremos basicamente aos seguintes escritos de lavra do Professor Jesús Antonio de La Torre Rangel, os quais fornecerão os principais fundamentos para a temática hermenêutica ora aventada como hipótese de trabalho: *El derecho como arma de liberación en América Latina. Sociología jurídica y uso alternativo del derecho*. CENEJUS, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales P. Enrique Gutiérrez, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, México. 2006; *Racionalidad analógica: un modo de acceso al iusnaturalismo histórico*. En: Derechos humanos, filosofía y naturaleza. México: UNAM, 2000; *Racionalidad analógica: un modo de acceso al iusnaturalismo histórico*. En: Perspectivas y aproximaciones a los derechos humanos desde la hermenéutica analógica. México: Ducere, 2007; *Racionalidad analógica, derecho y justicia*. En: Hermenéutica analógica y derecho. México: Ducere, 2006; *Hermenéutica analógica, justicia y uso alternativo del derecho*. En: El derecho como arma de liberación en América Latina. Potosí: Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2006; *Iusnaturalismo, personalismo y filosofía de la liberación*. España: MAD, 2005; *Iusnaturalismo histórico analógico*. México: Porrúa, 2011.

irmanar com valores humanitários constitutivos de sua própria expressão de justiça. Por conseguinte, as estruturas jurídicas fundamentais, tomadas no caráter determinante dos respectivos enunciados categorizados em operacional tônica de exegese subsuntiva, deixam de aspirar à juridicidade material se destituídas de um significado concreto capaz de lhes aferir a legitimidade ética cuja expectativa se imanta com o espectro do justo[2]. Isto poderá provocar, inclusive, de acordo com a fórmula contida no título deste ensaio, o paradoxo prático de uma postura hermenêutica antiformalista tendente a reivindicar o critério de justiça, alternativamente ao positivismo fiel à ideologia da norma-texto, dentro dos marcos do Direito posto e pressuposto: trata-se do devir analógico da hermenêutica pautada nas linhas de Rangel[3]. Eis a heterodoxia interpretativa (o uso alternativo do Direito) fomentada com suporte no vetor teleológico fundamentável em elementos de valor estipulados no interior do próprio sistema normativo (ortodoxo)[4].

2. O jusnaturalismo histórico analógico

A proposta teórica de Jesús Rangel radica no denominado jusnaturalismo histórico analógico com sede nos direitos humanos e no bem comum, em oposição ao modelo jusnaturalista racional-individualista do Iluminismo filosófico inscrito a partir da modernidade. Trata-se de resgatar a concepção clássica do jusnaturalismo, com matriz na

---

[2] Trata-se da ética dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, especialmente em benefício do zelo e do cuidado para com as camadas excluídas da América Latina, de maneira a legitimar, por intermédio da estruturação de um discurso hermenêutico inclusivo, os pobres, os desassistidos e os movimentos populares como sujeitos da história nas diversas manifestações da práxis social dos países em desenvolvimento. Eis uma lúcida descrição do cenário latino-americano sedento por transformações dessa ordem: "Nas décadas de 80 e 90, a América Latina passou pela experiência drástica de ajustamento à nova ordem do capital, através da introdução de políticas de eliminação dos empecilhos ao mercado e à competitividade. Mesmo assim não conseguiu eliminar dos movimentos da sociedade civil o projeto político democrático, radicado nos valores da igualdade e da justiça, e que tem como objetivo gestar uma sociabilidade regida por direitos. Nas últimas décadas do século XX e início do século XXI, há em nossos países a confluência contraditória dos processos de democratização e dos processos de ajuste. O cenário da América Latina mostra classes trabalhadoras fragmentadas, pulverizadas, desempregadas. Milhões vivem abaixo dos limites oficiais de pobreza, preocupados com a pura subsistência e impossibilitados de ter acesso ao ideal de consumo decantado pelos meios de comunicação social. O cenário humano é um cenário de sofrimento, de incerteza, insegurança, perda crescente do sentido da existência humana. A muitos jovens e adultos foi tirada a esperança de um futuro melhor, pois não há perspectivas de um crescimento econômico suficientemente intenso, que possa absorvê-los no mercado de trabalho, com níveis salariais adequados a uma vida decente." (OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Desafios aos direitos humanos no mundo contemporâneo. *In Ética, Direito e Democracia*. São Paulo: Paulus, 2010, pp 228-229).

[3] O movimento da hermenêutica analógica foi concebido e sistematizado por Mauricio Beuchot na filosofia jurídica contemporânea do México (década de 1990), cuja noção gira em torno da prudência metodológica de se poder efetuar um juízo interpretativo 1) proporcional e aberto sobre as situações do mundo, subjetivamente consentido embora objetivamente mensurável, e 2) criticamente resistente a extremos interpretativos, seja em prol da única resposta correta (univocidade), seja em benefício das múltiplas respostas para o mesmo caso concreto (equivocidade). Para mais detalhes sobre a história do movimento, por todos: GAXIOLA, Napoleón Conde, *Breve historia del movimiento de la hermenéutica analógica* (1993-2003), Diánoia, volumen XLIX, número 52 (mayo/2004), pp.147-162.

[4] A expressão "heterodoxia ortodoxa" foi retirada de Joseph Heller, a partir do desenvolvimento tópico sobre hermenêutica jurídica efetuado por Fernando José Bronze (*Lições de Introdução ao Direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 915).

filosofia de Platão e Aristóteles, fundada na ambivalência teleológica de exigências naturais humanas unidas às particularidades contingentes das cidades, com o fito de prover a justificação de direitos individuais e sociais, historicamente sedimentados, cujo nexo fundante de justiça toma em consideração a reciprocidade solidária de alteridade entre uns e outros (entre o si e o próximo). É certo que o autor sintoniza a sua versão histórica dos direitos de homens e mulheres a partir de raízes ideológicas comprometidas com o eco de resistência dos subalternos, aqueles costumeiramente alijados do processo de reconhecimento e eficácia dos direitos mais básicos da cidadania: são os direitos humanos a partir do pobre[5].

Consoante a perspectiva ora assinalada, nasce dessa matriz uma concepção hermenêutica engajada, a partir da qual se mobiliza o uso alternativo do Direito como uma tarefa teórica e prática não somente de magistrados, mas de operadores jurídicos em geral (incluindo-se advogados), para efeito de oferecer uma pauta sensível em atendimento aos marginalizados como protagonistas históricos direcionados à emancipação. A fundamentação normativa a partir dos direitos humanos projeta-se, então, numa dupla perspectiva de permanência e temporalidade, a primeira caracterizadora de uma ontologia garantidora de tais direitos no campo da legitimidade material, enquanto a última configuradora da necessária contextualização histórica dos fatores sociais que impregnam o fenômeno jurídico interpretável e carente de aplicação resolutiva. A função analógica permeará o relacionamento hermenêutico entre ambas as esferas, afiançando a dialética do enraizamento irretratável dos direitos humanos nessa dimensão de uma natureza humana efetivada na história em face da indispensável atualização fática no processo de desenvolvimento histórico que mobiliza as transformações da existência concreta individual e em sociedade.

O esteio da historicidade proposto pelo jusnaturalismo analógico na filosofia de Rangel contém uma aparente antinomia que merece ser contextualizada e posteriormente erradicada. Pois as bases tradicionais jusnaturalistas no pensamento jurídico filosófico estabelecem a validez de um argumento conforme o respectivo estado de congruência perante um dado valor imutável tornado apodítico no sistema de direito natural adotado, a partir de cujas premissas sintonizam-se conclusões inapelavelmente corretas ou indevidas. Ora, a rigor, a tipologia padrão do direito natural indica-nos parâmetros invariantes ou absolutos desvencilhados do tempo histórico. Nada impede, contudo, que o jusnaturalismo, em se consagrando causalmente histórico nas declarações de direitos do homem e nos direitos,

[5] Para Jesús de La Torre Rangel, a hermenêutica analógica idealiza-se racionalmente como discurso ético, afinando-se mais com uma proposta "analética" do que analítica, pela consideração normativa e interpretativa do outro, do próximo como vítima de injustiças concretas, do necessitado, com o que se justifica o uso alternativo do Direito em vista da resistência promulgada da juridicidade vigente.

liberdades e garantias do cidadão, se confine a uma expressão de juridicidade identificada com o limite último do direito posto, nacional e global, a saber, respectivamente, a constitucionalidade e a convencionalidade: aqui ecoa a transcendência dos direitos humanos enquanto "axiologia transpositiva da consciência axiológico-jurídica de que não dispõe o positivo constitucional ou de que não é titular sem limites o poder constituinte"[6].

Não é isto, por evidente, o que preside o modelo teórico verificado no jusnaturalismo impregnado de história: nele se evidenciam os conteúdos materiais da vida social numa abertura dialética entre sistema e problema (respectivamente entre norma e caso, entre validade e facticidade) que correspondem ao testemunho efetivo da própria roda viva projetada no horizonte de sentido dos acontecimentos sucessivos no tempo. Remonta ao próprio fator constitutivo da história, aliás, o eixo de referência de validade normativa diligenciado pelas conquistas sociais experimentadas no tráfego existencial do Estado de Direito. Vale dizer, apresenta-se uma vertente de jusnaturalismo com viés não mais de imutabilidade absoluta, pois tornada fonte de legitimidade do sistema normativo mediante fruto de aperfeiçoamentos históricos pela via da institucionalização gradativa dos direitos e garantias em prol do indivíduo e da comunidade, mormente aqueles indicativos de uma orientação axiológica destinada à tutela do estatuto dos marginalizados.

Esse neojusnaturalismo com aspectos edificados a partir do fluxo das contingências históricas pode ser predicado como um direito natural axiológico diverso daqueles parâmetros abstratos e gerais de universalidade transbordante típicos do jusnaturalismo tradicional, todos com afinidade metafísica supra-real, consubstanciados ao longo da história do pensamento filosófico com reflexão apontada para o Direito[7]. A transição do absoluto dogmático desse jusnaturalismo clássico para um novo modelo histórico justificado pelos direitos humanos (neojusnaturalismo) significa uma indisponibilidade axiológico-normativa reivindicável a partir da "auto-disponibilidade decisória do homem sobre o sentido de si e da sua *práxis*"[8]. Ademais, o direito natural mostra-se histórico não apenas pelo fato de a sua genealogia

---

[6] CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 282.

[7] Para uma descrição precisa – e refletida – dos movimentos do jusnaturalismo e suas tendências no pensamento filosófico contemporâneo, por todos, CASTANHEIRA NEVES, António, *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 37-52.

[8] CASTANHEIRA NEVES, António. *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 44. Embora o autor deduza dessa reviravolta um movimento contraditório que ofusca o próprio sentido de direito natural maturado ao longo da tradição: "ou se aceitava que o direito natural admitiria, numa mera nominalística qualificação, sentidos que se contradiziam, e nessa contradição acabavam por anular afinal a validade do próprio sentido; ou se preservava o sentido que a tradição cultural lhe conferira, para que "direito natural" não significasse a possibilidade de contrários, e nesse caso a conclusão teria de ser aquela que enunciámos: o direito natural deixava de ser compatível com a compreensão que do homem e da sua *praxis* os tempos exprimiam no pensamento protagonista" (*Idem, ibidem*).

apontar para os acontecimentos do mundo jurídico, senão pela exigência de se promover, da sua constelação de princípios e valores assumidos voluntariamente enquanto fundamento ético de validade para o direito positivo, a correspondente (normativa) realização prática no seio social (pela espontaneidade da correlata incidência através da legislação e pela aplicação jurisprudencial e administrativa em face de conflitos e de invocações deliberadas por interessados)[9].

O atributo da analogia confere ao jusnaturalismo histórico um pendor hermenêutico de equidade concreta capaz de dinamizar o espectro jurídico para além da mera régua normativa escalonada a partir do conjunto de leis vigentes em determinado contexto espaço-temporal. A própria versão recorrente do positivismo jurídico como a antítese dinâmica de formatação contingente e procedimental do ordenamento jurídico frente aos princípios supremos reitores da ordem natural imutável (jusnaturalismo) implica já uma tendência interpretativa para a rigidez e para a insensibilidade social, na medida em que o direito concreto vem antecipado cabalmente pelas diretrizes do legislador. Isto quer dizer que jusnaturalismo e positivismo, tal qual comumente percebidos na teoria do direito, nem sempre espelham realidades assim tão contrastantes, porquanto ambos não conseguem dar conta de modo satisfatório com o elemento indelével da historicidade no âmbito jurídico[10].

3. A analogia como cânone hermenêutico emancipatório

Nesse sentido, a função da analogia na proposta hermenêutica coligida dos direitos humanos funcionaria para abrandar uma concepção deveras normativista do positivismo jurídico, apesar de sua franca ojeriza a uma fonte supratemporal de critérios, tanto quanto para destilar contra a imutabilidade clássica do direito natural o rechaço frente a um absolutismo metafísico encerrado em si mesmo e incompossível com os fatores da história. Sob certo aspecto, vislumbra-se garantir à prática interpretativa do Direito um comprometimento hermenêutico concreto orientado para a realização do justo efetivo[11], nem sempre balizado na

---

[9] A concepção de um direito natural concreto igualmente se assimila na história do pensamento jurídico, tanto quanto se manifesta, numa configuração distinta (por vezes complementar), a vertente do jusnaturalismo histórico. Castanheira Neves elenca a existência de pelo menos três modelos diferentes desta índole concretizadora a partir de valores e princípios constituídos num amálgama de fundamento e validade para a justa concretização do direito oficial: o jusnaturalismo histórico-concreto, o jusnaturalismo crítico com reflexividade transcendental e o jusnaturalismo da razão jurídica prudente intencionada no direito jurisprudencialmente manifestado (*A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 45-48).

[10] Conforme KAUFFMANN, Arthur, *Hermenéutica y Derecho*, edição espanhola a cargo de Andrés Ollero e José Antonio Santos, Granada: Editorial Comares, 2007, pp. 66-67.

[11] Para Susan Haack, "os argumentos jurídicos por analogia não constituem simplesmente argumentos sobre como o mundo é, mas sobre que decisões devem ser tomadas; e suas conclusões – ainda que na maioria das vezes expressas como se fossem de caráter factual – são, na verdade, proposições acerca do que deveria ser feito (como, por exemplo, "este caso deveria ser tratado da mesma maneira que aquele" ou "este caso deveria ser

figura apriorística da conformidade legal[12]. Jesús de La Torre chega a relevar o contributo filosófico de Hans-Georg Gadamer (e de sua hermenêutica filosófica) para a consecução do labor hermenêutico no Direito como um expoente da razão prática partidária da justiça casuística, topicamente considerada em complementariedade ao regime ordinário das normas legais. As normas abstratas seriam, portanto, ontologicamente lacunares ou deficientes à espera da realização efetiva da aplicação da juridicidade, a qual se consagra como uma linguagem histórica viva dependente de sua efetiva garantia concretizadora em resguardo aos direitos mais elementares[13].

O pensamento de Rangel pode ser concebido como uma postura crítica derivada da filosofia da libertação e da tradição latino-americana adepta da efetividade dos direitos humanos[14]. A familiaridade genética do discurso a uma realidade particular do continente americano situado ao sul dos Estados Unidos concilia a necessidade do conceito com a

---

tratado como uma instância daquela regra"); (...) quando os advogados e juízes os utilizam, seu propósito não é descobrir se este caso é instância daquela regra, etc., mas oferecer uma razão persuasiva para trata-lo desta e não daquela maneira. Tal razão exige de fato que as semelhanças em questão sejam relevantes para que o caso receba o devido tratamento. Mas isso significa que os argumentos jurídicos por analogia dependem, ao contrário dos argumentos científicos por analogia, de considerações que envolvem políticas, objetivos a buscar, valores a servir"; (...) "a capacidade persuasiva dos argumentos jurídicos por analogia depende de juízos de valor sutis, da antecipação de consequências e da avaliação de prós e contras; e de que tais fatores não podem ser reduzidos a uma fórmula lógica" (*Perspectivas pragmatistas da filosofia do direito*. Traduzido por André de Godoy Vieira e Nélio Schneider. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2015, p. 93).

[12] A hermenêutica analógica, já pela sua própria contundência nominal, implica por óbvio a fundamental impugnação teórica da distinção procedida pelo positivismo jurídico entre analogia e interpretação: "aquilo que o legalismo metodológico tradicional entendia por analogia – aplicação da norma a um caso por ela não directamente prescrito, mas que normativo-teleologicamente se justifica que ela também regule – passa a ser assimilado à interpretação (no seu entendimento prático-teleológico), já que a norma pelo seu sentido normativo-teleológico é igualmente critério jurídico desse caso e deixa assim de haver fundamento para formais diferenciações entre todos os casos em que a norma se revele normativo-teleologicamente aplicável" (CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 267).

[13] Motivo pelo qual a hermenêutica analógica manifesta-se constitutivamente associada à interpretação jurídica, não cabendo confundi-la com o recurso dogmático da analogia (*analogia legis*) – originário do processo histórico de codificação característico do final do século XVIII, depois transformado em ideologia pelo cientificismo da academia jurídica – como expediente de mera integração legal para efeito de suplantar eventual deficiência lacunar da norma jurídica objeto de exegese em face do caso concreto decidendo. Veja-se concepção similar da hermenêutica analógica no juízo analógico em Castanheira Neves, ao aduzir que o princípio da igualdade normativa ou da universalidade prática deve ser reconhecido como o decisivo fundamento da validade jurídica (normativo-jurídica, e não estritamente positiva) da analogia, uma vez alicerçado por orientações interpretativas animadas por critérios materiais (e não apenas formais): "a positividade da juridicidade, do sistema ou de ordem jurídica, não significa imposição ou pressuposição formal, mas *vigência* histórica (histórica-comunitária) e que a sua normatividade não se reduz ao normativo-jurídico prescrito, posto que desenvolvido na sua intrínseca e sistemática racionalidade, mas é em último termo constituído por (ou convoca de modo indefectivelmente constitutivo) fundamentos de validade axiológico-normativa transpositivos e mesmo suprapositivos" (*Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 256).

[14] Sobre a filosofia da libertação, dentre outros, APEL, Karl-Otto. La ética del discurso ante el desafío de la filosofía de la liberación. *In Ética del discurso y ética de la liberación*. Madrid: Editorial Trotta, 2005; DUSSEL, Enrique. *Filosofia da libertação: crítica à ideologia da exclusão*. Traduzido por Georges Maissiat. São Paulo: Editora Paulus, 1995; DUSSELL, Enrique. *Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão.* Traduzido por Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen e Lúcia M. E. Orth. Petrópolis: Vozes, 2000.

abertura da experiência histórica, sem implicar para a argumentação uma espécie de reboquismo arbitrário de natureza redencionista, tampouco uma fermentação ideológica alheia aos parâmetros da racionalidade discursivamente mensurável. De acordo com Alejandro Serrano Caldera, é viável perscrutar pelo rigor filosófico da linguagem, do pensamento e da reflexão as perspectivas regionais e históricas que expressam originariamente a própria universalidade cogitada pela filosofia: a filosofia significa a procura da verdade a partir de conflagrações existenciais (sócio-culturais) determinadas[15].

A filosofia do Direito radicada na analogia comporta, destarte, um movimento hermenêutico contemporâneo, no interior do século vinte, de orientação tópica e retórica – calibrada na razão prática – com um viés crítico notoriamente resistente aos postulados teóricos que convocam um pensamento de universalidade sistemática. Consiste a hermenêutica analógica, portanto, num quadro fundamentante de assimilação interpretativa prático-concreta, isto é, um verdadeiro "critério judicativo de uma decisão jurídica"[16]. O discurso da interpretação jurídica, com a ascensão do paradigma tópico-retórico, fortalecido sobremaneira com o desenvolvimento autônomo da hermenêutica filosófica de Gadamer a partir dos anos 1960, evidencia o papel da argumentação na prática do Direito, ressaltando para a analogia uma índole dialética que não se compraz com o rigor apriorístico da lógica ou da semântica[17].

Assim se aspira à adesão a um critério ou a um fundamento justo por aquilo que possa ser crível, plausível e razoável pela via do argumento, utilizando-se de provas ou juízos de corroboração com natureza dialético-retórica[18]. O alcance sociológico dessa transformação – manifestada pelo vínculo argumentativo indissolúvel do discurso com a situação decidenda – na metodologia interpretativa no campo jurídico sinaliza uma ressalva incisiva (não mais desvencilhada da filosofia até hoje) contra a noção de um controle corretivo da aplicação por intermédio de um cânone axiomático elaborado no interior do próprio sistema positivo, encampada como fundamento da autoridade burocrático-legal engendrada na própria raiz de

---

[15] *Filosofia e crise pela filosofia latino-americana*. Petrópolis: Vozes, 1985, pp. 33-34.

[16] CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 245.

[17] Conforme Boaventura de Sousa Santos, o espaço da retórica se situa hermeneuticamente afim ao discurso democrático por trazer à razão (à consciência discursiva) dos interlocutores os elementos que convergem para a persuasão; daí porque a retórica aspiraria ao jogo democrático, eis que a sua racionalidade, igualmente sedimentada na tópica, "parece mover-se contra duas formas de violência: a violência dos princípios e das provas absolutas, de que decorrem soluções necessárias (a lógica institucional-sistêmica a que aspira o aparelho burocrático), e a violência física e psíquica do aparelho coercitivo (*O direito dos oprimidos*. São Paulo: Cortez, 2014, p. 72).

[18] SANTOS, Boaventura de Sousa. *O direito dos oprimidos*. São Paulo: Cortez, 2014, p. 28.

racionalidade do Estado moderno[19]. Por outro lado, engendra-se aqui uma concepção política com almejo de possibilitar um projeto de emancipação democrática de direitos, tendo em vista a projeção de pluralismo, de diálogo e de horizontalidade ínsitos ao contexto de uma verdade aberta não mais prisioneira de façanhas totalitárias e, pois, relativamente fundamentada em boas razões[20].

A crítica jurídica de Jesús de La Torre concebe a juridicidade, então, como um fenômeno social complexo, no interior de cujos marcos uma das consequências possíveis – a injustiça – deve ser combatida. Retoma-se a figura do paradoxo contida no título deste artigo (a produção do heterodoxo a partir do ortodoxo enquanto combate e vigília em prol dos direitos humanos) num aspecto antitético a ser confrontado pelo jusnaturalismo histórico analógico: o aparato de instrumentalidade do Direito é capaz de angariar esforços procedimentais dentro do próprio sistema jurídico de produção de expedientes normativos ao ponto de legitimar a injustiça, ou seja, de efetuar o regime da legalidade injusta (o ortodoxo legal de tutela aos direitos calibra o heterodoxo da alienação social excludente). Por conseguinte, a vontade universal característica da legislação promulgada merece ser confirmada por meio da institucionalização concreta dos direitos; para que essa última ocorra, subleva-se o desempenho primordial da mediação teórica crítica pelo discernimento de um pensamento pela libertação (das situações crônicas e agudas de pobreza e de opressão, substituindo-as pelo direito a uma convivência mais justa e igualitária em sociedade)[21].

---

[19] "Não existe escapatória desse círculo hermenêutico, nem mesmo através dos comentários de textos legais, pois estes, por sua vez, precisam ser interpretados e entendidos: toda interpretação remete a um horizonte de entendimento que se situa além daquele do corpo textual jurídico surgido de modo estável no tempo (...). A interpretação sempre é situada histórica, social e materialmente, e, através dessa dependência temporal, social e material, o empreendimento hermenêutico ganha uma base sólida" (VESTING, Thomas. *Teoria do direito: uma introdução*. Traduzido por Gercélia B. de O. Mendes. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 230).

[20] SANTOS, Boaventura de Sousa. *O direito dos oprimidos*. São Paulo: Cortez, 2014, p. 29. Santos salienta que a tônica sistematizadora do formalismo jurídico, responsável por padronizar e impessoalizar as relações mediante a ideologia da legalidade positivista, decorre da filosofia política do Estado liberal, cuja autonomia se mantém por obra de um universo teórico que se encarrega de reproduzir internamente, em especial através das práticas simbólicas oriundas da dogmática científica impulsionadora de um discurso autossuficiente, a tecnologia linguística e conceitual de determinado modelo conservador (técnico-operacional) de funcionamento das estruturas do Direito (*Idem*, p. 38 e pp. 68-69).

[21] Manfredo Araújo de Oliveira bem discorre sobre o estatuto filosófico do jusnaturalismo histórico, ou seja, do reclamo ambivalente de o Direito – entendido como expressão institucional normativa orientada para os direitos humanos e fundamentais – ser ao mesmo tempo natural e histórico: "Pessoa é liberdade, finalidade em si mesma e dignidade intrínseca, cuja defesa é obrigação inevitável de cada um. Por outro lado, na base de sua espiritualidade, a pessoa é a mais aberta de qualquer outro ente. Por essa razão, a autoefetivação da pessoa ocorre na efetivação das obras comuns na história. Enquanto pessoa, o ser humano é portador de direitos inalienáveis, que são vinculados essencialmente à essência da pessoa e, enquanto tais, devem ser considerados como naturais, isto é, enquanto exigência da essência concreta do ser humano em sua sociedade. Mas porque a pessoa é essencialmente um ser histórico, os direitos são sempre uma obra a ser realizar na história. A conseqüência disso é que há sempre novos direitos a serem efetivados" (Os direitos humanos na ótica da filosofia e da teologia latino-americanas da libertação. *In Ética, Direito e Democracia*. São Paulo: Paulus, 2010, p. 213).

Quando se fala da analogia no pensamento de Rangel, referenda-se aqui uma hermenêutica analógica, ou seja, uma interpretação jurídica pautada na equidade, capaz de promover a correção concreta e fundamentada do desdobramento analítico – uma operação predominantemente formalista e silogística – tendente a provocar uma injustiça a partir da fórmula do justo legal. Pode-se afirmar que se trata de uma concepção tributária de uma teoria que pressupõe o Direito como prática social de cunho interpretativo e argumentativo, poroso e assimilável na vida cotidiana de uma comunidade historicamente situada, "de modo a estabelecer os cimentos de um modelo ético-político aberto que aporte valores de cidadania e de metodologia jurídica essencialmente úteis para tomar o direito como instrumento de construção social"[22]. Ao se comparar a hermenêutica e a teoria da argumentação, há aqueles que insistem na primazia da primeira – como supomos acontecer com Jesús de La Torre – na medida em que o pensamento hermenêutico propicia o implemento de novas cargas de sentido ao texto normativo pelo advento de uma decisão correta legitimada por razões persuasivas de alcance intersubjetivo[23].

A analogia, portanto, representa o contraponto necessário de aperfeiçoamento prático no direito aplicado e interpretado pelos operadores, tomando-se como premissa que a incompletude das leis não se revela um problema, senão um atributo indelével do ordenamento jurídico positivado em normas expressas. Em outros termos, em toda a interpretação jurídica situacional onde se efetive a realização concreta do Direito reside um componente "normativamente constitutivo, integrador e produtivo"[24]. Assim, um ato normativo redigido em termos semânticos inequívocos e precisos de modo a prescindir da problemática situacional, para o qual se arrecadariam compromissos exegéticos absolutamente irredutíveis à perspectiva hermenêutica contextual do caso concreto que lhe demanda atuação concretizadora de proporcionalidade analógica, nada mais sugere do que uma quimera de ideologia a ignorar o desenvolvimento histórico do direito e de sua linguagem, igualmente imersa na faticidade temporal[25]. A hermenêutica vislumbrada na

---

[22] FERNANDEZ, Atahualpa. *Argumentação jurídica e hermenêutica. Da natureza humana ao discurso jurídico*. Campinas: Impactus, 2006, p. 140.

[23] KAUFFMANN, Arthur, *Hermenéutica y Derecho*, edição espanhola a cargo de Andrés Ollero e José Antonio Santos, Granada: Editorial Comares, 2007, p. 98.

[24] CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 268. O autor conclui, ao assumir as relações inerentes entre analogia e interpretação no círculo de sua unidade dialética (digna de ser explicitada pela argumentação jurídico-normativa), que o juízo analógico "1) é epistemologicamente também interpretação, 2) cumpre normativo-teleologicamente a função prática da norma, 3) participa da interpretação como meio e é-lhe imputável como resultado, 4) e, decisivamente, (...) é a própria essência intencional e metodológica da interpretação jurídica" (*Idem, ibidem*).

[25] KAUFFMANN, Arthur, *Hermenéutica y Derecho*, edição espanhola a cargo de Andrés Ollero e José Antonio Santos, Granada: Editorial Comares, 2007, p. 107.

analogia não pode depositar os seus fundamentos em raciocínios lógicos ou computadorizados subservientes à ideologia da subsunção em sistemas analiticamente enclausurados[26], com envergadura limitada: o juízo jurídico analógico é essencialmente produtivo pelo caráter sempre constitutivo de todo concreto sentido decisório que lhe define as bases de existência[27].

4. A heterodoxia dentro do sistema normativo: zetética na dogmática

Daí porque o pensamento analógico produz uma abertura heterodoxa nos marcos justificativos do sistema jurídico, efetivando-se a crítica interna no processo de aplicação jurisdicional através de expedientes como o uso alternativo do direito em benefício dos hipossuficientes (notadamente os pobres), de povos, de etnias e de comunidades locais, ademais de imprimir desenvolvimentos transcendentes ao próprio direito estatal, como o fenômeno social do pluralismo das fontes[28]. A filosofia crítica em Jesús de La Torre toma a coragem de refletir a partir da situação concreta do desequilíbrio social e das injustiças flagrantes típicas dos países em desenvolvimento, especialmente da América Latina, articulando-se como reflexão situada – com vistas à libertação emancipatória teórica e existencial – nesse contexto de pobreza, precariedade de políticas públicas, assolamento de liberdades, prestígio de benesses e conflitos de toda a ordem[29].

---

[26] Calha mencionar as palavras de Susan Haack, filósofa especializada na linguagem que se debruça sobre a lógica em muitos dos seus escritos, sobre os limites da interpretação autômata, vinculada a parâmetros lineares, no Direito: "Evidentemente, modelos computadorizados poderiam ser úteis para, digamos, um advogado que desejasse verificar se seu cliente satisfez todas as condições para a celebração de um contrato vinculante; mas, por mais engenhosa que seja parte do trabalho realizado pelo "raciocínio jurídico automatizado", ainda não está de forma alguma claro para mim como tais modelos poderiam fornecer uma hierarquização (não arbitrária) de metanormas ou antecipar as mudanças inesperadas que acontecem no mundo e, por vezes, motivam adaptações jurídicas" (*Perspectivas pragmatistas da filosofia do direito*. Traduzido por André de Godoy Vieira e Nélio Schneider. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2015, p. 94).

[27] Para Castanheira Neves, a analogia remonta à realização problemático-concreta do direito, orientada por uma mediação constitutiva ou inovadora do concreto juízo decisório, bem como por uma intenção fundamentante a exigir uma específica e consistente justificação argumentativa (*Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 252).

[28] O pluralismo jurídico representa um dos desdobramentos mais importantes do jusnaturalismo histórico apregoado por Jesús Antonio de La Torre Rangel, nada obstante nossa abordagem privilegiar em especial os impactos da hermenêutica analógica para a interpretação jurídica dos textos legais, inclusive no tocante ao implemento prático de melhoria nos índices de efetividade das normas constitucionais (o regime da legalidade alternativa dentro do próprio Direito oficial); há impactos desse tema na doutrina, mormente em WOLKMER, Antonio Carlos, *Pluralismo Jurídico*, *Fundamentos de uma nova cultura no Direito*, São Paulo, Editora Alfa Ômega, 2001 e, contendo um privilegiado estudo de caso na Favela do Jacarezinho (ali denominado "Direito de Pasárgada"), no Rio de Janeiro, SANTOS, Boaventura de Sousa. *O direito dos oprimidos*. São Paulo: Cortez, 2014.

[29] "A filosofia da libertação é um contradiscurso, é uma filosofia crítica que nasce na periferia (e a partir das vítimas, dos excluídos) com pretensão de mundialidade. Tem consciência expressa de sua perifericidade e exclusão, mas ao mesmo tempo tem uma pretensão de mundialidade" (DUSSELL, Enrique. *Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão.* Traduzido por Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen e Lúcia M. E. Orth. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 73).

O lugar hermenêutico da analogia, ao se projetar na tarefa de oferecer consternação teórica e, por igual, movimento de crítica a serviço do combate às injustiças contra os oprimidos, visa a bloquear constantemente, como espaço hermenêutico que é e sustenta, os riscos de subversão do princípio democrático, quando a fisionomia da retórica resta suscetível a acomodação política de valores conservadores. Como bem adverte Sousa Santos, referindo-se ao perigo das evidências socialmente constituídas (os lugares-comuns como *topoi* retóricos) descambarem para um compartilhamento homogêneo conservador avesso aos antagonismos e às transformações idealizadas, os momentos dialéticos da consolidação e da conservação desses valores compartilhados são fundamentais em qualquer estrutura social, de modo que a retórica, apesar de sua aspiração democrática, pode ser reconstruída enquanto nova forma de violência[30]. O ambiente de onde o pensamento analógico retira as suas potencialidades é a filosofia latino-americana, numa consciência originada e desenvolvida, pois, nos marcos específicos de um processo histórico, cultural e regional, mas cujo tratamento, em sendo hermenêutico e viabilizado pelo discurso fundamentador, reabsorve-se em autorreflexão pelo caminho universal da crítica, culminando numa elaboração teórica característica de uma identidade e realidade próprias[31].

5. A abertura analógica via direito jurisprudencial

É o momento de apresentar, mesmo com brevidade ou em caráter de convocação reflexiva final, o vínculo de afinidade entre a adoção do regime jurisprudencial de precedentes vinculantes em sistemas pautados pela herança romano-germânica (*civil law*), sistemas cujo padrão de diretriz uniformizadora do conteúdo das decisões judiciais deduz-se prioritariamente da lei, e as potencialidades normativas propiciadas pela hermenêutica analógica com o relevo na aplicação concreta orientada pela dinâmica do confronto prático-normativo dos casos[32]. A interpretação jurídica, conforme se viu, possui invariavelmente um

---

[30] *O direito dos oprimidos*. São Paulo: Cortez, 2014, pp. 72-78.

[31] CALDERA, Alejandro Serrano. *Filosofia e crise pela filosofia latino-americana*. Petrópolis: Vozes, 1985, pp. 94-95.

[32] Referimo-nos aqui à adoção – em caráter exemplificativo, pelo Brasil – do denominado direito jurisprudencial, quando os precedentes de jurisprudência passam a adquirir, em concomitância (senão no inevitável caráter posterior aplicativo na medida de sua concretização judicante) às fontes legais emanadas da função legislativa (mormente os atos normativos abstratos, genéricos e impessoais), o estatuto de vinculação interpretativa, isto é, a potencialidade de direcionarem expectativas de sentido em homenagem à justa e coerente efetividade dos diplomas legais. O ápice dessa tendência aconteceu há pouco tempo, a partir de março de 2016, com a vigência do novo Código Processual Civil, Lei 13.105/15, dedicado especificamente ao desafio institucional de uniformizar a jurisprudência dos tribunais (Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente) e, mais importante ainda, à tarefa qualitativa de formar razões decisórias de convencimento bem estabelecidas no trato argumentativo capazes de vincular o próprio direito aplicado nacional (§1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua

caráter de analogia, uma espécie de conformação analógica[33] inerente ao processo de concretização das normas jurídicas para as situações do mundo da vida[34]. Neste círculo hermenêutico onde a interpretação se faz pressuposto da analogia e a analogia reconquista para a norma uma virtualidade de significado proporcional às novas experiências existenciais convocadoras do critério legal, a hermenêutica analógica parece bem se conciliar com o escopo jurisprudencial de efetivar o desbloqueio do paradoxo da decisão jurídica[35], transformando questões indecidíveis em problemas resolúveis com esteio em argumentos de juridicidade vinculante (provisória), sem quedar em critérios autômatos subsuntivos ou categorias algorítmicas, tampouco diluindo-se no relativismo descompromissado com exigências normativas verossímeis absorvíveis e discernidas pelo filtro da própria interpretação – e de sua fundamentante normatividade de Direito – no curso condicionante do *continuum* da realidade histórico-social[36].

O direito jurisprudencial mostra-se uma das vias possíveis da hermenêutica analógica para consubstanciar a via intermediária prudencial capaz de coibir o maniqueísmo interpretativo extremado entre a ontologia autoritária dos textos normativos (ausência interpretativa) e a fragmentação niilista de sentidos caleidoscópicos absenteístas de algum compromisso ético institucional (pujança interpretativa). A hermenêutica filosófica consiste na matriz de pensamento mais adequada para a reflexão do direito jurisprudencial, especialmente para contemplar concretamente a legitimidade do discurso analógico no ponto interpretativo de sincretismo entre substância e contingência. Isto porque o nó górdio acerca da pergunta "por que se vinculam essas – e não outras – razões de decidir" ou "por que essa decisão merece vincular" ou ainda "por que devemos obedecer o caso-precedente" somente poderá ser desatado se, adrede quaisquer outros motivos, a obrigatoriedade dos precedentes

---

incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento).

[33] KAUFFMANN, Arthur, *Hermenéutica y Derecho*, edição espanhola a cargo de Andrés Ollero e José Antonio Santos, Granada: Editorial Comares, 2007, p. 143.

[34] CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 270.

[35] "Por isso se haverá de dizer que a jurisprudência (enquanto assume essa problemática realização do direito) e as instâncias jurisdicionais e doutrinais que a actuam são o momento e o *locus* legítimo da manifestação e constituição histórica da "consciência jurídica geral"" (CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 283).

[36] A advertência a seguir é bem-vinda e pertinente: "(...) devemos tomar cuidado com a mentalidade do "isto-ou-nada". A vida do direito não é lógica; mas disso não decorre que as decisões dos juízes só possam ser arbitrárias e movidas por certos caprichos" (HAACK, Susan. *Perspectivas pragmatistas da filosofia do direito*. Traduzido por André de Godoy Vieira e Nélio Schneider. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2015, p. 95).

suceder do seu êxito conteudístico material, cuja órbita dependerá, pois, do mérito dos argumentos na concorrência dialética frente aos demais esgrimidos – direta ou indiretamente pelo escopo de uma reconstituição razoável e verossímil – na constelação argumentativa.

De nada adianta reconhecer atualmente o caráter argumentativo-discursivo do direito, que os enunciados legais são inerentemente ambíguos, complexos e indeterminados, que a norma é o produto da interpretação jurídica (e não o seu objeto), que não existem sentidos preliminares suscetíveis de descoberta pelo intérprete no confronto com a ordem legislada, que por trás de todo o critério hermenêutico reside uma confessada (ou negligenciada) teoria da decisão (com o que não se basta a mera genealogia da fonte como fundamento per si), que a fundamentação das decisões deve ser transparente em torno de quais razões abonam um determinado significado ao qual se empresta eficácia vinculante. Todas as justificativas precedentes, quando muito, possuem a capacidade de dissuadir o auditório jurídico quanto ao fracasso de expedientes teóricos tributários do positivismo exegético e discricionário, sendo o primeiro caudatário da única resposta antecipadamente posta pelo sistema legislativo ("caso-decreto") e o segundo derivado de uma matriz de fungibilidade decisória cuja moldura interdita arbitrariedades extremas, muito embora consinta com a proliferação concomitante de múltiplas respostas para casos idênticos sob o crivo do livre convencimento ("caso-secreto").

Para que o direito jurisprudencial seja competentemente vinculante, resulta indispensável angariar a teoria hermenêutica da resposta correta, finalidade a que não se consegue chegar tão somente pela substituição do discurso formalista pelo empreendimento discursivo (argumentativo) da intersubjetividade. Apenas a hermenêutica contempla a justificativa adequada em torno da hierarquia de argumentos, promovida concretamente a partir do enfrentamento interpretativo de controvérsias; em certa medida, isto consiste na própria adoção da analogia ou da hermenêutica analógica no direito jurisprudencial de modo a evitar a univocidade totalitária de sentido e a equivocidade fungível de qualquer significado. Portanto, haverá de se compreender que a resposta correta nem é a única, porquanto jamais resultará descoberta (ou revelada) como se sempre estivesse à disposição da comunidade de intérpretes (o que a tornaria invariável e submetida à sorte de mudança com o advento de transformações na fonte de direito), tampouco será a verdadeira, como se, embora construída justificadamente, fosse dotada de incolumidade ante ulteriores questionamentos.

A hermenêutica não pode ser tomada como técnica de interpretação, pelo menos se a situarmos historicamente após a sistematização da filosofia hermenêutica no tomo Verdade e

Método, de Hans-Georg Gadamer[37]. É certo que o filósofo responsável pela substantivação da hermenêutica jamais outorgou um método seguro para se alicerçar uma interpretação como a melhor; porém, tampouco a sua filosofia descredenciou o estatuto da verdade, entendida esta como uma fórmula histórica e, pois, não-definitiva, de se identificar em concreto o critério correspondente para a correção da compreensão. E no direito isso significa, por primeiro, a precedência de todo e qualquer juízo como sendo interpretativo antes de ser dogmático e, em segundo lugar, a necessidade do confronto com um saber puro alheio à pertença do intérprete com o caso problemático posto. Trata-se de uma inevitável e complementar ponderação da equidade, inequivocamente de matriz analógica de caso para caso, de situação para situação, de problemática em problemática.

6. Considerações em arremate

Assim sendo, não se está a credenciar um discurso irresponsável – e arrogante – de "hermeneutização" do direito, uma espécie de ferramenta *ad hoc* apta a legitimar interpretações convenientes às volições subjetivas do intérprete. Tanto quanto a hermenêutica analógica não pretende oferecer uma alternativa arbitrária a não mais poder e isenta de justificações antitéticas a um absolutismo e relativismo interpretativos. No entanto, a universalidade hermenêutica é um pressuposto com o qual o mais ortodoxo dogmático jurista haverá de lidar, sem poder replicar que a técnica interpretativa em si – ou o preceito normativo literalmente considerado – engendraria a dispensabilidade da hermenêutica filosófica.

Questionamos por que apenas hoje se apuram os motivos para a tendência de um modelo jurisprudencial vinculante. Entendemos, com Heiki Pohl, que "uma decisão judicial contém sempre uma pergunta geral com a sua resposta ao lado de uma pergunta singular com a sua resposta", e que, para o reconhecimento de um precedente como obrigatório, "é irrelevante o número de decisões iguais, se única decisão ou repetidas em série" [38]. Por evidente que um precedente obrigatório, aspirante a uma expectativa normativa consolidada, carece de um aspecto institucional, de emanar de um Tribunal Supremo mediante o cumprimento do devido processo legal-constitucional, e de um aspecto hermenêutico, atinente ao conteúdo decisório fundamentado com o suporte das melhores razões. E às melhores razões não basta o esclarecimento de como elas foram elaboradas e fundamentadas, pois a

[37] Sobre a hermenêutica filosófica gadameriana e suas relações com o pragmatismo e a interpretação literal, DASCAL, Marcelo, *Interpretação e compreensão*, traduzido por Marcia Heloisa Lima da Rocha, São Leopoldo, Editora Unisinos, 2006, pp. 580-611 e 642-659.

[38] *Apud* DERZI, Misabel Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *A Súmula Vinculante no Direito Penal Tributário: uma Nota Crítica à Decisão do Supremo Tribunal Federal no Julgamento do HC 108.037/ES*. Revista Dialética de Direito Tributário n. 200, 2012, p. 84.

objetividade e a previsibilidade proporcionadas no trato público do debate em prol do estatuto da segurança jurídica não garante a estabilidade de permanência de um precedente durante significativo espaço de tempo. Apenas um julgamento tido como preferencial com sede em uma perspectiva comparativa de conteúdo – melhores razões foram adotadas com o desabono de argumentos concorrentes inclusive razoáveis – tende a ser maduro e com resistência discursiva suficiente para se firmar perante riscos atomísticos de desintegração interpretativa (a troca dos colegiados, o recorrente pôr à prova um precedente pela insistência de um fator já superado, etc.).

Hodiernamente, apesar do reconhecimento de ser a interpretação inescapável, comete-se a contradição de se subtrair ao comando dos precedentes jurisprudenciais (os quais interpretaram os textos normativos) mediante o apelo de apenas a legislação ser capaz de vincular. Ou seja, o magistrado que admite interpretar a lei é o mesmo que se pretende evadir de acatar o entendimento de uma Corte Superior que outra coisa não fez senão interpretar o mesmo ato normativo. Por outro lado, muitos[39] condenam a alegada tirania de valores proporcionada pela ponderação entre princípios[40], ao preconizar, em contrapartida, o dever de aplicar o direito (a Constituição e as leis) sem dizer como, ou então, à revelia da constituição alternativa decisória na conjugação casuística entre interpretação e aplicação.

A insegurança jurídica não decorre de uma suposta violação do direito posto (que como tal, desprendido de uma dada interpretação, sequer se configura possível como fonte pura), mas no embaraço estratégico de se evitar a consolidação de posições hermenêuticas

---

[39] Eros Roberto Grau insiste em reprovar o despedaçamento da segurança jurídica efetuado pela jurisprudência do STF no tocante ao recurso da ponderação entre princípios e do controle de proporcionalidade e de razoabilidade das leis (*Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 21-24). Contudo, a sua crítica deixa de apontar a solução concreta alternativa tomada como a melhor (ou preferível), em prejuízo dos julgados ou das razões de decidir por ele rechaçadas. O autor recorrentemente censura as decisões à margem do sistema jurídico, sem dizer o que significaria uma interpretação de acordo com o ordenamento vigente. Ademais, confusa é a implicação teórica de postulados da hermenêutica gadameriana (círculo hermenêutico, facticidade e historicidade, a unidade entre interpretar e aplicar, o significado da norma é produzido pelo intérprete) com a ressalva – para as interpretações de que discorda – de que a ordem jurídica foi violada. Grau inclusive reconhece a possibilidade de o juiz transgredir o texto da lei: afirma que há uma diferença entre ser livre e decidir-se pela transgressão. No caso de decidir-se pela transgressão, ocorre paradoxalmente uma conservação do texto normativo (de seu critério, assim o pensamos), o que ele chama de suprassunção: "(d)ecidirá por ela, se e quando o fizer, conduzido pelo resultado da prática, que lhe incumbe, da interpretação do direito" (p. 137). A parte enigmática de seu pensamento consiste exemplificativamente no seguinte ponto: ao admitir a transgressão da lei, refere que tal não se dá por motivação subjetiva (com o louvor pessoal dos valores do intérprete), senão de limites "no quadro e no espaço da totalidade que o direito positivo compõe" (p. 138). Em outras palavras, o direito pode ser transgredido no âmbito do seu próprio consentimento, autorizando-se, pois, a própria negativa de sua aplicação. *Quid iuris*?

[40] Nem se trata, ao nosso ver, de os princípios ou as regras serem ponderados, senão o caso concreto problemático (ou melhor, as razões dele exsurgidas) que coloca em xeque uma determinada maneira (tomada como questionável ou vencível frente a novos fundamentos) de interpretar o direito aplicável à espécie. Em algum momento do livro, o próprio Eros Grau sugere que "as soluções atribuíveis aos problemas jurídicos não são definíveis exclusivamente a partir da atribuição de um ou outro significado a determinado texto, porém desde a ponderação de múltiplas variáveis" (*Idem*, p. 73).

resolutivas de problemas concretos seriais (reiteração de julgados) ou exemplificativos (pioneirismo de uma decisão de cúpula) sob o argumento do estilhaçamento casuístico (cada caso é único e irrepetível), da vinculação metafísica a uma vontade soberana invariável ou da metamorfose cínica do conteúdo das leis (cuja transformação incide sempre que alguém desinveste arbitrariamente a obrigatoriedade de um precedente interpretativo que interpretou a lei em nova interpretação da mesma lei a militar uma vinculação em sentido diferente). O direito jurisprudencial tem muito a aprender, por conseguinte, com os postulados filosóficos da hermenêutica analógica, não apenas para concretizar – em validade, eficácia e efetividade – os direitos humanos e fundamentais nos discursos de aplicação projetados no ambiente social, como para prover uma cultura responsável de precedentes capaz de bem gerenciar os impactos dialéticos da isonomia e da diferença (conjugando-os perante os anseios das pessoas e das comunidades integradas no seio da coletividade), tão importantes na tratativa de implementação fática do Estado Democrático de Direito.

Referências Bibliográficas

APEL, Karl-Otto. La ética del discurso ante el desafío de la filosofía de la liberación. *In Ética del discurso y ética de la liberación*. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

BRONZE, Fernando José. *Lições de Introdução ao Direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

CALDERA, Alejandro Serrano. *Filosofia e crise pela filosofia latino-americana*. Petrópolis: Vozes, 1985.

CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CASTANHEIRA NEVES, António, *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia*. Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

DASCAL, Marcelo. *Interpretação e compreensão.* Traduzido por Marcia Heloisa Lima da Rocha, São Leopoldo, Editora Unisinos, 2006.

DERZI, Misabel Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *A Súmula Vinculante no Direito Penal Tributário: uma Nota Crítica à Decisão do Supremo Tribunal Federal no Julgamento do HC 108.037/ES.* Revista Dialética de Direito Tributário n. 200, 2012.

DUSSEL, Enrique. *Filosofia da libertação: crítica à ideologia da exclusão*. Traduzido por Georges Maissiat. São Paulo: Editora Paulus, 1995.

_____. *Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão*. Traduzido por Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen e Lúcia M. E. Orth. Petrópolis: Vozes, 2000.

FERNANDEZ, Atahualpa. *Argumentação jurídica e hermenêutica. Da natureza humana ao discurso jurídico*. Campinas: Impactus, 2006.

GAXIOLA, Napoleón Conde. *Breve historia del movimiento de la hermenéutica analógica (1993-2003)*. Diánoia, volumen XLIX, número 52 (mayo/2004).

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

HAACK, Susan. *Perspectivas pragmatistas da filosofia do direito*. Traduzido por André de Godoy Vieira e Nélio Schneider. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2015.

KAUFFMANN, Arthur. *Hermenéutica y Derecho*. Edição espanhola a cargo de Andrés Ollero e José Antonio Santos. Granada: Editorial Comares, 2007.

RANGEL, Jesús Antonio de La Torre. *El derecho como arma de liberación en América Latina. Sociología jurídica y uso alternativo del derecho*. CENEJUS, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales P. Enrique Gutiérrez, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, México. 2006.

_____. Racionalidad analógica: un modo de acceso al iusnaturalismo histórico. *En: Derechos humanos, filosofía y naturaleza*. México: UNAM, 2000.

_____. Racionalidad analógica: un modo de acceso al iusnaturalismo histórico. *En: Perspectivas y aproximaciones a los derechos humanos desde la hermenéutica analógica*. México: Ducere, 2007.

_____. Racionalidad analógica, derecho y justicia. *En: Hermenéutica analógica y derecho*. México: Ducere, 2006.

_____. Hermenéutica analógica, justicia y uso alternativo del derecho. *En: El derecho como arma de liberación en América Latina*. Potosí: Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2006.

_____. *Iusnaturalismo, personalismo y filosofía de la liberación.* España: MAD, 2005.

_____. *Iusnaturalismo histórico analógico.* México: Porrúa, 2011.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Desafios aos direitos humanos no mundo contemporâneo. *In Ética, Direito e Democracia*. São Paulo: Paulus, 2010.

_____. Os direitos humanos na ótica da filosofia e da teologia latino-americanas da libertação. *In Ética, Direito e Democracia*. São Paulo: Paulus, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *O direito dos oprimidos*. São Paulo: Cortez, 2014.

VESTING, Thomas. *Teoria do direito: uma introdução*. Traduzido por Gercélia B. de O. Mendes. São Paulo: Saraiva, 2015.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico, Fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo, Editora Alfa Ômega, 2001.